REVISTA ELETRÔNICA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

REVISTA OFICIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOLUME 57 – ANO 10

MAIO E JUNHO

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 57

c) Embargos de Declaração 330

Seção de Direito Público

a) Ações Rescisórias 333

b) Agravos de Instrumento 335

c) Apelações 361

d) Apelações/Remessas Necessárias 494

e) Conflitos de Competência 530

f) Embargos de Declaração 535

2- Jurisprudência Criminal:

a) Agravos em Execução Penal 542

b) Apelações 546

c) Cautelares Inominadas 646

d) *Habeas Corpus* 653

e) Mandados de Segurança 674

f) Procedimentos Investigatórios 685

g) Recursos em Sentido Estrito 697

h) Revisões Criminais 700

3- Jurisprudência do Órgão Especial:

a) Ações Penais - Procedimentos Ordinários 716

b) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adin's) 731

c) Agravos Internos 803

d) Agravos Regimentais 810

e) Conflitos de Competência 813

f) *Habeas Corpus* 829

g) Inquéritos Policiais 832

h) Mandados de Segurança 844

i) Reclamações 856

j) Representações Criminais 861

4- Jurisprudência da Câmara Especial:

a) Agravos de Instrumento 874

b) Apelações 880

c) Conflitos de Competência 883

d) Embargos de Declaração 910

e) *Habeas Corpus* 913

f) Remessas Necessárias 921

5- Câmara Especial de Presidentes 928

6- Conselho Superior da Magistratura 960

7- Noticiário 976

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. 57, mai./jun. 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
Getúlio EVARISTO DOS SANTOS Neto
Carlos VICO MAÑAS
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
RICARDO Henry Marques DIP

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 — 09:30 horas — PJ)

Desembargador VITO José GUGLIELMI
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 — 9:00 horas — PJ)

Desembargador GALDINO TOLEDO JÚNIOR***
Desembargador ALEXANDRE Alves LAZZARINI
Desembargador EDSON LUIZ DE QUEIRÓZ
Desembargador CÉSAR SANTOS PEIXOTO
Desembargador JOÃO BATISTA DE MELLO PAULA LIMA**
Desembargador WILSON LISBOA RIBEIRO**
Desembargador VALENTINO APARECIDO DE ANDRADE**

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

Desembargador ELCIO TRUJILLO
Desembargador Luiz Antonio COELHO MENDES
Desembargador JOSÉ APARÍCIO COELHO PRADO NETO***
Desembargador GILBERTO FERREIRA DA CRUZ
Desembargadora ANGELA MORENO PACHECO DE REZENDE LOPES
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
Desembargador MAURÍCIO SIMÕES DE ALMEIDA BOTELHO SILVA**

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 510)

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

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

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

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

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

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

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

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

Desembargador Gastão Toledo de CAMPOS MELLO Filho
Desembargador Manuel MATHEUS FONTES***
Desembargador ROBERTO Nussinkis MAC CRACKEN
Desembargador 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 — 13:30 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
Desembargadora JONIZE SACCHI DE OLIVEIRA***
Desembargador PEDRO PAULO MAILLET PREUSS
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***
Desembargadora CARMEN LÚCIA DA SILVA
Desembargador JOÃO ANTUNES DOS SANTOS NETO
Desembargador RODOLFO CESAR MILANO**

26ª Câmara de Direito Privado (salas 612 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Tarcísio Ferreira VIANNA COTRIM
Desembargador ANTONIO BENEDITO DO NASCIMENTO
Desembargador Antonio Carlos MORAIS PUCCI
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**
Desembargador MICHEL CHAKUR FARAH**

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
Desembargador GUILHERME FERREIRA DA CRUZ**
Desembargadora DEBORAH CIOCCI**
Desembargador MICHEL CHAKUR FARAH**

15º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALAS 218/220)

29ª Câmara de Direito Privado (sala 218/220 — 4ª feira — 13:30 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
Desembargadora MARIA LÚCIA Ribeiro de Castro PIZZOTTI Mendes***
Desembargador MARCOS GOZZO
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 Alberto de Oliveira ANDRADE NETO
Desembargador Luís FERNANDO NISHI
Desembargadora MARY GRÜN***
Desembargador CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA
Desembargador MAURÍCIO PESSOA
Desembargadora CLAUDIA DE LIMA MENGE**
Desembargador JOSÉ AUGUSTO GENOFRE MARTINS**

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

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

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

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

Desembargador 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 604)

35ª Câmara de Direito Privado (sala 604 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Fernando MELO BUENO Filho
Desembargador FLÁVIO ABRAMOVICI***
Desembargador Samuel Francisco MOURÃO NETO
Desembargador GILSON DELGADO MIRANDA
Desembargador RODOLFO CESAR MILANO**
Desembargadora CLAUDIA DE LIMA MENGE**
Desembargador JOSÉ AUGUSTP GENOFRE MARTINS**

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 JOSÉ TARCISO BERALDO
Desembargador PEDRO Yukio KODAMA
Desembargadora ANA CATARINA STRAUCH***
Desembargador JOSÉ WAGNER DE OLIVEIRA MELATTO PEIXOTO
Desembargador AFONSO CELSO DA SILVA

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 CESAR CIAMPOLINI Neto
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 — 09:30 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 RICARDO Santos FEITOSA
Desembargador OSVALDO MAGALHÃES Júnior
Desembargador PAULO BARCELLOS GATTI
Desembargadora ANA Luiza LIARTE***
Desembargador MAURÍCIO FIORITO
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**
Desembargadora MARIA FERNANDA DE TOLEDO RODOVALHO**
Desembargador MÁRCIO KAMMER DE LIMA**

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

Desembargador Sérgio COIMBRA SCHMIDT
Desembargador Paulo MAGALHÃES da Costa COELHO
Desembargador EDUARDO Cortez de Freitas GOUVÊA***
Desembargador LUIZ SÉRGIO FERNANDES DE SOUZA
Desembargadora MÔNICA de Almeida Magalhães SERRANO
Desembargador FERNÃO BORBA FRANCO**

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

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

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

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

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

5º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALA 511)

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***
Desembargador WALTER Rocha BARONE
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 JOSÉ TADEU PICOLO ZANONI**

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**
Desembargador RICHARD PAULRO PAE KIM**

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 — (todas telepresenciais)

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 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 PAULO Antonio ROSSI
Desembargador AMABLE LOPEZ SOTO
Desembargador SÉRGIO MAZINA MARTINS***
Desembargador JOSÉ ROBERTO NOGUEIRA NASCIMENTO
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 ADILSON PAUKOSKI SIMONI**
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
Desembargador JOSÉ VITOR TEIXEIRA DE FREITAS**
Desembargadora ERIKA SOARES DE AZEVEDO MASCARENHAS**

16ª Câmara de Direito Criminal (salas 201/203 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador NEWTON de Oliveira NEVES
Desembargador OTÁVIO Augusto DE ALMEIDA TOLEDO
Desembargador GUILHERME DE SOUZA NUCCI
Desembargador Adalberto José Queiroz Telles de CAMARGO ARANHA FILHO***
Desembargador Gilberto LEME Marcos GARCIA
Desembargador MARCOS ALEXANDRE COELHO ZILLI**

*** — Presidente

** — Juiz de Direito Substituto em 2º Grau

* — Juiz Auxiliar

PJ – Palácio da Justiça (Praça da Sé s/nº)

JUÍZES DE DIREITO SUBSTITUTOS DE SEGUNDO GRAU
(em ordem de antiguidade)

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
Maurício Henrique Guimarães Pereira Filho
Antonio Luiz Tavares de Almeida
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
Maurício Simões de Almeida Botelho Silva
José Tadeu Picolo Zanoni
Richard Paulro Pae Kim
Michel Chakur Farah

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 2281577-16.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes MARCELLUS GLAUCUS GERASSI PARENTE, THAIS STELLA GERASSI PARENTE, ESPÓLIO DE CATHARINA PARENTE DE OLIVEIRA NEVES, ELVIRA DE OLIVEIRA NEVES, CÉLIA MARIA NEVES ASDURIAN e NEWTON JOSE DE OLIVEIRA NEVES, é agravado NOVA PAULISTA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S/A.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. SUSTENTARAM ORALMENTE OS DRS. NEWTON JOSÉ DE OLIVEIRA NEVES E FERNANDO ANTONIO CAMPOS SILVESTRE.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.393)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FRANCISCO GIAQUINTO (Presidente) e NELSON JORGE JÚNIOR.

São Paulo, 12 de abril de 2023.

ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA, Relatora

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – CONTRARRAZÕES – PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE – PEDIDO DE LIMINAR POSSESSÓRIA DEDUZIDO NO ÂMBITO DE RECONSIDERAÇÃO PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO REJEITADO PELA DECISÃO RECORRIDA – Preliminar arguida pela agravada – Rejeição – Hipótese em que a decisão agravada, ao suspender o processo de origem por prejudicialidade externa, incursionou novamente sobre o pedido de liminar possessória – Prejudicialidade externa que configurou novo fundamento a proscrever a liminar possessória – Novel fundamento que autorizava aos agravantes reiterar o pedido de tutela de urgência, ainda que os próprios agravantes tenham empregado a terminologia "reconsideração"

Acesso ao Sumário

em sua manifestação nos autos do processo de origem, e que a douta juíza singular tenha recebido nesses termos o pedido dos agravantes – Intempestividade afastada – PRELIMINAR REJEITADA.

AGRAVO DE INSTRUMENTO – REINTEGRAÇÃO DE POSSE – PEDIDO DE LIMINAR – SUSPENSÃO DO PROCESSO POR PREJUDICIALIDADE EXTERNA, OCASIONADA POR AÇÃO ANULATÓRIA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA – Pretensão de reforma da r. decisão que indeferiu pedido de reintegração de posse – Descabimento – Hipótese em que a agravada adquiriu o imóvel objeto da demanda junto à anterior proprietária registral, Vivian Parente – Anterior proprietária registral que adquiriu o imóvel mediante procedimento administrativo de usucapião extraordinária promovido perante o oficial de registro de imóveis – Agravada que adquiriu a posse por justo título e em conformidade com o constante da matrícula do imóvel – Agravantes que moveram ação anulatória do procedimento administrativo de usucapião extraordinária – Ausência de notícia de que, em tal ação anulatória, tenha sido proferida decisão infirmando a higidez do referido procedimento administrativo – Prejudicialidade externa configurada – Impossibilidade, por ora, de afastamento da melhor posse da agravada, a qual foi regularmente adquirida e é oponível à pretensão possessória dos agravantes, em juízo ainda sumário de cognição da situação de direito material – Superveniência de julgamento de agravo de instrumento na ação anulatória conexa que decretou apenas a impossibilidade de a aqui agravada edificar ou demolir nos terrenos – Usucapião extraordinária que ainda remanesce hígida – Indeferimento da liminar possessória mantido – RECURSO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de recurso de agravo de instrumento, interposto contra respeitável decisão que indeferiu pedido de liminar possessória e decretou a suspensão do processo, por prejudicialidade externa, ocasionada por ação de usucapião

(fls. 1.205-1.207, complementada às fls. 1.227).

Sustentam os recorrentes, em apertada síntese, que a ação possessória de origem tem como objeto os imóveis de matrículas nos 47.961 e 47.962, unificados na matrícula nº 105.490 junto ao 13º Cartório de Registro de Imóveis de São Paulo – SP, no âmbito de procedimento de usucapião extraordinário promovido junto ao referido Oficial de Registro de Imóveis, pelo qual se reconheceu a propriedade em favor de Vivian Parente.

Alegam que o procedimento de usucapião extraordinário é objeto de ação declaratória de nulidade (processo nº 1040753-07.2022.8.26.0100), pois Vivian Parente detinha a posse do imóvel apenas por permissão dos aqui agravantes, e não com *animus domini*; ademais, os coproprietários dos outros imóveis assim usucapidos não foram notificados ou cientificados do procedimento de usucapião extraordinário, o que teria ficado confirmado pela contestação.

Afirmam que a pretensão deduzida na presente ação possessória é de imediata reintegração na posse, pois há elementos de convicção que demonstram que Vivian Parente exercia mera permissão gratuita sobre os imóveis de matrículas nos 47.961 e 47.962.

Argumentam: *"5 – Narra a inicial que os agravantes não tomaram conhecimento do processo administrativo de usucapião, movido por Vivian, que tramitou perante o 13º CRI de São Paulo, uma vez que houve prática de atos processuais fraudulentos, com a notificação de herdeiros sabidamente já falecidos e indicação de endereços nos quais Vivian tinha conhecimento inequívoco de que os agravantes não seriam lá localizados, agindo com evidente má fé para se locupletar de patrimônio alheio, além da deliberada e confessada ausência de notificação dos ora Agravantes MARCELLUS GLAUCUS e THAIS STELLA, conforme se depreende da contestação juntada pela Sra. Vivian nos Autos da Ação de Nulidade registrada sob o n.º 1040753-07.2022.8.26.0100, em trâmite perante a 1ª Vara de Registros Públicos do Fórum Central da Comarca da Capital do Estado de São Paulo, cingindo-se, sob a estapafúrdia e inconsistente alegação de que estes não seriam filhos do autor da herança Francisco Paulo Parente, fato este alegado e não comprovado pela inescrupulosa fraudadora Sra. Vivian Parente, e que os ora Agravantes demonstraram de forma cabal a má fé e a falsidade da assertiva com a juntada de suas certidões de nascimento em forma de inteiro teor"* (fls. 07-08).

Asseveram que: *"6 – Foram os agravantes alijados do processo administrativo de usucapião, de maneira claramente proposital, evitando-se assim que tomassem conhecimento da pretensão de transferência da propriedade pela prescrição aquisitiva, a qual nunca se consumou, e apresentassem oposição à pretensão de Vivian"* (fls. 08).

Acesso ao Sumário

Alegam que: *"7 – Cinge-se, ainda, por oportuno Excelências, que o 13.º Cartório de Registros de Imóveis corroborou de forma inequívoca para demonstrar a nulidade apontada, visto que, em despacho nos Autos do procedimento administrativo de Usucapião patrocinado pela Sra. Vivian, sob os auspícios de seu patrono, veio o órgão auxiliar da justiça requerer a juntada das certidões atualizadas de distribuição cível, de família e sucessões, criminais, de falência e recuperação judicial em nome dos proprietários entabulados nas matrículas originarias dos imóveis usucapidos, sendo certo que, neste momento, fora juntado a certidão em nome de Catharina Parente de Oliveira Neves, e seu consorte, Newton de Oliveira Neves, onde alí se depreendia que já existiam feitos de inventário distribuídos em nome de ambos, e, assim sendo, dever-se-ia o 13º Cartório de Registro de Imóveis, haver solicitado a certidão de objeto e pé dos referidos inventários, para assim, notificar os herdeiros dos espólios dos proprietários originários dos imóveis usucapiendos pelo fraudulento procedimento administrativo patrocinado pela fraudadora e inescrupulosa Sra. Vivian Parente"* (fls. 08).

Afirmam: *"8 – Ainda, conforme consta na inicial desta ação de reintegração, tem-se que deve ser considerado como data do esbulho, o momento em que Vivian Parente foi notificada extrajudicialmente, na data de 21/02/2022, uma vez que não tinham os agravantes conhecimento do procedimento administrativo de usucapião extrajudicial movido por Vivian perante o 13º Cartório de Registro e Imóveis de São Paulo"* (fls. 08).

Argumentam que: *"9 – O pedido de tutela provisória de urgência pretendido pelos agravantes foi indeferido inicialmente pelo eminente magistrado a quo, conforme decisão constante às fls. 686/687, sob o fundamento de que não houve clareza na demonstração de como se deu a posse anterior e o esbulho, tomando como parâmetro para a inversão da posse a data de 20/12/2019, quando foi lavrada a ata notarial perante o 15º Tabelionato de Notas da Comarca de São Paulo, documento através do qual os demais interessados teriam reconhecido a posse de Vivian Rosana Parente sobre os imóveis de matrículas nsº 47.961 e 47.962"* (fls. 09).

Asseveram que: *"10 – Houve apresentação de contestação pela agravada às fls. 708/752, alegando haver necessidade de litisconsórcio passivo necessário com Vivian Rosana Parente, em sede preliminar aduz a falta de pressuposto processual e falta de interesse em agir dos autores. No mérito, traz a agravada o fundamento de inexistir prévia posse dos autores, além de existir usucapião promovida, cabendo suspensão das ações possessórias, bem como a regularidade do negócio jurídico que funda a ocupação da agravada e o que o antecedeu, não tendo sido comprovados os requisitos para o deferimento de reintegração de posse"* (fls. 09).

Acesso ao Sumário

Alegam que: *"12 – Em referida decisão de fls. 1.205/1.207 foi reconhecida a existência de prejudicialidade externa, em razão do ajuizamento da ação anulatória n.º 1040753-07.2022.8.26.0100, entendendo o r. juízo a quo que a solução da presente ação possessória depende do julgamento de referida demanda anulatória do procedimento administrativo de usucapião extraordinário dos imóveis de matrículas ns.º 47.461 e 47.462, ambos do 13º CRI da Comarca de São Paulo"* (fls. 10).

Afirmam que: *"13 – Houve assim a suspensão do feito por 180 dias, para que se possa tomar conhecimento do julgamento dos autos n.º 1040753-07.2022.8.26.0100, possibilitando-se assim que este juízo avalie a necessidade de instrução desta ação ou se há condições de imediato julgamento. 14 – Na referida decisão interlocutória o eminente magistrado facultou às partes o prazo de cinco dias para apresentar esclarecimentos e ajustes, nos moldes do artigo 357, § 1º, do Código de Processo Civil"* (fls. 10).

Argumentam que: *"15 – Diante de tal determinação, apresentaram as partes pedido de reconsideração, tendo os agravantes apresentado petição às fls. 1.215/1.221 e a agravada às fls. 1.210/1214. 16 – Assim, o eminente magistrado, em decisão proferida às fls.1227, indeferiu a pretensão de reconsideração da decisão de fls. 1.205/1.207 apresentada pelas partes, entendendo que o inconformismo com a questão da prejudicialidade deve ser objeto de recurso a instância superior, mantendo igualmente a decisão que negou a antecipação da tutela pretendida"* (fls. 10).

Asseveram que: *"17 – Neste passo, tendo o magistrado facultado às partes a possibilidade de pedido de esclarecimentos da decisão de fls. 1205/1207, e tendo sido rejeitada a pretensão de esclarecimentos, por entender o douto magistrado se tratar de pedido de reconsideração, constata-se que não houve preclusão do direito de recorrer da decisão de fls. 1205/1027, o que fazem os agravantes neste momento processual, por meio deste recurso de agravo. 18 – Outrossim, tendo a decisão interlocutória de fls. 1227 mantido a decisão que negou a antecipação da medida liminar de reintegração de posse pretendida, há possibilidade de recurso de tal negativa"* (fls. 10-11).

Alegam: *"18 – Outrossim, tendo a decisão interlocutória de fls. 1227 mantido a decisão que negou a antecipação da medida liminar de reintegração de posse pretendida, há possibilidade de recurso de tal negativa. 19 – Da análise dos autos, constata-se que a decisão que nega a medida liminar de reintegração de posse pretendida pelos agravantes, tomou como parâmetro data equivocada para caracterizar a notificação da perda da posse, uma vez que os agravantes não constam em referida ata notarial, tendo sido propositadamente alijados do conhecimento de tal documento, uma vez que jamais foram notificados por Vivian acerca de sua pretensão de usucapir os imóveis em questão"* (fls. 11).

Acesso ao Sumário

Afirmam que: *"20 – Conforme consta da inicial, deve ser considerada a data de 21/02/2022 como marco inicial do conhecimento do esbulho possessório pelos agravantes, o que caracterizaria o esbulho de menos de ano e dia, impondo-se o deferimento da medida liminar de reintegração de posse"* (fls. 11).

Argumentam que: *"24 – No caso em tela, resta devidamente demonstrado na inicial que a posse dos imóveis de matrículas ns.º 47.961 e 47.962 foi cedida em caráter precário à Franciso Paulo Parente, genitor de Vivian Rosana Parente e dos agravantes da presente demanda. 25 Tendo em vista que Francisco Paulo Parente, solicitou à sua irmã Catharina Parente e seus primos, a utilização do referido imóvel para moradia de sua ex-esposa Terezinha Parente e filhos, neles incluídos a filha Vivian Parente, a posse jamais deixou de ter seu caráter precário. Vivian e sua mãe sucederam a posse, mantendo esta sua característica precária"* (fls. 12).

Asseveram que: *"26 – O documento acostado às fls.193/202 comprova de maneira inequívoca que a posse exercida pelo pai de Vivian, e posteriormente exercida por esta, tinha caráter precário, uma vez que decorrente de mera permissão, de caráter humanitário, solidário e fraterno, uma vez que Francisco Paulo Parente encontrava-se em sérias dificuldades financeiras, não tendo condições de arcar com um aluguel de um imóvel que abrigasse sua primeira família, não caracterizando posse ad usucapionem"* (fls. 12).

Alegam que: *"30 – Vivian instaurou procedimento administrativo de usucapião extraordinário perante do 13º CRI de São Paulo, com fundamento em ata notarial lavrada perante o 15º Tabelionato de Notas de São Paulo, no qual houve prática de atos fraudulentos, como a notificação de pessoas sabidamente falecidas e exclusão intencional dos herdeiros Marcellus Glaucus e Thais Stella do processo"* (fls. 15).

Afirmam que: *"31 – Neste passo, não pode a data da lavratura da referida ata notarial ser tomada como marco para o conhecimento inequívoco dos agravantes, qual seja, 20/12/2019, uma vez que aqueles não tomaram conhecimento de referido documento, muito menos do esbulho possessório perpetrado por Vivian, posto que, para os agravantes, a posse precária continuava sendo exercida por aquela, em decorrência da permissão gratuita concedida pelos demais proprietários e possuidores"* (fls. 15).

Argumentam que: *"32 – Diante de tais fatos, resta evidente que o esbulho possessório não pode ser considerado como de conhecimento dos agravantes desde aquela data, mas sim no momento em que notificaram extrajudicialmente a ora agravada quanto à impossibilidade de Vivian Parente ter usucapido legalmente os imóveis objetos da presente demanda, ou seja, em 21/02/2022. 33 – Isto posto, os agravantes entendem que a questão do momento em que Vivian Parente obteve a posse precária dos imóveis encontra-se perfeitamente*

Acesso ao Sumário

delimitada, tendo em vista o Termo de Permissão de 03/09/1983, juntado às fls. 193/202, não havendo qualquer dúvida quanto às características da posse precária exercida por aquela" (fls. 15).

Asseveram que: *"34 – E, no que diz respeito ao momento da inversão da posse precária para posse com animus domini, muito embora se possa interpretar como sendo a ata notarial lavrada na data de 20/12/2019, no 15º Tabelião de Notas de São Paulo, conforme fls.177/192, necessário atentarmos este Ínclito Relator, bem como a Colenda Câmara Julgadora, de que somente pode se dizer em inversão de posse ao momento do registro perante o competente Cartório de Registro de Imóveis, sendo certo que ao fato em testilha, o Registro do Usucapião se deu à mesma data de seu deferimento, qual seja, 27 de setembro de 2.021, conforme se depreende do documento juntado às Fls. 333/385 dos Autos originários do presente Agravo de Instrumento, visto que a Ata Notarial per si não induz nenhuma forma de posse e ou propriedade, tanto assim o é que com a ata notarial que se promove o feito administrativo e ou judicial para a efetivação e perfectibilização do usucapião, conforme leciona o § 3.º, do artigo 5.º, do Provimento sob o n.º 65/2.017 do Egrégio Conselho Nacional de Justiça, sendo certo, ainda, que não há prova de que os agravantes dela Ata Notarial , tiveram inequívoco conhecimento, tratando-se de uma mera presunção, sendo mais correto, no entendimento dos autores, que a fluência do prazo de ano e dia, para efeitos de liminar da presente ação de reintegração de posse, seja considerada como tendo se consumada no momento em que os agravantes notificaram extrajudicialmente a ora agravada, em 21/02/2022, prova irrefutável de que nesta data os agravantes tiveram ciência inequívoca da ocorrência do esbulho possessório, portanto, com menos de ano e dia"* (fls. 16).

Alegam: *"35 Portanto, Excelências, está comprovado que os Agravantes, dentro do legal interregno de posse nova, com menos de ano e dia da transmissão da posse à Sra. Vivian através do fraudulento e nulo de pleno direito usucapião que origina a transmissão da posse à ora Agravada – Usucapião deferido e registrado em data de 27/09/2.021 em favor de Vivian, conforme documentos acostados às Fls. 333/385 dos originários e distribuição do feito originário em data de 06/07/2.022, ou seja 09 meses e 20 dias após a transmissão da posse à Vivian – , e assim que tomaram conhecimento inequívoco do fraudulento usucapião, bem como de sua respectiva venda, imediatamente acionaram o Poder Judiciário, em interregno inferior ao prazo decadencial de ano e dia, restando, assim, provada a posse nova, não caracterizando a posse velha, permitindo-se, assim, o requerimento de concessão de tutela de urgência para reintegração da posse, conforme demonstrada na peça vestibular dos originários"* (fls. 16-17).

Afirmam que: *"37 – Ora, o indeferimento da medida liminar de reintegração de posse dos imóveis aos agravantes poderá tornar inócuo o objeto desta demanda possessória e da ação anulatória autuada sob o n.º 1040753-*

Acesso ao Sumário

07.2022.8.26.0100, uma vez que resta demonstrado que a posse exercida pela pessoa de Vivian Parente era precária, lastreada em mera permissão, bem como, a posterior transmissão da propriedade pela usucapião extraordinária teve como fundamento procedimento fraudulento, com evidente ocultação da situação dos coerdeiros, ora agravantes" (fls. 18).

Argumentam que: *"38 – Ainda, o negócio jurídico celebrado entre Vivian e a agravada é de valor vultoso, sendo que a manutenção dos seus efeitos está causando prejuízos irreparáveis às partes, uma vez que Vivian já recebeu a totalidade dos valores em decorrência da transmissão da propriedade ilicitamente adquirida. 39 – Conforme demonstrado nos autos, existe risco de demolição iminente dos imóveis, posto existir pretensão da agravada de construção de empreendimento no local, o que acarretaria ainda maiores prejuízos e impossibilidade de retorno ao status quo ante, acaso os agravantes restem vencedores nesta demanda e nos autos da ação anulatória"* (fls. 18-19).

Acrescentam que: *"40 – Restam demonstrados os requisitos para concessão da medida liminar de reintegração de posse aos agravantes, uma vez que está demonstrado que a posse de Vivian era precária, lastreada em mera permissão, houve evidente fraude no procedimento administrativo de usucapião, bem como o esbulho possessório ocorreu a menos de ano e dia, tomando-se como termo inicial do prazo de ano e dia a data em que os agravantes tiveram conhecimento inequívoco do esbulho, ou seja, em 21/02/2022, data em que foi enviada notificação extrajudicial à agravada"* (fls. 19).

Alegam que: *"44 – A posse exercida pela pessoa de Vivian, era comprovadamente precária, tem como origem mera permissão gratuita, jamais tendo sido exercida com animus domini, o que impede a transmissão da propriedade pela prescrição aquisitiva. 45 – Outrossim, a usucapião extrajudicial manejada por Vivian teve como fundamento documento fraudulento, obtido mediante simulação de notificações aos demais herdeiros, tendo enviado notificação à herdeira sabidamente falecida e indicado como endereços antigos e desatualizados, com o objetivo de ocultar a pretensão espúria daquela que se beneficiaria com a transmissão da propriedade dos imóveis, além de ter de forma proposital e fraudulenta omitido a existência dos irmão unilaterais Marcellus Glaucus e Thaís Stella"* (fls. 20).

Postulam, por fim, a reforma da r. decisão recorrida, para que seja deferida a liminar possessória em seu favor.

Recurso bem processado.

Contrarrazões às fls. 49-63, com preliminar de intempestividade.

Instados a se manifestar (fls. 65), os agravantes apresentaram a petição de fls. 77-108, com as seguintes alegações: **(i)** reiteram as razões recursais do agravo de instrumento; **(ii)** argumentaram pela inocorrência de preclusão tem-

Acesso ao Sumário

poral para a interposição do presente recurso, pois, no despacho saneador, o douto juízo singular possibilitou às partes que apresentassem esclarecimentos. Dessa forma, os aqui agravantes formularam os mencionados esclarecimentos e pediram que fosse reconsiderado o indeferimento da liminar possessória; **(iii)** diante da negativa do douto juiz singular, não havia óbice algum à interposição do presente recurso. Postularam, assim, o provimento do presente recurso e a condenação da agravada em encargos de sucumbência.

Oportunizada vista à agravada, esta insistiu na intempestividade do presente recurso, e, no mérito, pelo desprovimento (fls. 113-122).

Às fls. 135-145, os agravantes noticiaram o julgamento, pela Eg. 3ª Câmara de Direito Privado, do agravo de instrumento nº 2201167-68.2022.8.26.0000, interposto nos autos da ação conexa de anulação de usucapião extraordinário.

É o relatório.

Rejeita-se a preliminar de intempestividade suscitada em contrarrazões.

Afirma a agravada que o presente recurso seria intempestivo porque, na realidade, a irresignação dos agravantes diria respeito à decisão de fls. 686-687, complementada às fls. 699 e 705, pelas quais o pedido de liminar possessória havia sido originariamente indeferido; e não em relação à decisão ora recorrida (fls. 1.205-1.207, complementada às fls. 1.227), a qual, inclusive, reconheceu expressamente que os agravantes pretenderam meramente a reconsideração quanto ao indeferimento da liminar possessória.

Sem razão a agravada.

A decisão que originariamente indeferiu a liminar possessória não havia analisado expressamente a ocorrência de prejudicialidade externa, embora tenha aludido à existência da ação anulatória de usucapião extrajudicial.

Já a decisão aqui recorrida, ao concluir pela existência dessa prejudicialidade externa, incursionou novamente sobre o pedido de liminar possessória.

É o que se depreende do seguinte trecho da decisão recorrida:

"(...).

Há prejudicialidade externa, realmente. A narrativa toda que fundamenta o pedido possessório é envolta na arguição de que Vivian Parente detinha mera permissão, dada pelos autores, e por isso não poderia ter usucapido. Este fato, a permissão ou a posse, está sob prévio debate direto na ação 1040753-07.2022.8.26.0100, em andamento. Note-se, como já exposto na decisão de fls. 686/687, não há narrativa clara na peça inicial da posse e do esbulho. Evidente que o destino dessa demanda, sanada a deliberação de urgência e, aparentemente sem recurso, depende intrinsecamente da solução a ser dada no referido processo perante a Vara de Registros Públicos. A depender de

como se resolve a ação anulatória, a posse da requerida pode existir ou pode ser mera permissão e, portanto, passível de retomada pelo anterior possuidor. O debate daquela demanda, somente quando resolvido, é que permitirá analisar o efetivo ponto controvertido desta demanda.

Deste modo, suspendo o presente feito por 180 dias, devendo as partes informar ao longo do período e com o seu término o resultado dos autos 1040753-07.2022.8.26.0100 para que este Juízo possa avaliar a necessidade de instrução específica da demanda possessória ou a possibilidade de pronto julgamento.

Por fim, faculto às partes em cinco dias esclarecimentos e ajustes, nos moldes do art. 357, § 1º, do Código de Processo Civil. No silêncio, estabiliza-se a decisão. (...)" (fls. 1.206-1.207).

Nesse contexto, a ulterior reiteração do pedido de liminar possessória pelos agravantes não configurou meramente uma repetição do quanto postulado em ocasiões anteriores.

De fato, a decisão recorrida agregou um novo fundamento a proscrever a liminar possessória, qual seja: a existência de prejudicialidade externa.

Logo, era dado aos agravantes reiterarem o pedido de liminar possessória.

Consequentemente, não se vislumbra, na hipótese, mero pedido de reconsideração, ressalvando-se que tal *nomen juris* foi empregado pelos agravantes em sua manifestação em primeiro grau (fls. 1.220) e que a douta juíza singular recebeu o pedido dos agravantes também sob a rubrica de *"reconsideração"* (fls. 1.227).

Afastada a preliminar, no mérito, o recurso não comporta provimento.

Os agravantes ingressaram com a presente ação possessória postulando a imediata reintegração na posse dos imóveis de matrículas nos 47.961 e 47.962.

O deferimento da liminar possessória em favor dos agravantes exige seja reconhecido o exercício de uma melhor posse.

Acesso ao Sumário

No entanto, em cognição ainda sumária da situação de direito material, os agravantes não lograram demonstrar o preenchimento de tal requisito.

Embora aleguem ser proprietários dos mencionados imóveis, não é isso que se depreende das matrículas desses bens (fls. 87-98; 99-110; 111-116).

De fato, tais matrículas indicam a agravada como proprietária registral dos imóveis, com gravame de alienação fiduciária ao Banco Genial S/A.

Ademais, consta dessas matrículas que a agravada adquiriu esses imóveis junto à pessoa de Vivian Parente, anterior proprietária registral; esta, por sua vez, havia adquirido esses bens mediante procedimento administrativo de usucapião extraordinária.

Vale ressaltar que, a despeito de os aqui agravantes haverem ingressado com ação anulatória desse procedimento administrativo de usucapião extraordinária, não se tem notícia, nestes autos, de que tal procedimento tenha sido desconstituído.

Evidente, assim, que: **(i)** ao menos por ora, a aquisição da posse pela agravada **é regular e oponível aos agravantes**, pois fundada em justo título e em conformidade com o constante do registro público de imóveis; **(ii)** a **natureza da posse de Vivian Parente e a regularidade do procedimento administrativo de usucapião extraordinária** por ela promovida são questões prejudiciais à análise da pretensão possessória das agravantes, não se tendo notícia de que tenha sido proferida deliberação sobre tais matérias nos autos do processo da ação anulatória de usucapião movida pelos agravantes em face de Vivian Parente; **(iii) referidas questões prejudiciais (natureza da posse de Vivian Parente e licitude do procedimento de usucapião extraordinária administrativa promovida por Vivian Parente) estão afetadas à ação anulatória de usucapião extraordinária**, o que caracteriza a prejudicialidade externa reconhecida em primeiro grau de jurisdição.

Ressalve-se que os agravantes noticiaram o julgamento, pela Eg. 3ª Câmara de Direito Privado, do agravo de instrumento nº 2201167-68.2022.8.26.0000, interposto nos autos da ação conexa de anulação de usucapião extraordinário (fls. 138-145).

Referido agravo de instrumento foi assim ementado:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA EXTRAJUDICIAL. NULIDADE. DEMOLIÇÃO DE IMÓVEIS PARA CONSTRUÇÃO DE EMPREENDIMENTO. Decisão que deferiu o bloqueio de matrícula de imóvel e determinou que a agravante se abstenha de demolir os imóveis para construção de empreendimento. Insurgência da ré. Não acolhimento. Os agravados, na qualidade de herdeiros, deixaram de ser notificados para apresentarem as respectivas objeções no procedimento extrajudicial de usucapião extraordinária movido por uma herdeira. Inteligência do art. 10 do Provimento nº 65/2017 do CNJ. A despeito de o art. 11 do referido Provimento permitir a notificação por meio de edital, é cediço que esse meio de comunicação não é plenamente eficaz para garantir a ciência dos interessados, sobretudo quando alguns deles são irmãos unilaterais daquela que solicitou o reconhecimento extrajudicial de usucapião. Urgência da medida evidente diante da recente autorização da municipalidade para a demolição dos imóveis usucapidos. Necessidade de se garantir a eficácia de futuro provimento jurisdicional. Pedido de demolição dos prédios mediante caução. Afastamento, sob risco de irreversibilidade. Presença de ambos os requisitos do art. 300 do CPC reconhecida. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO DESPROVIDO. (TJSP; Agravo de Instrumento 2201167-68.2022.8.26.0000; Relator (a): **Donegá Morandini**; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível – 1ª Vara de Registros Públicos; Data do Julgamento:

Acesso ao Sumário

28/03/2023; Data de Registro: 30/03/2023).

Assim, à luz desse julgado, entendem os agravantes que ficou comprovada sua melhor posse.

Porém, razão não lhes assiste.

Como mencionado acima, **a natureza da posse de Vivian Parente e a regularidade do procedimento administrativo de usucapião extraordinária** por ela promovida são questões prejudiciais à análise da pretensão possessória das agravantes e **se encontram sub judice no processo da ação anulatória de usucapião extraordinária, não se tendo notícia de que tenha sido proferida deliberação especificamente sobre tais matérias.**

Ao contrário, no julgamento do agravo de

instrumento noticiado pelos agravantes, deliberou-se apenas pelo bloqueio da matrícula do imóvel e pela impossibilidade de a agravada demolir ou edificar no referido imóvel.

Nesse contexto, inviável o deferimento da liminar possessória pretendida pelos agravantes, ausentes elementos de convicção que demonstrem uma melhor posse em face da aqui agravada, ao menos em cognição ainda sumária da situação de direito material.

Diante de todo o exposto, **nega-se provimento ao recurso.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2008101-89.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante REFRIGERANTES VEDETE LTDA., é agravado SKETCH PRODUÇÕES ARTÍSTICAS LTDA.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram em parte do recurso e, na parte conhecida, negaram-lhe provimento. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.066)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores GALDINO TOLEDO JÚNIOR (Presidente), WILSON LISBOA RIBEIRO e EDSON LUIZ DE QUEIROZ.

São Paulo, 9 de maio de 2023.

GALDINO TOLEDO JÚNIOR, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – Ação de indenização – Decisão que afastou a alegação de nulidade do auto de penhora de maquinário de propriedade da executada – Inconformismo desta – Não conhecimento quanto à questão relativa à avaliação do bem não definida na r. decisão agravada – Desacolhimento quanto ao restante da matéria arguida – Devedora devidamente intimada da constrição, nos termos do artigo 841, § 1º, do CPC – Inexistência de exigência legal de prévia intimação para que o devedor participe do ato de constrição – Penhora do mesmo bem na Justiça Trabalhista que não impõe a desconstituição do ato – Necessidade de definição da avaliação do bem, ainda controvertida, para que se conheça o montante apurado e o quão será suficiente para a cobertura dos débitos reclamados nas demandas, observando-se a ordem legal de preferência de credores – Nulidade da penhora não reconhecida – Recurso desprovido, na parte conhecida.

VOTO

1. Cuida-se de agravo de instrumento tirado de decisão que, em ação de indenização, em fase de cumprimento de sentença, afastou a alegação de nulidade da penhora realizada nos autos, nos seguintes termos: "*A penhora não é nula. O argumento aduzido pelo executado não pode ser acolhido. Com efeito, o executado foi efetivamente intimado da constrição, via advogado constituído nos autos (que inclusive subscreveu a impugnação), da decisão que deferiu a penhora, conforme se observa de fls. 1959. Ainda, o executado foi devidamente intimado na pessoa do Advogado constituído nos autos a se manifestar a respeito do pedido de adjudicação, pelo credor, dos bens penhorados, conforme também se observa de fls. 2153. Note-se, ainda, que o fato do depositário designado supostamente não deter propriedade ou posse sobre os bens não impõe condição de nulidade para a penhora. Referido argumento, aliás, não restou devidamente comprovado pela executada. Como se vê, não há nulidade a ser reconhecida, tendo a intimação se efetivado nos termos do artigo 841, § 1º do Código de Processo Civil (...) Havendo, portanto, controvérsia quanto ao valor do maquinário penhorado, este não pode ser adjudicado, ao menos por ora. Assim, a exequente deverá se manifestar a respeito do laudo de avaliação trazido pela executada fls. 2249/2297*".

Sustenta a recorrente, em resumo, que tinha conhecimento da constrição, que ocorreria em data futura, mas esta foi efetivada em 060.62022 sem qualquer

Acesso ao Sumário

agendamento ou a presença do proprietário e depositário dos bens, o sócio Sidnei Momesso, de modo que tomou conhecimento da juntada da carta precatória cumprida pelo sistema push, e, para sua surpresa, constava a penhora e avaliação dos maquinários. Acrescenta que em 05/08/2022 manifestou-se contrário a adjudicação e que a penhora e avaliação feita pelo(a) Oficial(a) de Justiça, por mera cópia de avaliação feita em ação trabalhista, é nula de pleno direito por ferir o artigo 838 do Código de Processo Civil, até porque foi impugnada naquele juízo. Defende, ainda, que a nomeação de Odair Momesso não pode prevalecer porque é impossível a figura de dois depositários de um mesmo bem. Acrescenta que o pedido de adjudicação deverá ser indeferido porque há pedido precedente de penhora nos autos da ação trabalhista. Pede a concessão de liminar e o final provimento do reclamo para que seja declarado nulo o auto de penhora e avaliação, determinando-se o refazimento dos atos e que não se aceite a avaliação, determinando-se a reavaliação dos bens.

Recurso recebido em parte, uma vez que a questão relativa à avaliação dos bens penhorados não foi objeto de definição pela decisão combatida, o que que obsta a manifestação desta Corte a respeito, sob pena de supressão de instância. No mais, recurso regularmente processado, indeferido o pedido liminar (fls. 239/242). Contraminuta às fls. 247/251.

2. De início, não serão apreciadas as alegações da agravante quanto à questão relativa à avaliação dos bens penhorados porquanto não conhecido o agravo nesta parte, conforme deliberou a decisão de fls. 239/242.

No mais, na esteira da decisão liminarmente proferida, não comporta acolhida o reclamo.

Isso porque não há amparo ao pretendido reconhecimento de nulidade da penhora, uma vez que a agravante foi intimada da penhora do maquinário de sua propriedade.

Tal como destacado pelo MM. Juízo *a quo*, o executado foi devidamente intimado da constrição, nos termos exigidos pelo artigo 841, § 1º, do CPC: "*Formalizada a penhora por qualquer dos meios legais, dela será imediatamente intimado o executado. § 1º A intimação da penhora será feita ao advogado do executado ou à sociedade de advogados a que aquele pertença*".

Nesse cenário, a alegação de que a validade da penhora estaria condicionada à presença do devedor não encontra amparo legal, já que não há exigência normativa de sua presença no ato de constrição.

Acerca da nomeação do depositário, sustenta a executada-agravante que o senhor Odair Momesso, subscritor do Auto de Penhora lavrado, é terceiro estranho a lide e não possui qualquer poder ou posse sobre os maquinários. Aponta que, nos autos da Justiça Laboral, os mesmos bens foram depositados ao senhor Sidnei Momesso, proprietário da empresa executada e detentor dos ma-

Acesso ao Sumário

quinários, de modo que não poderia haver dois depositários para o mesmo bem. Destaca também que não pode haver a adjudicação porque há pedido precedente de penhora nos autos da ação trabalhista.

Todavia, as questões atinentes à nomeação do depositário não são hábeis a justificar a pretendida nulidade do auto de penhora, no qual apenas está documentada a constrição.

Anote-se, ademais, que o pedido de adjudicação do bem e efetiva expropriação apenas poderá ser analisado após decidida a questão da avaliação do bem, que, por ora, é controvertida, inclusive levando-se em conta o que foi decidido a respeito na Justiça Laboral, tal como pontuou o MM. Juízo "a quo".

Mais ainda, impende destacar que apenas o fato de haver pedido precedente de penhora na Justiça Trabalhista não impõe, por ora, a desconstituição da penhora sem a análise da questão da avaliação e sem que se conheça o montante apurado e o quão será suficiente para a cobertura dos débitos reclamados nas demandas, observando-se a ordem legal de preferência de credores.

Por estas razões, mantém-se a decisão recorrida.

3. Ante o exposto, meu voto nega provimento ao recurso, na parte conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2080051-61.2023.8.26.0000, da Comarca de Rio Claro, em que são agravantes MARISA SILVIA GALO SCATOLIN, FÁTIMA APARECIDA GALO MILANI e GISELDA APARECIDA GALO PIN, é agravado BANCO DO BRASIL 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 em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.700)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MATHEUS FONTES (Presidente) e CAMPOS MELLO.

São Paulo, 16 de maio de 2023.

HÉLIO NOGUEIRA, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento. Ação de Execução. Decisão que deferiu a habilitação dos herdeiros Giselda Aparecida Gallo Pin, Jedaias Norberto Gallo, Ma-

Acesso ao Sumário

risa Silvia Gallo Scatolin e Fátima Aparecida Gallo Milani, que passarão a figurar, em nome próprio, além do espólio, no polo passivo da ação. Inconformismo. Inteligência dos artigos 110 e artigo 313, § 2º, I, do CPC. Preferência da substituição pelo espólio. Habilitação dos herdeiros somente é possível nas hipóteses de inexistência de patrimônio suscetível de abertura de inventário. Existência de patrimônio deixado pelo "de cujus". Artigo 642 do CPC. Partilha ou habilitação do credor não realizada nos autos do inventário. Espólio que deve permanecer respondendo à execução, excluídos os herdeiros. Decisão reformada. Agravo provido em parte.

VOTO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por **Marisa Silvia Galo Scatolin, Fátima Aparecida Gallo Milani e Giselda Aparecida Gallo Pin** contra a agravada, **Banco do Brasil S/A**, extraído dos autos de Ação de Execução, em face de decisão de fls. 428/429 dos autos de origem que deferiu a habilitação dos herdeiros Giselda Aparecida Gallo Pin, Jedaias Norberto Gallo, Marisa Silvia Gallo Scatolin e Fátima Aparecida Gallo Milani, que passarão a figurar, em nome próprio, além do espólio, no polo passivo da ação.

Foram opostos embargos de declaração (fls. 438/441), os quais foram acolhidos para afastar a extinção da execução contra o espólio de Oswaldo Gallo e herdeiros/sucessores habilitados, suprindo-se omissão (fl. 444).

As agravantes, inconformadas, informam, resumidamente, a execução foi proposta pelo banco agravado em face de Jedaias Norberto Gallo (pessoa jurídica), Oswaldo Gallo, Elza Nunes da Silva Gallo e Jedaias Norberto Gallo.

Explicam que são filhas e herdeiras do Sr. Oswaldo Gallo, falecido em 4 de fevereiro de 2016, conforme certidão de óbito juntada à fl. 294 dos autos de origem.

Destacam que após a citação para responderem à habilitação dos herdeiros, apresentaram tempestivamente impugnação, alegando, em apertada síntese que a execução deveria ser extinta em relação a elas, pois o "de cujus" havia falecido antes da sua citação.

Argumentam que a execução deveria ter sido extinta em face do falecido Oswaldo Gallo, e, consequentemente, extinta em face de seus sucessores, já que o óbito ocorreu antes de sua citação nos autos.

Ressaltam que, embora a ação de execução tenha sido proposta em 26 de abril de 2014, até a data de seu óbito o executado Oswaldo Gallo não havia sido

Acesso ao Sumário

citado nos autos.

Aduzem que ausente um dos requisitos da ação, qual seja, o da legitimidade passiva, pois não foi estabelecida a relação processual com o devedor original.

Apontam que, conforme entendimento pacífico dos tribunais superiores, é impossível a ocorrência de simples redirecionamento da ação aos herdeiros do devedor, devendo haver novo ajuizamento em face do espólio ou dos herdeiros.

Fazem o prequestionamento de matéria federal e constitucional para fins de interposição de recursos às instâncias superiores.

Requerem a concessão do efeito suspensivo e, no mérito, pugnam pelo provimento do presente recurso, reformando-se a decisão agravada, a fim de extinguir o processo de execução em face do falecido Oswaldo Gallo e consequentemente de suas herdeiras, ora agravantes, em vista da ausência de legitimidade passiva.

O recurso foi recebido no efeito suspensivo (fls. 467/474).

A agravada apresentou contraminuta, onde postula seja negado provimento ao recurso (fls.478/481).

É o relatório.

Conforme especificado na decisão de admissibilidade deste agravo de instrumento, dita o artigo 110 do CPC, "Ocorrendo a morte de qualquer das partes, dar-se-á a sucessão pelo seu espólio ou pelos seus sucessores, conforme disposto no art. 110, do CPC, observadas as disposições do art. 313, §§ 1º e 2º".

O art. 313, § 2º, I, do CPC dispõe que, ao tomar conhecimento da morte, o juiz observará o seguinte: "I – falecido o réu, ordenará a intimação do autor para que promova a citação do respectivo espólio, de quem for o sucessor ou, se for o caso, dos herdeiros, no prazo que designar, de no mínimo 2 (dois) e no máximo 6 (seis) meses".

Segundo o entendimento estabelecido pelo Superior Tribunal de Justiça, porém:

"Embora no caso de morte do autor da ação seja efetuada a substituição processual pelo seu espólio, é admissível a simples habilitação dos seus herdeiros nas hipóteses de inexistência de patrimônio susceptível de abertura de inventário." (REsp 254.180/RJ, Rel. Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, julgado em 11/09/2001, DJ 15/10/2001, p. 304).

Na mesma linha, outro precedente do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"ADMINISTRATIVO. PENSÃO ESTATUTÁRIA. REVISÃO. INTEGRALIDADE. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO RECONHECIDA POR DECISÃO DEFINITIVA. AUTORA QUE FALECE NO ESTADO DE SOLTEIRA

Acesso ao Sumário

E NÃO POSSUI FILHOS NEM PATRIMÔNIO. ASCENDENTES JÁ FALECIDOS. ARTIGOS 1055 E 1060, INCISO I, DO CPC. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. ART. 43 DO CPC. PARTICULARIDADES DO CASO QUE AUTORIZAM, EM CARÁTER EXCEPCIONAL, O DEFERIMENTO DA HABILITAÇÃO DOS IRMÃOS DA AUTORA NOS PRÓPRIOS AUTOS DA EXECUÇÃO. (...) 3. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que, nos termos do art. 43 do Código de Processo Civil, ocorrendo a morte de qualquer das partes, dar-se-á a substituição desta pelo seu espólio ou sucessores. 4. Apesar do art. 43 do CPC referir que a substituição possa ocorrer alternativamente "pelo espólio ou pelos seus sucessores", entende-se que será dada preferência à substituição pelo espólio, ocorrendo a habilitação dos herdeiros em caso de inexistência de patrimônio sujeito à abertura de inventário. 5. Agravo regimental não provido". (Destaquei) (AgRg no REsp 1051443/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em23/06/2015, DJe 29/06/2015).

No caso dos autos principais, a informação trazida é a da existência de patrimônio deixado pelo "de cujus", conforme consta da certidão de óbito de fl. 294 dos autos de origem, "deixou bens a inventariar e não deixou testamento".

O artigo 796 do Código de Processo Civil dispõe que: o espólio responde pelas dívidas do falecido, mas, feita a partilha, cada herdeiro responde por elas dentro das forças da herança e na proporção da parte que lhe coube.

No mesmo sentido, é o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça e deste Egrégio Tribunal:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação monitória – Decisão que defere pedido formulado pela autora de habilitação de herdeiros em substituição à ré falecida antes do ajuizamento da ação – Alegada necessidade de extinção do processo por ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo, haja vista que a habilitação, sucessão ou substituição processual somente é cabível nos casos em que o falecimento ocorre no curso do processo e o pedido de aditamento é requerido antes da citação – Autora que tomou conhecimento do falecimento da ré e da existência de inventário extrajudicial após o ajuizamento da ação, tendo requerido a citação dos herdeiros para habilitação – Admitida a substituição processual da ré por seus herdeiros, na medida em que, encerrado o inventário, não mais subsiste a figura do espólio (CPC, 110 e 687) – Inexistência de prejuízo aos herdeiros, que só responderão pelos débitos da de cujus dentro das forças da herança e na proporção da parte que lhes coube (CC, 1997) – Decisão mantida. Recurso desprovido." (Agravo de Instrumento nº 2108286-72.2022.8.26.0000, E. 37ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. José Wagner de Oliveira Melatto Peixoto, j. 24/05/2022).

"APELAÇÃO – Ação Monitória – Contratos de empréstimos pessoais –

Acesso ao Sumário

Falecimento do réu antes de sua citação – Suspensão do feito para habilitação dos herdeiros – Inteligência dos art. 687 e 688, inc. I, do CPC – Cooperativa autora que peticiona a substituição processual por herdeiros – Deferimento – Embargos monitórios apresentados – Sentença de extinção por ilegitimidade passiva – Descabimento – Devedor que, após o falecimento do executado, passa a ser seu respectivo espólio, situação, contudo, que não conduz à ilegitimidade passiva dos herdeiros – Aberta a sucessão, posse e propriedade dos bens integrantes do patrimônio do de cujus são atribuídas aos herdeiros independentemente de inventário, na forma do art. 1.784, do CPC – Princípio da Saisine – Administração provisória dos bens componentes do acervo hereditário que permite possam os herdeiros ser citados para se habilitarem em processos em que o espólio é o réu envolvendo interesse dos sucessores – Inteligência dos art. 1.784 do CPC, e 1.797, do CC – Desnecessidade daquele que mantida relações jurídicas com o falecido aguardar a interposição de inventário para então poder adotar providências para proteção de seus direitos. APELAÇÃO – Inventário – Necessidade – Juízo onde será nomeado inventariante que passará a representar o espólio, na forma do art. 75, inc. VII, do CPC, sem prejuízo da permanência dos herdeiros que continuam defendendo seus direitos hereditários – Legitimidade passiva dos herdeiros reconhecida – Sentença anulada. Recurso provido, com determinação." (Apelação Cível nº 1003442-74.2020.8.26.0189, E. 17ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. João Batista Vilhena, j. 17/02/2022).

Lado outro, conforme bem explicita a redação do art. 642 do CPC, "antes da partilha, poderão os credores do espólio requerer ao Juízo do inventário o pagamento das dívidas vencidas e exigíveis".

Nesse sentido, portanto, "a habilitação de crédito contra o espólio, no Juízo do inventário, é mera faculdade concedida ao credor, que pode livremente optar por propor ação de cobrança e posterior execução" (STJ – 4ª T., REsp 921.603, Min. João Otávio, j. 15.10.09, DJ 26.10.09).

Isso porque, na persecução de seu crédito, tem o credor a faculdade de decidir pelo meio que lhe é mais benéfico, considerando-se ainda que uma vez eleita a via judicial pelo credor, em que se deu a efetiva habilitação do crédito no bojo do inventário, não é dada a esse credor a possibilidade de se valer de nova via judicial para obter o mesmo crédito, seja em relação ao próprio espólio, seja em relação ao codevedor, pois, em ambos os casos, a habilitação de crédito anteriormente intentada e judicialmente homologada já atingiu tal finalidade, tornando a adoção de outra medida judicial (seja executória ou de cobrança), por conseguinte, absolutamente inócua, e, mesmo, desnecessária" (STJ-RT 915/605, 3ª T., REsp. 1.167.031).

Consequentemente, se não houve a partilha ou habilitação do credor nos autos do inventário, corretamente, deve o espólio permanecer respondendo à execução, excluídos os herdeiros.

Acesso ao Sumário

Portanto, à vista destas considerações, reforma-se a r. decisão agravada, para excluir os herdeiros do polo passivo da execução.

Ante o exposto, por meu voto, dá-se provimento ao recurso em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 2262965-30.2022.8.26.0000, da Comarca de Olímpia, em que são agravantes MARIA DA GLÓRIA BREDA BRITO e ZENAIDE BREDA BRITO, são agravados LUIZ FERNANDO BREDA BRITO e DURVAL BRITO.

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 28.768)**

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

São Paulo, 25 de maio de 2023

ALCIDES LEOPOLDO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Inventário – Colação de bens – Doação de quotas societárias – Conflito do art. 639 do CPC/2015 com o art. 2.004 do Código Civil/2002, acerca do momento em que se deve proceder o cálculo dos bens – Vigência do Código Civil/2002 ao tempo da liberalidade que deve ser observado – Óbito anterior ao CPC/2015 – Observância do critério da temporalidade – Aplica-se a regra do art. 2.004 e parágrafos do Código Civil, devendo a colação se dar pelo valor ao tempo da liberalidade, pela presunção de adiantamento da herança – Estando as quotas sociais ainda em poder dos donatários, assiste-lhes o direito de trazê-las em espécie, e não pelo seu valor, no que excedeu no momento da doação, para o fim de igualar as legítimas – Precedentes do STJ – Na colação das quotas societárias os agravantes deverão devolver os lucros e dividendos correspondentes e juros sobre capital próprio (JCP)

Acesso ao Sumário

acaso percebidos, corrigidos monetariamente pela Tabela Prática do TJSP de cada recebimento, sem juros de mora por não se cuidar de ação de cobrança – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de liminar, nos autos da ação de inventário, das decisões de fls. 1.903/1.905 e 1.933/1.934 (embargos de declaração) dos autos principais, na parte em que determinou que a colação será pelo valor real das cotas em espécie ao tempo da liberalidade, sem qualquer acréscimo além da atualização monetária até a abertura da sucessão, com espeque no art. 2004, § 2º, CPC.

Insurge-se a recorrente contra o critério definido pela decisão agravada para a apuração do valor da colação de bens, sustentando que deve ser considerado para tanto o valor vigente ao tempo da abertura da sucessão, e não ao tempo da liberalidade, argumentando que o critério estabelecido afronta, além da lei e da jurisprudência, o Acórdão de fls. 1.842/1.847, ratificado pelo Acórdão de fls. 1.898/1902, já transitados em julgado, nos quais constou que a legítima em regra deve ser calculada no momento da abertura da sucessão, aduzindo que os bens ainda pertencem ao patrimônio dos donatários, tanto que por anos insistem em efetuar o pagamento da colação em quotas da sociedade, sendo que essa situação, por si só, determina a apuração do valor na data do óbito, conforme jurisprudência do STJ. Além disso, insurge-se contra o termo final estabelecido para a incidência da correção monetária e dos juros de mora, sustentando que para preservar a quantia que irá integrar a legítima e evitar o enriquecimento sem causa dos agravados, a atualização monetária deverá incidir desde a data da avaliação dos bens até a data do efetivo pagamento, e, quanto aos juros de mora, refere que os ônus decorrentes das manobras procrastinatórias realizadas pelos agravados devem a eles ser impostos, haja vista que não cumpriram os prazos estabelecidos nas decisões proferidas nos autos de origem e se beneficiam da procrastinação por estarem no controle da empresa e retirando dividendos, devendo, portanto, o pagamento da colação ser realizado com acréscimo de juros de 1% ao mês a partir da apuração do valor por meio de perícia técnica (na data do óbito), até a efetiva quitação.

Pleiteia a concessão do efeito ativo ao recurso, para determinar a suspensão da produção de provas para avaliação das quotas societárias dadas em colação, e a reforma da decisão para determinar que a apuração dos valores das quotas societárias dadas em colação seja feita com base na data da abertura da sucessão, com a incidência de correção monetária pelo índice TJSP e de juros de mora de 1% ao mês, ambos contados da data da perícia até efetivo pagamento.

Acesso ao Sumário

Deferido o efeito suspensivo, foram apresentadas contrarrazões (fls. 46/58).

Houve oposição ao julgamento virtual por ambas as partes (fls. 42/44).

É o Relatório.

O presente julgamento é em conjunto com o agravo de instrumento nº 2264398-69.2022.8.26.0000.

Insurge-se a agravante contra o critério temporal estabelecido para a apuração do valor da colação de bens, sustentando que deve ser considerado o seu valor ao tempo da abertura da sucessão, e não ao tempo do ato de liberalidade. Além disso, pleiteia pela incidência de correção monetária e de juros de mora de 1% ao mês sobre o montante apurado, incidindo desde a data da perícia até a data do efetivo pagamento.

Conforme decidido no agravo de instrumento ajuizado pelos ora agravados, a aqui agravada pretende que a colação das quotas sociais se dê em substância, questão que não está preclusa, e esta Câmara não definiu anteriormente o critério legal para apurações das legítimas, como alegado pela agravada, e deflui do julgamento dos agravos de instrumento ns. 2248060-93.2017.8.26.0000 e 2134055-19.2021.8.26.0000 (fls.1.843/1.847 e 1.897/1.902 dos autos principais), mas dispôs que deveria ser resolvido no âmbito do inventário, havendo a D. Magistrada na decisão agravada disposto que: "a colação será pelo valor real das cotas em espécie ao tempo da liberalidade, sem qualquer acréscimo além da atualização monetária até a abertura da sucessão, com espeque no art. 2004, § 2º, CC."

A nova legislação processual não solucionou o conflito de seu art. 639 com o art. 2.004 do Código Civil, acerca do momento em que se deve proceder o cálculo dos bens.

O entendimento vigente perante o STJ é no sentido de que "é o critério de direito intertemporal que deve definir qual a regra jurídica aplicável" (AgInt no AREsp n. 1.794.363/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 29/11/2021, DJe de 1/12/2021.) sendo assente que "é indiscutível a existência de antinomia entre as disposições do Código Civil (arts. 1.792, caput, do CC/1916 e 2.004, caput, do CC/2002), que determinam que a colação se dê pelo valor do bem ao tempo da liberalidade, e as disposições do Código de Processo Civil (arts. 1.014, parágrafo único, do CPC/73 e 639, parágrafo único, do CPC/15), que determinam que a colação se dê pelo valor do bem ao tempo da abertura da sucessão, de modo que, em se tratando de questão que se relaciona, com igual intensidade, com o direito material e com o direito processual, essa contradição normativa somente é resolúvel pelo critério da temporalidade e não pelo critério de especialidade. Precedentes" (REsp n. 1.698.638/RS, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 14/5/2019, DJe de

Acesso ao Sumário

16/5/2019.).

Na presente hipótese, a inventariada faleceu em 26/09/2014, portanto, anteriormente ao CPC/2015 e na vigência do Código Civil de 2002, e havendo a doação das quotas ocorrido em 12/03/2008 (fls. 51/55 dos autos principais) aplica-se a regra do art. 2.004 e parágrafos do Código Civil, devendo a colação se dar pelo valor ao tempo da liberalidade, pela presunção de adiantamento da herança.

Contudo, estando as quotas sociais ainda em poder dos donatários, assiste-lhes o direito de trazê-las em espécie, e não pelo seu valor, no que excedeu no momento da doação, para o fim de igualar as legítimas, como admite o caput do art. 639 do CPC/2015, com redação similar ao art. 1.014 do CPC/1973, que se aplica aos processos pendentes por sua natureza processual.

Conforme entendimento também do mesmo Tribunal Superior: "achando-se os herdeiros varões ainda na titularidade dos imóveis, a colação deve se fazer sobre os mesmos e não meramente por seu valor, ao teor dos arts. 1.787 e 1.792, parágrafo 2º, do Código Civil anterior" (REsp n. 259.406/PR, relator Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 17/2/2005, DJ de 4/4/2005, p. 314.).

Na colação das quotas societárias os agravantes deverão devolver os lucros e dividendos correspondentes e juros sobre capital próprio (JCP) acaso percebidos, corrigidos monetariamente pela Tabela Prática do TJSP de cada recebimento, sem juros de mora por não se cuidar de ação de cobrança.

Pelo exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao agravo de instrumento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos destes autos do Agravo de Instrumento nº 2100350-59.2023.8.26.0000, da Comarca São Paulo, em que é agravante R.K., são agravados J.P.B.K. (MENOR REPRESENTADO) e V.B.K. (MENOR REPRESENTADO).

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.931)**

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

Acesso ao Sumário

São Paulo, 6 de junho de 2023
JOÃO PAZINE NETO, Relator

Ementa: Agravo de instrumento. Execução de alimentos. Pretendida penhora de ativos financeiros de empresa da qual o Agravado é titular. Possibilidade. Executado que constituiu empresa individual, que foi corretamente incluída no polo passivo da execução. Possibilidade de incidência de constrições diretamente sobre os bens da pessoa jurídica, independentemente da desconsideração inversa da personalidade jurídica, diante da singularidade da empresa individual. Precedentes jurisprudenciais. Necessidade de busca e bloqueio de valores eventualmente existentes em conta bancária da PJ. Demais medidas constritivas, ora mantidas. Eventual excesso que será imediatamente liberado, segundo ressalva realizada na própria decisão, ora atacada. Limitação prevista no art. 529, § 3º, do CPC, já considerada pela r. decisão. Decisão mantida. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento, tirado de execução de alimentos, contra a r. decisão de págs. 27/28 deste (págs. 911/912 do processo originário), em que a Juíza assim enunciou: *"...Assim, considerando tratar-se a Assessoria Empresarial de empresa individual, conforme demonstram os documentos encartados às fls. 852/857, defiro o bloqueio de ativos financeiros da referida empresa, até o limite do valor exequendo de R$ 329.095,65, devidamente indicado às fls. 733/735. (...)".*

Recorre o Executado para alegar, em síntese, que busca com este recurso a modificação da r. decisão agravada, que deferiu o bloqueio de ativos financeiros existentes em nome de empresa em que o Agravante atua como sócio, bem como determinou a expedição de ofício à sua empregadora "M.", para que implante os descontos da pensão alimentícia em folha de pagamento. Enuncia que o pedido cumulado realizado pelos Exequentes, ora Agravados, configuram "bis in idem", pois não podem pretender a penhora de 50% de seu salário, mais a penhora do faturamento da pessoa jurídica "R.K.A.E.". Esclarece que já fora deferida a penhora dos créditos trabalhistas a que tem direito em outra ação, a serem recebidos, o que satisfaz 75% do valor do débito exequendo. Informa que já destina 30% de seus rendimentos aos filhos, a título de pensão alimentícia. Acaso mantida a penhora de 50% sobre seus rendimentos, para quitação do dé-

Acesso ao Sumário

bito executado, é certo que restarão comprometidos 80% de sua fonte de renda, o que é inviável. Ressalta que, se a totalidade de seus rendimentos for bloqueada, não poderá contribuir com mais nenhum valor a título de alimentos em prol dos filhos. Ressalta que a somatória das penhoras e da pensão alimentícia não pode ultrapassar o limite legal de 50% de seus rendimentos. Colaciona alguns julgados acerca de seu entendimento. Reitera que seu salário será bloqueado por duas vezes, enquanto o dever de sustento dos filhos é de ambos os genitores, na medida de suas possibilidades. Enuncia que a pessoa jurídica, sobre a qual deferida a penhora, é estranha à lide, sendo necessária, no caso, a instauração de incidente próprio, para desconsideração da personalidade jurídica, nos termos do art. 50 do CC. Assevera que a quebra de sigilo bancário, ainda mais de pessoa jurídica estranha ao processo, ainda que seja empresa individual, é excepcionalíssima, por interferir na autonomia da pessoa jurídica. Pleiteia seja indeferida a penhora sobre o faturamento da empresa "R.K.A.E.", bem como o de penhora de 50% de seus rendimentos, até que seja apreciado o pedido de tutela realizado na ação revisional de alimentos, para que a pensão seja ajustada ao percentual de 30% de seus rendimentos líquidos. Alega que determinar a penhora sobre seus créditos trabalhistas e continuar com a realização de inúmeros atos constritivos configura evidente excesso de penhora. Ressalta que o limite da penhora relativa a verbas trabalhistas rescisórias é de no máximo 50%. Pleiteia seja determinada a penhora sobre os créditos trabalhistas a que tem direito, desde que não ultrapassem a proporção de 50% desse crédito. Pugna pela concessão da tutela antecipada recursal, de modo a reconhecer o excesso de penhora.

Recurso tempestivo, com preparo anotado (págs. 79/80).

Não foi concedida a tutela antecipada recursal pleiteada. Dispensado o cumprimento do artigo 1.019, II, do CPC (pág. 82).

O parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça (págs. 90/92), é pelo provimento do recurso.

É o relatório.

A r. decisão de págs. 27/28 deste não comporta reparos, respeitado o entendimento do da D. Procuradoria Geral de Justiça.

Pelo que se infere do processo de origem, os Exequentes alegam que o Executado oculta sua verdadeira condição financeira, de modo a lhes pagar o valor dos alimentos devidos. Afirmam ser credores da importância de R$ 329.095,65 e só vieram a tomar conhecimento acerca do atual trabalho do Executado e abertura de empresa para prestação de serviços de assessoria à atual empregadora, por ocasião de peticionamento do Executado em ação Revisional de Alimentos por ele interposta. Assim, pugnaram pela busca e consequente penhora dos ativos financeiros da mencionada pessoa jurídica, pertencente ao Executado, até o limite da execução, o que foi deferido pela i. Magistrada *a*

Acesso ao Sumário

quo, além de já ter sido determinada penhora sobre crédito trabalhista a que o Executado teria direito, em outra ação, e desconto em folha de pagamento do valor do crédito exequendo, conforme ofício expedido (págs. 918/919 – originário), desde que não ultrapasse o limite previsto no art. 529, § 3º, do CPC, com o que não concorda o Executado, ora Agravante, por entender ter ocorrido "bis in idem" e excesso de execução.

No caso em tela, o processo revela que, apesar de várias tentativas de satisfação da execução, o crédito perseguido não foi satisfeito, o que ocasionou o pedido de busca de ativos financeiros da pessoa jurídica supracitada, além de outros pedidos de medidas constritivas.

Verifica-se que o Executado, ora Agravante, é empresário individual (págs. 852/857 – originário), e presta serviços de assessoria empresarial, no cargo de CEO em sua atual empregadora "M.". Segundo ele próprio informou, criou a pessoa jurídica com vistas a receber os rendimentos advindos de seu trabalho, como prestador de serviços. Assim, tem-se que restou corretamente reconhecida a legitimidade da pessoa jurídica para figurar como parte na execução, pois, para efeitos de responsabilidade, inexiste distinção entre o patrimônio do empresário individual e da pessoa física.

Conforme entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, *a empresa individual é mera ficção jurídica, criada para habilitar a pessoa natural a praticar atos de comércio, com vantagens do ponto de vista fiscal* (REsp 487995 / AP, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, 3ª T., j. 20/04/2006, DJ 22/05/2006 p. 191).

Nesse mesmo sentido também se pode colacionar: *"Tratando-se de firma individual há identificação entre empresa e pessoa física, posto não constituir pessoa jurídica, não existindo distinção para efeito de responsabilidade entre a empresa e seu único sócio"* (STJ, REsp. 227.393/PR, Rel. Min. GARCIA VIEIRA, j . 21/10/1999).

E neste Tribunal de Justiça:

"Ação de indenização. Polo passivo. Empresa individual. Patrimônio que se confunde com o da própria pessoa física. Reconhecimento da figura da pessoa física do executado no polo passivo da ação. Possibilidade. Desnecessidade da desconsideração da personalidade jurídica. Recurso provido" (Agravo de Instrumento nº 2063245-53.2020.8.26.0000 Des. Rel.: WALTER EXNER julgado em 03/06/2021);

"Execução de título executivo extrajudicial – Constrição de patrimônio do sócio – Desconsideração da personalidade jurídica – Cabimento – Confusão patrimonial dos bens da devedora com os de seus sócios – Situação que permite utilização do instituto da desconsideração – Execução que pode alcançar os bens dos sócios – Entendimento doutrinário – Recurso desprovido – Decisão mantida" (Agravo de Instrumento nº 2083667-15.2021.8.26.0000 Des. Rel.:

Acesso ao Sumário

ADEMIR BENEDITO julgado em 02/06/2021);

"Embargos de declaração. Contradição alegado. Acórdão que admitiu tratar-se de pessoa jurídica unipessoal e, para os efeitos, admitiu ser de natureza limitada. Sócio que só poderia vir ao polo passivo da ação pela via do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Desnecessidade. Pessoa física que se confunde com a pessoa jurídica. Empresa individual. Contrato social que sustenta essa assertiva. Contradição caracterizada. Acórdão modificado para que haja a inclusão do sócio da empresa individual no polo passivo da ação. Embargos acolhidos com efeito modificativo" (Embargos de Declaração Cível nº 2180287-26.2020.8.26.0000 – Des. Rel.: VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR – julgado em 31/05/2021).

Desse modo, independente da condenação da pessoa jurídica, há confusão desta com a pessoa física, empresário individual (pág. 852), a admitir a inclusão da empresa no polo passivo da execução, como referido, para que responda pelo débito reclamado, sem que se faça necessária a prévia instauração de incidente de desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Nesses termos, de rigor a manutenção da r. decisão, ora atacada, para que sejam realizadas pesquisas acerca de eventuais ativos financeiros em nome da pessoa jurídica, pertencente ao Executado, com vistas à satisfação do crédito dos Exequentes.

Não obstante, não se deve falar em "bis in idem" ou excesso de execução, uma vez que, acaso frutífera a penhora de ativos da pessoa jurídica e satisfação do crédito exequendo, por certo as demais medidas constritivas serão inócuas e, como bem enunciou a i. Magistrada "a quo": *"Não há que se cogitar, ademais, excesso de execução, em razão do deferimento de medidas propugnadas, pois que, não remanesce dúvida de que uma vez alcançada a satisfação do valor exe4quendo, eventual excesso será liberado"* (pág. 911 – originário).

Ademais, o desconto em folha de pagamento é medida prevista no art. 529 do CPC e somente surtirá efeito acaso não se obtenha sucesso na penhora sobre o faturamento da pessoa jurídica. Vale observar ainda que já fora ressalvada a limitação prevista no art. 529, § 3º, do CPC, com vistas a preservar o mínimo para a sobrevivência do Agravante.

Por fim, impertinente a pretendida limitação da penhora de 50% do crédito trabalhista a que tem direito o Executado, uma vez que se trata de verba de mesma natureza, qual seja, alimentar e, por certo, acaso satisfeita a obrigação buscada nesta execução de alimentos, o valor do crédito trabalhista sequer necessitará ser repassado aos Exequentes.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2087085-87.2023.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante ANDRE LUIS FAUSTINO DA SILVA e Interessado URBA DESENVOLVIMENTO URBANO S/A, são agravados MACAÚBA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS SPE I LTDA., RESERVA MACAUBA LOTEAMENTO LTDA. e URBAMAIS PROPERTIS E PARTICIPAÇÃO S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.743)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FLAVIO ABRAMOVICI (Presidente sem voto), GILSON DELGADO MIRANDA e MELO BUENO.

São Paulo, 13 de junho de 2023.

MOURÃO NETO, Relator

Ementa: Consumidor e processual. Ação de revisão de contrato cumulada com consignação em pagamento. Insurgência do autor contra decisão que indeferiu tutela antecipada de urgência.

Antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, com contraditório diferido (exceção), que nada autorizava no caso concreto, tendo em vista que não vislumbrados os requisitos previstos no artigo 300 do Código de Processo Civil. Necessidade de instauração do contraditório.

RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

I – Relatório.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por André Luiz Faustino da Silva contra a decisão que, nos autos da ação de revisão de contrato cumulada com consignação em pagamento propôs em face de Macaúba Empreendimentos Imobiliários SPE I Ltda., Reserva Macauba Loteamento Ltda., Urbamais Propertis e Participação S/A e Urba Desenvolvimento Urbano S/A, indeferiu a concessão de tutela antecipada de urgência ao argumento de que "*ausente prova da efetiva extinção do contrato, a autorizar legitimamente a alienação do imóvel*"

(fls. 108/111 dos autos de origem).

As razões recursais pugnam pela antecipação da tutela recursal e pelo final provimento deste agravo, para que seja autorizado o pagamento das parcelas atrasadas oriundas contrato particular de promessa de compra e venda com opção de pacto adjeto de alienação fiduciária em garantia n. 20011670. Afirma que tentou negociar as parcelas em atraso, mas foi impedido ao argumento de que o contrato fora rescindido.

Recurso processado sem medida de urgência e sem intimação da agravada para oferecimento de contrarrazões, uma vez que interposto contra decisão proferida *inaudita altera parte*.

II – Fundamentação.

Este agravo não comporta provimento.

Consoante o artigo 300, *caput*, do Código de Processo Civil, "*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*", dispondo seu § 3º que a "*tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão*".

Na lição de Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello, "*o caput do art. 300 traz os requisitos para a concessão da tutela antecipada de urgência (cautelar ou satisfativa), quais sejam, evidência da probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo*", ou, em outras palavras, "*para a concessão da tutela de urgência* **cautelar** *e da tutela de urgência* **satisfativa (antecipação da tutela)** *exigem-se os mesmos e idênticos requisitos*: **fumus boni iuris e periculum in mora**" (Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Página 498, negritos no original).

Daniel Amorim Assumpção Alves leciona que "*tanto para a tutela cautelar como para a tutela antecipada exige-se o convencimento do juiz da existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito*", sustentando que "*tanto na tutela cautelar quanto na tutela de urgência caberá à parte convencer o juiz de que, não sendo protegida imediatamente, de nada adiantará uma proteção futura, em razão do perecimento de seu direito*", invocando o Enunciado 143 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), no sentido de que "*a redação do art. 300, caput, superou a distinção entre os requisitos da concessão para a tutela cautelar e para a tutela satisfativa de urgência, exigindo a probabilidade e o perigo na demora os requisitos comuns para a prestação de ambas as tutelas de forma antecipada*" (Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo. Salvador: Editora *Jus*PODIVM, 2016. Página 476).

Como visto, a concessão da medida de antecipação de tutela pressupõe

Acesso ao Sumário

cumulativamente a urgência (risco de dano de impossível, difícil ou incerta reparação) **e** a existência de direito provável (isto é, fundamentação e elementos de convicção relevantes, indicativos de que o autor logrará êxito na demanda).

No caso concreto, em cognição sumária, nada autoriza a concessão da medida de urgência (antecipação de tutela) sem **contraditório efetivo** (isto é, prévio).

O contraditório diferido – quando medida de urgência é concedida *inaudita altera parte* – deve ficar reservado para situações excepcionais.

E, nesse contexto, andou bem o MM. Juízo *a quo* ao não conceder a tutela provisória antes de ser observado o contraditório, de modo a melhor aferir a eventual existência (ou não) de direito provável.

Não se enxerga urgência de tal ordem que, excepcionalmente, possa autorizar o sacrifício do contraditório efetivo, quando então as rés poderão alegar e comprovar fatos que desmerecem a pretensão do autor.

Importante salientar que, estabelecido o contraditório efetivo, caberá ao juiz da causa, **sem supressão do primeiro grau de jurisdição**, decidir se é caso ou não de concessão da tutela provisória (de urgência e/ou de evidência), à luz de eventuais alegações feitas pelas rés e de provas documentais por elas produzidas (ou, é claro, diante de eventual falta de alegações e/ou de provas documentais que se entenda devessem ter sido apresentadas pelas rés).

As eventuais alegações defensivas das rés devem ser submetidas ao juiz da causa, não apenas para acolhê-las ou rejeitá-las em final sentença, com ou sem dilação probatória, **mas também para a concessão ou não da tutela provisória de urgência depois de observado o contraditório.**

Enfim, não se pode dar guarida à pretensão recursal, uma vez que nada autoriza a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, não sendo razoável, *in casu*, a prevalência do contraditório diferido, que é exceção, impondo-se o contraditório efetivo, que é regra.

III – Conclusão.

Diante do exposto, **nega-se provimento a este recurso**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2080124-33.2023.8.26.0000, da Comarca de Itanhaém, em que é agravante MOTION FIT ACADEMIA EIRELI, é agravada JANDIRA HELMAN DE OLIVEIRA.

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 36.188)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente), TASSO DUARTE DE MELO e SANDRA GALHARDO ESTEVES.

São Paulo, 5 de junho de 2023.

JACOB VALENTE, Relator

Ementa: Agravo de instrumento – Cumprimento de sentença – Insurgência em face de decisão que rejeitou a tese de nulidade de citação da ora recorrente – Improcedência do inconformismo – Executada pessoa jurídica – Teoria da aparência – Se a pessoa recebe citação na sede ou filial da pessoa jurídica requerida sem recusa da qualidade de funcionário ou sem ressalva de que não possui poderes para fazê-lo, então, mesmo que formalmente ele não tenha esses poderes, o ato citatório é considerado perfeito, válido e eficaz – Inteligência do art. 248, § 2º, do CPC – Jurisprudência consolidada do STJ – Hipótese de manutenção da decisão hostilizada – Recurso desprovido.

VOTO

1) Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, tirado de decisão de fls. 64/68, que em cumprimento de sentença, rejeitou a tese de nulidade de citação da ora agravante.

Sustenta que está sendo executada pela agravada (processo nº 1005261-38.2022.8.26.0266) por conta de uma sentença do processo mencionado que julgou o agravante a revelia. O valor supostamente devido foi descriminado através de petição de débitos atualizados pela agravada as fls. 198 do processo de execução que atualmente está em R$8.854,49 (fls. 02/05).

Afirma que foi supostamente citada da presente ação através dos correios, fls. 81 no dia 24/08/2022, pois a outra parte informou o endereço da Empresa, para recebimento de correspondência da citação, diferente do qual a empresa requerida utiliza para este tipo de recebimento que seria Av. Condessa De Vimieiros, 307, na Cidade de Itanhaém/SP, CEP 11740-000. Vale também ressaltar que a citação foi recebida por uma pessoa diversa, sem representação ou cargo de gerência da empresa. Após ser recebido a citação por terceiro, o documento de suma importância não foi entregue ou repassado para empresa ora recorrente

Acesso ao Sumário

(fls. 05/06).

Alega que somente teve conhecimento da presente ação, após ter sua conta-corrente bloqueada dia 15/03/2023, e foi informada pelo gerente de sua conta. A lei é clara ao informar que a citação deve ser feita na pessoa do representante legal da empresa ou de seu procurador, ou ainda, em casos excepcionais, na pessoa de seu mandatário, administrador, preposto ou gerente, mas nunca em pessoa diversa das informadas pelo artigo (fls. 06).

Destaca que sua citação foi realizada em nome do Sr. "Pablo Caique", conforme pode ser verificado no AR juntado no processo no documento de fls. 81. Veja que o Sr. "Pablo Caique" nunca foi mandatário, administrador, preposto, gerente, representante legal ou procurador da empresa. Todavia, urge esclarecer que pessoa referida (Sr. Pablo) não se apresentou como "representante" da empresa; e nem poderia, uma vez que o mesmo era pessoa estranha a lide. Esclarece que o Sr. Pablo jamais teve cargo de gerência, diretoria, sócio ou outro que tivesse o poder de receber o documento citatório. Além disso, o Sr. Pablo, com documento que não era de seu conhecimento ou interesse, não repassou ou entregou o documento (carta de citação) para empresa requerida (fls. 07/09).

Requer seja reconhecida a inexistência de sua citação na presente ação (fls. 12/15).

Insiste que não foi intimada de nenhum outro ato do processo, pois as únicas intimações que supostamente foi realizada em seu nome, foi a citação e a intimação para pagamento, que, como fora informado anteriormente, são nulas e assinadas por pessoas diversas. A requerida sequer foi intimada, de alguma forma legal, sobre a prolação da sentença do processo (fls. 15).

Em suma, clama pela reforma da decisão agravada, com o reconhecimento de nulidade de sua citação, bem como, de todos os atos processuais praticados e, conseguintemente, todas as decisões proferidas e declarando-se extinto a fase de cumprimento de sentença e renovando-se o prazo para apresentação da defesa do peticionante no processo principal (fls. 19).

Recurso formalmente em ordem, processado sem a atribuição do postulado efeito suspensivo, sobrevindo resposta às fls. 127/130, com pedido de condenação da parte agravante por litigância de má-fé.

É o relatório do necessário.

2) Inicialmente, insta consignar que com relação ao pedido da agravada em suas contrarrazões, de condenação da agravante por litigância de má-fé, ainda que se possa entender que sua conduta resvale na litigância de má-fé, eventual excesso em sua atuação deverá ser analisada pelo MM. Juiz da causa, que reúne maiores elementos para impor eventual pena.

Dito isso, transcreve-se abaixo trecho da decisão hostilizada, na parte que interessa:

Acesso ao Sumário

"VISTOS PARA DECISÃO..

Trata-se de exceção de pré-executividade e impugnação à penhora opostos por MOTION FIT ACADEMIA EIRELI em face da exequente JANDIRA HELMAN DE OLIVEIRA, partes já qualificadas. Alegou na exceção de pré-executividade que a citação realizada no processo de conhecimento foi inválida, afirmando que o endereço diligenciado por carta registrada não se trata do mesmo endereço no qual a excipiente/executada recebe correspondências, o qual seria Av. Condessa de Vimieiros, 307, nesta cidade. Asseverou que a pessoa que recepcionou a carta não tem qualquer função administrativa ou representativa da empresa, de forma que o importante documento não lhe foi repassado. Requereu o reconhecimento da nulidade de citação e acostou documentos (fls. 145/154).

Ato contínuo, a executada ofertou impugnação à penhora às fls. 158/164, nos quais alegou que a quantia bloqueada de suas contas bancárias de R$17.708,98 é impenhorável, na medida que se destina ao pagamento de salários de 20 funcionários da academia de musculação e à subsistência da própria pessoa jurídica, como contas de consumo e tributos. Pugnou pelo desbloqueio da quantia com base no inciso IV, do artigo 833 do CPC e juntou documentos (fls. 165/190).

A exequente manifestou contrariedade às fls. 202/205. Negou a nulidade de citação aduzida em exceção de pré-executividade, alegando que a executada mantem suas atividades comerciais no mesmo endereço. Sobre a impugnação à penhora, afirmou não se opor ao desbloqueio de parte da quantia constrita, contanto que se mantenha o bloqueio sobre o valor do débito exequendo.

É o relato do necessário. FUNDAMENTO e DECIDO.

Trata-se de exceção de pré-executividade e impugnação à penhora opostos por MOTION FIT ACADEMIA EIRELI em face da exequente JANDIRA HELMAN DE OLIVEIRA, partes já qualificadas.

A exceção de preexecutividade, também conhecida por exceção de não-executividade (Fredier Didier Jr.) ou então objeção de preexecutividade (ressalvadas algumas variações), refere-se à construção doutrinária, aceita pela jurisprudência, para açambarcar matérias da defesa de ordem pública, cognoscíveis de ofício pelo magistrado, sem dilação probatória.

Sobre o instituto, alerta Alberto Caminã Moreira, em sua brilhante obra "Defesa sem embargos do executado Exceção de Pré-Executividade", que "a grande dificuldade do tema em questão é separar as matérias que podem ser alegadas por simples petição e as que devem ser alegadas em embargos. O que a doutrina tem admitido é a alegação, por simples petição, de matéria de ordem pública, basicamente os pressupostos processuais e as condições da

Acesso ao Sumário

ação, que, nos termos do art. 267, § 3º, do Código de Processo Civil, podem ser levantadas em qualquer tempo e grau de jurisdição" (Editora Saraiva, 1998, pág. 28).

Trocando em miúdos, não há que se confundir defesa de mérito, típica da impugnação ao cumprimento da sentença ou embargos do devedor, com as condições de ação executiva, que podem ser realizadas pela exceção.

Marcus Vinicius Rios Gonçalves ensina que a este incidente doutrina e jurisprudência vêm dando uma extensão maior do que aquela para a qual foi concebido originariamente. Em suas palavras:

(...).

No caso em apreço, a matéria veiculada na exceção oposta, a princípio, não demanda dilação probatória, não há qualquer óbice no enfrentamento do mérito proposto. Alega a excipiente que a sua citação é nula, devendo, em decorrência, ser anulados todos os atos processuais seguintes.

Pois bem. Do compulso dos autos, observo que a carta de citação foi endereçada à excipiente no endereço informado no contrato de fls. 22/26 avençado com a excepta, ou seja, Avenida Condessa de Vimieiros, n. 307, Loja 2, nesta cidade (vide fl. 81).

Embora o aviso de recebimento, juntado à fl. 81, tenha sido recepcionado por pessoa que a excipiente alega não exercer qualquer função de responsabilidade na empresa, tal argumento não deve prosperar.

Cumpre destacar que o Superior Tribunal de Justiça "já firmou entendimento a respeito da 'teoria da aparência', sustentando como válida a citação realizada na pessoa de quem, na sede do estabelecimento, a receba sem qualquer ressalva a respeito da falta de poderes para tanto" (REsp 817284/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 10/04/2006, pág. 164).

Nessa esteira:

(...).

Desta feita, não recai nulidade ao ato citatório aperfeiçoado pelo recebimento da carta registrada como juntada à fl. 81. No mais, a excipiente afirma que o seu endereço correto seria exatamente o mesmo que foi diligenciado, com a exceção da informação quanto à "Loja 2", não havendo, portanto, qualquer elemento de convicção apto a prejudicar a validade da citação efetuada no processo de conhecimento.

Assim, rejeitada a tese de nulidade de citação.

Finalmente, importa consignar que no tocante aos ônus sucumbenciais, a exceção de pré-executividade é um incidente processual que se constitui em mera petição apresentada pelo devedor, nos próprios autos da execução, com o intuito de suscitar questões que independam de provas ou que possam ser

Acesso ao Sumário

reconhecidas de ofício pelo Magistrado.

Nesse sentido, "não extinta a execução, a exceção de pré-executividade tem caráter de mero incidente processual, descabendo impor-se o encargo da verba de patrocínio" (Resp 442.156-SP, 15.10.2002, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 11.11.02, p. 286)".

(...).

Diante do exposto, REJEITO a exceção de pré-executividade oposta por MOTION FIT ACADEMIA EIRELI em face da exequente JANDIRA HELMAN DE OLIVEIRA, partes já qualificadas, resolvendo, assim, o mérito da contenda.

Sem honorários, nos termos da fundamentação supra.

E, ACOLHO PARCIALMENTE a impugnação à penhora ofertada por MOTION FIT ACADEMIA EIRELI em face da exequente JANDIRA HELMAN DE OLIVEIRA, partes já qualificadas, para DETERMINAR o DESBLOQUEIO da quantia de R$ 8.854,49 na conta corrente da devedora junto ao Banco Bradesco, mantendo-se, todavia, o bloqueio realizado no mesmo valor em conta junto ao PagBank.

Intimem-se. Após, preclusa, diga a parte exequente para o que de direito, no prazo de 05 dias. No silêncio, aguarde-se provocação em arquivo" (fls. 64/68).

A presente insurgência não merece provimento.

A análise da validade do ato de citação da pessoa jurídica deve ser feita, sempre, à luz da chamada 'teoria da aparência', inclusive de filial, que de acordo com orientação do Superior Tribunal de Justiça *"considera válida a citação da pessoa jurídica efetivada na sede ou filial da empresa a uma pessoa que não recusa a qualidade de funcionário."* (AgInt-AgInt-AREsp n. 1.539.179-RJ, 3ª Turma, j. 17-02-2020, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze).

Aplica-se ao caso, portanto, a teoria da aparência, segundo a qual é de se presumir que a pessoa que recebeu a carta, no endereço da empresa, tinha poder para receber a citação, pois assinou o aviso de recebimento sem oposição ou ressalva (fls. 81, autos originários), não havendo que se falar em nulidade de citação.

O entendimento consolidado no E. Superior Tribunal de Justiça é no sentido de *"considerar válida a citação de pessoa jurídica por via postal, quando remetida a carta citatória para o endereço, independentemente da assinatura no aviso de recebimento e do efetivo recebimento da carta por seu representante legal"* (AgInt no AREsp 1039045/PR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 06/04/2017).

Em casos análogos ao presente, decidiu-se:

Acesso ao Sumário

"AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA R. DECISÃO PELA FOI REJEITADA IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA, PELA QUAL BUSCAVA A AGRAVANTE VER RECONHECIDA A NULIDADE DE CITAÇÃO ALEGAÇÃO DE INCORREÇÃO PEDIDO DE REFORMA ACERTO DA R. DECISÃO ATACADA NULIDADE DE CITAÇÃO CARTA DE CITAÇÃO ENCAMINHADA PARA ENDEREÇO ONDE SE LOCALIZAVA EMPRESA DO MESMO GRUPO ECONÔMICO DA AGRAVANTE DOCUMENTOS ENCARTADOS AO FEITO QUE DÃO CONTA AINDA, DE QUE A CITAÇÃO FOI REALIZADA EM LOCAL QUE CONSTA COMO ENDEREÇOPROFISSIONAL DE DOIS DE SEUS CONSELHEIROS APLICAÇÃO DA TEORIA DA APARÊNCIA "AR" ASSINADO POR FUNCIONÁRIO DO EDIFÍCIO – INEXISTÊNCIA DE NULIDADE – PRECEDENTES NESSE SENTIDO ACERTO DA R. DECISÃO RECURSO NÃO PROVIDO" (TJSP; Agravo de Instrumento 2261506-95.2019.8.26.0000; Relator (a): Simões de Vergueiro; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível – 28ª Vara Cível; Data do Julgamento: 07/05/2014; Data de Registro: 20/01/2020).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – IMPUGNAÇÃO FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA NULIDADE DE CITAÇÃO – Pretensão de reforma da r. decisão que rejeitou impugnação ao cumprimento de sentença Descabimento Hipótese em que não há nulidade de citação Aplicação da teoria da aparência Citação recebida em endereço de empresa do mesmo grupo econômico e sem ressalvas RECURSO DESPROVIDO" (TJSP; Agravo de Instrumento 2256623-08.2019.8.26.0000; Relator (a): Ana de Lourdes Coutinho Silva da Fonseca; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível – 44ª Vara Cível; Data do Julgamento: 10/01/2020; Data de Registro: 10/01/2020).

"Citação. Alegação de nulidade da citação por alteração da sede social. Inocorrência. Citação válida e recebida sem qualquer ressalva. Aplicabilidade da teoria da aparência no caso em exame. Recurso desprovido" (TJSP; Agravo de Instrumento 2106852-53.2019.8.26.0000; Relator (a): Luis Carlos de Barros; Órgão Julgador: 20ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível – 22ª Vara Cível; Data do Julgamento: 16/12/2019; Data de Registro: 19/12/2019).

Registre-se, ainda, que a recepção da carta de citação, sem que houvesse qualquer recusa ou ressalva quanto à eventual ausência de poderes de representação da pessoa jurídica, e mais, da própria inexistência da agravante naquele endereço, é indicativo da higidez do ato.

Em suma, se a pessoa recebe citação na sede ou filial da pessoa jurídica requerida sem recusa da qualidade de funcionário ou sem ressalva de que não

Acesso ao Sumário

possui poderes para fazê-lo, então, mesmo que formalmente ele não seja funcionário ou não tenha esses poderes, o ato citatório é considerado perfeito, válido e eficaz.

Ademais, na citação postal de pessoa jurídica, não se exige a prova de que quem firmou o AR tenha poderes de representação da empresa.

No caso, incide o art. 248, § 2º, do Código de Processo Civil, que assim dispõe:

> ***"Art. 248. Deferida a citação pelo correio, o escrivão ou o chefe de secretaria remeterá ao citando cópias da petição inicial e do despacho do juiz e comunicará o prazo para resposta, o endereço do juízo e o respectivo cartório. [...]***
>
> ***§ 2º Sendo o citando pessoa jurídica, será válida a entrega do mandado a pessoa com poderes de gerência geral ou de administração ou, ainda, a funcionário responsável pelo recebimento de correspondências."***

Assim, tem-se por regularmente aperfeiçoada a citação da ora recorrente.

Neste contexto, a manutenção da decisão hostilizada, é medida que se impõe.

Nega-se, pois, provimento ao agravo de instrumento interposto.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1028607-03.2022.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante MARLENE FRANCISCA DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado FUNDO DE INVESTIMENTO EM DIREITOS CREDITÓRIOS NÃO PADRONIZADOS NPL II.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.507)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DIMAS RUBENS FONSECA (Presidente) e RODRIGUES TORRES.

São Paulo, 12 de abril de 2023.

BERENICE MARCONDES CESAR, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITOS C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Débito prescrito. Ausência de prova de contratação entre as partes. Cobrança indevida de débito não reconhecido, com inclusão do nome da Autora em plataforma de negociação de dívidas "Serasa Limpa Nome". Reconhecimento da inexistência e inexigibilidade do débito que, ademais, está prescrito. Exclusão do apontamento. Cabível. Decorrência lógica e jurídica do reconhecimento da inexistência do débito. Danos morais indenizáveis. Inocorrência. Mera indicação do nome da Autora em plataforma de negociação de dívidas, sem maiores repercussões sociais. Meros dissabores inerentes ao mercado contemporâneo. Procedência parcial da ação. Sucumbência recíproca. RECURSO DA AUTORA CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Trata-se de *"ação de exclusão de apontamento cc indenização por danos morais com pedido de tutela antecipada"* (e-fls. 01/17) ajuizada por MARLENE FRANCISCA DOS SANTOS contra FIDC NÃO PADRONIZADOS NPL II, **julgada improcedente** pela r. sentença prolatada (e-fls. 189/192), cujo relatório adoto, arcando a Autora com as custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da causa *(R$ 11.901,84)*, ressalvada a gratuidade de justiça concedida.

Inconformada, a Autora interpôs recurso de apelação (e-fls. 195/207), requerendo reforma da r. sentença, aduzindo que houve prova da existência de apontamento realizado pela Ré em seu nome na plataforma SERASA LIMPA NOME (e-fls. 22/24) e que, portanto, de rigor a determinação de sua exclusão do órgão competente ante a comprovação de inexistência da contratação e do débito, que, ademais, está prescrito. Aduz que as informações contidas na plataforma geram prejuízos no score e podem ser acessadas por prestadores de serviço, situação que lhe gerou danos extrapatrimoniais.

O recurso foi regularmente processado (e-fls. 208) e, intimada, a Ré apresentou contrarrazões (e-fls. 211/236).

A Autora é beneficiária da gratuidade de justiça (e-fls. 25/27).

É o relatório.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra r. sentença que julgou

Acesso ao Sumário

improcedente a ação declaratória, cominatória e indenizatória ajuizada por consumidora contra pessoa jurídica *(credora)* que indicou débito prescrito e não reconhecido para inclusão em plataforma digital de negociação de dívidas.

A causa de pedir inicial pautou-se no fato de que a Autora recebeu ligação de cobrança de dívida. Tomou conhecimento da inscrição de seu nome na plataforma SERASA LIMPA NOME, realizada pela Ré, de débito registrado sob o contrato nº 101869003754216, no valor de R$ 1.880,73, datado de **26.JUN.2016** (e-fls. 22/24), ou seja, há mais de cinco anos, que, além de prescrita, não reconhece. Pleiteou a exclusão do apontamento e a condenação da Ré ao pagamento de indenização por danos morais.

A Ré, em sede de contestação (e-fls. 54/80), alegou, em síntese, que é cessionária do crédito, tendo exercido regularmente seu direito, pois, apesar de reconhecer a prescrição do crédito, teria direito a apresentar tal valor em âmbito extrajudicial, principalmente em plataforma acessada de forma espontânea pela Autora para conhecimento e negociação de contas em aberto. Juntou, aos autos, prova de que não inscreveu o nome da Autora em cadastros de restrição ao crédito (e-fls. 81).

Em r. sentença, o Magistrado "a quo" reconheceu a inexistência do débito em razão da ausência de comprovação da existência de contratação entre as partes, ônus de prova que a Ré não se desincumbiu. Todavia, não considerou provada a pendência de apontamento, por entender que o documento aduzido (e-fls. 22/24) não demonstra repercussão no score da Autora. Pela adstrição aos pedidos da inicial, julgou pela improcedência da ação, pois, não comprovado o apontamento, incabíveis os pleitos de sua exclusão e de indenização por danos morais.

Pois bem.

Inicialmente, cumpre esclarecer serem plenamente aplicáveis as disposições do Código de Defesa do Consumidor.

É fato incontroverso entre as partes que houve inscrição do nome da Autora em plataforma de negociação de dívidas por débito prescrito, pois vencido em **26.JUN.2016** (e-fls. 22/24).

Insta salientar que, quanto à inexistência da contratação e inexigibilidade do débito, tais questões restaram acobertadas pelos efeitos da coisa julgada material em razão da ausência de impugnação recursal da Ré pelo meio processual adequado. Desse modo, a controvérsia restringe-se à possibilidade de exclusão de débito inexistente e inexigível de plataforma de negociação de dívidas, e à ocorrência de danos morais indenizáveis.

Pela análise dos autos, tem-se que a Ré falhou em comprovar a existência de contratação entre a Autora e a empresa que lhe cedeu o crédito, OMNI S/A – CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO.

Acesso ao Sumário

Desse modo, reconheceu-se, em r. sentença, a inexistência e inexigibilidade do débito.

Tal reconhecimento comporta, como decorrência lógica e jurídica, o dever de exclusão da informação sobre o débito inexistente e inexigível de quaisquer cadastros dos quais possa constar.

Nesse sentido, ademais, observe-se precedentes deste E. Tribunal de Justiça:

"BANCÁRIOS – Ação de inexigibilidade de débito prescrito c.c. indenização por danos morais – ***Alegação de cobrança de dívida já prescrita e inexistente*** *– Parcial procedência –* ***Necessidade apenas do reconhecimento da possibilidade de exclusão do nome da autora no cadastro "Serasa Limpa Nome"*** *– Existência de apontamento apenas na plataforma "Serasa Limpa Nome", na qual somente é permitido o acesso do consumidor para possibilitar a negociação de dívida atrasada – Dano moral inexistente – Sentença parcialmente modificada – Recurso parcialmente provido.* (TJSP; Apelação Cível 1011320-94.2021.8.26.0066; Relator (a): Flávio Cunha da Silva; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Foro de Barretos – 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 11/11/2022; Data de Registro: 11/11/2022)" (destacado).

"Apelações – Ação declaratória c.c. indenizatória – ***Débito prescrito apontado no "Serasa Limpa Nome"*** *– Sentença de acolhimento do pedido declaratório e de rejeição do indenizatório. 1. Débito prescrito, o que não se discute. Declaração da inexigibilidade da dívida que se impõe, em virtude da extinção do direito de reclamá-la em juízo, mercê da prescrição.* ***2. Pedido cominatório de abstenção dos atos de cobrança que se acolhe, pois não se justifica reconhecer ao credor o direito de realizar cobranças extrajudiciais, sobretudo no âmbito de relações de consumo, sob pena de fazer indefinida a questão e deixar o consumidor, permanentemente, sujeito a importunações.*** *3. Não demonstrado, porém, o efetivo caráter restritivo do cadastro em questão, isto é, a possibilidade de trazer algum tipo de comprometimento à imagem do autor no meio social, em termos de abalo ao crédito. Dano moral não caracterizado. Precedentes desta Corte. 4. Sentença parcialmente reformada, apenas para majorar a honorária de sucumbência fixada em proveito do advogado do autor, com base no critério equitativo do art. 85, § 8º, do CPC. Deram parcial provimento à apelação do autor e negaram provimento à da ré."* (Apelação cível nº 1000227-51.2021.8.26.0223, 19ª Câm. de Dir. Privado, rel. Des. Ricardo Pessoa de Mello Belli, j. 10.JAN.2022). (destacou-se).

Logo, merece acolhimento o pedido de exclusão da inscrição "sub judice", pois, mesmo que não se trate de negativação indevida, caracteriza-se como cobrança indevida e ilícita de valor inexistente. A alegação de que não houve prova do apontamento deve ser, ademais, afastada, já que ambas as partes con-

Acesso ao Sumário

cordaram na existência de inscrição no SERASA LIMPA NOME (e-fls. 22/24), ausente controvérsia sobre a questão.

Quanto aos danos morais, tem-se que a existência de inscrição de débito inexistente, prescrito e inexigível em plataforma de negociação não trouxe à Autora repercussões sociais, nem a seu crédito, pois a indicação enseja apenas negociação eventual e voluntária entre as partes, sem influência negativa em seu "score". A tese da Autora de que tal apontamento traria restrições ao seu crédito, portanto, não é cabível.

A conjuntura fática narrada, pois, traduz situação de meros dissabores, inerentes ao atual mercado de prestação de serviços e sua tecnologia de dados e informações.

Com efeito, não se pode confiar a todas as dores e dissabores experimentados pelos indivíduos o caráter de dano moral para fins de indenização civil, sob pena de serem frustrados e até mesmo banalizados os próprios lastros constitucionais e legais que guiam o instituto da indenização, com toda a seriedade e importância que lhe são inerentes.

O que ocorreu, "in casu", repita-se, foi mero dissabor. E, para que dúvidas não restem, observe-se recente e percuciente doutrina de Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto sobre o tema:

"Por isso, quando se diz na doutrina ou nos tribunais a conhecida sentença 'trata-se de um mero aborrecimento ou dissabor comum das relações cotidianas', não se quer afirmar que a lesão não foi grave o suficiente para se caracterizar um dano extrapatrimonial. Em verdade, o que se pretende é asseverar que naquela lide não houve concreta afetação da dignidade da pessoa do suposto ofendido, pois se os aborrecimentos, triviais e comuns, fossem hábeis a provocar a reparação moral, não haveria dia em que não fôssemos contemplados com uma reparação e, talvez, muito provavelmente, condenados também a prestá-la. Porque o dia a dia, pela sua ordem natural, traz aborrecimentos que o direito, em princípio, não valora (de minimis non curat praetor)." (in Curso de Direito Civil. 5ª ed., Salvador: Jus Podium, 2018, Vol. 3, p. 305). (destacou-se).

Assim, rejeita-se o pedido de fixação de indenização por danos morais formulado pela Autora.

Desse modo, o recurso de apelação da Autora prospera em parte para que seja determinada a exclusão da anotação do débito no valor de R$ 1.880,73, registrado sob o contrato nº 101869003754216, da plataforma SERASA LIMPA NOME. Diante do provimento parcial do recurso, a sucumbência passa a ser recíproca, arcando as partes com pagamento das custas e despesas processuais na proporção de 50% cada, bem como honorários advocatícios sucumbenciais da parte adversa, mantidos os fixados em r. sentença aos patronos da Ré, no percentual de 10% do valor atualizado da causa, e arbitrados os devidos aos patronos

Acesso ao Sumário

da Autora, por equidade, em R$ 1.000,00 (CPC, art. 85, § 8º), corrigidos a partir da publicação desta decisão colegiada. Incabível, na hipótese, majoração dos honorários sucumbenciais em sede recursal (CPC, art. 85, § 11).

Diante do exposto, **CONHEÇO** e **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso de apelação da Autora para **JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTE** a ação, ***DETERMINAR*** *a exclusão da anotação do débito inexistente e prescrito no valor de R$ 1.880,73 da plataforma SERASA LIMPA NOME e, também, que a Ré se abstenha de realizar cobranças, judiciais ou extrajudiciais, relativa a esse débito, e* ***CONDENAR*** *cada parte ao pagamento de 50% das custas e despesas processuais, bem como, à Ré, o pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais aos patronos da Autora, ora fixados em R$ 1.000,00, por equidade, corrigidos a partir da publicação desta decisão colegiada, observada a justiça gratuita concedida à Autora.* No mais, mantida a r. sentença tal como lançada.

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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Cível nº 1011096-53.2021.8.26.0068, da Comarca de Barueri, em que é apelante MARIA GORETTI SARAIVA DE OLIVEIRA, é apelado AZUL LINHAS AÉREAS BRASILEIRAS S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.263)**

O julgamento teve a participação dos Excelentíssimos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente) e CASTRO FIGLIOLIA.

São Paulo, 14 de abril de 2023

SANDRA GALHARDO ESTEVES, Relatora.

Acesso ao Sumário

Ementa: TRANSPORTE AÉREO NACIONAL (PESSOAS). ATRASO DE 24 HORAS COM PERDA DE CONEXÃO E DIA DE PASSEIO EM FERNANDO DE NORONHA. FALHA NOS SERVIÇOS. DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. MANUTENÇÃO DA INDENIZAÇÃO FIXADA EM PRIMEIRO GRAU.

Os fatos extrapolaram do que se convencionou chamar de mero aborrecimento cotidiano. Danos morais incontroversos. O valor da reparação arbitrado na r. sentença R$5.000,00 revela-se adequado no caso concreto, conforme decisões desta Colenda 12ª Câmara de Direito Privado em situações análogas.

Apelação não provida.

VOTO

Vistos,

1. Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença que julgou procedente a ação movida por *Maria Goretti Saraiva de Oliveira* contra *Azul Linhas Aéreas Brasileiras S/A*, condenando a ré a pagar indenização de R$5.000,00 por danos morais (fls. 102/106).

A autora-apelante pretende, em síntese, que a indenização por danos morais seja elevada para R$10.000,00 *tendo em elevada consideração as peculiaridades do caso concreto* (fls. 109/120).

Contrarrazões (fls. 126/149).

Sem oposição ao sistema do *Plenário Virtual*.

É o relatório do essencial.

2. Os fatos alegados na petição inicial (fls. 1/17) e em termos confirmados pelas provas extrapolaram do que se convencionou chamar de *mero aborrecimento cotidiano*. Foram além do dissabor para instalar sentimentos negativos na apelante antes mesmo de concluir uma viagem programada com certa antecedência. Houve atraso de 24h com perda de conexão e dia de passeio em Fernando de Noronha. As expectativas desfeitas em relação ao conforto contratado e esperado, as atribulações e os incômodos sofridos, a impotência diante de situações anômalas que não causou e à qual forçosamente aderiu para preservar interesses.

Enfim, os danos morais são incontroversos.

Em casos como o presente o valor da reparação do dano moral não é tarifado e, os critérios para fixação da indenização, são propostos por doutrina e

Acesso ao Sumário

jurisprudência. A condenação respectiva deve se atrelar a valor que inspire a ré em providências no sentido de que o fato não volte a se repetir, sem que configure enriquecimento sem causa dos autores.

O valor da reparação arbitrado na r. sentença – **R$5.000,00** – revela-se adequado no caso concreto, não comportando a majoração pretendida pela apelante, conforme decisões recentes desta Colenda 12ª Câmara de Direito Privado em situações análogas, que passou a considerar também dificuldades do setor aéreo decorrentes da pandemia.

> Transporte aéreo de passageiros. Ação de reparação de danos morais. Pretensão da autora julgada procedente. Controvérsia recursal que reside na quantificação dos danos morais. Pedido recursal de majoração acolhido em parte. Os incômodos sofridos, as atribulações e as expectativas desfeitas extrapolam o mero dissabor do cotidiano, não restando dúvida da existência do propalado dano moral. No caso em comento, houve perda de conexão e atraso na chegada ao destino de 10 horas. Em contrapartida, e a despeito da insatisfação, a ré realocou a autora em outro voo e forneceu hospedagem à mesmo. Acrescente-se também que a ré é empresa aérea que ultrapassa por dificuldades financeiras, diante da atual crise econômica mundial provocada pelo coronavirus. Assim, o montante da reparação arbitrado na r. sentença (R$3.000,00) comporta majoração para R$ 5.000,00, a fim de atender aos anseios reparatório e punitivo, e ao caráter profilático e pedagógico da medida, à luz da razoabilidade. (...) Apelação parcialmente provida. (TJSP; Apelação Cível 1018998-28.2019.8.26.0068; Relator (a): **Sandra Galhardo Esteves**; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Privado; Foro de Barueri – 6ª Vara Cível; Data do Julgamento: 14/06/2021; Data de Registro: 14/06/2021)
>
> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE – CANCELAMENTO DE VOO – necessidade de manutenção emergencial da aeronave em razão de colisão com pássaros – apelada realocada em voo para o dia seguinte – ausência de assistência material – falha na prestação do serviço – sentença mantida. DANO MORAL – responsabilidade da apelante evidenciada pelo deficiente cumprimento do contrato de prestação de serviço – dano moral ocorrente – indenização fixada em R$ 5.000,00 (cinco mil reais) – valor adequado às circunstâncias do fato, proporcional ao dano e com observância ao caráter educativo-punitivo que compõe a indenização na hipótese – sentença mantida. Resultado: recurso desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1007481-58.2019.8.26.0704; Relator (a): **Castro Figliolia**; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional XV – Butantã – 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 16/02/2021; Data de Registro: 16/02/2021)
>
> RESPONSABILIDADE CIVIL – Transporte aéreo – Cancelamento e atraso de voo internacional – Overbooking – Sentença de procedência – Insur-

Acesso ao Sumário

gência da companhia aérea ré – Parcial acolhimento – Falha na prestação de serviços evidente – Prática de overbooking que configura o dever de indenizar – Companhia aérea que deve prestar os serviços nos moldes em que contratada – Danos morais configurados – Todavia, há que ser considerado que a companhia ré procurou minimizar os prejuízos realizando o transporte, ainda que com atraso – Quantum indenizatório que cabe ser reduzido para patamar mais condizente à realidade dos autos – Justa a fixação em R$ 5.000,00, que se mostra adequada à recomposição dos danos – Sentença parcialmente reformada – Apelo parcialmente provido. (TJSP; Apelação Cível 1102692-56.2020.8.26.0100; Relator (a): **Jacob Valente**; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível – 16ª Vara Cível; Data do Julgamento: 23/03/2021; Data de Registro: 23/03/2021)

3. Em face ao exposto, **nega-se provimento ao recurso.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003097-32.2017.8.26.0604, da Comarca de Sumaré, em que é apelante ORLANDA DE OLIVEIRA CARVALHO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado OMMA ADMINISTRADORA DE IMÓVEIS LTDA – EPP.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n° 50.058)**

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

São Paulo, 14 de abril de 2023.

VIANNA COTRIM, Relator

EMENTA: 1. Direito de vizinhança – Indenizatória – Laudo pericial que identificou alguns danos materiais provocados pela construção da ré e apontou as providências necessárias para a respectiva solução, apenas não ofertando o orçamento correspondente, o que poderá ser calculado em fase de cumprimento de sentença.

2. Danos morais não configurados – Ausência de risco

Acesso ao Sumário

de desmoronamento a justificar a alegada angústia vivida pela autora – Parcial procedência da ação – Parcial provimento do recurso.

VOTO

A r. sentença de fls. 285/287, cujo relatório é ora adotado, julgou improcedente a ação indenizatória relativa a direito de vizinhança, daí o apelo da demandante, a fls. 290/293, aduzindo que os danos ocorridos no imóvel, além de gerarem sérios riscos de desmoronamento, também contribuem para a angústia da autora de forma repetitiva e prolongada, ante a inércia do requerido. Reitera o pleito de indenização pelo dano moral, aduzindo que a sentença reconheceu que o imóvel da recorrente apresenta trincas e rachaduras, e que a perícia é inconclusiva, sendo perfeitamente possível desconsiderá-la para a solução da causa, dando-se provimento ao recurso.

Processado o recurso e apresentadas contrarrazões, subiram os autos, sobrevindo o recebimento do reclamo.

É o relatório.

Trata-se de ação indenizatória narrando a inicial que a construção da ré causou danos ao imóvel da autora, daí decorrendo danos materiais e morais.

A fls. 174/177 consta acórdão que anulou sentença anterior (fls. 152/154) para a realização de perícia a fim de aferir a nocividade da obra da ré em relação ao imóvel da autora, sobrevindo o laudo de fls. 211/240, complementado pelos esclarecimentos de fls. 266/270.

A r. sentença admitiu que a perícia realizou importante trabalho, identificando os danos relacionados com a construção da ré:

> O perito constatou que na garagem da casa autora há marcas de umidade ascendente, trincas e rachaduras numa faixa de aproximadamente 80 cm. Isso se deu, segundo ele, em razão da falta de rufo/pingadeira na alvenaria do quadro de energia e água do imóvel da ré (fl. 213). Também observou a existência de umidade descendente próximo a prumada de água pluvial ocasionada pelo desgaste da calefação do vedacalha PU e pelo trânsito de técnicos de ar condicionado no telhado para serviços de instalação e manutenção, estes os danos ocasionados pela construção da ré. (fls. 286)

Em contrapartida, o juízo sentenciante entendeu não estarem demonstrados os danos materiais e os morais.

Nota-se que a avaliação da existência de danos materiais era o objetivo da perícia, como se lê a fls. 211, item 1.

É bem verdade que parte expressiva dos danos alegados na inicial nada têm a ver com a construção da ré e, ante a ausência de nexo de causalidade, àquela não podem ser imputados, confira-se:

Acesso ao Sumário

> O surgimento de trincas na viga de amarração da residência da Autora ocorre por trepidações devido ao enorme fluxo de veículos leves, médios e pesados na Avenida da Amizade. (fls. 221, resposta ao quesito III)
>
> (...)
>
> As residências do logradouro aparentam desgastes naturais, onde os imóveis localizados mais próximos a Avenida da Amizade possuem pequenas dilatações físicas devido a vibração do solo referente ao grande fluxo de veículos leves e pesados. (fls. 222, resposta ao quesito IV)
>
> (...)
>
> O impacto da vibração é mais intenso nos imóveis mais próximos da esquina com a Avenida da Amizade por conta do tráfego intenso de veículos leves, médios e pesados, onde apresentam algumas dilatações físicas. Os imóveis mais afastados da esquina com a Avenida da Amizade são impactados por vibrações de forma mais amena, assim não resultando fissuras, trincas ou rachaduras aparentes. (fls. 223, resposta ao quesito VI)
>
> (...)
>
> Em relação a trinca vertical ao lado da lavanderia, é proveniente devido à sobrecarga da caixa d'agua que está localizada acima, conforme figura 19. (fls. 228)

Com efeito, nas conclusões de fls. 229 o *expert* do juízo bem diferencia as patologias consistentes em trincas e rachaduras, decorrentes das vibrações pelo tráfego pesado, das patologias consistentes em umidades ascendentes e descendentes, ocorridas nas paredes de divisa com a ré:

> Após análise técnica pericial constata-se que as patologias apresentadas na residência da Autora são ocasionadas por vibrações devido ao tráfego, em relação às trincas e rachaduras, umidade ascendente e descendente nas paredes de divisa com o imóvel da Requerida e a falta de ventilação.
>
> A manifestação patológica de umidade ascendente na parede da garagem do imóvel da Autora é resultante pela falta de rufo/pingadeira na alvenaria do quadro de energia e água, pois como são elementos separados e não possuem ligação física há uma dilatação natural facilitando a percolação de água. Em relação a manifestação patológica de trinca vertical na área da cobertura da garagem, não há qualquer ligação e de responsabilidade do Requerido por se tratar apenas por desgaste natural.
>
> Já a manifestação patológica de umidade descendente na parede do corredor do imóvel da autora, que faz divisa com a alvenaria do imóvel do Requerido, é proveniente do desgaste da calafetação do rufo de vedação do telhado, sendo de responsabilidade da parte Requerida.
>
> Com o acúmulo de umidade, ocasionado pela deficiência de ventilação natural, ocorre o aparecimento de manchas de umidade e desplacamento de revestimentos cerâmicos da cozinha e da lavanderia. (fls. 229)

E consoante enfatizado no laudo complementar, *caso não houvesse ocorrido a umidade descendente no objeto em questão* [vale dizer, na parede do corredor do imóvel da autora, que faz divisa com a alvenaria do imóvel da ré], a

Acesso ao Sumário

falta de ventilação natural afetaria de forma lenta e amena a formação de mofo nas paredes devido a não circulação de ar e acúmulo de microrganismos referente as atividades domésticas cotidiana. (fls. 268 – grifei)

Portanto, a conclusão é de que, dentre as patologias apuradas, foi descartada a responsabilidade da ré em relação a quaisquer trincas e fissuras.

Por outro lado, constatou-se a responsabilidade da ré no concernente à umidade descendente na parede do corredor do imóvel da autora, do que decorre também umidade na região da cozinha e lavanderia; e à umidade ascendente na parede da garagem do imóvel da autora.

E não se diga que não foram demonstrados os danos materiais, pois na complementação ao laudo, especificamente a fls. 268/269, o vistor judicial indicou as providências necessárias para cada caso, apenas não lhes apontando o respectivo orçamento, que poderá ser apurado em fase de cumprimento de sentença, se necessário, às custas da ré, a quem incumbe indenizar os custos necessários aos reparos:

> UMIDADE ASCENDENTE GARAGEM – TRATATIVA: Remoção do reboco danificado; Aplicação de 03 demãos de impermeabilizante, com ênfase em umidade ascendente; Execução de reboco no local atingido; Aplicação de massa corrida; Lixamento da região afetada; de 02 a 03 demãos de pintura sobre a região danificada;
>
> e
>
> UMIDADE DESCENDENTE COZINHA/LAVANDERIA – TRATATIVA: Refazer a vedação de todo perímetro que faz divisa entre os imóveis das partes com aplicação de vedacalha P.U. e MANTA ASFÁLTICA com maçarico, com transpasse de 10cm da manta asfáltica na parede mais alta (do REQUERIDO), onde parafusarão um parafuso auto-brocante com borracha de vedação (o mesmo utilizado em telhados metálicos) a cada 30 centímetros, e fixarão, também com maçarico, a manta asfáltica no rufo (do lado da REQUERENTE).

Por fim, no que tange aos danos morais, não se verificou qualquer risco de desabamento do imóvel da autora por culpa da ré, como propalado no recurso, que justificasse a alegação de angústia, sofrimento, frustração e impotência para fins de reconhecimento do dano extrapatrimonial.

Não tendo sido expostas outras razões para a alegação dos referidos danos, reputo que não estão configurados na espécie, daí não se cogitando da indenização almejada.

Em suma, dou parcial provimento ao recurso da autora para julgar parcialmente procedente a ação e reconhecer o dever da ré de indenizar a demandante quanto às providências necessárias à solução da umidade ascendente na garagem da autora e à umidade descendente que atinge corredor, cozinha e lavanderia, melhor especificados acima e em montante a ser apurado em fase de cumprimento de sentença.

Acesso ao Sumário

Permanece a parte autora sucumbente em maior parte, pelo que mantenho a atribuição dos ônus sucumbenciais tal como determinada pela sentença.

Pelo exposto, por esses fundamentos, dou parcial provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1008844-36.2021.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante BYD DO BRASIL LTDA., é apelado KW FLEET LOCAÇÃO DE VEÍCULOS ELÉTRICOS LTDA.

ACORDAM, em 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 49.911)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOVINO DE SYLOS (Presidente) e COUTINHO DE ARRUDA.

São Paulo, 11 de abril de 2023.

MAURO CONTI MACHADO, Relator

Ementa: Apelação. Embargos à execução. Acolhimento. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Reserva mental reconhecida. Art. 110 do Código Civil. Prova dos autos que evidenciou, à saciedade, que a intenção real dos contratantes era diversa daquela instrumentalizada no contrato objeto da execução. Inexigibilidade da dívida corretamente reconhecida. Honorários de sucumbência. Pretensa redução. Impossibilidade. Aplicação do entendimento firmado no Tema 1.076 do Eg. STJ. Sentença prestigiada. Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 317/323, cujo relatório é adotado, que acolheu os embargos opostos pela devedora para declarar a inexigibilidade do débito executado, com a extinção do feito executivo, nos termos do art. 803, I do CPC, reconhecendo que a vontade aposta no contrato divergia da real intenção das partes. Condenada a embargada a arcar com os ônus de sucumbência, arbitrados os honorários advocatícios em 10% do valor

Acesso ao Sumário

atualizado da causa.

Preliminarmente, aponta cerceamento de defesa, eis que o MM. Juízo "a quo" não valorou adequadamente a prova produzida nos autos, especialmente a documental, ressaltando que a testemunha trazida pela recorrida possui interesse no deslinde do feito. Quanto ao mérito, reitera a regularidade do contrato entabulado entre as partes, ressaltando que a embargante não cumpriu com sua obrigação contratual, deixando de adimpli-lo tempestivamente. Aduz não se cogitar da ocorrência de reserva mental na espécie, devendo prevalecer, à luz do que dispõe o art. 110 do Código Civil, a manifestação de vontade. Pretende sejam aplicadas, ainda, as penalidades pelo inadimplemento previstas contratualmente, especificamente na cláusula 3. Subsidiariamente, pugna pela redução dos honorários de sucumbência diante do vultoso valor da ação.

Recurso tempestivo, preparado e respondido, subiram os autos a esta instância para o reexame da matéria controvertida.

É a suma do necessário.

As preliminares agitadas são, de plano, rechaçadas.

Ao contrário do que alega a recorrente, o MM. Juízo "a quo" avaliou com acuidade a prova dos autos, o que se constata de uma simples leitura da fundamentação do "decisum". A circunstância de a parte discordar dos fundamentos não autoriza a temerária alegação de defeito na valoração do conjunto probatório.

Saliente-se, ademais, que o magistrado, ao proferir sua decisão, não está obrigado a analisar todas as questões formuladas pelas partes para formar seu convencimento, de modo que não prospera a aludida nulidade.

No mesmo sentido, com relação à testemunha trazida pela embargante.

Não se trata de preposto, nem sócio da empresa executada, e seu depoimento, como se verá, jungido à prova dos autos, ensejou o correto entendimento de que houve o contrato executado não refletiu a real intenção das partes.

Quanto ao mérito, nada há a reparar na r. sentença.

Acesso ao Sumário

O feito executivo tem por objeto "Instrumento Particular de Contrato de Compra e Vendas e Outras Avenças" (fls. 466/483), pelo qual a KWFleet Locação de Veículos Elétricos Ltda teria comprado da BYD do Brasil Ltda 145 unidades do veículo elétrico modelo T3, no valor total de R$26.100.000,00, a serem pagos em 90 dias contados da assinatura do contrato.

Contudo, ao opor os presentes embargos à execução, a KWFleet suscitou a ocorrência de reserva mental, aduzindo que, em verdade, os veículos seriam comprados conforme fossem surgindo clientes interessados em sua locação – situação acerca da qual a BYD teria pleno conhecimento e aquiescência.

Em que pesem os argumentos expendidos pela exequente, tem-se que

a prova dos autos converge para tal conclusão, conforme restou decidido pelo MM. Juízo "a quo".

Antes, imperioso mencionar que o art. 110 do Código Civil dispõe que "A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento".

Como se vê, a parte final do mencionado artigo prevê, expressamente, que subsistirá a vontade real das partes se o destinatário da manifestação tiver conhecimento da reserva mental do seu autor.

Exatamente a hipótese examinada.

Analisando-se a prova documental, vê-se que há várias condutas que destoam das previsões do contrato entabulado entre as partes.

Os e-mails encaminhados entre as partes evidenciam que havia uma parceria entre a BYD e a KWFleet, porquanto há o reconhecimento perante cliente da BYD que esta não mais locava veículos diretamente, mas que fora desenvolvida "... uma alternativa de locação ainda melhor do que a fizemos com você, a empresa é a KW-Fleet,..." – fl. 42.

Este e-mail é do dia 08/11/2019, ou seja, logo após a assinatura do contrato ocorrida em 18/10/2019 (fl. 471).

As mensagens de fls. 40/41 externam o mesmo tipo de conteúdo: encaminhamento à apelada de cliente interessado em locação de veículos.

Já os e-mails de fls. 44/50 foram enviados após o "inadimplemento" da KWFleet, entretanto, tais documentos instrumentalizam negociações de veículos, sem qualquer ressalva quanto à dívida que já estaria vencida.

Há mais uma comunicação, e esta é bem relevante, em que o diretor da recorrente orienta como a executada deveria proceder, circunstância a corroborar a alegação de que o negócio efetivamente entabulado destoava daquele instrumentalizado (fl. 226).

Não bastasse, há uma cláusula contratual bastante controversa e que, à luz das mensagens eletrônicas trocadas entre as partes, ganha interpretação mais precisa.

A cláusula 10, "d" prevê, "verbis":

> "Da retirada: Mesmo com os veículos 100% pagos, a KWfleet somente retirará os veículos do pátio da BYD à medida que os clientes da KWfleet assinarem os contratos de locação".

Ora, evidente que tal cláusula é estapafúrdia, pois o comprador, quitado o preço, não pode ser impedido de usufruir o bem adquirido e dar-lhe a utilização que bem entender, não se compreendendo a ingerência da BYD nas locações realizadas pela apelada.

Acesso ao Sumário

Tal ingerência só tem razão de ser exatamente porque a aquisição dos veículos e sua entrega estavam condicionadas à locação perfectibilizada pela compradora.

Assim, o testemunho prestado por Ricardo apenas corroborou o que a prova documental já dava conta.

Nesse contexto, demonstrado à saciedade que a manifestação das partes divergiu de sua real intenção, era mesmo de rigor o reconhecimento da inexigibilidade da dívida.

No tocante aos honorários de sucumbência, a questão encontra-se pacificada com o julgamento do Tema 1.076, pelo qual, decidiu-se ser inviável a fixação da verba de forma equitativa quando proveito econômico for vultoso.

Portanto, não há nada no recurso que imponha a inversão do resultado obtido pela r. sentença hostilizada, que se mantém por seus próprios e jurídicos fundamentos, em conformidade com a regra do art. 252 do Regimento Interno deste Tribunal, que estabelece que nos "recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la".

Este dispositivo é utilizado por todas as Câmaras do Tribunal, no aprimoramento da função jurisdição, por espeque da instrumentalidade do processo, convicto de que a tutela jurisdicional deve ser rápida, eficaz, com utilidade às partes do processo, a fim de ser cumprido o mandamento constitucional.

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 n°662.272-RS, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. de 4.9.2007; REsp n° 641.963-ES, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. de 21.11.2005; REsp n° 592.092-AL, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 17.12.2004 e REsp n° 265.534-DF, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j de 1.12.2003). E, ainda, do Colendo Supremo Tribunal Federal, assim fazendo recentemente na decisão da lavra do eminente Ministro Dias Toffoli, nos RE 591.797 e 626.307, em26.08.2010, em que assenta, textualmente, o que segue: "Acompanho na íntegra o parecer da douta Procuradoria-Geral da República, adotando-o como fundamento desta decisão, ao estilo do que é praxe na Corte, quando a qualidade das razões permitem sejam subministradas pelo relator (Cf. ACO 804/RR, Relator Ministro Carlos Britto, DJ 16/06/2006; AO 24/RS, Relator Ministro Maurício Corrêa, DJ 23/03/2000; RE 271771/SP, Relator Ministro Néri da Silveira, DJ 01/08/2000)".

Desse modo, outros fundamentos são dispensáveis diante da adoção integral do que foi deduzido no "decisum", aqui expressamente adotados para evitar

Acesso ao Sumário

desnecessária repetição, nos termos do artigo 252, do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça.

Derradeiramente, ante o improvimento da irresignação manifestada, de rigor a imposição dos honorários recursais, majorando-se a verba arbitrada em desfavor da embargada para 11% do valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 11 do CPC.

Posto isto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1004522-18.2021.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado CONDOMÍNIO EDIFÍCIO CENTRAL PARK, é apelado/apelante JOSÉ DA SILVA RIBEIRO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50.548)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO AYROSA (Presidente), ANTONIO RIGOLIN e ADILSON DE ARAUJO.

São Paulo, 28 de abril de 2023.

PAULO AYROSA, Relator

Ementa: DIREITO DE VIZINHANÇA – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. INDENIZATÓRIA POR DANO MATERIAL E MORAL – INFILTRAÇÃO DE ÁGUA – SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA – PROVA PERICIAL QUE DEMONSTROU A EXISTÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O DANO NO IMÓVEL E AS INFILTRAÇÕES NA LAJE – PRAZO CONCEDIDO NA SENTENÇA PARA REPAROS QUE SE MOSTRA EXÍGUO – AMPLIAÇÃO NECESSÁRIA – INDENIZAÇÃO PERTINENTE – DANO MORAL CARACTERIZADO – ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO IMPERTINENTE – COMPENSAÇÃO FIXADA EM R$ 10.000,00 – VALOR QUE OBSERVA OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABI-

Acesso ao Sumário

LIDADE – SUCUMBÊNCIA INTEGRAL DO RÉU – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ARBITRADOS EM 10% SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO QUE DEVE ABRANGER A OBRIGAÇÃO DE FAZER E A INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

I– Restando evidente que os vazamentos no imóvel do autor provêm da área comum do condomínio réu, pertinente a responsabilização deste pelos danos daí derivados;

II– Evidenciados os danos no imóvel em relação causal com os vazamentos de responsabilidade do réu, os gastos necessários à sua recomposição devem ser suportados por este. As conclusões do laudo pericial que não foram afastadas de maneira convincente por outros elementos probatórios constantes nos autos;

III– A recalcitrância do réu em promover os reparos necessários à cessação dos vazamentos que causavam danos no imóvel do autor, colocando em risco a sua vida e saúde, é fator gerador de dano moral;

IV– Evidenciado-se exíguo o prazo concedido para o cumprimento da obrigação de fazer, impõe-se a sua dilatação para 90 (noventa) dias;

V– O arbitramento da compensação pelo dano moral deve se pautar pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade;

VI– Havendo sucumbência integral do réu, a si devem ser imputados os ônus sucumbenciais, destacando que o percentual de honorários advocatícios deve incidir sobre o valor da condenação como um todo, termos do art. 20, § 2º, do CPC.

Acesso ao Sumário

VOTO

JOSÉ DA SILVA RIBEIRO propôs ação de obrigação de fazer c.c. indenização frente ao **CONDOMÍNIO EDIFÍCIO CENTRAL PARTE**; **JOSÉ DA SILVA RIBEIRO**.

O MM. Juiz, pela r. sentença de fls. 814/820, não alterada em razão da oposição de embargos declaratórios (fls. 830/831 e fls. 839/840), julgou a ação procedente, para condenar o réu: *"(i) à obrigação de fazer consistente em promover: (i.1) em 30 (trinta) dias a reparação da área comum que guarda rela-*

ção com os problemas relatados pelo demandante, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00, até o limite de R$ 100.000,00, sem prejuízo da conversão da obrigação de fazer em perdas e danos; (i.2) em 30 (trinta) dias a reparação da unidade do demandante, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00, até o limite de R$ 100.000,00; (ii) ao pagamento ao autor de indenização por dano moral no montante de R$ 10.000,00, acrescido de correção monetária, pela tabela prática do Tribunal de Justiça, a partir desta decisão (súmula nº 362/STJ), e de juros de mora, de 1% ao mês, desde a citação." Em razão da sucumbência, carreou ao réu o pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação, que abrange a obrigação de fazer.

Inconformado, apela o condomínio réu às fls. 843/868, sustentando que o prazo concedido é exíguo, pois deve elaborar um projeto executivo das obras necessárias, cotação de preço, reunião com o corpo diretivo, celebração de contrato de prestação de serviços e posteriormente uma assembleia extraordinária. Afirma que em contato com algumas empresas já foi informado que é necessário um prazo de 20 para agendamento da visita técnica e mais 15 para iniciar os serviços. Alega que as obrigações impostas devem ser esmiuçadas, com a diminuição da astreinte imposta. Aduz que o pleito de indenização por danos morais está prescrito, pois alegou em sua inicial que teve conhecimento do ilícito em 2017. Alega a inexistência de danos morais, pois não há conduta pública vexatória, humilhante ou depreciativa, pugnando, subsidiariamente, pela redução do valor arbitrado. Sustenta a fragilidade do laudo pericial, pois o expert não consagrou o teste de estanqueidade na tubulação de esgoto da banheira, através do seu esvaziamento e deslocamento, conforme constatado pelo assistente técnico a fl. 360, ressaltando que de acordo com a NBR 9574, indica que deverá permanecer nesta condição por 72 horas. Afirma que das quatro coberturas existentes no condomínio, apenas a unidade do autor apresenta infiltração, apesar de todas estarem debaixo da mesma laje de topo, sendo ela a única que instalou uma banheira que não fez parte do projeto inicial e foi instalada após as obras da construtora. Afirma não ser crível que infiltração venha do topo do prédio e atinja o piso inferior do imóvel do apelado, sendo de conhecimento que a infiltração não pula pavimento. Aduz que o autor deve arcar com o pagamento da sucumbência, pois deu causa à instauração da lide, desnecessariamente, requerendo, subsidiariamente, a redução do valor arbitrado a título de honorários advocatícios. Por fim, prequestiona a matéria.

Apela também o autor (fls. 881/888), pugnando pela majoração dos danos morais, pois arbitrados em valor ínfimo considerando a gravidade do fato. Afirma que os honorários advocatícios devem incidir sobre o valor da condenação devidamente atualizada. Sustenta que deve ser isento da contribuição do rateio para reparos tanto na sua unidade, como na parte comum do edifício, tendo em

Acesso ao Sumário

vista ser o vencedor da demanda.

Respostas das partes às fls. 894/904 e fls. 907/918, pleiteando o improvimento do recurso da parte contrária.

É O RELATÓRIO.

Cuida-se de ação de obrigação de fazer, calcada na norma do art. 1.277 do CC, na qual alega o autor que o réu não fez manutenção adequada do telhado do condomínio, propiciando infiltração de água, que compromete a sua unidade habitacional, nele causando danos materiais, assim como moral.

O laudo pericial de fls. 620/732, complementado à fls. 770/786, é taxativo em descrever pormenorizadamente o imóvel, ilustrando as suas constatações por fotografias, evidenciando os danos existentes no imóvel do autor por vazamentos provenientes da área comum do condomínio, em especial do vazamento no telhado.

É patente, por tais provas, que as patologias identificadas no imóvel do autor provinham da infiltração decorrente da má manutenção do telhado, de responsabilidade do condomínio réu. Ao contrário do alegado no recurso, não se vislumbra razão plausível para afastar as conclusões do perito judicial, as quais foram adotadas pela r. sentença como razão de decidir, no seguinte sentido:

> *"E apesar de o juiz não se vincular ao resultado da prova técnica, e permitir o Código de Processo Civil que ordene a execução de outra, tal não pode se dar quando o laudo foi elaborado com observação rigorosa de normas técnicas que lhe são inerentes, mostrando-se, como in casu, bem feito e convincente.*
>
> *Destarte, comprovado que o dano experimentado pelo autor deriva diretamente da conduta omissiva e negligente do condomínio, presente, no ponto, o nexo causal, mister a condenação do réu à obrigação de fazer consistente em efetuar os reparos necessários para que cessem as infiltrações no apartamento do demandante, bem como restabeleça o status anterior do imóvel deste.*
>
> *E considerando que os reparos dos danos ocasionados na unidade do autor somente poderão ser efetuados após a execução dos reparos nas áreas comuns do empreendimento, impõe-se, a priori, a fixação de um prazo para reparo na área comum e um prazo diverso para reparo na unidade do demandante."* (fl. 817)

Vale destacar que todos os pontos elencados no recurso pelo réu foram afastados um a um nos esclarecimentos prestados pelo expert, destacando abaixo, a sua conclusão:

> *"Os danos aos revestimentos e pintura observados no apartamento do AUTOR, basicamente na região da sala de estar, varanda (sacada), banheiro social, área de serviço, banheiro de empregada, situados no pa-*

vimento inferior, bem como no escritório e banheiro do escritório, situados no pavimento superior, decorrem da ação da umidade proveniente de infiltrações pelas fachadas e laje de cobertura do prédio, devido à falta de manutenção periódica das áreas comuns do edifício tais como, pintura periódica das fachadas do edifício e reparo ou substituição do sistema de impermeabilização das lajes."(fl. 706)

Assim, restou devidamente provado nos autos que os danos acarretados no imóvel do autor ocorreram em decorrência de infiltração das fachadas e lajes da cobertura do edifício.

A obrigação imposta restou bem delineada na sentença, não merecendo qualquer especificação para seu cumprimento.

No entanto, o prazo de 30 dias para cumprimento da obrigação se mostra exíguo, merecendo ser ampliado para 90, haja vista que o próprio perito destacou a necessidade de elaboração de um Projeto Executivo para reparo das anomalias (fl. 705), e se tratando de um condomínio é notória a necessidade de observação aos preceitos legais para evitar qualquer ilegalidade.

Em relação à alegada prescrição quanto ao pedido de danos morais, sem razão o réu.

Aplica-se ao caso o entendimento adotado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça no âmbito do REsp 1.659.500, de Relatoria da excelentíssima Ministra Nancy Andrighi, no sentido de que o prazo trienal atinente ao artigo 206, § 3º inciso V, do Código Civil, referente a danos causados por obra em imóvel vizinho, começa a ser computado apenas com a cessação do efeito danosos.

Isso porque, os danos experimentados possuem natureza contínua e permanente, razão pela qual a ação reparatória ou compensatória pode ser ajuizada enquanto perdurar o dano.

É evidente que a infiltração, decorrente do vazamento de água pelo telhado do condomínio réu se prolongava no tempo, há anos, sendo patente a recalcitrância indevida, o desrespeito à propriedade, saúde e conforto alheios por parte do condomínio. A insalubridade resultante dos vazamentos está comprovada pelas fotografias que lustram o laudo pericial acima anotado. A causa destes vazamentos não foi solucionada sem o ajuizamento da presente demanda e perdura há muitos.

A convivência diuturna do autor e demais moradores de seu imóvel com os danos havidos neste é fator determinante de insalubridade e risco à vida e saúde daqueles que ali habitam.

Não são singelos dissabores cotidianos, meros aborrecimentos ou chateações, mas sim sentimento de menos valia, desgosto, apreensão, angustia, dentre outros de igual jaez, posto que os moradores daquela unidade habitacional convivem, por tempo prolongado, com o risco à sua vida e saúde, sob a iminência

Acesso ao Sumário

de queda do revestimento do forro em razão das infiltrações, como já ocorreu no banheiro de serviço, fatos estes caracterizadores do dano imaterial, os quais foram arbitrados em R$ 10.000,00 pelo magistrado a quo, arbitramento que atende os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, não merecendo qualquer retoque, seja para majorar ou diminuir.

Quanto a pretensão do autor em observar que deve ser isento do pagamento da indenização devida neste feito, nas verbas condominiais futuras, entendo que o pedido extrapola os limites da lide, cabendo às partes o bom senso, para se evitar nova demanda judicial nesse sentido.

As verbas sucumbenciais foram devidamente impostas ao réu, considerando o seu decaimento no feito.

Já os honorários advocatícios devidos pelo réu, devem também considerar a indenização imposta por danos morais, assim como leciona o § 2º do artigo 85 do CPC.

Pelo exposto, é caso de provimento parcial do recurso do réu para ampliar o prazo de cumprimento da obrigação para 90 dias, bem como para determinar que os honorários advocatícios devidos pelo réu, fixados em 10%, devem incidir sobre a condenação integral, ou seja, a obrigação de fazer e a indenização por danos morais.

Deixo de majorar os honorários recursais em razão do acolhimento parcial do recurso.

Posto isto, dou provimento parcial aos recursos do réu e do autor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1009331-71.2022.8.26.0566, da Comarca de São Carlos, em que é apelante EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS SABA LTDA., é apelado BANCO DO BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44350)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ISRAEL GÓES DOS ANJOS (Presidente sem voto), HELIO FARIA e ERNANI DESCO FILHO.

São Paulo, 10 de abril de 2023.

HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Declaratória de nulidade (*Querela nulitatis insanabilis*) – Condições da ação – Falta de interesse de agir, na modalidade adequação – Reconhecimento – Insurgência autoral voltada em face de penhora e atos expropriatórios recaídos sobre imóvel de sua titularidade, decorrentes de demanda executiva, da qual não fez parte – Inadequação da via eleita – Tutela jurisdicional pretendida pela autora que dispõe de procedimento especial, próprio e adequado à finalidade pleiteada, através da oposição de embargos de terceiro – Carência da ação – Reconhecimento – Fungibilidade – Inaplicabilidade – Erro grosseiro – Extinção da ação sem resolução do mérito – Artigos 485, VI, do CPC – Sentença mantida – RITJ/SP, artigo 252 – Assento Regimental nº 562/2017, artigo 23. Recurso não provido

VOTO

Vistos.

A r. sentença de fls. 114/16 julgou extinto o processo sem resolução do mérito, *ex vi* do artigo 485, inciso VI, do CPC, com custas *ex lege*.

Apela a parte autora (fls. 119/27) buscando a reversão do julgado, sustentando o cabimento da ação declaratória de nulidade (*Querela Nulittatis Insanabilis*), ao argumento de que, embora não sendo emitente e tampouco avalista da cédula de crédito bancário, que lastreia a ação de execução promovida pelo banco réu (p. nº 1008293-97.2017.8.26.0566), teve constrito um lote urbano de sua propriedade, inclusive com indicação do bem à hasta pública, sem que houvesse sido citada naquela demanda, havendo nulidade insanável no procedimento, posto que imprescindível sua prévia citação; pleiteia a anulação da r. sentença, com o prosseguimento da instrução processual e devida análise do mérito, sendo condenado o réu no ônus de sucumbência, nos termos do artigo 85 e seguintes do CPC.

Processado o recurso e sem resposta (cf. certidão de fl. 150), vieram os autos a esta Instância e após a esta C. Câmara.

É o relatório.

Como se sabe, a ação declaratória de nulidade, denominada *'Querela Nullitatis Insanabilis'*, tem cabimento em casos de vícios insanáveis que gerem nulidade absoluta, notadamente em casos de inexistência do processo e/ou da própria sentença (*v.g.* proferida sem parte dispositiva). Ainda como exemplo,

Acesso ao Sumário

doutrina e jurisprudência indicam a hipótese de inexistência ou defeito no ato citatório seguido da revelia do réu, que configura ausência de pressuposto de existência da relação processual, vício este transrescisório que pode ser arguido inclusive após o atingimento do prazo decadencial bienal para se intentar eventual ação rescisória.

Quanto ao tema, colaciona-se o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça: "*DIREITO PROCESSUAL CIVIL. NULIDADE DA CITAÇÃO EM AÇÃO DE NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA. QUERELA NULLITATIS INSANABILIS. CABIMENTO. 1. A ausência de citação não convalesce com a prolação de sentença e nem mesmo com o trânsito em julgado, devendo ser impugnada mediante ação ordinária de declaração de nulidade. A hipótese não se enquadra no rol exaustivo do art. 485 do Código de Processo Civil, que regula cabimento da ação rescisória. 2. Recurso especial a que se dá provimento*". (STJ – REsp 1.333.887/MG – rel. Min. MARIA ISABEL GALLOTTI – DJe 12/12/2014).

"*PROCESSUAL CIVIL – NULIDADE DA CITAÇÃO (INEXISTÊNCIA) – QUERELA NULLITATIS. I – A tese da querela nullitatis persiste no direito positivo brasileiro, o que implica em dizer que a nulidade da sentença pode ser declarada em ação declaratória de nulidade, eis que, sem a citação, o processo, vale falar, a relação jurídica processual não se constitui nem validamente se desenvolve. Nem, por outro lado, a sentença transita em julgado, podendo, a qualquer tempo, ser declarada nula, em ação com esse objetivo, ou em embargos à execução, se for o caso. II – Recurso não conhecido.* (REsp 12.586/SP, Rel. Min. WALDEMAR ZVEITER, DJU de 04.11.1991).

Também sobre a matéria, conforme abalizada doutrina de Teresa Arruda Alvim, *"...as sentenças nulas são rescindíveis e as juridicamente inexistentes não transitam em julgado e não estão sujeitas ao prazo de dois anos do caput do art. 975" para serem impugnadas. Podem ser objeto de uma ação meramente declaratória, conhecida como actio ou querela nullitatis, sem prazo."* (Revista Judiciária do Paraná/Associação dos Magistrados do Paraná – v.1, n.1 (jan.2006) Curitiba: AMAPAR, 2006).

Acesso ao Sumário

No caso dos autos, a parte autora reclama de suposto vício procedimental ocorrido em sede da ação de execução (nº 1008293-97.2017.8.26.0566), ajuizada pelo banco réu em face de *'São Carlos do Pinhal Imóveis LTDA – EPP', 'Jorge Luiz Saba* Júnior›, ‹Guilherme *Staufackar Saba'* e *'Jorge Luiz Saba'*, consistente na ausência de sua citação/intimação acerca da penhora e atos expropriatórios havidos sobre o imóvel (lote urbano) de sua propriedade (Matrícula nº 7471 do 2º Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Araraquara/SP).

Narra a autora na inicial que "*O referido imóvel foi nomeado à penhora pelos requeridos naquele processo em data de 22/02/2018 (documento 4),*

havendo concordância por parte do réu em 21/03/2018 (documento 5), que na oportunidade requereu a averbação da penhora do bem, havendo deferimento do pleito pelo Juízo em 22/03/2018 (documento 6). A partir de então, iniciou-se no processo os procedimentos que antecedem a desapropriação do bem, tais como averbação da penhora, nomeação de perito, avaliação do imóvel, bem como decisão estabelecendo a realização de Leilão Eletrônico do bem (documento 7). Contudo, tal decisão não observou que a autora (proprietária do imóvel), não havia sido citada nos autos. Esta somente foi cientificada (via intimação) acerca da constrição e expropriação legal perseguida nos autos em 19/07/2022 (documento 8), ou seja, cerca de 4 (quatro) anos e 4 (quatro) meses contados do deferimento do pedido de penhora, e 9 (nove) meses após a decisão que definiu a realização de Leilão Eletrônico, obstando qualquer eventual impugnação/recurso, e fazendo da decisão coisa julgada."; concluindo que "*A citação da autora nos autos era medida imprescindível para a correta marcha processual, razão pela qual se funda e se justifica a distribuição da ação declaratória em epígrafe, a fim de se declarar nula a decisão que definiu a realização do Leilão nos autos*" (fl. 03/04).

Observados os fatos da causa, pedido e causa de pedir, é caso de extinção do processo sem resolução do mérito, por falta de interesse processual, na modalidade adequação, para a propositura da presente demanda, já que a via eleita pela autora é inadequada à finalidade pretendida, havendo sim procedimento especial, próprio e adequado para a tutela jurisdicional perseguida.

Como ensina Cândido Rangel Dinamarco: "*...existem dois fatores sistemáticos muito úteis para a aferição do interesse de agir, como indicadores da presença deles: a necessidade da realização do processo e a adequação do provimento jurisdicional postulado*" (Instituições, Malheiros, 3ª ed., II, 305)

Com efeito, buscando obter a autora tutela jurisdicional em face de constrição judicial que recai sobre bem de sua titularidade em demanda na qual alega não ter sido integrada à relação processual, o sistema processual em vigor lhe dispõe o manejo de embargos de terceiro, previstos nos artigos 674 e seguintes do CPC, 'in verbis': 'Art. 674. Quem, não sendo parte no processo, sofrer constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato constritivo, poderá requerer seu desfazimento ou sua inibição por meio de embargos de terceiro'; observando-se ainda o prazo a que alude o artigo 675 do CPC, que prevê, para o caso de cumprimento de sentença ou processo de execução, o prazo para embargos de até 5 (cinco) dias depois da adjudicação, da alienação por iniciativa particular ou da arrematação, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta.

Como afirmado pelo MM. Juízo de origem, "*Na hipótese, a presente ação declaratória foi distribuída por dependência a ação de execução de título extrajudicial, em que fora alcançado bem de propriedade da parte ora autora, sendo*

Acesso ao Sumário

que ela sequer figura no polo passivo daquele processo. Assim, a presente ação não de mostra o meio adequado para se impugnar a constrição que recai sobre o respectivo imóvel. Pelo que deflui dos autos, não há interesse processual que albergue a pretensão deduzida em Juízo. Vale dizer, não há necessidade/adequação da tutela jurisdicional invocada." (fls. 114/15).

Ademais, fosse a intenção da autora de impugnar os atos do procedimento executivo quanto a aspectos formais, especialmente sobre o prisma do contraditório e ampla defesa, deveria, se o caso, ter veiculado sua insurgência diretamente ao Juiz da causa nos autos da própria execução, arguindo-se da respectiva nulidade; observado que a questão apresentada não se refere à nenhuma hipótese de inexistência jurídica do processo ou da sentença, como visto acima, senão versando especificamente sobre a suposta nulidade da penhora havida sobre bem de sua titularidade, sem que figurasse como parte na demanda executiva; de modo que, por qualquer ângulo que se análise a questão, a ação declaratória de nulidade, *'Querela Nullitatis Insanabilis'*, na hipótese, configura via inadequada para tanto, sendo de rigor a manutenção da r. sentença recorrida.

Por fim, não há que se falar em aplicação do princípio da fungibilidade, pois, diante de expressa previsão legal quanto ao procedimento cabível para obtenção da tutela pretendida, inexistindo dúvida objetiva, afigura-se presente erro grosseiro a impedir a aplicação de tal princípio.

Neste sentido: "*Agravo de instrumento – execução de quantia certa – impugnação apresentada por terceira interessada nos autos da executiva – agitações próprias de embargos de terceiro – inadequação da via eleita – erro agudo, o que a inibir manejo do princípio da fungibilidade – decisão preservada – recurso improvido.*" (TJSP; Agravo de Instrumento 2175338-56.2020.8.26.0000; Relator (a): Tercio Pires; Órgão Julgador: 34ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível – 8ª Vara Cível; Data do Julgamento: 24/09/2020; Data de Registro: 24/09/2020).

Por tais motivos, prevalece a r. sentença recorrida, que fica mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, inclusive quanto ao ônus de sucumbência, (artigo 252 do RITJ/SP c/c art. 23 do Assento Regimental nº 562/2017), ora adotados em complemento aos do presente voto.

Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1004258-79.2019.8.26.0322, da Comarca de Lins, em que é apelante KESLEY PAULA DE OLIVEIRA DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados ASSO-

CIAÇÃO HOSPITALAR SANTA CASA DE LINS e FABIO COSTA NATEL.

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente o Dr. Luiz Fernando Gelezov.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. (Voto nº 40.728)

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

São Paulo, 25 de abril de 2023

FRANCISCO LOUREIRO, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL E INDENIZAÇÃO POR ERRO MÉDICO. Alegação de erro médico decorrente de inobservância dos procedimentos recomendados durante realização de cirurgia de laqueadura de trompas e da ausência de informações sobre o risco de nova gravidez. Autora pretende ser indenizada por gravidez superveniente indesejada. Sentença de improcedência. Incorreção. Embora inexista eficácia absoluta de métodos contraceptivos e nem violação a dever de informação ao paciente, existe fato imputável ao médico e ao hospital, geradores de responsabilidade civil. Prova pericial foi inconclusiva ao afirmar ou negar a ocorrência de erro médico, em razão da total omissão do prontuário médico. Prontuário omisso sobre a técnica empregada na cirurgia impediu que o perito se pronunciasse sobre a existência de culpa do médico. Correto e completo preenchimento do prontuário constitui prestação acessória do serviço médico. Ausência de anotações no prontuário médico resulta na impossibilidade de apuração dos fatos e violação a dever de prestação acessório, gerador de responsabilidade civil. No mais, literatura médica indica possibilidade de regeneração tubária após significativo decurso de tempo. Autora engravidou apenas 10 meses depois da cirurgia. Tal circunstância, aliada à omissão do prontuário, geram presunção de que não se empregou a técnica adequada. Superveniente gravidez não planejada resultou em maior comprometimento da economia doméstica, a autorizar pensão mensal. Indenização fixada no va-

Acesso ao Sumário

lor correspondente a 1/3 do salário mínimo, diante das condições socioeconômicas da autora. Pensão devida desde o nascimento do último filho, até este atingir a maioridade civil. Constituição de capital equivalente a 200 vezes o valor da pensão. Dano moral in re ipsa. Sofrimento agravado pela realização do procedimento inidôneo, resultando em maiores riscos à saúde da autora. Fixação da indenização por danos morais em R$15.000,00, em observância às suas funções ressarcitória e punitiva. Ação procedente. Recurso provido.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 577/579 dos autos, que julgou improcedente ação indenizatória por danos materiais e morais, ajuizada por KESLEY PAULA DE OLIVEIRA DOS SANTOS em face de ASSOCIAÇÃO HOSPITALAR SANTA CASA DE LINS E FABIO COSTA NATEL.

Fê-lo a r. sentença, sob o fundamento de que a laqueadura de trompas não é um método contraceptivo absolutamente infalível.

Destacou que o procedimento foi realizado durante o parto da terceira filha, em razão do diagnóstico de "fragilidade uterina". Assim, inexistia a finalidade de planejamento familiar, a exigir consentimento informado.

Ressaltou que laudo pericial concluiu pela inexistência de defeito do serviço, apto a gerar o dever de indenizar.

Apela a autora alegando, em resumo, que: a) durante parto cesárea da terceira filha realizou-se procedimento de laqueadura de trompas; b) o procedimento era indicado em razão da prole numerosa e por ser acometida de "doença hipertensiva específica da gravidez"; c) pouco tempo depois do parto da terceira filha, adveio quarta gestação, não planejada e com graves riscos à saúde da gestante; d) não lhe foi entregue Termo de Consentimento informando os riscos atinentes à cirurgia de laqueadura; e) de acordo com o laudo pericial, o prontuário médico é omisso e não descreve a técnica utilizada; f) sofreu danos morais; g) faz jus a pensão mensal no valor de um salário mínimo, até que o quarto filho complete 24 anos de idade.

Em razão do exposto, e pelo que mais argumenta às fls. 584/602, pede o provimento do recurso.

O apelo foi contrariado às fls. 606/611 e 612/624.

É o relatório.

1. O recurso comporta provimento, preservado o entendimento do MM. Juiz de Direito.

Acesso ao Sumário

Cuida-se de pedido indenizatório decorrente de suposto erro médico verificado durante o parto da terceira filha da autora.

De acordo com a inicial, no dia 16/11/2017, durante parto mediante intervenção cesárea da terceira filha, ocorrido no hospital requerido, o médico réu realizou de laqueadura de trompas, como forma de planejamento familiar e sobretudo em razão de ser a autora acometida de "doença hipertensiva específica da gravidez".

Também de acordo com a inicial, pouco tempo depois do parto da terceira filha, adveio quarta gestação, não planejada e com graves riscos à saúde da gestante.

Relata a autora que não lhe foi entregue Termo de Consentimento, nem foi informada sobre os riscos atinentes à cirurgia de laqueadura.

Entende ser devida pensão mensal no valor de um salário mínimo, até que o quarto filho complete 24 anos de idade, além de indenização por danos morais.

São os fatos postos a julgamento.

2. Inicialmente, pontuo que será analisada apenas a matéria objeto de controvérsia, em observância ao próprio efeito devolutivo do recurso.

As partes não controvertem quanto aos seguintes pontos: 1) laqueadura tubária realizada durante o parto da terceira filha da autora; 2) "doença hipertensiva específica da gravidez" que acomete a autora recomendava a laqueadura; 3) superveniência da gravidez inesperada do quarto filho da autora, cerca de dez meses depois do procedimento de laqueadura; 4) realização de segundo procedimento de laqueadura, após o nascimento do quarto filho da autora.

A controvérsia persiste, basicamente, quanto à culpa do médico que realizou o primeiro procedimento de laqueadura, durante o parto cirúrgico da terceira filha da requerente.

De um lado, os corréus alegam que o procedimento cirúrgico se fazia necessário e foi realizado com a técnica adequada, e que, embora pouco incidente, é possível a reconstituição tubária e gravidez superveniente.

De outro, insiste a autora na alegação de que não foi adequadamente informada sobre os riscos de gravidez superveniente após a realização da cirurgia.

Além disso, sustenta que o prontuário é omisso quanto a informações importantes acerca da técnica empregada pelo médico para realizar a primeira laqueadura.

Razão assiste à autora.

3. Preservado o entendimento do MM. Juiz *a quo*, verifica-se fato imputável ao médico e ao hospital, gerador de responsabilidade civil.

Admito ser irrelevante a discussão acerca da suposta ausência de adequada informação à autora quanto aos riscos de gravidez, a despeito da cirurgia de

Acesso ao Sumário

laqueadura tubária.

É fato notório e de conhecimento geral que cirurgias de laqueadura e vasectomia, bem como remédios anticoncepcionais, possuem uma margem de ineficácia, haja vista a natureza não exata da ciência biomédica.

No que tange à laqueadura tubária, em que pese ser método contraceptivo de elevado grau de eficácia, é sabido que sua realização, em certos casos, pode não impedir de forma definitiva a fertilização, sendo de conhecimento geral e atestado pela literatura médica a ocorrência de gestações ulteriores ao procedimento.

Disso decorre que o risco de gravidez persiste também em cirurgias corretamente realizadas, resultando não de defeito do serviço, mas sim da infinita possibilidade de reação do organismo de cada pessoa a determinado procedimento cirúrgico.

Todavia, o pedido da autora não se fundamenta apenas na suposta falta de informação acerca dos riscos do procedimento.

A autora alega, ainda, que o procedimento não se realizou de maneira adequada.

Dizendo de outro modo, conquanto inquestionável a possibilidade de natural reconstituição da tuba uterina, para que se admita que a autora se enquadra nas conhecidas cifras de natural recuperação do órgão reprodutor, era imprescindível que se comprovasse que o médico empregou a técnica adequada.

4. No caso concreto, o médico réu não se desincumbiu do ônus de comprovar que empregou a técnica adequada durante o procedimento cirúrgico.

Isso porque **não consta** do prontuário médico da paciente anotação sobre a técnica empregada durante a cirurgia de laqueadura.

A despeito do quanto alega o médico-réu nas contrarrazões ao recurso de apelação da autora, do prontuário médico da paciente consta apenas a informação de que também se realizou, durante o parto, cirurgia de laqueadura.

Todavia, conforme afirmado pelo perito técnico, "*No relatório de cirurgia apresentado na Fl. 37 não temos a descrição da técnica utilizada para a realização da laqueadura tubária, portanto* ***não temos elementos que nos permitam entender se a foi empregada a*** técnica cirúrgica habitual. ***A descrição cirúrgica detalhada é peça importante do prontuário médico e neste caso não traz os elementos necessários para a análise pericial***" (cf. fl. 421 - Grifei)

Acrescenta o expert o seguinte: "*A Autora engravidou novamente após o procedimento tendo sido submetida aparto cesariana em 20/06/2019. Na descrição da cirurgia temos "cesárea +laqueadura". Não temos informações sobre as condições das tubas uterinas*" (fl. 421 - Grifei).

E, em resposta ao quesito "3" formulado pela autora, sobre a hipótese de

recanalização do tubo, a viabilizar nova gravidez, assim afirmou o expert: "*Não temos como fazer tal afirmação pois na descrição da cirurgia de 20/06/2019 não temos informações sobre o estado das tubas uterinas nem tampouco sobre a técnica empregada na nova laqueadura tubária*" (fl. 422).

Em seguida, ao responder o quesito "4" formulado pela autora, o perito admite a possibilidade de a gravidez ter resultado de falha no método cirúrgico (fl. 422).

Portanto, a despeito do que afirmam os corréus, não há como excluir a hipótese de emprego inadequado da técnica durante a cirurgia de laqueadura, pois inexiste no prontuário médico descrição da técnica empregada pelo médico que atendeu a paciente.

5. A prova pericial foi inconclusiva por fato imputável ao médico, qual seja, o preenchimento incompleto do prontuário da paciente.

Além de a prova pericial não afirma e nem descarta a culpa do médico, eis que não foi possível analisar a técnica empregada por completa lacuna do prontuário.

Resta saber se a frustração da prova pericial em razão da omissão no preenchimento do prontuário favorece o médico que o elaborou ou a paciente autora da ação.

Como dito, a autora submeteu-se à primeira laqueadura em 16/11/2017, após o nascimento da terceira filha (cf. fls. 34 e 37).

Menos de dois anos depois, em 20/06/2019, nasceu o último filho da demandante (cf. fl. 35).

Portanto, a concepção do filho caçula da autora ocorreu entre o final do mês de setembro de 2018 e o início do mês de outubro de 2018, ou seja, menos de um ano depois da cirurgia de laqueadura.

Pois bem.

De acordo com o laudo pericial, "*O índice de falha da laqueadura gira em torno de 2%**,em 10 anos**. O estudo CREST (Revisão Colaborativa sobre Esterilização nos Estados Unidos) mostrou que, **em 10 anos**, a taxa de falha cumulativa é de 18,5 em 1000pacientes. De acordo com Luis Bahamondes, a taxa de falhas é cerca de 0,18 por100 cirurgias ou quase duas gravidezes por cada 1000 mulheres*" (cf. fl. 421 - Grifei).

Assim, de acordo com a literatura médica, ainda que possível gravidez após laqueadura tubária, sua incidência em tão curto interregno de tempo é ainda mais incomum.

De fato, tendo em vista que a hipótese aventada é a de regeneração do órgão reprodutor, elementar que o evento, ainda que natural, demore considerável tempo para se verificar.

Acesso ao Sumário

Em termos mais simples, a taxa de falha do método contraceptivo está diretamente relacionada ao tempo transcorrido entre a laqueadura e o advento da gravidez.

Logo, o curto período transcorrido entre a cirurgia e a gravidez (cerca de 10 meses) reforçam a tese de que não se empregou a técnica adequada durante a laqueadura.

Tal circunstância relevante, somada à omissão do prontuário médico, leva ao reconhecimento da responsabilidade dos corréus.

Em suma, o laudo pericial foi inconclusivo, mas por fato imputável ao médico, que deixou de preencher corretamente o prontuário da paciente, omitindo a técnica cirúrgica empregada na laqueadura.

Não há dúvida que o correto preenchimento do prontuário médico constitui dever de prestação acessório, que interessa à segurança, clareza e informação devidas ao paciente.

A omissão ou lacuna no preenchimento do prontuário não pode favorecer o responsável pela falta.

Disso decorre que a baixa probabilidade de recanalização tubária no curto prazo de dez meses, somada à omissão no preenchimento do prontuário, que deixou de indicar qual a técnica empregada na cirurgia de laqueadura, conduzem à responsabilidade civil.

De resto, as partes não controvertem quanto ao fato de que a gravidez resultou da natural fertilização do óvulo, ou seja, incontroverso que a condição das tubas uterinas permitiu a natural concepção do filho caçula da autora. Consequentemente, inexiste controvérsia acerca do nexo de causalidade.

6. Configurada, pois, a responsabilidade do médico requerido pela falha do método contraceptivo, cabível sua imputação também ao nosocômio réu.

É sabido que a responsabilidade civil dos profissionais liberais, inclusive médicos, é a princípio subjetiva, por força do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, e repousa na demonstração da culpa do agente, a cargo do ofendido.

Acesso ao Sumário

Da mesma forma, a responsabilidade dos hospitais, apesar de objetiva, no caso de erro médico também pressupõe a prova da culpa deste, e a responsabilidade se estende automaticamente ao hospital.

O Superior Tribunal de Justiça, em mais de uma oportunidade, assentou que no caso de erro médico deve ser provada a culpa do causador direto do dano, para a responsabilidade se estender ao hospital.

O julgado líder, com esplêndida fundamentação, tem a seguinte ementa:

"*1. A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico -profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por*

convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes. Nesse sentido são as normas dos arts. 159, 1521, III, e 1545 do Código Civil de 1916 e, atualmente, as dos arts. 186 e 951 do novo Código Civil, bem com a súmula 341 - STF (É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.). 2 - Em razão disso, não se pode dar guarida à tese do acórdão de, arrimado nas provas colhidas, excluir, de modo expresso, a culpa dos médicos e, ao mesmo tempo, admitir a responsabilidade objetiva do hospital, para condená-lo a pagar indenização por morte de paciente. 3 - O art. 14 do CDC, conforme melhor doutrina, não conflita com essa conclusão, dado que a responsabilidade objetiva, nele prevista para o prestador de serviços, no presente caso, o hospital, circunscreve-se apenas aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia), etc e não aos serviços técnico-profissionais dos médicos que ali atuam, permanecendo estes na relação subjetiva de preposição (culpa)" **(REsp 258389 / SP MIN. FERNANDO GONÇALVES, 16/06/2005)**.

Consta do corpo do julgado elucidativa passagem, que merece ser transcrita: "*Significa isso dizer que, no caso específico dos hospitais, será objetiva a responsabilidade apenas no que toca aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações físicas, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia), etc e não aos serviços técnico-profissionais dos médicos que ali atuam ou que tenham alguma relação com o nosocômio (convênio por exemplo), permanecendo estes na relação subjetiva de preposição (culpa) já iterativamente mencionada*" **(no mesmo sentido, cfr. Rui Stoco, Tratado de Responsabilidade Civil, 6ª. Edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 725 a 729)**.

No dizer de **Rui Rosado de Aguiar Jr.**, "*o hospital não responde objetivamente, mesmo depois da vigência do Código de Defesa do Consumidor, quando se trata de indenizar danos produzido por médico integrante de seus quadros, pois é preciso provar a culpa deste para somente depois ter como presumida a culpa do hospital*" **(Responsabilidade dos Médicos, RT 718/41-42)**.

No caso em tela, como restou demonstrado o erro culposo do médico réu, bem como o nexo de causalidade entre sua conduta e o evento danoso, de rigor a responsabilização objetiva do hospital requerido pelo prejuízo sofrido pela autora.

Resta analisar as consequências da responsabilidade civil.

Acesso ao Sumário

7. Deve ser acolhido o pedido de indenização por danos materiais, mediante fixação de pensão mensal pelo déficit da renda doméstica.

Elementar que o nascimento do filho caçula da autora, decorrente de inadequada cirurgia de laqueadura tubária, resultou em significativo incremento das despesas familiares, a desequilibrar a economia doméstica.

Além disso, não se pode olvidar que o nascimento de novo filho reduz, ainda que de forma indireta, a capacidade de trabalho da mãe, seja durante o puerpério, seja em razão da atenção exigida pela criança e adolescente durante sua educação.

Portanto, o prejuízo material é consequência inarredável do nascimento não planejado do último filho.

Devida, assim, a pensão pleiteada, embora em montante e por período inferior aos indicados na inicial.

A autora é pessoa humilde e, ainda que evidente o incremento das despesas domésticas, a condição socioeconômica da família permite concluir que os gastos adicionais para prover sustento ao filho caçula é bem inferior ao indicado pela demandante.

Lembre-se ainda que o intuito da pensão é o de suprir o déficit da economia doméstica.

Diante da ausência de elementos concretos acerca das despesas realizados com o filho caçula, e de acordo com as máximas de experiência, reputo adequado o valor correspondente a 1/3 do salário mínimo mensal.

A pensão mensal incidirá a partir do nascimento de R.F.O.S. (fl. 35), termo do qual se observa o incremento desproporcional das despesas domésticas, até que a criança complete 18 anos de idade.

Não há como fixar o termo final indicado pela autora, pois, como dito, trata-se de família humilde, cabendo a R., atingida a maioridade civil, buscar meios de prover seu próprio sustento.

Com efeito, natural que filhos de famílias humildes ingressem mais cedo no mercado de trabalho.

A indenização deve observar as condições pessoais da vítima, e, no caso concreto, não há como admitir que o filho seria sustentado pela autora além da maioridade civil, sem qualquer contribuição para as próprias despesas.

Deverão os réus constituir capital de duzentas vezes o valor da pensão, para garantia de seu recebimento pela vítima, nos termos do artigo 533 do Código de Processo Civil, de modo a garantir a execução continuada dos valores fixados. Ao termo final do pagamento da pensão, o valor depositado em garantia será levantado pelos devedores.

Os valores das prestações alimentares já vencidas serão calculadas em 1/3

Acesso ao Sumário

do salário mínimo atual e e acrescidas de juros de mora desde a citação.

8. O recurso também comporta provimento para fixar indenização por danos morais.

Como dito, restou configurado erro médico, consistente na falta de emprego da técnica adequada do procedimento cirúrgico.

Em situações como esta, afigura-se desnecessária a prova dos danos morais, pois "*já hoje a jurisprudência amplamente majoritária decidiu que o dano moral é um dano 'in re ipsa', isto* é, um tipo de prejuízo que, justamente, não necessita de prova para ser indenizado" **(Maria Celina Bodin de Moraes, Danos à pessoa humana, p. 285, Renovar, 2003)**.

O prejuízo de ordem extrapatrimonial decorre, no caso, da gravidade da ofensa, sendo completamente desnecessária a prova da dor da alma, o abalo psíquico, etc.

Possível imaginar o sofrimento da autora, que, menos de um ano depois de se submeter a cirurgia para evitar aumento da prole, foi surpreendida com nova gravidez.

Destaca-se que a cirurgia também se realizou em razão da fragilidade uterina da autora, e dos riscos agravados à saúde da demandante durante a gestação.

Assim, além da natural angústia decorrente da prematura gravidez não planejada, o evento resultou em graves riscos à saúde da paciente, que inclusive passou por novo episódio de hipertensão gestacional.

Inegável que o quadro de saúde da paciente foi agravado pela realização do procedimento com uso de técnica incorreta, o que seria evitável caso empregada boa técnica durante a primeira cirurgia.

O dano é inegável e emerge do próprio fato em si.

9. Quanto a valor do *quantum* indenizatório de dano moral, deve-se levar em conta as funções ressarcitória e punitiva da indenização.

Na função ressarcitória, olha-se para a vítima, para a gravidade objetiva do dano que ela padeceu **(Antônio Jeová dos Santos, Dano Moral Indenizável, Lejus Editora, 1.997, p. 62)**. Na função punitiva, ou de desestímulo do dano moral, olha-se para o lesante, de tal modo que a indenização represente advertência, sinal de que a sociedade não aceita seu comportamento **(Carlos Alberto Bittar, Reparação Civil por Danos Morais, ps. 220/222; Sérgio Severo, Os Danos Extrapatrimoniais, ps. 186/190)**. Da congruência entre as duas funções é que se extrai o valor da reparação.

No caso concreto, reputo adequado fixar a indenização por danos morais para R$15.000,00 (quinze mil reais). O montante se adequa melhor às circunstâncias do caso concreto.

Lembre-se que a reparação visa não apenas a compensar a vítima pelo

Acesso ao Sumário

sofrimento suportado, mas também a evitar a reiteração da conduta lesiva, em especial a inobservância do dever de fornecer prontuário completo.

A indenização será atualizada a contar desta data, pois estipulada em valor contemporâneo, e acrescida de juros moratórios legais contados a partir da citação, por se tratar de ilícito contratual.

10. Por fim, quanto ao prequestionamento realizado pelo médico corréu em contrarrazões, é desnecessária a menção expressa a vários dispositivos legais.

Como é cediço, "*para que se tenha por configurado o pressuposto do prequestionamento, é bastante que o tribunal de origem haja debatido e decidido a questão federal controvertida, não se exigindo expressa menção ao dispositivo legal pretensamente violado no especial*" **(RSTJ 157/31, 148/247, RT 659/192, entre dezenas de outras)**.

Não se exige enumeração de dispositivos legais, pois "*não cabe esse recurso em matéria cível para o Judiciário mencionar qual a lei, ou o artigo dela, ou da Constituição Federal etc., que esteja a aplicar. Deixar de fazê-lo não é omissão no sentido legal: não existe tal pressuposto para a completude do julgamento cível. Essa substituição de natureza tópica é assunto para qualquer intérprete. Para a fundamentação do julgado o necessário e suficiente é que se trabalhe mentalmente com os conceitos vigentes contidos no sistema jurídico*" **(Embargos de Declaração no 147.433-1/4-01, São Paulo, 2a Câmara Civil, citados nos Embargos de Declaração no 199.368-1, julgado pela 1a Câmara, Relator Desembargador Guimarães e Souza).**

11. Em suma, o recurso comporta provimento para se reconhecer a existência de erro médico e condenar os réus, solidariamente, a pagar a autora pensão mensal e indenização por danos morais, conforme exposto alhures.

A modificação promovida inverte a distribuição da sucumbência, pois acolhido o pedido da autora na essência.

Pagarão os réus as despesas processuais, além de honorários advocatícios correspondentes a 12% do valor total da condenação (CPC, art. 85, §§2º e 11).

Dou provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003005-62.2022.8.26.0189, da Comarca de Fernandópolis, em que é apelante L.F.LTDA. (B., é apelado L.A.C.P.2.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada

de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, com determinação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30581)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO NEGRÃO (Presidente) e MAURÍCIO PESSOA.

São Paulo, 2 de maio de 2023.

SÉRGIO SHIMURA, Relator

Ementa: DIREITO MARCÁRIO – MARCA "CHILLI BEANS" – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – CONTRAFAÇÃO – PRODUTOS COM A MARCA DA AUTORA ("CHILLI BEANS") – MARCAS REGISTRADAS NO INPI – CONCORRÊNCIA DESLEAL – DANO MATERIAL – Dano material presumido, a ser apurado, em fase de liquidação de sentença, pelo critério legal escolhido pela autora (art. 210, III, da Lei n.º 9.279/1996) – DANO MORAL – Dano moral in re ipsa, cuja indenização deve ser fixada com base no interesse jurídico lesado (imagem e reputação da marca), precedentes do e. Tribunal, a gravidade do ilícito e sua repercussão (comercialização de produtos contrafeitos com a marca da autora e a apreensão de apenas 04 produtos no estabelecimento do réu), o dolo do agente, a capacidade financeira das partes (réu empresário individual com estabelecimento comercial de pequeno porte e a autora sociedade empresária de grande porte) e nas suas funções reparatória e pedagógica – Majoração do quantum da indenização por dano moral para R$ 10.000,00 – Responsabilidade extracontratual – A correção monetária deve incidir a partir do arbitramento (Súmula 362 do STJ) e os juros de mora devem ser computados a partir do evento danoso (Súmula 54 do STJ). RECURSO PROVIDO, COM DETERMINAÇÃO.

VOTO

Trata-se de ação proposta por LUZ FRANQUIAS LTDA. contra LUIS ALFREDO CASTILHO, objetivando a busca e apreensão de produtos contra-

Acesso ao Sumário

feitos, identificados com as suas marcas no estabelecimento do réu, a abstenção de comercialização de produtos fraudulentamente identificado com as suas marcas e a indenização por danos materiais e morais.

Narra a autora que é proprietária da marca "CHILLI BEANS" e suas variações e que o réu comercializa óculos de sol identificados com a sua marca registrada, sem licenciamento, identificação do fabricante, selos de segurança aos consumidores e sem descrever os produtos nos cupons fiscais, o que viola direito industrial, caracteriza concorrência desleal e parasitária, desvio de clientela, causando-lhe danos materiais e morais.

Por tais razões, ajuizou a presente ação, objetivando: (i) a busca e apreensão de todas as mercadorias, produtos, objetos, embalagens, etiquetas que contenham fraudulentamente a marca e os direitos de criação industrial "CHILLI BEANS", que forem encontrados no estabelecimento do réu; (ii) a abstenção do réu de comercializar produtos fraudulentamente identificados com a marca e criação industrial "CHILLI BEANS"; (iii) a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos materiais e morais. Protestou pela concessão de tutela provisória de urgência (fls. 01/24).

A tutela provisória foi deferida (fls. 79/80).

O réu apresentou contestação, pugnando pela improcedência das pretensões iniciais, sustentando, em resumo, que atua no comércio varejista de brinquedos e artigos recreativos; os produtos que se encontram no seu estabelecimento são brinquedos; para caracterizar a violação da marca, teria que produzir óculos idênticos aos fabricados pelo autor; não violou direito de propriedade de marca, não praticou concorrência desleal, tampouco causou prejuízos materiais ou morais ao autor, sobretudo porque não cometeu qualquer ilicitude, não havendo prova dos danos alegados. Pediu, ainda, a concessão da gratuidade da justiça (fls. 100/120).

A autora apresentou réplica à contestação (fls. 136/148).

Intimados para especificarem as provas a produzir, a autora apresentou a manifestação de fls. 152/156.

Acesso ao Sumário

Sobreveio sentença de parcial procedência, cujo relatório se adota, com a determinação de que o réu se abstenha de comercializar produtos iguais e semelhantes aos registros das marcas da autora, durante o período de vigência; a condenação ao pagamento de indenização por danos morais e a declaração de inexigibilidade das pretensões de danos materiais. Pela sucumbência recíproca, as partes foram condenadas a pagar as custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, na proporção de metade devido por cada parte (fls. 177/179).

Inconformado, a autora vem recorrer, sustentando, em resumo, que a contrafação dos produtos do réu foi demonstrada; a indenização pelos danos

materiais deve ser apurada nos termos do art. 210, III, da Lei 9.279/1996; que o réu possui capacidade financeira para pagar a indenização pelos danos que lhe causou; os prejuízos indiretos sofridos, como vulgarização do direito industrial, desvio de clientela e abalo junto aos fornecedores são imensuráveis; a indenização por dano moral deve ser majorada para R$ 10.000,00, no mínimo, levando em consideração as ofensas suportadas, a gravidade da conduta do réu e o caráter pedagógico da tutela do direito (fls 182/190).

Recurso devidamente processado e não respondido (fls. 196).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

De início, verifica-se que no processo não há decisão determinando a tramitação em segredo de justiça e tampouco há elemento que justifique a incidência do art. 189 do CPC ou do art. 206 da Lei n.º 9.279/1996. Logo, para o fim de conferir publicidade aos atos deste processo, determina-se a remoção da tarja de segredo de justiça.

Consigne-se que os atos processuais pretéritos são válidos, porquanto não houve prejuízo às partes.

No mais, o recurso comporta provimento.

Delimita-se o objeto do recurso à pretensão de indenização por dano material julgada improcedente e à quantificação do dano moral arbitrado na sentença.

1. No presente caso, como a violação de direito de uso de marca registrada e a caracterização de concorrência desleal foram reconhecidas judicialmente, à autora cabe a indenização pelos danos materiais presumidos por lei (arts. 208 e 209 da Lei 9.279/1996).

Em específico, quanto aos lucros cessantes, a indenização pode e deve ser apurada pelo critério eleito pela autora, já que o art. 210 da Lei n.º 9.279/1996 prevê que na liquidação deve ser utilizado o critério mais favorável à parte prejudicada.

No ponto, é importante destacar que o C. STJ já decidiu que presumido o dano material, sendo certo que a escolha do critério para reparação, dentre os trazidos pelo art. 210, caput, da Lei 9.279/1996, cabe à parte autora (REsp 1.316.149/SP, 3ª T. Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 03.06.2014).

Portanto, a autora faz jus à indenização pelos lucros cessantes, a ser apurada em fase de liquidação de sentença (art. 491, I, do CPC), com base no critério legal eleito pela prejudicada (art. 210, III, da Lei 9.279/1996).

2. No que tange ao dano moral, presume-se a sua configuração com a violação do direito de uso de marca registrada e a concorrência desleal, sendo devida a indenização à autora.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido: "RECURSO ESPECIAL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. USO INDEVIDO DE MARCA DE EMPRESA. SEMELHANÇA DE FORMA. DANO MATERIAL. OCORRÊNCIA. PRESUNÇÃO. DANO MORAL. AFERIÇÃO. IN RE IPSA. DECORRENTE DO PRÓPRIO ATO ILÍCITO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. RECURSO PROVIDO.

1. A marca é qualquer sinal distintivo (tais como palavra, letra, numeral, figura), ou combinação de sinais, capaz de identificar bens ou serviços de um fornecedor, distinguindo-os de outros idênticos, semelhantes ou afins de origem diversa. Trata-se de bem imaterial, muitas vezes o ativo mais valioso da empresa, cuja proteção consiste em garantir a seu titular o privilégio de uso ou exploração, sendo regido, entre outros, pelos princípios constitucionais de defesa do consumidor e de repressão à concorrência desleal.

2. Nos dias atuais, a marca não tem apenas a finalidade de assegurar direitos ou interesses meramente individuais do seu titular, mas objetiva, acima de tudo, proteger os adquirentes de produtos ou serviços, conferindo-lhes subsídios para aferir a origem e a qualidade do produto ou serviço, tendo por escopo, ainda, evitar o desvio ilegal de clientela e a prática do proveito econômico parasitário.

3. A lei e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reconhecem a existência de dano material no caso de uso indevido da marca, uma vez que a própria violação do direito revela-se capaz de gerar lesão à atividade empresarial do titular, como, por exemplo, no desvio de clientela e na confusão entre as empresas, acarretando inexorável prejuízo que deverá ter o seu *quantum debeatur*, no presente caso, apurado em liquidação por artigos.

4. Por sua natureza de bem imaterial, é ínsito que haja prejuízo moral à pessoa jurídica quando se constata o uso indevido da marca. A reputação, a credibilidade e a imagem da empresa acabam atingidas perante todo o mercado (clientes, fornecedores, sócios, acionistas e comunidade em geral), além de haver o comprometimento do prestígio e da qualidade dos produtos ou serviços ofertados, caracterizando evidente menoscabo de seus direitos, bens e interesses extrapatrimoniais.

5. ***O dano moral por uso indevido da marca é aferível in re ipsa, ou seja, sua configuração decorre da mera comprovação da prática de conduta ilícita, revelando-se despicienda a demonstração de prejuízos concretos ou a comprovação probatória do efetivo abalo mora***" (REsp. 1.327.773-MG, rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, j. 28/11/2017) **(g/n)**.

Quanto ao arbitramento, deve ser utilizado o método bifásico adotado pelo C. STJ. Num primeiro momento, apura-se um valor básico com base no interesse jurídico lesado e em julgados semelhantes ao caso concreto. Posteriormente, incidem as circunstâncias concretas do caso para a fixação definitiva do

Acesso ao Sumário

valor da indenização.

Nesse sentido: "RECURSO ESPECIAL. ART. 535 DO CPC/1973. NÃO VIOLAÇÃO. DANO MORAL. VALOR DA INDENIZAÇÃO. EXCEPCIONALIDADE. INTERVENÇÃO DO STJ. DIREITO À INTIMIDADE, PRIVACIDADE, HONRA E IMAGEM. VALOR DA INDENIZAÇÃO. **CRITÉRIOS DE ARBITRAMENTO EQUITATIVO. MÉTODO BIFÁSICO**. VALOR BÁSICO E CIRCUNSTÂNCIAS ESPECÍFICAS DO CASO. CONDUTA QUE CONFIGURA SEXTING E CIBERBULLYING.

1. Não há violação ao art. 535 do CPC/1973, quando a matéria em exame foi devidamente enfrentada pelo Tribunal de origem, que emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário a pretensão da recorrente.

2. O STJ, quando requisitado a se manifestar sobre arbitramento de valores devidos pelo sofrimento de dano moral, apenas intervirá diante de situações especialíssimas, para aferir a razoabilidade do quantum determinado para amenizar o abalo ocasionado pela ofensa, caso dos autos.

3. Intimidade, na definição da doutrina, diz respeito ao poder concedido à pessoa sobre o conjunto de atividades que formam seu círculo íntimo, pessoal, poder que lhe permite excluir os estranhos de intrometer-se na vida particular e dar-lhe uma publicidade que o interessado não deseja.

4. Devem ser considerados como pertencentes à vida privada da pessoa não só os fatos da vida íntima, como todos aqueles em que não haja o interesse da sociedade de que faz parte.

5. A revelação de fatos da vida íntima da pessoa, consubstanciada na divulgação, pela internet, de fotografias no momento em que praticava atos de cunho sexual, em local reservado e não acessível ao público em geral, assim como nos juízos de valor e na difamação que se seguiram às publicações, são capazes de causar à vítima transtornos imensuráveis, injustificáveis, a merecer reprimenda adequada.

6. **Na primeira etapa do método bifásico de arbitramento de indenização por dano moral deve-se estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes.**

7. **Na segunda etapa, devem ser consideradas as circunstâncias do caso, para a fixação definitiva do valor da indenização, atendendo a determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz.**

8. Para o caso dos autos, na primeira etapa, consideram-se, para fixação do quantum indenizatório, os interesses jurídicos lesados (direito à intimidade, privacidade, ofensa à honra e à imagem das pessoas, direitos da personalidade de cunho constitucional), assim como o valor estipulado em acordo firmado

Acesso ao Sumário

com um dos réus.

9. Para a segunda fase, de fixação definitiva, consideram-se: a) a ação voluntariamente dirigida a difamar, sem conteúdo informativo ou interesse público; b) o meio utilizado para divulgação das fotografias, a rede mundial de computadores; c) o dano sofrido pela recorrente, de proporções catastróficas na psique de uma adolescente; d) a gravidade do fato; e) a circunstância da vítima ser menor de idade à época dos acontecimentos.

10. Saliente-se que a conduta repreendida é aquilo que se conceituou sexting, forma cada vez mais frequente de violar a privacidade de uma pessoa, que reúne, em si, características de diferentes práticas ofensivas e criminosas. Envolve ciberbullying, por ofender moralmente e difamar as vítimas que têm suas imagens publicadas sem o consentimento e, ainda, estimula a pornografia infantil e a pedofilia em casos envolvendo menores.

11. Indenização fixada em 130 (cento e trinta) salários mínimos tornando-se, assim, definitiva, equivalentes a R$114.400,00 (cento e quatorze mil e quatrocentos reais).

12. Recurso especial parcialmente provido." (REsp n. 1.445.240/SP, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 10/10/2017) (**g/n**).

Desse modo, considerando o interesse jurídico lesado (imagem e reputação da marca), os precedentes deste e. Tribunal, a gravidade do ilícito e sua repercussão (a comercialização de produtos contrafeitos com a marca da autora e a apreensão de apenas 04 produtos no estabelecimento do réu – fls. 99), o dolo do agente, a capacidade financeira das partes (réu empresário individual com estabelecimento comercial de pequeno porte e a autora sociedade empresária de grande porte) e as funções reparatória e pedagógica da tutela indenizatória do dano extrapatrimonial, a indenização por dano moral fixada em sentença deve ser majorada para R$ 10.000,00.

Observe-se, ainda, que merece retoque os termos iniciais da correção monetária e dos juros de mora incidentes na indenização por dano moral, em respeito às Súmulas 362 e 54 do C.STJ.

Acesso ao Sumário

Em conclusão, o recurso é provido, para condenar o réu ao pagamento de indenização por danos materiais, a ser apurado em fase de liquidação de sentença, com base no critério do inciso III, do art. 210, da Lei 9.279/1996; e para majorar o *quantum* da indenização por dano moral para R$ 10.000,00, com atualização monetária pelos índices da tabela prática de atualização de débitos judiciais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo desde o arbitramento e juros de mora a partir do evento danoso.

Em razão da sucumbência integral e o trabalho adicional do advogado da autora no grau recursal, fica o réu condenado ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios de 20% sobre o valor atualizado da

condenação.

Do exposto, pelo meu voto, dou **provimento** ao recurso, com **determinação**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002435-68.2022.8.26.0127, da Comarca de Carapicuíba, em que é apelante BANCO BRADESCO FINANCIAMENTOS S/A, é apelado DEJANIR GABRIEL (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32373)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente sem voto), FLÁVIO CUNHA DA SILVA e LAVÍNIO DONIZETTI PASCHOALÃO.

São Paulo, 2 de maio de 2023.

FERNANDO SASTRE REDONDO, Relator

Ementa: DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C.C. DANOS MATERIAIS E MORAIS. Empréstimo consignado. Ajuste não comprovado. Inexigibilidade reconhecida. Repetição dos valores de parcelas indevidamente descontadas, que se impunha. Ilícito caracterizado. Dano moral presumido. Responsabilidade objetiva do banco por fortuito interno decorrente de fraude. Súmula 479 do C. STJ. Defeito na prestação do serviço (art. 14, § 3º, do CDC). Aplicação da teoria do desvio produtivo. Montante mantido, pois inferior ao arbitrado em casos análogos pela Câmara. Precedentes. Sentença mantida. RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

RELATÓRIO

Recurso de apelação interposto contra a r. sentença (fls. 114/119) que, em ação ordinária, julgou parcialmente procedente a pretensão inicial, para: **i)** de-

Acesso ao Sumário

clarar inexigível o contrato de empréstimo consignado objeto da lide; **ii)** condenar o réu: **ii.1)** na restituição das parcelas indevidamente descontadas, de forma simples; **ii.2)** na reparação por danos morais, na quantia de R$. 5.000,00, determinada a compensação; e **iii)** condenar o réu, diante do decaimento mínimo do autor, ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor atualizado da condenação.

Apela o réu (fls. 122/135). Sustenta que o contrato devidamente assinado prova que o empréstimo foi ajustado por livre e espontânea vontade e o crédito foi utilizado pelo autor. Pugna pelo afastamento das condenações, diante da ausência de ilicitude ou, subsidiariamente, pela redução da quantia fixada a título de danos morais (R$. 5.000,00), por exorbitante.

Recurso tempestivo, preparado e respondido.

VOTO

Cuida-se de ação declaratória de inexigibilidade de débito c.c. danos materiais e morais, na qual o autor sustenta não ter ajustado o contrato de empréstimo consignado indicado na inicial.

O digno magistrado *a quo* julgou parcialmente procedentes os pedidos, para declarar inexigível o contrato de empréstimo descrito na inicial, diante ausência de prova do ajuste, determinando a repetição dos valores indevidamente descontados, de forma simples, bem como condenando o réu na reparação moral, na quantia de R$. 5.000,00, consoante excerto da r. sentença abaixo reproduzido (fls. 116, 2º a 4º §§):

"*A questão de fato a ser comprovada diz respeito à contratação, ou não, do empréstimo instrumentalizado pelo contrato de n°. 817567390, no importe de R$ 8.935,04 (...), a ser quitado em 84 (oitenta e quatro) parcelas no valor de R$ 219,97 (...), com vencimento da 1ª parcela em 08/2021.*

Com efeito, em que pesem os argumentos do banco demandado, imputar ao autor a prova de que não contratou o empréstimo implicaria, na prática, na produção de prova negativa (prova diabólica), defeso no sistema jurídico pátrio.

Em que pesem as alegações do réu, não foram juntados quaisquer documentos a fim de comprovar a contratação do referido empréstimo por parte do autor, com exceção da tela sistêmica de fl. 94 que não contém qualquer assinatura".

Sem razão o réu-apelante.

Tocante aos danos materiais, consistentes na devolução de valores indevidamente descontados, de forma simples, não há se falar no afastamento da condenação, pois só serão restituídos valores comprovadamente descontados.

No mais, relevante salientar que eventual fraude praticada por terceiro

Acesso ao Sumário

não exclui a responsabilidade do réu, uma vez que a situação em comento deriva do risco da atividade econômica exercida.

É o que estabelece a Súmula 479 do Superior Tribunal de Justiça: "*As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias*".

E indubitável a responsabilidade do apelante, nos termos do artigo 14 e seu § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, porquanto havendo dano ao consumidor, independentemente de qualquer indagação relacionada à culpa, são responsáveis por sua reparação as pessoas que introduzem no mercado consumidor o seu produto. É a chamada responsabilidade causal, pois não é relevante investigar o comportamento do fabricante, construtor, importador, produtor ou comerciante.

Assim, era de rigor o reconhecimento da responsabilidade da instituição financeira pelo ilícito e a consequente condenação ao pagamento de reparação moral.

Isso porque é inegável a relevante perturbação psíquica do autor decorrente dos descontos indevidos em seu benefício previdenciário, pois a resistência do réu em reconhecer o direito pleiteado e o tempo despendido para solucionar os problemas, incluindo a necessidade de ajuizamento desta demanda para ver reconhecido seu direito, justificavam a procedência do pedido de indenização, observando-se a teoria do desvio produtivo.

No mesmo sentido, já decidiu esta C. 38ª Câmara. Confiram-se:

"INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO. **Fraude na contratação de empréstimo consignado**. Consumidor por equiparação. Aplicação do CDC. Alegação de falsidade de assinatura. **Comprovação da falsidade por perícia técnica judicial. Inexigibilidade que se impõe. Falha na prestação de serviço.** Ausente culpa exclusiva da vítima. Responsabilidade do banco não elidida na forma do artigo 14, § 3º, I e II do CDC. Responsabilidade objetiva do banco por fortuito interno decorrente de fraude. Súmula 479, do STJ. Danos morais in re ipsa. Caracterizado. **Teoria do desvio produtivo do consumidor aplicável à espécie**. Necessidade de majoração em atenção aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Incidência de juros da mora desde o evento danoso (Súmula 54, do STJ), por se tratar de responsabilidade extracontratual. RECURSO PROVIDO. **(grifei)**". (TJSP; Apelação Cível 1000954-67.2020.8.26.0474; Relator (a): Anna Paula Dias da Costa; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Foro de Potirendaba – Vara Única; Data do Julgamento: 16/03/2022; Data de Registro: 16/03/2022).

"APELAÇÃO – Ação declaratória de inexistência de relação jurídica c.c indenização por danos morais. **Empréstimos consignados em folha sem consentimento do autor**. Reconhecimento de ser indevidos.

Acesso ao Sumário

Decisão de procedência parcial. **Ausência de prova de contratação dos empréstimos pelo autor** e reconhecimento da ré de ser indevidos conforme auditoria interna. Culpa da ré, nexo causal, responsabilidade objetiva e obrigação de indenizar pelos danos morais. Privação de sua margem consignável, necessidade de ação judicial e aplicação da **Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor. Valor da indenização fixado em R$ 10.000,00, por razoabilidade e proporcionalidade.** Recurso provido". **(grifei)**. (TJSP; Apelação Cível 1004558-48.2020.8.26.0664; Relator (a): Flávio Cunha da Silva; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Foro de Votuporanga – 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 05/02/2021; Data de Registro: 05/02/2021).

No que se refere ao quantum indenizatório, é pacífica a jurisprudência dos nossos Tribunais Superiores no sentido de que "*a indenização por dano moral deve atender a uma relação de proporcionalidade, não podendo ser insignificante a ponto de não cumprir com sua função penalizante, nem ser excessiva a ponto de desbordar da razão compensatória para a qual foi predisposta*" (STJ, REsp 318379-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.9.2001).

Destinando-se a indenização a desestimular o ilícito praticado pelo réu e levando-se em linha de consideração a extensão dos danos e o caráter preventivo da reparação, razoável a quantia fixada em R$. 5.000,00, que, inclusive, é inferior à fixada por esta Câmara em casos análogos (R$. 10.000,00).

Em suma, a sentença é mantida, como lançada.

Por fim, diante da manutenção da sentença, cabível a majoração da verba honorária pelo acréscimo de trabalho ao advogado, na fase recursal, conforme preconizado no artigo 85, § 11 do CPC, para 20% do valor atualizado da condenação.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1007449-90.2022.8.26.0011, da Comarca de São Paulo, em que é apelante UNITAH EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES SPE S.A., é apelado FR COMÉRCIO DE PRODUTOS NATURAIS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, com determinação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34199)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FLAVIO ABRA-

MOVICI (Presidente), MOURÃO NETO e GILSON DELGADO MIRANDA.

São Paulo, 2 de maio de 2023.

FLAVIO ABRAMOVICI, Relator

Ementa: LOCAÇÃO COMERCIAL – RESCISÃO – DANO MORAL – RES SPERATA – Comprovado o inadimplemento contratual da Requerida – Caracterizada a resolução dos contratos por culpa da Requerida – Cabível a restituição do valor pago a título de res sperata – Não configurado o dano moral – SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA, para declarar a resolução dos contratos de locação e de cessão de direitos e obrigações, para declarar a inexigibilidade dos valores cobrados "a título de aluguel, condomínio e fundos de promoção decorrentes do contrato de locação", para condenar a Requerida a restituir o valor a título de res sperata no valor de R$ 42.835,20 – RECURSO DA REQUERIDA IMPROVIDO

VOTO

Trata-se de apelação interposta pela Requerida contra a sentença de fls.128/133, prolatada pela I. Magistrada Rosana Moreno Santiso (em 17 de maio de 2022), que julgou parcialmente procedente a "ação de rescisão de contratos c/c pedido de devolução de valores pagos c/c pedido de declaração de inexigibilidade de débitos c/c pedido de indenização", para declarar a resolução dos contratos de locação e de cessão de direitos e obrigações, para declarar a inexigibilidade dos valores cobrados "a título de aluguel, condomínio e fundos de promoção decorrentes do contrato de locação", para condenar a Requerida a restituir o valor a título de *res sperata* no valor de R$ 42.835,20 (com correção monetária desde o desembolso e juros moratórios de 1% ao mês desde a citação), arcando a Requerida com 70% das custas e despesas processuais (arcando a Autora com a parcela remanescente) e cada parte com os honorários advocatícios do patrono da parte contrária (fixados em 10% do valor da condenação para o patrono da Autora, e em 10% do valor do pedido de indenização por danos morais para o patrono da Requerida). Anoto que atribuído à causa o valor de R$ 72.835,20.

A Requerida opôs embargos de declaração (fls.292/294), que foram rejeitados (fls.295). Em seguida, apelou.

Alega que o atraso na entrega da obra foi em razão da pandemia do "coronavírus", que necessária a observância das decisões do Poder Público (conforme

Acesso ao Sumário

previsão contratual), que o setor de construção civil sofreu abalo no fornecimento de insumos, que caracterizado o caso fortuito e de força maior, que indevida a restituição dos valores a título de *res sperata*, e que deve ser observada a obrigatoriedade dos contratos. Pede o provimento do recurso, para a improcedência da ação (fls.298/308). Preparo recursal a fls.309/310.

Contrarrazões a fls.314/327.

É a síntese.

Incontroversos os fatos de que celebrados os contratos de "locação de loja comercial na praça Unitah estação Ana Rosa" (fls.27/41) e de "cessão e transferência de direitos e obrigações (*res sperata*) decorrentes de contrato de locação de loja comercial do shopping praça Unitah estação Ana Rosa e outras avenças" (fls.42/48), em 05 de março de 2020, e que atrasada a entrega do empreendimento.

Ausente a comprovação de ocorrência de caso fortuito ou de força maior, ônus que incumbia à Requerida (artigo 373, inciso II, do Código de Processo Civil), porque em que pese o início da pandemia do "coronavírus" ter sido logo após a celebração dos contratos, observo que a atividade de construção civil, a produção, a distribuição, a comercialização e a entrega de materiais para a construção civil foram enquadradas como serviços essenciais sem previsão de restrição pelo Poder Público (artigo 3º, parágrafo primeiro, incisos XII e LIV, do Decreto número 10.282/2020 e artigo 2º, parágrafo primeiro, item 6, do Decreto número 64.881/2020).

Ainda, descabidas as alegações da Requerida quanto ao cumprimento estrito das cláusulas que a obrigavam a seguir os decretos expedidos pelo Poder Público e de que poderia sofrer penalidade administrativa "por descumprimento da quarentena", porque ausente a determinação de suspensão das atividades essenciais, destacando-se que não comprovado o impedimento de construir nas dependências do metrô e as cláusulas 6.2[1] e 25.6[2] (fls.29 e fls.39) não dispõem sobre eventual atraso na edificação, mas sim sobre a responsabilidade dos locatários acerca do cumprimento de normas administrativas e fiscais dos entes públicos.

Quanto à restituição da *res sperata*, trata-se de pagamento com a finalida-

1 **Cláusula 6.2.** É de inteira responsabilidade do LOCATÁRIO todas as providências necessárias para a exploração de suas atividades comerciais e/ou serviços, em consonância com as aprovações de todos os órgãos e/ou repartições públicas federais, estaduais e municipais.

2 **Cláusula 25.6.** Serão de responsabilidade exclusiva do LOCATÁRIO todas e quaisquer cominações que porventura venham a ser impostas pelas autoridades através dos órgãos públicos competentes, em decorrência de atrasos ou infrações, por parte do LOCATÁRIO, no cumprimento de obrigações fiscais, das leis, regulamentos ou normas outras de qualquer natureza, federais, estaduais e municipais, incidentes sobre a Loja ora locada, bem como as respectivas custas e encargos judiciais, ainda que as multas e cominações forem exigidas em Juízo, bem como por todas as obrigações civis (direitos autorais, marcas e patentes, indenizações, etc.) que venham incidir nas atividades exploradas na(s) área(s) locada(s) ou em razão dela(s). O LOCATÁRIO exclui, expressamente, a LOCADORA de qualquer responsabilidade solidaria e/ou subsidiária por eventuais débitos advindos da responsabilidade de que trata o presente parágrafo.

Acesso ao Sumário

de de "compensar o empreendedor pelo investimento efetuado no shopping, que irá beneficiar o lojista" (TEPEDINO, Gustavo. Anotações à Lei do Inquilinato *in* Temas do Direito Civil, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 170, nota 10).

Certo que a empreendedora (Requerida) não realizou adequadamente a prestação de disponibilizar a estrutura organizacional ao lojista (Autora), logo, não pode exigir a retenção da *res sperata*.

Ainda que a cláusula 7.5 do "contrato de cessão Ementa: transferência de direitos e de obrigações (*res sperata*") estabeleça que "qualquer hipótese de rescisão do presente instrumento acarretará automaticamente a rescisão do contrato de locação sem que caiba ao cessionário direito de qualquer indenização ou restituição de importâncias já eventualmente pagas" (fls.46), a rescisão contratual foi em razão de descumprimento contratual por culpa da Requerida, sendo cabível a restituição do valor a título de *res sperata*.

Dessa forma, de rigor a manutenção da sentença, adotados também os seus fundamentos, nos termos do artigo 252 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça.

Por fim, razoável a majoração do valor dos honorários advocatícios do patrono da Autora para 15% do valor da condenação, nos termos do artigo 85, parágrafo 11, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, nego o provimento ao recurso, e majoro o valor dos honorários advocatícios do patrono da Autora para 15% (quinze por cento) do valor da condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1013794-96.2022.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante JUSTINO GUARDIANO DE SOUZA FILHO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO BMG S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do 3º Juiz, designado para o acórdão. Vencidos o Relator, que declara, e o 2º Juiz." **(Voto nº 23894)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ WAGNER DE OLIVEIRA MELATTO PEIXOTO, vencedor, JOSÉ TARCISO BERALDO, vencido, ANA CATARINA STRAUCH (Presidente), PEDRO KODAMA e AFONSO CELSO DA SILVA.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 2 de maio de 2023.

JOSÉ WAGNER DE OLIVEIRA MELATTO PEIXOTO, Relator designado

Ementa: CONTRATOS BANCÁRIOS – Ação declaratória e indenizatória – Sentença de improcedência – Contrato de cartão de crédito consignado na modalidade RMC – Documentação apresentada pelo banco demonstrando regular adesão e utilização do cartão – Ausência de vícios – Relação jurídico-contratual provada – Sentença mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra r. sentença que julgou improcedente ação declaratório e de obrigação de fazer, c/c indenizatória, e condenou o autor nas custas, despesas processuais, e honorários advocatícios de dez por cento sobre o valor da causa.

O autor recorre alegando, em síntese, que não firmou contrato de cartão de crédito e nem autorizou descontos, sendo indevidos, cabendo restituição e indenização por danos morais pelo que vem suportando. Pede provimento do recurso para reforma da sentença.

Contrarrazões ofertadas.

É o relatório

Admissibilidade recursal positivada.

Faturas demonstrando utilização do cartão de crédito na modalidade RMC em várias oportunidades, elemento que, aliado ao restante da documentação acostada à contestação provam regular contratação, obstando reconhecimento de vício de vontade, remanescendo hígida a relação jurídico-contratual e as obrigações decorrentes do ajustado, consistente, basicamente, na amortização mensal com desconto em benefício de valor mínimo, sem prejuízo de amortização em valor superior por iniciativa do aderente, conforme lhe faculta a lei de regência.

Nesse contexto o recurso da parte ativa é desprovido e a sentença segue mantida também com ratificação de seus próprios e jurídicos fundamentos (RITJSP, art. 252).

Do exposto, pelo meu voto, **nega-se provimento** ao recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 52363)

Acesso ao Sumário

Meu voto vencido tem o seguinte teor.

No caso, ouso divergir da douta maioria e assim o faço pelo seguintes motivos:

Como se vê dos autos, não há discussão quanto à existência de relação jurídica entre as partes.

Todavia, não é esse o fundamento do pedido.

Conforme se verifica das faturas trazidas a fls. 91/133, o apelante utilizou-se do cartão fornecido pelo apelado – por cerca de três anos – para sacar o valor do empréstimo consignado, e não na modalidade "crédito", para aquisição de bens e/ou serviços, o que nunca ocorreu, a tanto não equivalendo os "saques complementares" estampados nas faturas – estornados no mesmo dia – o que indica ausência de uso.

Absolutamente indevidas, portanto, a cobrança de anuidade, mensalidade ou desconto continuado de valores mínimos e/ou taxas, conforme ocorreu em todas as faturas, além daqueles relativos à parcela do empréstimo.

Essa verdadeira anomalia ocorreu por atuação do próprio apelado, o qual não demonstrou que tenha colocado à disposição do mutuário outra forma alternativa para liberação do líquido dos empréstimos.

Não pode, conseqüentemente, por esse único ato, cobrar valores pela utilização do cartão, tanto mais a taxa de juros a 3% (três por cento) ao mês, conforme estampado nas mesmas faturas, o que, sem dúvida alguma, supera em muito o que se cobra nos empréstimos consignados.

A cláusula autorizatória da emissão do cartão é, ao contrário do sustentado pelo apelado, visivelmente abusiva, na medida em que coloca uma parte em desvantagem manifesta em relação à outra, sem contar que os descontos continuados em folha de pagamento a título de garantia de pagamento mínimo, com ou sem utilização do cartão, representam vantagem excessiva, verdadeiro enriquecimento sem causa, o que é vedado pelo ordenamento (inciso IV do art. 51 do CDC e art. 884 do Cód. Civil).

É posição, de resto, já marcada nesta C. 37ª Câmara, em caso análogo (e em posteriores), e no qual se observou que "**Autora que se dirigiu à instituição financeira, com intuito de obter empréstimo consignado, mas lhe foi disponibilizado cartão de crédito – reserva margem consignado – com liberação de valor em conta corrente. A partir de então, passou-se aos descontos em folha de pagamento do valor mínimo, contudo sem realizar qualquer cobrança acerca do principal, uma vez ausente prova nesse sentido e que incumbia ao Réu. Contrato estabelecido que pereniza a dívida e deve ser reputado nulo, com apoio no artigo 51, inciso IV, do CDC**". (AP 1000404-69.2017.8.26.0024, Rel. Em. Des. JOÃO PAZINE NETO, j. 06.06.2017).

Assim, a r. sentença é de ser reformada: fica mantido o empréstimo, sendo

Acesso ao Sumário

devidas apenas as parcelas relativas a ele, sem acréscimo de encargos relativos ao contrato de uso de cartão de crédito.

Far-se-á, como conseqüência, simples apuração do "quantum" devido ao apelante na forma acima – cálculo dos valores descontados de seu benefício, acrescidos de juros de mora de 1% ao mês desde a citação e monetariamente corrigidos a partir de cada desconto – ao que corresponderá determinado crédito o qual deverá ser abatido do empréstimo realizado tal como contratado – valores mutuados e taxa de juros não superior àqueles indicados no instrumento – apurando-se eventual diferença em favor de uma das partes.

Não é caso, outrossim, de indenização por danos morais, conforme também deseja o apelante.

Isso porque não se se vê presente nenhuma ofensa aos direitos da de sua personalidade de consumidor, ou que a cobrança indevida tenha extrapolado os limites do mero dissabor cotidiano.

Os fatos ocorridos (cobranças indevidas) certamente incomodaram e trouxeram dissabores ao apelante; todavia, forçoso reconhecer, e respeitados os sentimentos dele, que, em verdade, não passaram de aborrecimento e desconforto.

Neste C. Câmara se tem deliberado nesse sentido:

"Ação declaratória de nulidade contratual c.c repetição do indébito e indenização por danos morais. Autor que se dirigiu à instituição financeira, com intuito de obter empréstimo consignado, mas lhe foi disponibilizado cartão de crédito – reserva de margem consignável – com liberação de valor em conta corrente. A partir de então, passaram-se aos descontos em folha de pagamento do valor mínimo, contudo sem realizar qualquer cobrança acerca do principal, uma vez ausente prova nesse sentido e que incumbia ao Réu. Contrato estabelecido que pereniza a dívida e deve ser reputado nulo, com apoio no artigo 51, inciso IV, do CDC. Dano moral, no entanto não configurado. Mero aborrecimento, pois não ocorreu a negativação. Sucumbência estabelecida como recíproca entre as partes. Prequestionamento afastado. Recurso parcialmente provido. (TJSP; Apelação 1000711-42.2018.8.26.0168; Relator (a): João Pazine Neto; Órgão Julgador: 37ª Câmara de Direito Privado; Foro de Dracena - 1ª Vara; Data do Julgamento: 28/08/2018; Data de Registro: 28/08/2018)"

"APELAÇÃO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE DÉBITO CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – DESCONTOS DO PAGAMENTO MENSAL MÍNIMO, DIRETAMENTE DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO, SEM AMORTIZAÇÃO DO PRINCIPAL – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. 1. CONDUTA ABUSIVA DO BANCO – Autora que alega não

Acesso ao Sumário

ter firmado contrato de cartão de crédito, com uso da Reserva de Margem Consignável em benefício previdenciário – Banco requerido que não demonstrou a devida disponibilização de informação para que o aposentado tivesse subsídios que ensejassem decidir efetivamente pela modalidade ora contratada (mútuo ou cartão de crédito) – Incidência do art. 51, IV do Código de Defesa do Consumidor – Necessidade de adequação do contrato para a modalidade regular de empréstimo consignado, com recálculo do valor do débito, sem condenação à devolução duplicada de valores, porque ausente má-fé do banco apelado. 2. DANOS MORAIS – Inocorrência – Descontos advindos de contrato diverso daquele que almejava contratar, por si só e dissociada de outros elementos de prova, não se mostra suficiente para a configuração do dever de indenizar – Precedentes, inclusive desta c. Câmara. SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO EM PARTE. (TJSP; Apelação 1000403-62.2018.8.26.0311; Relator (a): Sergio Gomes; Órgão Julgador: 37ª Câmara de Direito Privado; Foro de Junqueirópolis – Vara Única; Data do Julgamento: 07/08/2018; Data de Registro: 08/08/2018)".

Por outro lado, e terminando-se o exame desse ponto do inconformismo, tem-se que o apelante não comprovou a existência de alguma outra circunstância – mesmo as alegadas na petição inicial – que pudesse redundar na pretendida indenização, uma vez se ter limitado a sustentar a abusividade da conduta da instituição financeira e da existência de abalo emocional.

Apenas isso, todavia, não é suficiente para caracterizar a existência de dano moral, para qual se exige que a violação ao direito da vítima exceda "**a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige**" (REsp 599.538/MA, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 04.03.2004, DJ 06.09.2004 p. 268).

Dessa maneira, reforma-se a r. sentença, de modo a julgar-se parcialmente procedente a ação: determina-se a imediata cessação dos descontos indevidos, dívida que fica declarada inexistente ou inexigível – terá o apelado prazo de dez (dez) dias após intimação do acórdão para comprovar nos autos a providência, após o que passará a incidir multa diária de quinhentos reais e até o valor total de vinte mil reais – bem assim a restituição de valores de forma simples, calculando-se conforme está na fundamentação supra.

Tendo em vista o decaimento mútuo, partilhar-se-ão as despesas atualizadas da taxa judiciária e o apelante (beneficiário de justiça gratuita) pagará honorários advocatícios ao apelado no valor fixado na r. sentença, atualizadamente, destinando este, de seu turno, a mesma quantia àquela, em tudo já se tendo levado em conta o disposto no §11 do art. 85 do Cód. de Proc. Civil.

Acesso ao Sumário

Em face do exposto, pelo meu voto, dar-se-ia parcial provimento à apelação.

JOSÉ TARCISO BERALDO, Relator sorteado

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1007260-24.2021.8.26.0278, da Comarca de Itaquaquecetuba, em que é apelante ALINE DA CRUZ (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado FACI.LY SOLUÇÕES E TECNOLOGIA LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 48.759)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ EURICO (Presidente) e MARIO A. SILVEIRA.

São Paulo, 3 de maio de 2023.

SÁ DUARTE, Relator

Ementa: COMPRA E VENDA DE BENS MÓVEIS – Pretensão de obrigação de fazer (entrega dos produtos adquiridos da ré pela autora) – Julgado extinto o processo, sem resolução do mérito, pela perda superveniente do interesse processual, diante da entrega dos produtos após o ajuizamento da ação – Litigância de má-fé da parte ré não vislumbrada – Insurgência da autora em relação ao valor dos honorários advocatícios sucumbenciais, que foram bem arbitrados, por equidade, em R$ 1.000,00, montante muito superior aos 20% do valor econômico da questão – Observação dos valores recomendados pelo Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, conforme Tabela de Honorários da OAB de São Paulo – Apelação não provida.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de apelação interposta contra a r. sentença que julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, em razão da perda superveniente do inte-

resse processual da autora quanto à pretensão de obrigação de fazer, diante da entrega dos produtos pela ré, após o ajuizamento da ação. A ré foi condenada ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 1.000,00.

Os embargos de declaração opostos pela autora foram parcialmente acolhidos, para constar da r. sentença o afastamento do pedido de condenação da ré como litigante de má-fé; rejeitados os declaratórios opostos pela ré.

Inconformada, alega a autora, em síntese, que os produtos adquiridos pelo *site* da ré não lhe foram entregues dentro do prazo estipulado, mas apenas meses depois, após o ajuizamento da presente ação. Requer a condenação da requerida como litigante de má-fé, pois sua única preocupação é se eximir da responsabilidade, imputando o atraso a terceiros. Sustenta que a verba honorária sucumbencial deve ser arbitrada em conformidade com a regra atual do § 8º-A, do artigo 85, do Código de Processo Civil, que determina que "*para fins de fixação equitativa de honorários sucumbenciais, o juiz deverá observar os valores recomendados pelo Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil a título de honorários advocatícios ou o limite mínimo de 10% (dez por cento) estabelecido no § 2º deste artigo, aplicando-se o que for maior.*" Por tais motivos, pugna pelo provimento do apelo, com a reforma da sentença e a condenação da apelada ao pagamento de honorários advocatícios a serem arbitrados no montante de R$ 5.511,73.

Recurso tempestivo, isento de preparo e respondido.

É o relatório.

A apelante ajuizou a presente ação sob a alegação de que, em 19.04.2021, efetuou a compra de uma caixa com 12 unidades de leite longa vida integral Italac e 3 pacotes de sabão Omo Lavagem Perfeita de 800g, no valor total de R$ 39,75, com previsão de entrega de até 14 dias úteis, porém, até a data do ajuizamento da ação – 15.09.2021 – os produtos não haviam sido entregues, situação que foi tratada com descaso pela ré. Em razão disso, pleiteou a condenação da ré no cumprimento da obrigação de fazer consistente na entrega dos produtos.

Como relatado, a pretensão de obrigação de fazer foi julgada extinta, sem resolução do mérito, pela perda superveniente do interesse processual, diante da entrega dos produtos no dia 11.10.2021, quase um mês após o ajuizamento da ação, condenada a ré, em razão do princípio da causalidade, ao pagamento das custas, despesas processuais e verba honorária sucumbencial fixada em R$ 1.000,00.

A insurgência recursal limita-se à suposta litigância de má-fé da ré, aventada pela autora após a vinda da contestação, e aos honorários advocatícios sucumbenciais, que afirma terem sido arbitrados em montante inferior ao devido.

Pois bem, a apelação não comporta provimento.

Acesso ao Sumário

Inicialmente, não vislumbro a presença de hipótese autorizadora da condenação da parte ré por litigância de má-fé, posto que não é possível reconhecer tenha ela extrapolado os limites do que se entende razoável para o exercício do direito de defesa.

No tocante à verba honorária sucumbencial, por sua vez, também não comporta acolhimento a insurgência da autora, certo que a quantia pretendida é excessiva, incompatível com o trabalho apresentado pelo advogado, e supera, em muito, o proveito econômico obtido pela apelante, além de fiado em mera recomendação de órgão de classe.

No caso concreto, os honorários advocatícios foram arbitrados em R$ 1.000,00, montante muito superior aos 20% do valor econômico da questão, que corresponde ao importe despendido pela autora com os produtos adquiridos no site da ré (no total de R$ 39,75), de modo que foram bem observados, portanto, os valores recomendados pela OAB, nos termos do artigo 85, parágrafo 8º-A, do Código de Processo Civil.

Isto posto, voto pelo não provimento da apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1019378-55.2019.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante E.S.O., são apelados S.I.EC.S., I.EM.M., C.EH.L.(L., F.T. e A.A.ES.S.L.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 57.156)**

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

São Paulo, 2 de maio de 2023

DONEGÁ MORANDINI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: INDENIZATÓRIA. IMPLANTAÇÃO DE PRÓTESE MAMÁRIA COM DEFEITO (ROMPIMENTO).

I– Responsabilidade do médico e da pessoa jurídica que deu suporte ao procedimento cirúrgico de implantação. Ausência de responsabilidade, conforme

apuração pericial. Improcedência da ação mantida. Apelo da autora, a respeito, desprovido.

II– Responsabilidade da empresa que produziu e comercializou a prótese com defeito e que veio a se romper após a sua implantação na mama direita da apelante. Reconhecimento, nos termos do disposto no artigo 12, CDC. Rompimento da prótese que, per si, denota defeito da prótese implantada. Ausência de demonstração, outrossim, de que o rompimento foi causado pela ação da própria paciente, ora apelante. Obrigação de reparar o dano estabelecida.

III– Danos materiais. Troca das próteses. Desembolso da quantia de R$-13.000,00. Condenação da apelada S. a reparar esse prejuízo causado à apelante.

IV– Danos morais. Necessidade de troca das próteses e nova implantação que importaram em desassossego e inquietude anormal à apelante. Configuração. Valor da indenização: R$-20.000,00 (vinte mil reais). Observância dos parâmetros da Câmara em casos parelhos. Apelo da autora, em relação à ré S., parcialmente provido.

SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA REFORMADA. APELO DA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

1– Ação de indenização por danos materiais e morais julgada improcedente pela r. sentença de fls. 640/648, de relatório adotado, condenada a autora/vencida ao pagamento das verbas de sucumbência, fixada a honorária em 10% do valor atualizado da causa, observada a gratuidade a ela concedida. Embargos de declaração, pela ré S., rejeitados às fls. 654.

Inconformada, apela a autora.

Consoante as razões de fls. 658/672, pretende a reforma da r. sentença, alegando: a) rompimento da prótese mamária importa na presunção do vício/defeito do produto, cujo ônus da prova a respeito da sua higidez era da fornecedora; b) que houve falha na prestação de serviços médicos consistente na ausência de informação e conduta inadequada. Pede a condenação dos réus ao pagamento da quantia de R$-13.000,00 (treze mil reais), a título de danos materiais (substituição da prótese rompida) e morais.

Recurso tempestivo e isento de preparo.

Acesso ao Sumário

Contrarrazões às fls. 677/698 e 699/705. A ré S.I. e C. não apresentou resposta ao recurso da autora (certidão de fls. 707).

O requerido/apelado F.T., pela petição de fls. 711, manifestou oposição ao Julgamento Virtual.

RELATADOS.

2– Incontroverso, de saída, que a apelante, após implante realizado pelo apelado F.T., evoluiu com o rompimento intracapsular da prótese da mama direita, que acabou substituída por outro profissional médico.

O procedimento de implantação da prótese foi realizado, via a ré A.G.S., pelo também requerido F.T., que não podem ser responsabilizados pelo rompimento da prótese, conforme se pretendeu na inicial (fls. 11). O laudo pericial, a respeito, isentou o cirurgião F.T.: "A pericianda foi devidamente assistida pelo réu F..."; "...a conduta do réu F. conservadora é correta perante a literatura médica" (fls. 545). Diante da evolução com o rompimento da prótese da mama direita, perante a A.G.S., a paciente foi atendida por outro médico, que corretamente indicou a troca da prótese (laudo, fls. 545).

Importante que o médico que substituiu o recorrido F.T. indicou a troca da prótese, somente não fazendo a substituição por desacordo comercial com a apelante. A alegação de que não foi realizada a comunicação do rompimento da prótese à fabricante, por seu lado, não configura qualquer conduta médica inadequada (fls. 669); aliás, essa conduta poderia ser questionada se o requerido F.T. tivesse feito a troca ou aquele que o substituiu na A.G.S., mas, ainda assim, não configuraria ilícito civil indenizável.

O rompimento da prótese não diz respeito a atuação do cirurgião, configurando acontecimento que escapava ao seu controle. Se o resultado da cirurgia estética não foi alcançado (fls. 669), certamente não foi por culpa do cirurgião que realizou o implante.

Não se trata, outrossim, de responsabilidade objetiva do médico

F.T. e da empresa A.G.S. Necessária a atuação com culpa do cirurgião, nos termos do disposto no artigo 14, § 4º, do CPC. Apenas se comprovada a culpa do médico é que a responsabilidade da A.G.S. seria solidária e objetiva. Sem culpa do médico F.T., não há espaço para a responsabilização dele e da ré A.G.S.

Tampouco se identifica falha diagnóstica grosseira a gerar a responsabilidade do médico F.T. e da A.G.S. Havia a possibilidade da ocorrência de Seroma, que seria normal no tipo de procedimento realizado (laudo, fls. 545), de modo que a falta da pronta identificação do rompimento da prótese não pode ser classificada como erro diagnóstico crasso e inescusável e que, em princípio, importaria na obrigação de indenizar. Aliás, foi o substituto do médico F.T. que solicitou novo exame de imagem e indicou a troca da prótese, o que, como visto, não foi acatado pela apelante (laudo, fls. 545).

Acesso ao Sumário

Correta, portanto, a improcedência da ação em relação aos recorridos F.T. e A.G.S.

Entretanto, respeitado o entendimento adotado pela r. sentença, não prevalece o desate de improcedência em relação à ré S.I. e C. de S., I. e M.M., C. e H. Ltda., que produziu e comercializou a prótese de silicone implantada na apelante e que, comprovadamente, se rompeu.

Ainda que não apurada a causa do rompimento da prótese, pois, segundo o laudo, "não foi entregue a prótese supostamente rompida" (fls. 546), manifesto o defeito do produto implantado na recorrente. O simples rompimento da prótese, *per si*, revela esse defeito e, pelo qual, responde aquela que produziu e comercializou o artefato, nos termos do disposto no artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor.

Cumpria à apelada S., que produziu e comercializou a prótese implantada na apelante, a demonstração de que o produto não apresentou defeito ou que o rompimento ocorreu por culpa exclusiva da paciente. Essa prova, a cargo exclusivamente da apelada S., consoante dispõe o § 3º, do citado artigo 12 do CDC, não veio aos autos. Aliás, nada indica que o rompimento da prótese tenha ocorrido nas circunstâncias enumeradas pelo Perito às fls. 548, item 7.2.8, sendo que a prova da ocorrência das situações ali especificadas, *ex vi legis*, tocava exclusivamente à apelada S. e não foi realizada. Tampouco nada se comprovou de que não houve a adequada esterilização e armazenamento adequados da prótese.

A matéria tratada nestes autos não é nova para esta Câmara. Em caso parelho, já restou assentado: **"III– Responsabilidade da fabricante da prótese. Reconhecimento. Rompimento da prótese que, per si, denota que o produto era defeituoso. Aplicação do disposto no art. 12, CDC. Ausência, de outra parte, de qualquer comprovação de culpa da paciente quanto ao rompimento do artefato"** (Apelação Cível n. 4000122-74.2013.8.26.038, Araras, desta Relatoria, julgamento em 31 de maio de 2016). Ainda: **"Indenizatória. Ruptura Intracapsular de prótese mamária. Ainda que não apurada a causa, a ruptura da prótese, *per si*, aponta o defeito do produto. Responsabilidade das rés que deriva do disposto no art. 12, CDC. Obrigação de reparar os danos causados bem estabelecida"** (Apelação Cível n. 1015433-39.2017.8.26.0161, Diadema, desta Relatoria, julgamento em 30 de abril de 2019).

Nem se diga, outrossim, que a prótese retirada pela apelante deveria ter sido apresentada em Juízo para que fosse examinada. Se a prótese foi extraída e trocada, obviamente, apresentou defeito, caso contrário, o implante ficaria da maneira que foi realizado. E apresentando defeito, cumpre a fabricante, sem maiores delongas, reparar o dano causado. Absolutamente desnecessária a vinda da prótese trocada aos autos, se o rompimento, repita-se, é fato incontroverso nos autos e não decorreu de culpa da apelante (nada, absolutamente nada, foi

Acesso ao Sumário

comprovado pela fabricante S. a respeito).

Em razão do defeito na prótese implantada na mama direita, a apelante teve que trocar ambas as próteses, o que inegavelmente lhe acarretou danos.

De cunho material, suportou o pagamento de R$-13.000,00 (fls. 60), pela troca das próteses (fls. 50). Em relação aos exames pré-operatórios, no valor de R$-500,00, a própria apelante relata na petição inicial de que não possui comprovação desse gasto. Essa quantia, portanto, não pode ser carreada à recorrida S., que responderá pelo pagamento da quantia de R$-13.000,00 (treze mil reais), acrescida de atualização monetária a partir dos respectivos pagamentos parcelados no cartão de crédito da apelante e juros de mora, a razão de 1% ao mês, a partir da cirurgia que implantou a prótese defeituosa, oportunidade em que o material defeituoso foi utilizado.

Além dos danos materiais, a apelante também faz jus a uma indenização por danos morais. Ninguém faz um implante de próteses na expectativa de sua substituição. Há um desassossego e inquietude anormal, juridicamente relevante. Além disso, a apelante teve que se submeter a um novo procedimento para a trocar das próteses, com todos os percalços que isso acarreta e risos inerentes. Esta Câmara, em casos de troca de próteses defeituosas, reconhece a ocorrência de danos morais: **"Danos morais. Desassossego anormal vivenciado pela autora, consolidado na sensação de frustração do implante realizado e a necessidade de sua renovação. Configuração"** (Apelação Cível n. 1015433-39.2017.8.26.0161, desta Relatoria).

Passa-se ao arbitramento da indenização pelos danos morais. Esta Câmara, em casos envolvendo a troca de próteses mamárias, tem fixado a indenização em patamar inferior àquele postulado pela apelante (R$-30.000,00), estabelecendo a reparação pelos danos morais em quantia menor. Assim, na diretriz traçada pelo artigo 944 do Código Civil, arbitra-se a indenização pelos danos morais experimentados pela autora em R$-20.000,00 (vinte mil reais), com atualização monetária desde o presente julgamento e juros de mora, a razão de 1% ao mês, desde a implantação defeituosa da prótese. Essa quantia, no caso, compõe a lesão íntima experimentada e, ao mesmo tempo, pune a recorrida S. para que não reincida na conduta.

Fica, portanto, a recorrida S. condenada ao pagamento da quantia de R$-13.000,00, a título de danos materiais, e R$-20.000,00, a título de danos morais, com os acréscimos acima especificados. A recorrida S., vencida na demanda, pagará as custas e despesas processuais, bem como verba honorária fixada em 15% sobre o valor da condenação, ressaltando-se o decaimento mínimo da autora. Preserva-se a condenação da apelante ao pagamento das verbas de sucumbência em relação aos demais réus, majorando-se a honorária (artigo 85, § 11º, do CPC) para 12% sobre o valor atualizado da causa, observada a gratuidade a

Acesso ao Sumário

ela concedida.

APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1084915-92.2019.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante F.A.M. (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados F.S.M., C.A.S. e A.C.B.S..

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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto n° 301)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PASTORELO KFOURI (Presidente sem voto), JOSÉ RUBENS QUEIROZ GOMES e ADEMIR MODESTO DE SOUZA.

São Paulo, 26 de abril de 2023.

LIA PORTO, Relatora

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE MULTIPARENTALIDADE BIOLÓGICA E SOCIOAFETIVIDADE. Sentença de Improcedência. Irresignação dos Autores. Cabimento.

Não comprovação de qualquer vício de vontade a ilidir o caráter irretratável do reconhecimento de filiação. Parentesco pode derivar do laço de sangue, do vínculo adotivo ou de outra origem, como a relação socioafetiva. Comprovação do vínculo socioafetivo da menor com o padrasto. Primazia do interesse da menor. Dupla paternidade que se mostra como a melhor solução. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 294/298 que, nos autos de ação de multiparentalidade biológica e socioafetividade, julgou improcedente o pedido dos Apelantes.

Irresignados, os Apelantes sustentam que desde tenra idade a menor vive em convivência familiar biológica materna e paterna socioafetiva, com o Recorrente, pai de fato. Argumentam com o princípio do melhor interesse da criança.

Acesso ao Sumário

(fls. 304/344).

Contrarrazões às fls. 350/353.

A d. Procuradoria de Justiça apresentou parecer no sentido do provimento do recurso (fls. 376/378).

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, surgiu um novo paradigma para as entidades familiares, não existindo mais um conceito fechado de família, mas, sim, um conceito eudemonista socioafetivo, moldado pela afetividade e pelo projeto de felicidade de cada indivíduo.

Assim, a nova roupagem assumida pela família liberta-se das amarras biológicas, transpondo-se para as relações de afeto, de amor e de companheirismo.

O art. 1.593, do Código Civil, muito embora não disponha expressamente sobre a paternidade socioafetiva, reza que "o parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consanguinidade ou outra origem".

Nesse contexto, a interpretação extensiva e teleológica desse dispositivo legal é no sentido de que o parentesco pode derivar-se do laço de sangue, do vínculo adotivo ou de outra origem, como a relação socioafetiva.

Theotonio Negrão, na obra Código Civil e Legislação Processual em Vigor, 28ª edição, Ed. Saraiva, 2009, na nota 1 ao art. 1.593, acrescenta:

"Enunciado 256 do CEJ: 'A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil'".

In casu, o Recorrente pugna pelo reconhecimento de parentalidade socioafetiva, com explícito consentimento materno.

De fato, o reconhecimento da parentalidade socioafetiva não evidencia qualquer risco à infante. Pelo contrário, restou incontroverso que a menor possui vínculo de afetividade com o Recorrente, que, inclusive, a enxerga como filha.

O Apelante sempre esteve ao lado da genitora e da criança, tendo construído com ela um relacionamento afetivo sólido.

Não é razoável que se decline tal condição a evento futuro, mormente pela existência de elementos suficientes a deferir o pleito dos Apelantes.

Não se trata de adoção da criança, mas sim de, mantida a parentalidade biológica, incluir a parentalidade socioafetiva.

Maria Helena Diniz, na sua obra Curso de Direito Civil Brasileiro (21ª edição, Ed. Saraiva, 5º volume, p. 466/467) anota:

"Uma vez declarada a vontade de reconhecer, o ato passa a ser irretratável ou irrevogável, inclusive se feito em testamento..., por implicar uma confissão de paternidade ou maternidade..., apesar de poder vir a ser anulado se inquinado

Acesso ao Sumário

de vício de vontade como erro, coação... ou se não observar certas formalidades legais".

Assim, analisando todas as particularidades do caso concreto, o reconhecimento da dupla paternidade, sem dúvidas, se mostra como a melhor solução.

Para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considero prequestionada a matéria, evitando-se a interposição de embargos de declaração com esta única e exclusiva finalidade, observando o pacífico entendimento do STJ de que desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205/SP, Min. Felix Fischer, DJ de 08/05/2006). Àqueles manifestamente protelatórios aplicar-se-á a multa prevista no art. 1.026, §§ 2º e 3º, do CPC.

Ante o exposto, **dou provimento ao recurso**, para determinar a retificação do registro de nascimento da criança com a inclusão da paternidade socioafetiva, mantendo a parentalidade paterna biológica.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1007390-79.2021.8.26.0127, da Comarca de Carapicuíba, em que é apelante A.G.C., é apelado L.L.C. (JUSTIÇA GRATUITA).

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 18.740)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANA ZOMER (Presidente) e ANA MARIA BALDY.

São Paulo, 5 de maio de 2023.

COSTA NETTO, Relator

Ementa: AÇÃO DE EXONERAÇÃO/REVISÃO DE ALIMENTOS – AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE PARA REDUZIR AO ALIMENTOS – Manutenção da obrigação de o alimentante prestar alimentos ao filho – A despeito de o requerido ter atingido a maioridade civil, ele está matriculada em curso superior – Assim, ainda necessita de auxílio do alimentante – Alimentos devido até cessar a necessidade do requerido – Ausência de provas de que o ali-

Acesso ao Sumário

mentante não possua condições de arcar com o valor arbitrado – Alimentos fixados de acordo com o binômio necessidade/possibilidade – Sentença mantida – Aplicação do art. 252, RITJSP – Recurso desprovido.

VOTO

Cuida-se de apelação tirada contra a r. sentença de fls. 147/150, que julgou parcialmente procedente o pedido, com resolução do mérito, nos termos do art. 487, I, do CPC, para reduzir os alimentos devidos por A.G.C. ao requerido L.L.C., para o patamar de 10% de seus rendimentos líquidos, incluídas todas as verbas com exceção do FGTS e respectiva multa, na forma da fundamentação e desde que este valor não seja inferior a 30% do salário mínimo, caso em que esta quantia deverá prevalecer. Em virtude da sucumbência recíproca, cada litigante arcará igualmente com as custas processuais que houver desembolsado, nos moldes do art. 86, do CPC. Em relação aos honorários, condenou a parte autora e também a parte ré ao pagamento dos honorários da parte adversa, ambos fixados, por apreciação equânime, em R$ 1.000,00, suspensa a cobrança, nos termos do art. 98, § 3º, do CPC, quando a parte for beneficiária da Justiça gratuita.

Irresignado, recorre o autor (fls. 155/167), pugnando pela procedência total da ação. Sustenta que deve ser exonerado da obrigação alimentar, pois seu o requerido já atingiu a maioridade, realiza curso superior no período noturno, trabalha durante o dia e não necessita do auxílio paterno. Ademais, alega que o filho possui uma poupança com R$ 44.000,00 e não comprovou que necessita da pensão alimentícia. De outro lado, sustenta que teve redução de sua capacidade econômica.

Contrarrazões às fls. 176/186.

É o relatório.

O genitor alimentante ajuizou ação de exoneração/revisão de alimentos em face do filho, alegando, em síntese, que o requerido alcançou a maioridade, está matriculado em curso superior no período noturno, já ingressou no mercado de trabalho, não necessitando mais de sua ajuda financeira. Subsidiariamente, pugnou pela redução dos alimentos. A ação foi julgada parcialmente procedente para reduzir a obrigação alimentar.

Pretende o apelante a exoneração da obrigação alimentar.

Em que pesem as razões recursais, o recurso não comporta provimento.

Nos termos do art. 1.699, do Código Civil, a exoneração da obrigação alimentar somente é possível quando ocorrer mudança na situação financeira de quem os supre ou na de quem os recebe.

A despeito de o apelado já ter atingido a maioridade, restou comprovado que ele está matriculado em curso superior – CST em Análise e Desenvolvimen-

to de Sistemas.

Assim, a despeito de já ter atingido a maioridade civil, ainda necessita do auxílio de seu genitor para pagamento do curso, transporte, alimentação, vestuário, livros, etc. Logo, correta a improcedência da ação de exoneração de alimentos.

O dever de prestar alimentos deve subsistir enquanto persistir a necessidade do apelado.

Ressalte-se, por fim, que não há qualquer prova da impossibilidade de o genitor continuar pagando a pensão devida ora fixada em sentença.

Logo, correta a improcedência do pedido de exoneração de alimentos.

Nesses termos, deve ser a r. sentença confirmada pelos seus próprios fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razão de decidir pelo não provimento do recurso, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça, que assim dispõe, in verbis: "Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la".

Daí por que **se nega provimento ao recurso** e majora-se a verba honorária sucumbencial, ao patrono do apelado, para a monta de R$ 1.500,00, atentando-se ao trabalho desenvolvido nesta sede recursal, na forma do disposto no artigo 85, § 11, do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1029694-14.2021.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante POSTO SÃO JORGE DE CAMPINAS LTDA, é apelado PAG SEGURO INTERNET LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 20ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 48.216)**

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

São Paulo, 9 de maio de 2023.

CORREIA LIMA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL – Ação ordinária de indenização por dano material – Troca

de maquininha de cartão de débito/crédito e desvio de recursos para terceiro fraudador – Inexistência de qualquer conduta comissiva ou omissiva da ré a caracterizar falha na prestação de serviços – Culpa exclusiva de terceiro – Exegese dos arts. 930 do Código Civil e 14, § 3º, II, do CDC – Improcedência mantida – Recurso improvido.

VOTO

1. Trata-se de ação ordinária de indenização por dano material (alegada ausência de repasse das vendas realizadas por meio da máquina de cartões à conta bancária da autora, fls. 1/9) intentada por Posto São Jorge de Campinas Ltda. em face de Pagseguro Internet S. A. julgada improcedente pela r. sentença de fls. 233/236, de relatório a este integrado, restando a autora condenada ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa (R$7.514,57, fls. 9).

Inconformada, pelas razões expostas a fls. 239/244, a autora pede o provimento do recurso a fim de que a demanda seja julgada procedente.

A insurgência é tempestiva, foi respondida e recolheu-se o preparo (fls. 245/246).

É o relatório.

2. O recurso não comporta provimento.

3. A r. sentença analisou corretamente todos os pontos controvertidos de relevância para a solução da lide e as provas produzidas, chegando à bem delineada conclusão de improcedência da ação ancorada na ausência de responsabilidade da ré em razão da existência de culpa exclusiva de terceiro no evento danoso noticiado.

Transcreve-se, a seguir, trecho da r. sentença que, dirimindo a pendência suscitada, traduz o entendimento adequado ao caso em tela, tornando superadas as alegações envidadas nas razões recursais.

"A ação é improcedente.

A relação contratual é incontroversa, bem como a obrigação do requerido em transferir para conta de titularidade do autor os valores pagos por meio da 'maquininha' de crédito e débito. Cumpre aferir se a indevida transferência de valores a terceiro pode ser imputada à parte ré.

Conquanto o réu responda pelo risco da atividade, o que demanda reconhecer sua responsabilidade em algumas circunstâncias de fraude, este não é o caso dos autos.

Do boletim de ocorrência (fls. 74/75) consta que os funcionários do esta-

Acesso ao Sumário

belecimento, ao perceberem a não transferência de valores para conta correta, verificaram as câmeras de vigilância, constatando que indivíduo (que realizou abastecimento de veículo) realizou a troca da máquina ao efetuar o pagamento.

Assim, o ato que deu origem ao prejuízo do autor foi praticado por terceira pessoa (o que foi, inclusive, confessado pelo terceiro fls. 79), no próprio estabelecimento do autor, em circunstâncias não imputáveis à parte ré, seja pelo dever de dar cumprimento ao contrato ou pela vigilância de seus sistemas internos que lhe incumbe.

Nesse sentido:

'APELAÇÃO – INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS – PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE MÁQUINAS (MODERNINHAS) PARA O RECEBIMENTO DE PAGAMENTO COM CARTÃO MAGNÉTICO – FRAUDE PRATICADA POR TERCEIROS QUE SUBSTITUIU MÁQUINA DOS RECORRENTES – FALTA DE ZELO – CULPA EXCLUSIVA DO PRESTADOR DE SERVIÇO. I – Apelantes que prestam serviços de venda de combustível (posto de gasolina) que utilizam máquinas para recebimento por meio de cartões magnéticos. Troca do equipamento por terceiro. Descuido dos funcionários do estabelecimento em relação ao armazenamento e guarda da 'maquininha', a qual foi trocada, sem que fosse percebido e quando passavam os cartões de clientes para pagamentos de produtos e/ou serviços, o valor era direcionado para terceiros; II – Exclui-se a responsabilidade do fornecedor dos equipamentos, maquininhas, ora apelado pelos danos, quando as circunstâncias demonstram que o lojista facilitou ao agente infrator o acesso e a troca do equipamento; III – Inviável admitir que a apelada tenha prestado serviço de forma inadequada porque não deu causa à troca da máquina, pois, como exposto, é dever do adquirente do equipamento a sua guarda e conservação. Até porque, o zelo teria que ser aumentado tendo em vista que o posto de gasolina é uma área aberta o que facilita a ação de fraudadores, razão pela qual, não há que responsabilizar a recorrida. RECURSO NÃO PROVIDO." (TJSP; Apelação Cível 1032319-97.2020.8.26.0100; Relator (a): Maria Lúcia Pizzotti; Órgão Julgador: 30ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível – 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 01/09/2021; Data de Registro: 01/09/2021)." (fls. 233/236).

4. Efetivamente, não se evidenciou, no caso dos autos, qualquer conduta comissiva ou omissiva da apelada a caracterizar falha na prestação de serviços e apta a legitimar a pretendida a indenização por dano material sofrido pela apelante.

Na verdade, a ocorrência do evento danoso ocorreu por fato exclusivo de terceiro, nos termos dos arts. 930 do Código Civil e 14, § 3º, II, do CDC, tudo conduzindo à manutenção da r. sentença de improcedência vergastada.

5. Isto posto nega-se provimento ao recurso e majoram-se os honorários

Acesso ao Sumário

advocatícios de 10% para 15% do valor da causa (R$7.514,57, fls. 9) atualizado, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1006826-97.2021.8.26.0322, da Comarca de Lins, em que é apelante ROGÉRIO GRINGO DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado INSTITUTO EDUCACIONAL PIRACICABANO DA IGREJA METODISTA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.761)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MATHEUS FONTES (Presidente sem voto), ALBERTO GOSSON e HÉLIO NOGUEIRA.

São Paulo, 9 de maio de 2023.

ROBERTO MAC CRACKEN, Relator

Ementa: Apelação. Embargos de terceiro. Penhora de veículo vendido pela esposa do executado. Casamento sob o regime de comunhão universal de bens. Juntada de contrato anterior à propositura da ação de execução. Ausência de reconhecimento de firma. Alegação de pagamento do valor de R$17.000,00 em espécie e sem comprovante de recibo. Ausência de comprovação da posse desde a data alegada. Não comprovação do direito invocado. Manutenção da r. sentença de improcedência.

Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo embargante em razão da r. sentença de fls. 131/134, que julgou improcedentes os embargos de terceiro e manteve a ordem de constrição sobre o veículo de placa EDM8505 que foi deferida nos autos da ação de execução de 1009459-58.2016.8.26.0451, bem como o condenou ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa, observada a gratuidade concedida.

Em suas razões recursais de fls. 139/143, o apelante alegou, em síntese,

que possui a posse direta do veículo VW / Polo Sedan 1.6, ano 2008, de placas EDM8505; que o veículo foi adquirido em 15/02/2016 de Sandra Lima de Oliveira, esposa do executado; que a transferência ficou condicionada à solução da pendência financeira junto ao Banco BV Leasing Arrendamento Mercantil S/A discutida nos autos da ação de processo n. 1007006-55.2017.8.26.0322; e, que, quando da transferência, foi surpreendido com a ora questionada restrição judicial determinada em 19/08/2020.

Também alegou que não houve anterior regularização da transferência da propriedade por ausência de condições financeiras; que a ausência de reconhecimento de firma não induz presunção de má-fé; que "O pagamento do veículo ocorreu em espécie e de forma parcelada, sem fornecimento de recibos de pagamentos"; e, que a ausência de testemunhas e fotos não descaracteriza a sua posse.

Não foram apresentadas contrarrazões, conforme certificado a fls. 147.

Ausente oposição ao julgamento virtual.

Recurso bem processado.

Do essencial, é o relatório.

Compulsando os autos, verifica-se que os presentes embargos de terceiro foram opostos em 01/12/2021 com a respectiva juntada do contrato firmado entre o ora embargante e a Sra. Sandra Lima de Oliveira referente ao veículo VW Polo Senda 1.6, de placa EDM8505 (fls. 16/19).

O mencionado contrato intitulado "INSTRUMENTO PARTICULAR DE COMPROMISSO DE VENDA DE VEÍCULO AUTOMOTOR" foi firmado em 15/02/2016. Entretanto, não houve o reconhecimento das firmas.

Ainda, a fls. 20/21, também foi juntado o Certificado de Registro de Veículo referente ao mencionado automóvel constando nome anterior de BV Leasing Arrendamento Mercantil e com a respectiva autorização de transferência assinada pela Sra. Sandra Lima de Oliveira em 15/10/2019, no valor de R$17.000,00.

Conforme fls. 22/26, foi juntada a r. sentença prolatada em 21/08/2018 nos autos da ação de processo n. 1007006-55.2017.8.26.0322, em que são partes a Sra. Sandra Lima de Oliveira (requerente) e B.V. Leasing Arrendamento Mercantil S/A (requerido), a qual foi julgada procedente para, inclusive, condenar a ré a transferir para a autora o CRV do mencionado veículo.

Já compulsando os autos da ação de execução de processo n. 1009459-58.2016.8.26.0451, verifica-se que essa ação foi proposta, em 07/06/2016, pelo Instituto Educacional Piracicabano da Igreja Metodista em face de Márcio Adriano Teodoro de Oliveira, esposo da Sra. Sandra Lima de Oliveira, com casamento sob o regime de comunhão universal de bens, conforme se verifica a fls. 411/412 dos respectivos autos.

Acesso ao Sumário

Assim, constata-se a respectiva responsabilidade da esposa, vendedora, em relação aos débitos do marido, executado.

Em que pese no contrato firmado entre o ora embargante e a executado constar data de 15/02/2016, data anterior a proposição da ação de execução em 07/06/2016, não houve o respectivo reconhecimento das firmas a fim de se atribuir ao documento a necessária segurança jurídica em relação ao tempo do ato.

Também o próprio embargante/apelante alegou que o pagamento foi em espécie e sem emissão de recibo, o que, pelas máximas de experiência, não se mostra verossímil nem compatível com o direito invocado, visto que no contrato e no documento de transferência consta o preço do veículo no montante de R$17.000,00, situação esta que por si só já demonstra a falta de mínima cautela por parte do embargante, devendo assumir os ônus de sua conduta.

Como se não bastasse, o embargante não se desincumbiu do ônus probatório de demonstrar seja por testemunhas, por fotos ou outros documentos a posse do veículo desde a data alegada.

Portanto, mostra-se imperiosa a ratificação da r. sentença em todos os seus termos e fundamentos.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso com majoração dos honorários advocatícios para 11% do valor da causa, nos termos do artigo 85, § 11, do CPC, observada a gratuidade concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1039543-79.2021.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante NEIDE MORINO, é apelado COMPACTO IMOBILIÁRIA LTDA – ME.

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 32.456)**

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

São Paulo, 9 de maio de 2023.

HUGO CREPALDI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO – AÇÃO INDENIZATÓRIA – Não há nulidade na sentença por ausência de fundamentação: houve motivação suficiente para se

depreender o caminho percorrido pelo Juiz que justifique a decisão proferida – MANDATO – ADMINISTRAÇÃO DE IMÓVEIS – LOCAÇÃO – Prestação de serviço de administração de imóveis – Locação residencial – Ação proposta contra administradora, sob alegação de má gestão – Sentença de improcedência – Insurgência da autora – Desídia na escolha da locatária e da fiadora não demonstrada – Demandas movidas em face delas que são posteriores à celebração do contrato de locação, quando a imobiliária não encontrou qualquer registro negativo, apesar de todas as pesquisas realizadas – Não demonstrada a falha na prestação do serviço de administração – Sentença mantida – Negado provimento.

VOTO

Vistos.

Trata-se de Apelação interposta por **NEIDE MORINO**, nos autos da ação indenizatória que move contra **COMPACTO IMOBILIÁRIA LTDA ME**, objetivando a reforma da sentença (fls. 313/317) proferida pelo MM. Juiz de Direito, Dr. Paulo Roberto Zaidan Maluf, que julgou improcedente a ação, condenando a autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa.

Apela a autora (fls. 330/346), sustentando, preliminarmente, a nulidade da sentença por ausência de fundamentação, vez que não se pronunciou sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso.

Afirma que, ante a incidência da legislação consumerista, a responsabilidade da imobiliária é objetiva, fundada no risco da atividade, devendo responder pela fraude perpetrada pela locatária.

Diz que os documentos juntados ao processo demonstram que, desde 11 de março de 2020, a apelada tinha ciência de que a inquilina do imóvel era a *Sra. Cátia Cilene de Oliveira*, isto é, de que houve sublocação.

Alega que a Sra. Larissa Lais Ribeiro da Silva figura no polo passivo de outras 25 ações de despejo por falta de pagamento, a Sra. Ivanilde Rodrigues da Silva responde a 41 ações relacionadas a despejo e cobrança de aluguéis, e a Sra. Cátia Cilene de Oliveira tem diversas pendências cíveis e criminais na Justiça do Estado de São Paulo e do Paraná, de modo que a imobiliária não cumpriu com sua obrigação contratual de selecionar os "melhores inquilinos".

Apresentadas contrarrazões (fls. 431/447), o apelo foi recebido em seu duplo efeito.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Tratam os autos de ação indenizatória, movida pela autora visando à condenação da ré a ressarcir os danos materiais sofridos por ela, no montante de R$ 78.776,90 (setenta e oito mil setecentos e setenta e seis reais e noventa centavos).

Alega a requerente que, em razão da propaganda realizada pela requerida e da promessa de que seriam selecionados os melhores inquilinos, contratou-a para alugar e administrar a locação de sua casa, localizada em Condomínio situado na Avenida Nadima Damha, n° 2000, Quadra N, Lote 21, Parque Residencial Damha II, CEP: 15061-759 em São José do Rio Preto/SP. Afirma que, pela prestação dos aludidos serviços, ajustaram remuneração correspondente ao total do 1º aluguel, mais taxa de administração mensal de 10% do valor do locativo.

Relata que o imóvel foi locado inicialmente para *Larissa Lais Ribeiro da Silva*, constando como fiadora a *Sra. Ivanilde Rodrigues da Silva*. Diz, contudo, que, em março de 2020, o bem foi sublocado, com o consentimento da imobiliária requerida, à Cátia Cilene de Oliveira.

Narra que as pessoas selecionadas pela ré como "melhores inquilinas" são pessoas inidôneas, que respondem por várias ações cíveis e criminais nos Estados de São Paulo e Paraná, e lhe causaram prejuízo de R$ 78.776,90 (setenta e oito mil setecentos e setenta e seis reais e noventa centavos), em razão do não pagamento dos débitos locatícios, de multas condominiais e do péssimo estado em que deixaram o imóvel.

Defende, assim, que a ré atuou com desídia e má-fé na intermediação da locação e administração do imóvel locado, não cumprindo com suas obrigações contratuais, motivo pelo qual ajuizou a presente demanda.

Contestada a ação, o MM. Magistrado *a quo* decidiu pela improcedência do pedido, por entender que não se verifica má administração por parte da empresa ré, sendo ambas as partes vítimas da conduta fraudulenta perpetrada por *Cátia Cilene Oliveira*, *Larissa Lais Ribeiro da Silva* (locatária) e *Ivanilde Rodrigues da Silva* (fiadora).

A r. sentença não comporta reforma.

Primeiramente, descabe falar em anulação da sentença por ausência de fundamentação. Conforme se verifica, a sentença analisou detidamente a matéria discutida, expondo os motivos pelos quais entendeu que a parte ré não foi negligente ao administrar a locação do bem imóvel de propriedade da parte autora e, consequentemente, pela improcedência do pedido.

Por esse motivo, não há nulidade na sentença por ausência de fundamentação: houve motivação suficiente para se depreender o caminho percorrido pelo Juiz que justifique a decisão proferida.

No mérito, insta consignar, inicialmente, que a prestação de serviço de

Acesso ao Sumário

administração da locação de imóvel restringe-se à intermediação entre locador e locatário, figurando a imobiliária como mandatária daquele (locador), representando-o nessa relação.

No caso, a autora alega que a ré agiu com desídia, não investigando devidamente a vida pregressa da locatária e da fiadora e anuindo com sublocação sem a sua autorização. Porém, conforme bem observado em Primeiro Grau, tais alegações não restaram comprovadas.

Isso porque a requerida demonstrou que realizou todas as pesquisas pertinentes e exigiu todos os documentos necessários (fls. 162/218), não encontrando nada que desabonasse a locatária e a fiadora. E, de fato, em pesquisa realizada no site deste Tribunal de Justiça, constata-se que todos os registros de demandas cíveis e criminais movidas em face de *Larissa Lais Ribeiro da Silva* (locatária) e *Ivanilde Rodrigues da Silva* (fiadora) são posteriores à assinatura do contrato de locação, não havendo, à época, como a imobiliária ré antecipar eventual fraude planejada por *Larissa* e *Ivanete*.

Ademais, lê-se do documento reproduzido às fls. 06: "Por este particular instrumento, as partes supra qualificadas [Locadora Compacto Imobiliária Ltda Me e Locatária Larrisa Lais Ribeiro da Silva] resolvem, de comum acordo e de livre e espontânea vontade, firmar a AUTORIZAÇÃO DE ENTRADA NO IMÓVEL, para as pessoas que também irão residir no imóvel, e para tanto a AUTORIZAÇÃO DE ENTRADA NO CONDOMÍNIO, tendo por objeto o imóvel declinado no preâmbulo, a reger-se pelas seguintes nomes e identificações" (grifei).

Desse modo, verifica-se que a ré não autorizou a sublocação do imóvel à *Cátia Cilene Oliveira*, como defende a apelante, apenas permitiu que *Cátia* entrasse no condomínio e no imóvel para também nele residir, isto é, juntamente com a locatária *Larissa*.

Como bem observou o Magistrado *a quo*, "Em se tratando de condomínio, é uma praxe o contrato ser alugado por determinada pessoa e, com relação aos demais residentes da casa, ser autorizada por termo a entrada no condomínio e moradia no imóvel".

O fato de requerer a desistência da ação de despejo em relação à locatária e à fiadora, para que passasse a constar no polo passivo unicamente os sublocatários, tampouco é capaz de comprovar que a imobiliária tivesse prévia ciência da situação, anteriormente à constatação pelo oficial de justiça. Note-se, inclusive, que, tão logo deixou de receber os alugueis ajustados, ajuizou demanda de despejo por falta de pagamento em face da locadora e da fiadora, o que também indica que vem cumprindo com suas obrigações de administradora do imóvel.

Portanto, improcede a alegação autoral de que houve desídia da requerida na seleção da locatária e da fiadora, inexistindo prova de falha na prestação de

Acesso ao Sumário

serviços contratada.

Neste sentido, a jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça em casos análogos:

> *LOCAÇÃO. AÇÃO DE COBRANÇA DE ALUGUÉIS c/c REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS c/c INDENIZAÇÃO POR MORAIS e LUCROS CESSANTES. Imóvel desocupado. Alegação dos autores de que os réus têm obrigação de ressarcir prejuízos decorrentes de deterioração do imóvel locado. Não demonstrando os autores que o administrador, gestor da locação do seu imóvel, agiu com negligência na condução de suas obrigações, improcedente é a pretensão. RECURSO NÃO PROVIDO. (Apelação Cível 1000725-88.2017.8.26.0482; Relatora: Carmen Lucia da Silva; 25ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 14/05/2020; Data de Registro: 14/05/2020)*
>
> *Locação de imóvel residencial – Ação de rescisão de contrato, com pleito cumulado de indenização por danos materiais e morais – Demanda de ex-locatária em face de ex-locadora e de empresa de administração imobiliária – Sentença de improcedência quanto à corré imobiliária e de parcial procedência da ação e da reconvenção – Recurso da autora – Manutenção do julgado – Cabimento – Administradora imobiliária que não responde pelos alegados vícios verificados no imóvel – Falta de demonstração, ademais, quanto à aludida má prestação dos serviços – Correto reconhecimento – Arguição da autora no sentido de que houve acordo verbal para isenção dos locativos vigentes durante o período que o imóvel estava em obras e no qual ocupou outro local, disponibilizado pela locadora – Inconsistência fática e jurídica – Inexistência de inequívoca demonstração, sob as garantias do contraditório, de que tal acordo de fato fora firmado entre as partes – Débitos locatícios, cobrados na reconvenção, que são devidos – Valor pago como garantia que deve ser abatido da quantia em aberto – Incontroverso inadimplemento por parte da locatária, bem como a existência de vícios no imóvel, a causar alagamentos e infiltrações após período de chuvas – Infringência contratual de ambas as partes – Multa contratual indevida. Apelo da autora desprovido. (Apelação Cível 1009342-48.2019.8.26.0003; Relator: Marcos Ramos; 30ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 01/04/2020; Data de Registro: 01/04/2020)*

Insta salientar, por fim, que a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso não é capaz de alterar o resultado da demanda. Isso porque, ainda que objetiva a responsabilidade do fornecedor de serviços, nos termos do artigo 20 do diploma consumerista, para a sua configuração não se dispensa os requisitos, também objetivos, do ato ilícito, do dano e do nexo de causalidade entre eles.

Acesso ao Sumário

A respeito do tema, são elucidativas as lições de Sérgio Cavalieri Filho:

"(...) também na responsabilidade objetiva teremos uma atividade ilícita, o dano e o nexo causal. Só não será necessário o elemento culpa, razão pela qual fala-se em responsabilidade independentemente de culpa. Esta pode ou não existir, mas será irrelevante para a configuração do dever de indenizar. Indispensável será a relação de causalidade porque, mesmo em sede de responsabilidade objetiva, não se pode responsabilizar a quem não tenha dado causa ao evento". (Programa de responsabilidade Civil. 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2010, p.140)

Na hipótese, uma vez que não se constatou falha na prestação do serviço – ato ilícito –, já que a imobiliária ré foi diligente no cumprimento de suas funções, a responsabilidade objetiva não socorre a autora, ainda que dispensada a comprovação de culpa.

Portanto, tendo em vista que a administradora não tem responsabilidade pela conservação do bem locado, tampouco cometeu qualquer ato desidioso na seleção da locatária e da fiadora, deve-se manter integralmente a sentença de improcedência da ação.

Por derradeiro, em atenção ao disposto no artigo 85, §§ 1º e 11 do Novo Código de Processo Civil, segundo os quais o Tribunal, ao julgar o recurso, majorará os honorários fixados anteriormente, levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, determino o aumento dos honorários de sucumbência arbitrados para 12% do valor atualizado da causa.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso, mantendo-se a r. sentença por seus próprios fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1014196-76.2022.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante MERCADOPAGO.COM REPRESENTAÇÕES LTDA, é apelado RODRIGO CASSIANO SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.494)**

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

Acesso ao Sumário

São Paulo, 10 de maio de 2023.
FÁBIO PODESTÁ, Relator

Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Manutenção de restrição creditícia mesmo após o pagamento, por tempo superior a cinco dias. Dever de indenizar. Tema Repetitivo 735, firmado pelo C. STJ. Dano moral. Efetiva comprovação, na hipótese, em razão dos contratempos suportados quando da aquisição de imóvel pelo autor. Quantum indenizatório de R$ 5.000,00 que não se mostra excessivo. Sucumbência recursal. Art. 85 § 11, do CPC. APELAÇÃO DESPROVIDA.

VOTO

Cuida-se de apelação interposta por **MERCADOPAGO.COM REPRESENTAÇÕES LTDA** contra a r. sentença proferida às fls. 177/181, cujo relatório é adotado, que julgou parcialmente procedente a demanda, para condenar o réu ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R$ 5.000,00, com juros de mora de 1% ao mês, desde cinco dias após o pagamento da dívida levada aos órgãos de proteção de crédito, e correção monetária, pela Tabela deste E. Tribunal de Justiça de São Paulo, a contar da data da r. sentença. Em razão da sucumbência mínima do autor, condenou o réu, ainda, a pagar as custas, despesas e honorários advocatícios no valor de R$ 1.500,00.

Apela o requerido (fls. 184/193), sustentando, em síntese: **(a)** a regularidade do débito (fls. 187/188); **(b)** após o pagamento, houve a retirada da negativação, antes mesmo do ajuizamento da demanda (fl. 188, penúltimo parágrafo); **(c)** ausência dos requisitos da responsabilidade civil (fls. 189/191); **(d)** subsidiariamente, pleiteia a redução do *quantum* indenizatório (fls. 191/192).

Recurso tempestivo (fl. 183), preparado (fls. 194/195) e contrarrazoado às fls. 199/207.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Trata-se de *ação de indenização por danos morais* ajuizada pelo apelado RODRIGO CASSIANO SANTOS em face do apelante MERCADOPAGO. COM REPRESENTAÇÕES LTDA, na qual o autor alega que inadimpliu alguns obrigações junto ao réu. Por esta razão, o requerido inseriu o nome do requerente no cadastro de inadimplentes. Afirma que quitou o débito, mas que, quatro meses depois, ainda permanecia a restrição desabonadora. Tentou resolver a

questão junto ao PROCON, mas não obteve êxito (processo administrativo às fls. 25/39).

O requerido não nega a satisfação da obrigação, sustentando que a baixa da negativação ocorreu antes do ajuizamento da demanda.

Os elementos fático-probatórios contido nos autos, notadamente os comprovantes de pagamento de fls. 40/51, indicam que o autor realizou pagamentos em favor do réu em datas de 05/11/2021, 18/11/2021, 19/11/2021, 03/12/2021 e 06/01/2022.

Todavia, ainda em 19 de abril de 2022, ou seja, mais de quatro meses depois do último pagamento, não houve a exclusão do nome do devedor dos serviços de proteção ao crédito (fls. 54/55).

Deste modo, deve o réu responder pela desatualização da informações e, por consequência, do vício do serviço comprovado (art. 14 do CDC).

Com efeito, nos termos do Tema Repetitivo 735 do C. STJ:

"Diante das regras prevista no Código de Defesa do Consumidor, mesmo havendo regular inscrição do nome devedor em cadastro de órgão de proteção ao crédito, após o integral pagamento da dívida, ***incumbe ao credor requerer a exclusão do registro desabonador, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, a contar do primeiro dia útil subsequente à completa disponibilização de numerário necessário à quitação do débito vencido****"* (g.n.).

Na hipótese, transcorrido, em muito, o prazo de cinco dias, contados da data do último pagamento (06/01/2022 – fl. 51), e não realizada a tempestiva exclusão do nome do autor dos órgãos de proteção ao crédito, resta caracterizado o dever de indenizar, ante o abalo sofrido, o qual restou concretamente demonstrado, em razão dos contratempos suportados pelo autor quando da aquisição de imóvel (fls. 52/55).

Relativamente ao *quantum* devido, a indenização por dano moral deve ser prudentemente fixada, de acordo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, observadas a finalidade compensatória e a extensão do dano experimentado.

Vislumbrando as peculiaridades do caso e, considerando os critérios de fixação da indenização, tais como a condição socioeconômica das partes e a repercussão da lesão, apresenta-se razoável e não excessivo o *quantum* fixado na r. sentença, qual seja, R$ 5.000,00 (cinco mil reais), quantia hábil a compensar os transtornos sofridos pelo autor, sem que lhe represente enriquecimento sem causa, funcionando, ainda, como inibidor de situações semelhantes.

A teor do que prescreve o art. 85, § 11, do CPC, majoram-se os honorários advocatícios devidos ao apelado ao patamar de R$ 2.000,00 (dois mil reais).

Acesso ao Sumário

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002760-04.2020.8.26.0292, da Comarca de Jacareí, em que é apelante A. – C.S.M.H., são apelados H.A. LTDA. e G.A.H.F..

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte aos recursos. V.U. Sustentou oralmente a advogada Hannah Vast Batista de Toledo", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 53.066)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SALLES ROSSI (Presidente), PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO e SILVÉRIO DA SILVA.

São Paulo, 10 de maio de 2023

SALLES ROSSI, Relator

Ementa: AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – Demanda ajuizada em face do hospital e do plano de saúde – Procedência parcial para que o convênio custeie integralmente o serviço médico domiciliar "home care" ao autor, fornecendo materiais e insumos necessários e terapias auxiliares, bem para como condenar os corréus, solidariamente, a pagarem ao autor, a título de danos morais, o valor de R$100.000,00 (cem mil reais) – Insurgência dos corréus – Cabimento em parte – Apelado que em decorrência de grave acidente teve trauma na cervical (com paraplegia e paresia dos membros superiores), ficando internado no hospital requerido – Ao receber alta hospitalar, teve prescrição de "home care" por médico que o assistiu – Tratamento que, no momento, deve ser mantido, diante da delicada condição na qual se encontra, portador de doença, incapaz de realizar seus próprios cuidados, necessitando de atenção à sua higiene e saúde – Cuidados estes que devem ser prestados por equipe de enfermagem, inclusive para

Acesso ao Sumário

troca/realização de curativos e cuidados com a escara sacral profunda, que surgiu durante sua internação hospitalar e que não podem ser feitos por mero cuidador – Conforme determinado na sentença a necessidade da continuidade do tratamento na forma prescrita, deverá ser aferida a cada três meses, mediante apresentação de parecer médico, a ser verificado em eventual cumprimento de sentença – Em relação às escaras, inegável que ocorreram no momento da internação hospitalar, pós-operatório, bem como que houve culpa por parte da equipe do hospital na sua prevenção – As fotos anexadas aos autos evidenciam a gravidade da lesão, que não poderia passar desapercebida da equipe – Laudo pericial que concluiu pela falha na prevenção de escara, mesmo com prescrição adequada – Comprovado, pois, o nexo causal entre as escaras ocasionadas no autor e os serviços prestados pelas correqueridas – Responsabilidade destas reconhecida – Dano moral – Ocorrência, diante do grande sofrimento ocasionado ao autor – Valor arbitrado (R$ 100.000,00 cem mil reais) que se mostra elevado – Redução cabível para R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), valor que se adequa ao caso – Recursos parcialmente providos. Sentença reformada em parte.

VOTO

Cuida-se de Apelações Cíveis interpostas interposta contra a r. sentença proferida em autos de Ação de Obrigação de Fazer cumulada com Indenização por Danos Materiais e Morais que, decidindo pelo mérito os pedidos deduzidos na petição inicial, acabou por decretar a parcial procedência dos mesmos para: **A)** confirmando os efeitos da tutela de urgência concedida, tornada definitiva, determinar que a requerida A.S.S. autorize e custeie integralmente o serviço médico domiciliar "home care" ao requerente (24 horas por dia), fornecendo todos os materiais e insumos necessários e terapias auxiliares (fisioterapia, fonoaudiologia, terapia ocupacional, psicologia e pedagogia), nos termos e prazo da solicitação médica, sem prejuízo de outras que se fizerem necessárias e solicitadas pelo médico que acompanha o paciente, sem limitação à quantidade de sessões, enquanto perdurar a sua necessidade, e de acordo com a prescrição médica, excluídos itens de higiene pessoal. A cada três meses, deverá ser apresentado novo parecer médico para se aferir, em eventual cumprimento de sentença, a necessidade de manutenção do tratamento e em que termos e **B)** condenar os

Acesso ao Sumário

requeridos, solidariamente, a pagarem ao requerente, a título de danos morais, o valor de R$100.000,00 (cem mil reais), corrigidos pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça, com juros de mora de 1%, ambos a partir da publicação da sentença (Súmula 362 do STJ).

Consideradas as partes sucumbentes, houve condenação de ambas ao pagamento das custas e despesas processuais, corrigidas desde o desembolso, repartindo-as igualitariamente. Em relação aos honorários advocatícios, a parte a autora pagará à parte ré 10% do valor atualizado da causa e a parte a ré pagará à parte autora 10% do valor atualizado da causa. Em ambas as hipóteses, suspende-se o pagamento da verba caso estejam elas ao abrigo dos benefícios da gratuidade.

Embargos de declaração interpostos pelo autor (fls. 8849/8852) e pelas correqueridas (fls. 8843/8848 e 8853/8860), rejeitados pela decisão de fls. 8877.

Inconformadas, apelam as correqueridas.

A corré A.S.S. S/A em seu recurso de fls. 8880/8903, sustenta ser a sentença ultra petita, na medida em que foi condenada por dano moral em valor superior ao pedido pelo Apelado, de forma que deve ser anulada.

Alega ainda contradição da sentença ao ignorar totalmente a prova pericial médica, que destaca que o apelado não necessita de *home care*, bem como que não houve falha na prestação dos serviços da apelante. Além disso, inexistente ato ilícito por parte da apelante, não há que se falar em indenização por danos morais.

Prossegue alegando que, segundo perícia médica, os cuidados que o Apelado necessita podem ser prestados por cuidador, exceto na prevenção de escara. Assim, comprovada desnecessidade do custeio de "home care", cabível a desobrigação da ora apelante de fornecer tal tratamento, bem como materiais, insumos e terapias auxiliares.

No mais, argumenta a inexistência de danos morais, posto que prestado o suporte necessário ao apelado. E caso mantida a condenação referido valor (R$100.000,00) deve ser reduzido para o patamar de R$ 5.000,00.

Bate-se pela reforma da r. sentença nos termos das razões deduzidas e, subsidiariamente, pela redução do quantum indenizatório.

O corréu H.A., por sua vez, recorre às fls. 8909/8936, sustentando haver contradição entre a prova pericial e a sentença, na medida em que o perito o concluiu que não houve omissão hospitalar e que evitar escaras em pessoas na condição do autor não é simples.

No entanto, houve condenação do hospital apelante em dano moral, no valor de R$ 100.000,00, em razão das escaras que o Apelado teve. Porém, o hospital não pode ser responsabilizado por negligência, que não ficou comprovada, devendo-se afastar a condenação referente ao dano moral.

Acesso ao Sumário

Prossegue alegando que o hospital não responde objetivamente, quando se trata de indenizar dano produzido por médico integrante de seus quadros, pois é preciso provar a culpa deste, para depois se ter como presumida a culpa do hospital. E analisando a conduta médica e o prontuário hospitalar, inexistente qualquer elemento de culpa pelo surgimento das escaras no apelado.

No mais, alega a inexistência de dano moral, sendo a injusta a condenação arbitrada. Subsidiariamente postula pela sua redução para R$5.000,00.

Por fim, requer o provimento do recurso.

Contrarrazões apresentadas às fls. 8942/8963.

Petições da apelante seguradora anexando relatório que, segundo alega, houve evolução clínica do segurado (fls. 8974/8985 e fls. 8999/9001). Manifestação do autor a respeito, com a juntada de relatório médico (fls. 8992/8995 e fls. 9003/9006).

É o relatório do necessário.

De início, recebo os apelos interpostos, no duplo efeito (à exceção do tópico que tonou definitiva a tutela de urgência), passando ao seu julgamento, conforme autoriza o inciso II do artigo 1.011 do CPC.

Extrai-se da inicial que o autor, em 08 de dezembro de 2018, sofreu um grave acidente enquanto jogava bola, com trauma na cervical, nível C5 e C6 (com paraplegia e paresia dos membros superiores). Informou a realização de cirurgia dois dias após o acidente, vindo a piorar muito, principalmente por conta das negligências cometidas (demora/atraso no atendimento imediato cirúrgico) por ambos os Requeridos.

Acresce que durante o tempo que ficou na UTI do H.A., desenvolveu pneumonia e úlcera de pressão na sacra (ESCARA), não tendo os enfermeiros movimentado o corpo do Autor, descansando-o das posições em que ficava constantemente.

Além disso, por conduta do médico e de sua equipe da UTI do hospital o autor sofreu uma broncoaspiração, grave negligência médica. E por conta deste procedimento, tiveram que lhe aplicar mais de 30 gotas de berotec, resultando em nova pneumonia.

Alega que permaneceu internado por quatro meses e meio no hospital. Retornou ao seu domicílio em 15 de abril de 2019, com prescrição de tratamento “home care”. No entanto tem enfrentado dificuldades para conseguir o tratamento e os medicamentos prescritos pelo médico. O convênio requerido se recusa a fornecer os itens necessários ao seu tratamento sob a alegação de que a responsabilidade pelo fornecimento é do Sistema Único de Saúde.

Razão pela qual postulou a condenação da corré A.S.S. S.A. na obrigação de fazer consistente no fornecimento dos medicamentos e materiais necessá-

Acesso ao Sumário

rios à sua recuperação e tratamento, bem como o pagamento de indenização por danos morais e materiais ocorridos antes e durante o tratamento. Postulou também a condenação do corréu H.A. Ltda. ao pagamento de indenização por danos morais.

Em contestação as correqueridas postularam a improcedência da ação.

Decidindo o mérito dos pleitos deduzidos na exordial, a r. sentença recorrida decretou a parcial procedência dos mesmos, para determinar que a requerida A.S.S. autorize e custeie integralmente o serviço médico domiciliar "*home care*" ao requerente (24 horas por dia), fornecendo todos os materiais e insumos necessários e terapias auxiliares, excluídos itens de higiene pessoal, bem como condenou de forma solidária as correqueridas a pagarem ao autor, a título de danos morais, o valor de R$100.000,00. Razão do inconformismo das correqueridas.

Os recursos comportam parcial provimento, apenas em relação ao valor da condenação por danos morais.

A ação foi ajuizada em face do hospital onde o paciente foi atendido, pertencente à rede credenciada do plano de saúde que também integra o polo passivo.

A responsabilidade destes é, portanto, objetiva (ou seja, independe da demonstração da culpa, mas apenas do dano), conforme preleciona o artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse passo, o fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar que, tendo prestado o serviço, o defeito inexistiu ou então, que a culpa foi do consumidor ou de terceiro (artigo 14, § 3º). De tal isenção, os réus e aqui apelantes não se desincumbiram.

Com efeito, a invocação da responsabilidade objetiva não dispensa seja provada a culpa do preposto do prestador do serviço na prática do ato danoso. Vale dizer, o hospital (e o plano de saúde) só respondem objetivamente se primeiramente restar comprovada a culpa de seus prepostos, o que nos autos se verificou (conforme perícia).

Pois bem.

Incontroverso nos autos que o autor/apelado é beneficiário plano de saúde mantido pela requerida/apelante A.S.S. S.A.

Além disso, há relatórios médicos nos autos comprovando a doença do apelado, bem como sua necessidade de serviços de atendimento médico-domiciliares.

Em que pese as alegações da apelante seguradora de que, segundo prova pericial médica, o apelado não necessita de *home care*, a necessidade do tratamento referido restou demonstrada.

Acesso ao Sumário

Ao que se extrai dos autos, o apelado, ao receber alta, teve prescrição de "home care" por médico que o assistia e, ao menos no momento, tal tratamento domiciliar deve ser mantido, diante da delicada condição na qual ele se encontra, portador de doença, incapaz de realizar seus próprios cuidados, necessitando de atenção à sua higiene e saúde. Tais cuidados necessitam que sejam prestados por equipe de enfermagem, inclusive para troca/realização de curativos e cuidados com a escara sacral profunda, que surgiu durante sua internação hospitalar. A gravidade de tal escara pode ser visualizada na foto anexada às fls. 8727 do laudo pericial, demonstrando a necessidade dos cuidados de higiene pessoal por profissional e não por mero cuidador.

Cabe aqui mencionar trecho da r. sentença, que de forma acertada, transcreveu a necessidade de tratamento domiciliar ao apelado:

"O requerente é acometido por doença que o torna incapaz de realizar seus próprios cuidados, necessitando diuturnamente de atenção à sua saúde. Permaneceu em internação hospitalar e, após, foi indicado pelo médico que o assistia a permanência em regime de internação domiciliar, conhecido como "home care". Ou seja, suas necessidades extrapolam os cuidados básicos como higienização, curativos e aferição de sinais vitais. É, propriamente, uma continuidade da internação hospitalar. Uma extensão da rotina nosocomial transportada, agora, para a residência do paciente.

Os serviços prestados na residência do paciente são os mesmos que seriam realizados no hospital, através, inclusive, da mesma equipe multidisciplinar. Portanto, se o médico que assiste o requerente indicou a internação domiciliar, não pode a requerida negar ou substituir o tratamento proposto. O requerido necessita de cuidados específicos à sua saúde durante 24 horas. Cuidados que vão além de banhos e curativos.

Restou demonstrada a necessidade de continuidade da prestação de serviço de "home care", para melhor continuidade do tratamento, tendo em vista que o estado de saúde do requerente ainda exige cuidados a serem prestados por equipe de enfermagem para os curativos e cuidados com a escara, conforme esclarecido pelo perito. Não bastasse isso, a fotografia anexada à perícia (fls.8727) evidenciou que até os cuidados básicos de higiene pessoal recomendam ajuda profissional.

Importante destacar que há necessidade patente de equipe de enfermagem, técnicos, médicos, nutricionistas, e outros, para os cuidados mais específicos. Logo, não há que falar que a presença de um cuidador ou familiar exclui automaticamente a necessidade do "home care" pretendido pelo requerente, tampouco dos suprimentos e insumos despendidos pela situação de acamado por tempo indeterminado.

A evidência, os cuidados de que necessita o apelado não são corriqueiros.

Acesso ao Sumário

Seu quadro clínico reclama serviço especializado e não mero cuidador.

No caso, deve ser observada a Súmula 90 deste E. Tribunal de Justiça, segundo a qual: *"Havendo expressão médica para a utilização dos serviços de home care, revela-se abusiva a cláusula de exclusão inserida na avença, que não pode prevalecer."*

Demais disso, descabe à operadora questionar a indicação feita pelo profissional que assiste o paciente. Vale dizer, compete ao plano de saúde (a evidência, nos termos do contrato) definir quais doenças serão cobertas, mas não a forma de tratamento, prevalecendo a prescrição médica.

A questão encontra-se, há tempos, sumulada neste E. Tribunal de Justiça, nos termos das Súmula102:

"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".

Além disso, foi prescrito ao apelado medicamentos, dieta enteral e outros insumos, tidos por essenciais no seu tratamento – tanto que ensejou o deferimento de liminar, devendo serem prestados pela apelante A.S.S.

E conforme determinado por sentença, a necessidade da continuidade do tratamento na forma prescrita, deverá ser aferido a cada três meses, mediante apresentação de parecer médico, tudo a ser verificado em sede de eventual cumprimento de sentença.

Já em relação à ocorrência de escaras, o laudo pericial foi claro ao concluir que: *"Houve falha somente na prevenção de escara, mesmo com prescrição adequada de colchão piramidal, prescrição de mudança de decúbito a cada duas horas, o autor desenvolveu grave escara sacral grau IV que perdura em tratamento até hoje e está evoluindo com regressão da mesma. Ainda em relação à escara, apesar de considerar falha a prevenção, ressalto que de fato evitar escara totalmente em pessoa nas condições clínicas do autor não é simples"* (fls.8728)

Acesso ao Sumário

Em resposta ao quesito 7 do hospital, constou no laudo: *"É complicação frequente que pode ser minimizada com colchão piramidal e mudança frequente a cada duas a posição de decúbito, essa é a principal medida de prevenção, mais importante até que o colchão piramidal. Diante da extensão da escara sacral, a abordagem na prevenção dessa lesão não foi completa, embora prescrito corretamente pela equipe médica"* (fls.8729).

E em resposta ao quesito 8: *"...houve falha na prevenção, não na prescrição, mas na prevenção pelo hospital. Ressalto ainda que evitar a úlcera de pressão em doentes nas condições que autor estava não é simples, mas dada ao grau (grau IV) da úlcera sacral que teve, entendo que houve falha no cuidado hospitalar na sua prevenção."* (fls. 8729).

O perito ao responder os quesitos complementares afirmou que a *"Grave e extensa escara sacral demonstram que as ações adotadas não foram efetivas, não significa que não tenha buscado conter tal lesão, mas não foram suficientes."* (fls.8750)

Às fls. 8790, o perito esclareceu ainda que: *"Em atenção às alegações apresentadas venho prestar manifestação requerida. Conforme descrição no laudo pericial, evitar escaras em pessoas na condição do autor não é simples (pode-se afirmar ser difícil evitar) e é comum pessoas acamadas com internação prolongada apresentar escaras. Foram prescritas medidas de prevenção para as mesmas, ou seja, não houve omissão hospitalar em nenhum serviço prestado, mas é claro que as medidas de prevenção implementadas para escaras não foram eficazes, tanto que o autor estava em tratamento para escara sacral até a data da perícia e claramente evoluindo com melhora, assim como teve outras escaras menores que da região sacra já sanadas"*.

Pois bem.

Inegável que a aparição das escaras ocorreu no momento da internação do apelado, bem como que houve culpa por parte do hospital na sua prevenção. As fotos anexadas às fls. 163/182 evidenciam a gravidade da profunda lesão, que não poderia passar desapercebido pela equipe hospitalar.

Relevante anotar capítulo da r. sentença que de forma clara expõe a questão:

"Como demonstram os documentos elencados na inicial, bem como o exame pericial, a negligência e omissão do hospital requerido perante o requerente, após a realização da cirurgia, resultou em grave escara na região sacral. As impressionantes fotografias anexadas aos autos (fls.163/183) indicam claramente aquilo que o requerente teve de suportar em decorrência das graves lesões que o acometeram.

Além disso, observa-se que a própria esposa do requerente teve que descobrir por si só a dura realidade que o marido atravessava, em uma visita de rotina, haja vista que os funcionários do requerido em nenhum momento a alertaram da existência da escara.

Repise-se que é pacífico o entendimento entre doutrinadores de que a obrigação do médico em relação ao paciente não é de resultado, mas sim de meio ou de prudência e diligência, qual seja, propiciar ao paciente o tratamento adequado, correto e eficaz conforme os recursos atuais da ciência e, como profissional liberal que é, sua responsabilidade pessoal em decorrência da prestação do serviço deve ser apurada mediante a verificação da culpa.

Como todos os profissionais, os médicos e enfermeiros são obrigados a zelar pelo atendimento razoável dos pacientes sob seus cuidados, empregando as diligências usuais e que se inserem na deontologia médica.

Acesso ao Sumário

Diante dos elementos amealhados nestes autos, verifica-se que houve culpa do corpo clínico do hospital requerido que, de fato, foi negligente em relação à prevenção e ao tratamento da escara...

... Por seu turno, objetiva é a responsabilidade do convênio médico para responder por eventual deficiência na prestação do serviço, se constatada a má escolha dos profissionais credenciados que prestam atendimento aos segurados, respondendo pelo risco da escolha, pois é responsável pela qualidade de atendimento oferecido ao contratante do plano de saúde...

... Reconhecido, portanto, o nexo de causalidade entre os danos suportados pelo autor (escaras sacrais) e os serviços prestados pelos réus, ficam estes responsáveis pela indenização moral pleiteada, que independe de mais provas, pois decorrentes dos próprios acontecimentos, dos sofrimentos experimentados, que são notórios.

Não se pode olvidar que é devido o ressarcimento a título de dano moral, pois houve inegável culpa do corpo clínico do hospital requerido em relação à prevenção e ao tratamento da escara. Os danos morais, assim, são devidos diante do fato ocorrido, que causou não só aborrecimento e constrangimento que exorbitaram aos parâmetros da normalidade, mas extremo sofrimento ao paciente."

E conforme restou comprovado nos autos, as requeridas não atuaram de maneira diligente no pós-operatório, sobrevindo grave escara na região sacral do apelado.

Comprovado, pois, o nexo causal entre as escaras ocasionadas no autor e os serviços prestados pelas correqueridas, estas devem responder pela indenização pelos danos morais, na medida em os mesmos ocorreram de maneira absolutamente incontroversa.

A evidência, certamente, se cuidou de aborrecimento e constrangimento, que extrapolaram a normalidade, bem como causou grande sofrimento ao paciente.

Em relação ao valor arbitrado (cem mil reais), anoto que o Juiz não fica vinculado ao valor pretendido pelo requerente, pois a quantia indicada na inicial se apresenta como mera estimativa, cabendo ao juízo fixar o valor da indenização. Razão pela qual descabida a alegação da sentença ser *ultra petita*.

No entanto, respeitado o entendimento do d. Magistrado de primeiro grau, bem como o sofrimento vivenciado pelo autor tenho como elevado o arbitramento em R$ 100.000,00 (cem mil reais).

Em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, entendo que o valor da indenização comporta redução para R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), importância que melhor se adequada ao caso concreto, de forma a compensar a dor sofrida pelo apelado e penalizar os correqueridos.

Acesso ao Sumário

Por fim, em relação aos relatórios médicos, anexados pelas partes após a apresentação dos recursos e respectiva resposta, deve ser observado o foi determinado na r. sentença, no sentido de que novo parecer médico deverá ser apresentado em eventual cumprimento de sentença para se aferir a necessidade de manutenção do tratamento.

Diante de todo o exposto, os apelos são providos em parte para reduzir a indenização por danos morais, fixada solidariamente, para o valor de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), mantida a verba de sucumbência fixada na origem.

Isto posto, pelo meu voto, dou provimento em parte aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005357-04.2022.8.26.0541, da Comarca de Santa Fé do Sul, em que é apelante EDITH PAIS ALVES MOREIRA (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados SUDAMERICA CLUBE DE SERVIÇOS e BANCO BRADESCO 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 11.706)**

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

São Paulo, 10 de maio de 2023.

SERGIO ALFIERI, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Responsabilidade civil extracontratual. Ação declaratória de inexistência de débito cumulada com indenização por danos materiais e morais, julgada procedente. Descontos indevidos de prêmios da conta corrente da autora, decorrentes de seguro não contratado. Recurso da autora. Majoração da indenização por danos morais. Não acolhimento. Valor pretendido que se mostra elevado, analisada a circunstância do caso, considerada a valoração das provas produzidas nos autos e as especificidades da lide. Montante fixado na r. sentença que atende aos

Acesso ao Sumário

princípios da razoabilidade e proporcionalidade e da diretriz estabelecida no art. 944 do Código Civil, considerando-se as peculiaridades do caso concreto. Honorários advocatícios sucumbenciais. Manutenção. Baixa complexidade da ação. Despiciendo o comparecimento do patrono ao fórum para consultar os autos por se tratar de processo que tramita pelo sistema eletrônico ou participar de audiência e acompanhar perícia, tendo em vista o julgamento antecipado da lide. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO, sem a majoração dos honorários advocatícios sucumbenciais, com base no art. 85, § 11, do CPC, por não ter a apelante sucumbido na origem.

VOTO

Trata-se de ação declaratória de inexistência de débito cumulada com indenização por danos materiais e morais, ajuizada por EDITH PAIS ALVES MOREIRA contra SUDAMERICA CLUBE DE SERVIÇOS e BANCO BRADESCO S/A, julgada procedente pela r. sentença atacada (fls. 95/101), cujo relatório adoto, para *"a) DECLARAR a inexistência de relação jurídica entre as partes; b) CONDENAR os réus, solidariamente, a restituir à autora, em dobro, os valores descontados indevidamente em sua conta, referente ao contrato discutido nessa ação, corrigidos monetariamente pela Tabela Prática do TJSP, a partir de cada desconto, e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, a partir da data do primeiro desconto indevido; c) CONDENAR os réus, solidariamente, a pagar à parte autora, a título de compensação pelos danos morais sofridos, a quantia de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), corrigida monetariamente pela Tabela Prática do TJSP, a partir da data desta sentença, a acrescida de juros de mora de 1% ao mês, a partir da data do primeiro desconto indevido. Em razão da sucumbência, CONDENO a parte ré ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, nos termos do art. 85, § 2º do Código de Processo Civil"*.

Inconformada, a autora interpôs recurso de apelação (fls. 104/112), pugnando pela majoração da indenização extrapatrimonial para R$ 10.000,00, bem como dos honorários advocatícios para 20% sobre o valor da condenação ou da causa.

O recurso foi regularmente processado, isento de preparo, diante dos benefícios da gratuidade da justiça concedidos à apelante (fls. 21).

Contrarrazões às fls. 116/125 e fls. 126/129.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

A irresignação recursal não comporta provimento.

Segundo consta da petição inicial, foram descontadas da conta corrente que a autora, pensionista do INSS, possui no Banco Bradesco, as quantias de R$ 62,60 nos meses de setembro e outubro/2022, em favor da ré, que não foram autorizadas, relativamente a seguro não contratado.

Incontroversos os descontos indevidos, cinge-se a matéria recursal à majoração da indenização por danos morais, assim como dos honorários advocatícios sucumbenciais.

A indenização pecuniária objetiva a sanção do agente e a compensação do sofrimento da vítima, sem que o montante implique em enriquecimento sem causa, situação vedada em nosso ordenamento jurídico e nem seja irrisório.

Nessa linha, a quantia arbitrada na r. sentença, de R$ 5.000,00, mostra-se adequada e razoável, indenizando a apelante pelos prejuízos que experimentou, analisada a circunstância do caso, além de servir como forma de compelir os apelados a aprimorarem os serviços postos à disposição de seus clientes.

A corroborar o acima mencionado, o seguinte julgado do Colendo STJ:

> *"o valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que, na fixação da indenização a esse título, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, 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"* (cfr. REsp. n°s. 214.381-MG, 145.358-MG, e 135.202-SP, Rel. Min. **SÁLVIO FIGUEIREDO TEIXEIRA**, DJU, respectivamente, 29.11.99, 01.03.99 e 03.08.98).

Ademais, a pretensão da autora à majoração do valor da indenização ao montante de R$ 10.000,00 está desprovida de outros elementos de convicção aptos a ensejar o acolhimento desse pleito, porquanto a indenização pautou-se na prudência do i. julgador de primeiro grau, observados os parâmetros norteadores da doutrina e jurisprudência predominantes sobre a matéria.

Assim, sopesado o grau de culpa dos réus, em cotejo com o dano experimentado, atendidas as diretrizes do art. 944 do Código Civil e respeitados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o *quantum* fixado alinha-se aos balizamentos citados e aos parâmetros sugeridos pela doutrina e jurisprudência, devendo ser mantido.

Os honorários advocatícios – fixados na r. sentença em 10% do valor dado à causa (R$ 10.000,00 – fls. 12) – devem ser mantidos, por não se revelarem aviltantes e remunerarem dignamente o advogado da apelante, considerada a baixa complexidade da ação, a desnecessidade de comparecimento em au-

Acesso ao Sumário

diência, acompanhamento de perícia ou deslocamento ao fórum, por se tratar de processo que tramita pelo sistema eletrônico.

Por fim, deixa-se de majorar a verba sucumbencial com base no art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, porquanto a apelante não sucumbiu na origem.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003089-30.2022.8.26.0006, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CLUBE DE BENEFÍCIOS BEM PROTEGE, é apelado REGINALDO FRANCISCO DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.419)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LIDIA CONCEIÇÃO (Presidente) e MILTON CARVALHO.

São Paulo, 11 de maio de 2023.

WALTER EXNER, Relator

Ementa: Apelação. Contrato de proteção veicular firmado com a associação-ré. Contrato de seguro atípico. Relação de consumo caracterizada. Furto do veículo ocorrido em via pública. Recusa de indenização securitária sob o argumento de agravamento intencional do risco. Inconsistência. Inexistente previsão contratual expressa de que o veículo segurado deveria ser estacionado apenas em garagem fechada. Conduta negligente não demonstrada. Indenização cabível. Prejuízo moral configurado. Descaso com o consumidor que extrapola o limite do razoável. Aplicabilidade da teoria da perda do tempo útil. Reparatória reduzida para R$ 5.000,00, observadas as circunstâncias da hipótese. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação de cobrança de indenização securitária movida por Reginaldo Francisco da Silva em face de Clube de Benefícios Bem Protege que a r. sentença de fls. 216/221, de relatório adotado, julgou procedente para condenar a ré ao pagamento do valor de mercado do veículo pela Tabela Fipe na data do furto – 19/11/2021 – com abatimento da "Cota Participação", resultando na importância de R$ 48.071,70, atualizados pela tabela prática do Tribunal de Justiça desde a data do furto, e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação, observando que o veículo é alienado fiduciariamente à Aymore Crédito Financiamento e Investimento, de modo que o valor da indenização deverá ser revertido à quitação do contrato de financiamento, e o restante devolvido ao autor. Trouxe, ainda, arbitrada indenização a título de dano moral no valor de R$ 10.000,00, atualizados desde a prolação da sentença e acrescidos de juros de mora a partir da citação.

Inconformada, recorre a ré alegando, em síntese, que o autor/associado agravou intencionalmente o risco ao estacionar o veículo segurado na via pública, em local ermo e perigoso, no período da noite, quando havia nas imediações estacionamento coberto, o que faz legítima a recusa à indenização securitária, nos termos do artigo 20 do seu Regulamento. Argumenta, em arrimo, com a conclusão do relatório de sindicância que o sinistro se acha irregular em razão da conduta negligente adotada pelo segurado. Defende, enfim, ausentes os requisitos do dever de indenizar, em destaque a prática de qualquer ato ilícito, anotando que a recusa diz com mero exercício regular de direito motivada pelo descumprimento das regras do programa de proteção veicular. Sustenta, de outro lado, inexistente moldura geradora de abalo moral indenizável, sublinhando que os fatos narrados traduzem mero dissabor do cotidiano. Pede, subsidiariamente, a redução da indenizatória arbitrada.

O recurso foi contra-arrazoado pela parte adversa e encaminhado a este Tribunal.

É o relatório.

Consta da inicial, em breve síntese, que o autor celebrou plano de proteção veicular junto à ré, em 18/08/2020, referente ao veículo Hyundai/HB20, ano 2019, de placas QQO2266, com cobertura para furto, roubo e acidente. Ocorre que, em 19/11/2021, o veículo segurado acabou furtado, sendo que a ré, uma vez notificada acerca do sinistro, ofereceu recusa ao pagamento da indenização sob o fundamento de que o associado contribuíra de forma culposa para a ocorrência do sinistro ao estacioná-lo defronte à sua residência, na via pública, mesmo dispondo de ambiente seguro/fechado para guardá-lo. Pugna o autor, destarte, pela condenação da ré ao pagamento de dano material correspondente ao valor do veículo segurado, segundo a tabela Fipe, e demais despesas suportadas em razão da negativa do sinistro, ao lado de indenização moral.

Acesso ao Sumário

Importa anotar, de largada, que incidem, no caso em exame, as regras do Código de Defesa do Consumidor, vez que a ré se enquadra como fornecedora, enquanto a parte autora figura como destinatária final, portanto, consumidora, conforme preceituam os artigos 2º e 3º do referido Código.

O recurso, "data venia", comporta parcial provimento; o contrato de proteção veicular discutido nos autos trata, em verdade, de contrato atípico de seguro, de modo que aplicável o entendimento de que o segurador obriga-se a garantir interesse legítimo do segurado contra riscos predeterminados, nos termos do artigo 757 do Código Civil, restando inviável impor à seguradora a obrigação de indenizar risco não coberto pelo contrato.

"In casu" contudo, não se vislumbra pretensão à cobertura de risco não coberto, e tampouco de agravamento intencional do risco.

Com efeito, o termo de adesão (fls. 19/22) e o regulamento do programa de proteção veicular oferecido pela associação-ré (fls. 159/201) não trazem previsão expressa de que o veículo deveria ser estacionado apenas em garagens cobertas, de modo que a guarda em via pública, conduta, deveras, comum e presumível em qualquer contrato de seguro, não caracteriza negligência bastante a embasar à recusa ao pagamento da indenização.

E mais; inexistem nos autos informes no sentido de que as chaves tenham sido deixadas na ignição ou de que o veículo fora deixado destrancado, o que poderia, se o caso, configurar conduta negligente do segurado; a ocorrência do furto, enfim, não diz com desfecho emprestado à situação de agravamento de risco, mas de hipótese típica de risco coberto contratualmente.

Nesse sentido, vale conferir precedentes desta c. Corte:

"Apelação. Ação indenizatória. Contrato de proteção veicular firmado com a ré, Associação Civil sem fins lucrativos. Contrato de seguro atípico. Relação de consumo evidenciada. Precedentes deste E. TJSP. Veículo segurado que foi furtado em via pública. Negativa de pagamento de indenização que é indevida. Situação dos autos que não se coaduna com hipótese de agravamento de risco pelo segurado. Ausência de comprovação de má-fé do autor, tentativa de fraudar a ré, ou conduta destinada a prejudicar a apuração das circunstâncias do furto. Boa-fé que se presume, ao passo que a má-fé deve ser cabalmente provada. Danos morais, contudo, inocorrentes. Mero inadimplemento contratual que não dá ensejo ao dever de indenizar. Honorários advocatícios de sucumbência redimensionados à luz do artigo 85, § 8º, do Código de Processo Civil. Sentença parcialmente reformada. Recurso provido em parte." (Apelação Cível n. 1009550-22.2020.8.26.0577, Rela. Desa: Ana Lucia Romanhole Martucci, 33ª Câmara de Direito Privado, j. 10/03/2021)

"COBRANÇA – SEGURO DE VEÍCULO – NEGATIVA DE COBERTURA – AGRAVAMENTO DE RISCO INOCORRENTE – FURTO EM VIA PÚBLI-

Acesso ao Sumário

CA – VALOR DA INDENIZAÇÃO 1 – Postura do segurado que não configurou agravamento do risco ou afastou a cobertura securitária. Isto porque não há prova alguma de que o autor não possuía local para estacionar ou de que costumeiramente deixava seu veículo na rua. Tal prova competia à seguradora, que nos termos do art. 333, inc. II do CPC, teria o ônus de demonstrar que o autor, de forma deliberada, descumpria o contrato de forma habitual, de má-fé, estacionando seu veículo na via pública quando afirmou deixá-lo em estacionamento. Mas assim não fez. E sem a prova nesse sentido, não há meios de presumir a má-fé do segurado; 2 – Segurado que ao deixar seu veículo estacionado na via pública não agrava intencionalmente o risco segurado. Limitar a mobilidade de um veículo e restringir a cobertura do seguro respectivo é retirar do automóvel sua função principal, desnaturando, igualmente, a finalidade do contrato de seguro. Automóveis foram feitos para ser utilizados nas vias públicas; 3 – Pagamento que deve corresponder ao valor do bem subtraído na data do sinistro, conforme Tabela FIPE. RECURSO IMPROVIDO." (Apelação Cível n. 4000129-74.2013.8.26.0003, Rela. Desa: Maria Lúcia Pizzotti, 30ª Câmara de Direito Privado, j. 11/05/2016)

Por fim, afigura-se inadmissível e injustificável o descaso da ré que ao negar de forma injustificada o pagamento do seguro desde a data do acidente, impôs ao autor a privação do uso do veículo há mais de ano, indispensável à sua locomoção, vendo-se forçado a se socorrer do Judiciário, do que resultou inegável irresignação e sensação de frustração e impotência, com clara perturbação psíquica, suficientes para a caracterização do dano moral.

Aplicável, dadas as óbvias idas e vindas, num panorama, enfim, de clarividente desperdício de tempo, a teoria do desvio produtivo, que se evidencia, segundo Marcos Dessaune, *"quando o consumidor, diante de uma situação de mau atendimento, precisa desperdiçar o seu tempo e desviar as suas competências de uma atividade necessária ou por ele preferida para tentar resolver um problema criado pelo fornecedor, a um custo de oportunidade indesejado, de natureza irrecuperável"*. (Desvio Produtivo do Consumidor. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011)

E, no tocante ao valor indenizatório dos danos morais, sabe-se que sua mensuração constitui tarefa das mais complexas, sendo árduo e sinuoso o caminho a ser percorrido pelo hermeneuta, que deve observar que essa questão recomenda sempre a máxima prudência e cautela, a fim de se evitar enriquecimento indevido, ou punição insuficiente àquele que provocou a indevida dor moral.

Assim, levando-se em consideração as condições pessoais das partes, a reprovabilidade da conduta da ré e o dano impingido, bem como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, cuidando-se ainda de assegurar ao lesado uma justa reparação, sem incorrer, contudo, em enriquecimento ilícito, é de rigor redução do "quantum" fixado na origem para a quantia de R$5.000,00

Acesso ao Sumário

(cinco mil reais), observados os fatores de incidência de correção monetária e juros estabelecidos na sentença.

Destarte, acolhe-se em parte o recurso para esse único fim, sem reflexo na distribuição da sucumbência.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1107961-76.2020.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado GALVANI DO NORDESTE MINERAÇÃO LTDA., são apelados/apelantes FFA HOLDING & MINERAÇÃO MINERAÇÃO LTDA e GEOMASTER CONSULTORIA MINERAL LTDA..

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso da autora e negaram provimento ao recurso da corré FFA. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.629)**

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

São Paulo, 11 de maio de 2023.

MARCIA DALLA DÉA BARONE, Presidente e Relatora

Ementa: Ação de reconhecimento e dissolução de parceria empresarial – Autora não demonstrou o cumprimento de sua obrigação relativas às licenças para mineração – Quebra do contrato firmado entre as partes – Autora não poderia exigir que as requeridas cumprissem sua parte no ajuste, eis que não cumpriu as obrigações assumidas – Rescisão do Termo de Compromisso e obrigações dele advindas – Afastamento da condenação pelas perdas e danos advindos da não conclusão do termo de compromisso – Autora deve ressarcir a corré Geomaster das despesas havidas com os serviços realizados – Valores devem ser apurados em sede de liquidação de julgado, observando que só deve haver o ressarcimento das despesas havidas a partir da data da assinatura do contrato

Acesso ao Sumário

preliminar de parceria empresarial, que ocorreu em 26/11/2018. Assim, devem ser excluídas da condenação as despesas anteriores à assinatura do contrato – Inaplicabilidade da cláusula penal, prevista no item 6 do Termo de Compromisso – Recurso da autora provido em parte e recurso da corré FFA não provido.

Dá-se provimento em parte ao recurso da autora e Nega-se provimento ao recurso da corré FFA.

VOTO

Vistos,

Ao relatório de fls. 483/485 acrescento ter a r. sentença apelada julgado *i)* parcialmente procedente o pedido da autora-reconvinda, apenas, para declaração da rescisão do Termo de Compromisso firmado entre as partes; *ii)* julgado extinta, com fundamento no artigo 485, I e IV (inépcia), do Código de Processo Civil, a reconvenção da FFA quanto aos pedidos de manutenção do contrato e indenização por lucros cessantes; *iii)* julgado improcedente o pedido reconvencional da FFA quanto à indenização por danos morais; e *iv)* julgado procedente o pedido reconvencional da Geomaster, para declaração de rescisão do Termo de Compromisso e condenação da autora-reconvinda Galvani ao ressarcimento da quantia original de R$ 115.322,04, com correção monetária desde a data dos desembolsos e prestações dos serviços, e juros moratórios de 1% ao mês desde a intimação da reconvenção. Diante da sucumbência mínima das requeridas na ação principal, a autora foi condenada ao pagamento das custas, despesas do processo principal e honorários dos patronos das requeridas, fixados em R$ 5.000,00 para cada um. Diante da sucumbência da autora na reconvenção da Geomaster, a autora arcará com as custas do referido procedimento reconvencional e com o pagamento dos patronos da Geomaster fixados em R$ 10.000,00. Diante da sucumbência da requerida FFA na reconvenção por ela apresentada, a requerida FFA arcará com as custas, despesas do procedimento reconvencional e com o pagamento dos patronos da autora Galvani fixados em R$ 10.000,00.

Opostos embargos de declaração pela autora (fls. 499/502) e pela corré Geomaster (fls. 505/507), sendo que os embargos da autora foram rejeitados e o da corré Geomaster foram acolhidos *"para sanar na forma aludida o erro material indicado, de modo a constar da sentença que a correção monetária sobre o valor da condenação (R$ 115.322,04) se dê a partir da apresentação de cobrança dos valores, ao invés da data de desembolsos, como constou à fl. 495"* (fls. 515/516).

A autora apresentou recurso de apelo (fls. 519/531) buscando a reforma do julgado. Argui que o negócio não foi constituído a partir da premissa de que

Acesso ao Sumário

a GNM seria titular plena dos direitos de pesquisa e de lavra de todos os 35 processos minerários citados no instrumento contratual, sendo que a planilha apresentada indicava o nome dos respectivos titulares e a espécie de negócio que a GNM tinha com cada um deles. Aduz que o ativo que a GNM aportou no negócio foi o conjunto de contratos relacionados aos diretos minerários que viabilizam o início do empreendimento: os arrendamentos das áreas correspondentes às superfícies indicam a localização das jazidas, asseguram o direito de posse para o início das atividades técnicas e vinculam os titulares dos alvarás minerais ao negócio. Assevera não haver que se falar em pendência sobre a maioria das licenças, tampouco em obrigação de obtenção de licenças minerárias. Alega que os contratos relacionados aos diretos minerários sempre estivaram em condição de serem cedidos à sociedade, ao mesmo tempo que o fato de a maioria das licenças minerárias estarem em nome dos superficiários não frustrou o negócio nem pode ser considerado obrigação nuclear da GNM. Assevera que as partes contratantes são investidores qualificados, não sendo crível que tenham confundido direitos de natureza civil contratual com administrativo negocial, que tenham imaginado que contratos de arrendamento de terras equivaleriam a licenças minerais e que tenham sido enganadas quanto a extensão e a qualidade dos direitos relacionados na planilha anexa ao Termo de Compromisso. Sustenta que a FFA deveria ter constituído pessoa jurídica que serviria de veículo de investimento e que formalizaria o vínculo societário definitivo entre as partes contratantes, seguida da prospecção de investidor com interesse e capacidade para aportar CAD$ 3-4 milhões no negócio, ambos no prazo de 180 dias. Argumenta que o negócio foi estruturado em caráter sucessivo de obrigações, devendo primeiro ocorrer a criação da empresa e a definição quanto às alternativas de capitalização do negócio e somente depois a sociedade receberia os direitos minerais. Argui que caso a FFA não conseguisse o investidor, como de fato não conseguiu, e a GNM já tivesse transferido os contratos para a sociedade, haveria desequilíbrio econômico entre as prestações. Sustenta a culpa unilateral da FFA pela rescisão do contrato, devendo ser afastada a culpa atribuída à GNM. Afirma ser de responsabilidade da FFA as perdas e danos sofridos pela GNM e pela Geomaster. Acrescenta que teve suas operações minerais no seguimento de lítio prejudicadas, na medida em que o negócio não evoluiu e a obrigação de exclusividade impediu que novos negócios fossem firmados. Os prejuízos incluem também todas as despesas incorridas pela GNM para a consecução do negócio, as quais foram frustradas pelo inadimplemento da FFA. Alega que os valores serão apurados via liquidação de sentença. Alega que a Geomaster contratou serviços que teriam sido prestados pela empresa GE21, cujos sócios também são titulares da Geomaster, ambas empresas correspondem à mesma entidade empresarial e têm os mesmos sócios. Alega que as despesas não podem ser consideradas danos ou prejuízos, pois na hipótese de serem devidas, consistiria em

Acesso ao Sumário

investimentos realizados pela Geomaster no negócio. Sustenta que a entrada da Geomaster no negócio ocorreu em 26/11/2018, sendo que as despesas começam em 05/02/2018, devendo ser excluída da condenação todas as despesas que não possuem conexão temporal com o negócio.

O recurso foi recebido e processado (fls. 536).

A corré FFA Holding & Mineração interpôs recurso de apelo (fls. 538/551) buscando a reforma do julgado. Alega que a autora descumpriu o Termo de Compromisso ajustado entre as partes, pois não possuía os direitos minerários listados no termo de compromisso de parceria empresarial, de forma que a constituição de uma sociedade entre as partes, para cessão de referidos direitos, restou inviabilizada. Argumenta que, em cumprimento à avença celebrada, procedeu à captação de investidores para o negócio celebrado, sendo que a inadimplência da autora, com o consequente insucesso do negócio, causou danos à imagem da FFA, o que enseja a condenação da autora em indenização por danos morais. Pugna pela reforma da sentença na parte em que declarou a rescisão do termo de compromisso firmado entre as partes, para que seja reconhecida a necessidade de manutenção das cláusulas de exclusividade e confidencialidade, bem como para fazer incidir a penalidade prevista na cláusula 6, do termo de compromisso.

O recurso foi recebido e processado (fls. 555).

Contrarrazões da corré FFA Holding & Mineração às fls. 558/573, da corré Geomaster às fls. 574/584 e da autora às fls. 585/597 arguindo a deserção do recurso de apelo da corré FFA.

Houve oposição ao julgamento virtual do recurso (fls. 604 e 616).

Processo originalmente distribuído ao D. Desembargador Grava Brazil, da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial (fls. 602), que não conheceu do recurso e determinou a remessa dos autos à redistribuição a uma das Câmaras que compõem as Subseções de Direito Privado (fls. 605/612).

Foi suscitado o Conflito de Competência (fls. 644/651), sendo declarada a competência da 4ª Câmara de Direito Privado.

É o relatório.

De início, afasta-se a alegação de deserção do recurso de apelo da corré FFA, arguida pela parte autora em suas contrarrazões, eis que após intimada a corré FFA devidamente efetuou o recolhimento do complemento do preparo recursal, devendo assim o seu recurso ser conhecido.

Cuida-se de ação de reconhecimento e dissolução de parceria empresarial. Narra a autora que em 26/11/2018 estabeleceu com as requeridas contrato preliminar de parceria empresarial para atuação no ramo de mineração. Aduz a parte autora que seria titular em direitos de exploração mineral, sendo que a Galvani deteria participação de 80% do capital social, e a FFA e a Geomaster deteriam 10% cada uma, sendo estabelecido dever de exclusividade recíproca

Acesso ao Sumário

para a pesquisa de exploração de lítio, obrigando-se a não firmar negócios semelhantes com terceiros, pelo prazo de cinco anos. Argui que passado um ano, nenhuma das obrigações contraídas pela FFA foi adimplida integralmente (não promoveu o registro do contrato social para a constituição de personalidade jurídica da parceria e não captou investidor com capacidade técnica e econômica compatível), sendo que diante do inadimplemento não foi possível dar prosseguimento ao negócio, tampouco iniciar os trabalhos técnicos. Afirma que em dezembro de 2019 interpelou judicialmente as requeridas para constituí-las em mora, no entanto, nenhuma das empresas a purgou, sendo que três anos após o início das tratativas o negócio definitivo não se concretizou. Alega que as partes seguem vinculadas pelo pré-contrato e diante da mora não purgada é necessária a dissolução da parceria, liberando as partes dos compromissos assumidos.

Por sua vez a corré Geomaster argui que a autora não era beneficiária e detentora da totalidade dos direitos minerários objeto da parceria, inviabilizando a criação da sociedade e a captação dos investimentos. Aduz que embora existisse dever de exclusividade, houve negociação paralela com outros investidores de áreas de exploração atinentes ao compromisso firmado. Argui que cumpriu as obrigações assumidas para a viabilização da parceria, devendo-se a quebra contratual à conduta única e exclusiva da autora, pedindo em sede de reconvenção a indenização dos gastos incorridos para a execução dos trabalhos técnicos realizados para a consolidação da parceria, no importe de R$ 115.322,04.

Já a corré FFA alega ser coligada à empresa FFA Legal Ltda., tendo tomado as medidas necessárias para a constituição da parceria. Aduz que o contrato não foi levado a registro por culpa exclusiva da autora, cujos direitos minerários foram objeto de discussão judicial e criou insegurança jurídica entre as partes. Aduz que a autora não cumpriu com o dever de exclusividade imposto pelo pré-contrato.

A r. sentença julgou parcialmente procedente o pedido da autora-reconvinda para declarar a rescisão do Termo de Compromisso firmado entre as partes; e julgou procedente o pedido reconvencional da corré Geomaster, para declaração de rescisão do Termo de Compromisso e condenação da autora-reconvinda Galvani ao ressarcimento da quantia original de R$ 115.322,04, com as devidas correções.

Infere-se dos autos que em 26 de novembro de 2018 as partes firmaram "Termo de Compromisso" no qual a autora se comprometeu a ceder direitos minerários de exploração de lítio em regiões diversas (entre os estados da Paraíba, Bahia e Minas Gerais); a corré FFA constituiria uma nova sociedade, realizaria a captação de investidores e listaria a empresa em bolsa de valores estrangeira; já a corré Geomaster seria responsável pelo controle técnico da atividade de lavra a pesquisa de lítio (fls. 47/52).

Acesso ao Sumário

A autora sustenta a culpa unilateral da FFA pela rescisão do contrato, pois deveria ter constituído pessoa jurídica que serviria de veículo de investimento e formalizaria o vínculo societário definitivo entre as partes contratantes, seguida da prospecção de investidor com interesse e capacidade para aportar CAD$ 3-4 milhões no negócio, o que deixou de cumprir. Aduz que o negócio foi estruturado em caráter sucessivo de obrigações, sendo que primeiro deveria ocorrer a criação da empresa e a definição quanto às alternativas de capitalização do negócio e somente depois a sociedade receberia os direitos minerais.

Por sua vez, as requeridas arguem a culpa da autora pela inexecução do contrato, porquanto não detinha, efetivamente, todos os direitos minerários alegados e firmados em contrato, inviabilizando a própria constituição da nova sociedade, que seria a responsável pela atuação no ramo de pesquisa e lavra de lítio e cessionária das licenças de exploração.

A autora é detentora de direitos de exploração (pesquisa e lavra) de lítio, que seriam transferidos à sociedade a ser constituída Galvani Lítio Ltda. Assim, a prestação da autora seria pressuposto para criação da sociedade.

Nesse sentido, constou no "Termo de Compromisso" a respectiva relação das licenças: *"A GALVANI é a beneficiária e detentora de contratos relacionados aos direitos minerários representados pelos processos nº 83160/2001, 830815/2001, 832112/2002, 830453/2004, 831543/2004, 83733/2003, 831414/2004, 833064/2003, 832193/2002, 831914/2003, 831352/2004, 833087/2005, 830980/2006, 831643/2003, 833709/2013, 833331/2006, 832925/2008, 831156/2017, 832999/2006, 831745/2016, 833245/2013, 846576/2011, 846196/2011, 846581/2011, 848211/2015, 846038/2017, 846346/2013, 846347/2013, 846211/2010, 846413/2002, 846344/2010, 831629/2012, 830313/2009, 832635/2103, 806466/1973 e 832636/2002, localizados nos Estados de Minas Gerais e Paraíba, doravante denominados "Direitos Minerários"* (fls. 47/48).

Contudo em janeiro de 2019 a corré Geomaster informou que a autora só era detentora efetiva de duas dessas licenças minerárias (832199/18 e 830446/18 – fls. 195), ao passo que a corré FFA, só localizou uma licença (833707/13 – fls. 363), adquirida pela Galvani no ano de 2020.

É certo que diante da complexidade do objeto do contrato, competia às requeridas, especializadas no ramo de mineração, observarem as cautelas necessárias, inerentes ao negócio. Conquanto não tenham agido com as devidas precauções, acerca das pendências sobre a maioria das licenças minerárias que a autora se dizia detentora, competia à requerente a obrigação de obtê-las para cumprir com sua parcela no ajuste.

Anote-se que a autora não demonstrou o cumprimento de suas obrigações relativas às licenças para mineração, havendo pendência de solução judicial ou

Acesso ao Sumário

contratual com terceiros, como por exemplo de regiões denominadas Salinas e Outro Lado (fls. 429/431).

Assim a autora deixou de cumprir sua obrigação principal, que era a transferência dos direitos minerários à empresa Galvani Lítio Ltda., conforme previsto no Termo de Compromisso. Houve a quebra do contrato firmado entre as partes. Conforme devidamente consignado no julgado: *"Caracterizada a quebra contratual, despicienda a análise da quebra da cláusula de exclusividade para a imposição da responsabilidade à autora-reconvinda. A questão é bastante controvertida, e dependeria do exame dos contratos havidos entre a Galvani e terceiros ("russos" v. e-mail à fl. 225), não juntados aos autos. Isso porque, necessário seria avaliar se tal avença importaria em contrato de investimento no negócio do lítio firmado entre as litigantes, ou se efetiva exploração conjunta, à revelia do contratado. De uma forma ou de outra, tal não fora o suficiente para dissolverem a parceria, conforme as próprias palavras da FFA (fl. 371)".*

Conforme disposto no artigo 476 do Código Civil:

> Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

Deste modo, a autora não poderia exigir que as requeridas cumprissem sua parte no ajuste, eis que não cumpriu as obrigações que assumiu. Ademais, ainda que a sociedade fosse constituída não teria capacidade para exercer sua atividade.

Em que pese a autora alegar que teve suas operações minerais no seguimento de lítio prejudicadas na medida em que o negócio não evoluiu e a obrigação de exclusividade impediu que novos negócios fossem firmados, tem-se que a própria requerente deixou de cumprir sua parte no ajuste, não havendo que se falar em condenação pelas perdas e danos advindos da não conclusão do termo de compromisso.

Temos assim que o termo de compromisso (contrato preliminar) não gerou o contrato principal e as consequências devem ser analisadas.

Em relação a corré FFA a esta competia a constituição da sociedade, captação de investimentos e a listagem da nova empresa em bolsa de valores.

Infere-se dos autos que houve a elaboração do contrato social da empresa Galvani Lítio Ltda., com a assinatura dos representantes legais das partes (fls. 419/425) a quem seriam endereçadas as obrigações da parceria comercial. De igual modo, restou demonstrada uma busca inicial por investimentos (fls. 225/235 e 426/431).

Conforme pontuado pelo julgado: *"Neste aspecto, cumpre pontuar que a obrigação de captar investidores, até o montante ideal previsto em contrato de 3 a 4 milhões de dólares canadenses (fl. 416) não era exclusiva da FFA. À*

Acesso ao Sumário

evidência, a cláusula 7ª do contrato é expressa quanto à obrigação comum "das partes envidar esforços conjuntos para atração/captação de terceiros interessados em investir no projeto" (...) (fl. 416). Disposição que vai ao encontro da dicção da cláusula 1ª, ao se referir como responsabilidade da FFA se encarregar "dos preparativos para captação de potenciais investidores" (...) (fl. 414); visto que produzir preparativos para captação distingue-se da efetivação, em obrigação exclusiva, da prospecção de investimentos. No mais, pela exegese do contrato, não se verifica que o eventual fracasso na captação de investidores implicaria a sua total frustração; previa-se, ao revés, uma bonificação de quotas sociais à FFA caso o sucedesse neste mister, de modo que lhe seria garantia maior participação social na empresa (com equivalente redução da participação acionária da Galvani) conforme se verifica na cláusula 3º (fl. 414)".

Assim, não demonstrado que a corré FFA deixou de adimplir suas obrigações contratuais

Em relação a corré Geomaster, a esta incumbiria a análise técnica das condições de pesquisa e lavra do minério, realizando controle e acompanhamento do negócio. Ela demonstrou ter iniciado os estudos geológicos (fls. 249 e 260/265), bem como amostra de levantamento inicial das regiões de exploração (fls. 236/242), cumprindo assim com sua parte no ajuste, não dando causa a rescisão contratual

Diante dos fatos acima narrados, tendo em vista o descumprimento do "Termo de Compromisso" firmado entre as partes, de rigor a rescisão do ajuste, eis que houve a quebra da *affectio societatis* entre as partes, que seriam sócias da empresa Galvani Lítio Ltda.

Deste modo, deve ser declarada a rescisão do Termo de Compromisso e obrigações dele advindas.

A autora deve ressarcir a corré Geomaster das despesas havidas com os serviços realizados. Anote-se que referidos valores devem ser apurados em sede de liquidação de julgado, observando que só deve haver o ressarcimento das despesas havidas a partir da data da assinatura do contrato preliminar de parceria empresarial, que ocorreu em 26/11/2018. Assim, devem ser excluídas da condenação as despesas anteriores à assinatura do contrato.

Sobre o importe apurado, deverá incidir correção monetária a partir da apresentação de cobrança dos valores, pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça de São Paulo, acrescidos de juros moratórios de 1% ao mês, desde a data de intimação da autora-reconvinda do pedido reconvencional formulado pela Geomaster.

Por fim, não há que se falar em aplicação da cláusula penal, prevista no item 6 do Termo de Compromisso, eis que conforme já exposto no julgado, conquanto a parte autora tenha dado causa a rescisão do ajuste, as requeridas

Acesso ao Sumário

não agiram com a devida diligência ao contratar. Ademais, com a rescisão do ajuste as partes devem ser liberadas de suas obrigações, podendo seguir com suas atividades empresariais.

Deste modo o recurso da autora merece parcial provimento e o recurso da corré FFA não deve ser provido.

Mantêm-se a sucumbência das partes conforme fixadas no julgado.

Em razão do acolhimento parcial do recurso da parte autora, deixo de elevar o valor dos honorários advocatícios na forma prevista no artigo 85, § 11 do Código de Processo Civil. Por sua vez, majoro os honorários advocatícios devidos pela requerida FFA, em favor dos patronos da autora, em atendimento ao disposto no artigo 85, § 11 do mesmo dispositivo legal, para o importe de R$ 12.000,00.

Em face do exposto, pelo voto, Dá-se parcial provimento ao recurso da autora e Nega-se provimento ao recurso da corré FFA, nos termos ora enunciados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000928-34.2021.8.26.0539, da Comarca de Santa Cruz do Rio Pardo, em que é apelante VARGAS PERES E CIA. LTDA., é apelado DEL SUR TRADING S/A.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, prejudicado o agravo interno, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.134)**

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

São Paulo, 4 de maio de 2023.

GIL COELHO, Relator

Ementa: EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. *Factura de Exportacion Invoice* (fatura de Exportação) emitida em país estrangeiro. Venda e compra de arroz de sociedade empresária estabelecida no Paraguai para posterior beneficiamento em solo brasileiro. EMBARGOS À EXECUÇÃO. Sentença de rejeição. Irresignação da embargante. Representação processual da embargada. Vício inexistente.

Acesso ao Sumário

Instrumento de mandato assinado pelo presidente da pessoa jurídica embargada, constituída conforme as normas do país estrangeiro. Atos constitutivos juntados nos autos, acompanhados de tradução juramentada. Alegação de vício no produto. Produção de prova oral para a demonstração do fato. Impossibilidade. Beneficiamento do arroz realizado pela embargante. Alteração do estado das coisas. Cerceamento de defesa inocorrente. Fatura de exportação emitida no Paraguai, com indicação do Brasil como o local de cumprimento da obrigação. Art. 784, §§ 2º e 3º, do CPC. Exequibilidade. Documento tratado pela legislação paraguaia como título executivo. Cálculos demonstrativos da composição do valor da obrigação trazidos com a petição inicial. Conversão da moeda estrangeira para a nacional no momento da quitação do débito. Entendimento jurisprudencial consolidado. Recurso não provido e majorada a verba honorária, com fundamento no art. 827, § 2º, do CPC, prejudicado o agravo interno.

VOTO

Rejeitados os embargos à execução, adotado o relatório da r. sentença. Rejeitados os embargos de declaração.

Em apelação, a embargante alegou que, diante do significativo valor do preparo, afigura-se razoável o parcelamento, nos termos do art. 98, § 6º, do CPC. Aduziu que há irregularidade de representação processual da apelada, uma vez que o instrumento de mandato veio desacompanhado dos atos constitutivos da pessoa jurídica. Afirmou que o indeferimento da prova oral por ela requerida, necessária para demonstrar o efetivo vício do produto, importou em violação do art. 369 do CPC, acarretando cerceamento de defesa e nulidade da decisão. Asseverou que a embargada não demonstrou a regularidade de formação do título executivo, que carece de liquidez, e que não é possível estabelecer o valor líquido da obrigação a partir dos documentos que instruíram a inicial da execução. Postulou pelo provimento do recurso para anulação ou reforma da r. sentença.

Recurso respondido.

A apelante, as fls. 592/593, pugnou pela concessão de tutela de urgência (atribuição de efeito suspensivo à execução). Determinação de complementação do preparo, precedida de indeferimento do parcelamento do pagamento da taxa judiciária, a fl. 595. Rejeitados, as fls. 812/814, os embargos de declaração opostos à decisão de fl. 595. Pedido de antecipação de tutela as fls. 598/601. De-

Acesso ao Sumário

cisão de indeferimento do pleito de concessão de tutela de urgência e de fixação do prazo para a apelante suprir o valor do preparo, a fl. 607. Guias e comprovantes de pagamento juntados as fls. 612/613 e 808/809. Novo requerimento de concessão de tutela de urgência as fls. 819/822. Despacho para cumprimento da parte final da decisão de fl. 607, relativamente as guias DARE-SP de fls. 612 e 808, nos termos do art. 1.093, § 6º, das NSCGJ. Certidão de "queima" das guias de fls. 612 e 808 a fl. 844.

No relatório lançado nos autos, acrescentou-se a negativa de efeito suspensivo à apelação, postulado em tutela de urgência, por não vislumbrada a presença dos requisitos. Com tal decisão, a apelante ingressou com agravo interno, com alegação de ter sido demonstrada a probabilidade do direito, patente o risco de dano irreparável, considerado o prosseguimento da execução, sem se poder ser tolhida na produção de provas.

Eis o relatório.

Recurso adequado e tempestivo. Guias DARE-SP e comprovantes de pagamento juntados as fls. 509/510, 612/613 e 808/810. Preparo recolhido adequadamente, observados os cálculos de fls. 611.

Examina-se o agravo interno, cujas alegações têm coincidência com o alegado na apelação, com ênfase ao efeito suspensivo. Examina-se a apelação. Em que pese o esforço argumentativo da agravante e apelante, esse último não comporta provimento, ficando prejudicado o agravo interno.

A ora apelada move ação de execução de título extrajudicial em face da apelante (autos apensados). Disse que é credora da quantia de US$40.300 (quarenta mil e trezentos dólares estadunidenses), equivalente, em 11/1/2021, a R$220.844,00. Apontou que forneceu à apelante produtos, dentre eles arroz. Contou que a apelante pagou parte da dívida, que, inicialmente, era de US$85.250,00 (oitenta e cinco mil, duzentos e cinquenta dólares estadunidenses). Com a petição inicial, juntou *Carta de Porte Internacional por Carretera* (Conhecimento de Transporte por Rodovia) e *Factura de Exportacion Invoice* (fatura de Exportação) emitidos em país estrangeiro, acompanhados de tradução juramentada. Pediu a citação da apelante ao pagamento da quantia de R$220.844,00.

Na petição inicial destes embargos, a apelante alegou que: (a) no Brasil inexiste registro de filial, agência ou sucursal da apelada, fato que torna irregular a sua atuação no processo, nos termos do art. 1.134 do CC; (b) o instrumento de mandato outorgado ao advogado da apelada veio desacompanhado de documentos societários, de modo que não há comprovação da continuidade dos poderes da pessoa física que o assinou; (c) a apelada não demonstrou a regularidade da formação do título executivo de acordo com a legislação do país de origem, ou seja, o Paraguai, título que, ainda segundo suas palavras, carece de aceite ou protesto, portanto, de liquidez; (d) ausência de data para conversão da obrigação

Acesso ao Sumário

em moeda estrangeira e de planilha de cálculo; (e) vício nos produtos fornecidos pela apelada, que deve gerar desconto no valor de R$67.881,67. Pugnou pela concessão de efeito suspensivo à execução e inexigibilidade parcial do débito.

Afirmou a apelante que o instrumento de mandato de fl. 16 dos autos da execução, assinado por Rafael A. Heisecke Cardus, não veio acompanhado dos instrumentos comprobatórios de constituição da apelada. Por esse motivo, disse a apelante, há irregularidade de representação processual da apelada.

A tese recursal é estéril. As fls. 135/142 dos autos da execução encontra-se a tradução juramentada de documento emitido pelo "Colégio de Escrivães do Paraguai", a respeito dos atos constitutivos da Sociedade Anônima "Del Sur Trading", ou seja, da apelada. A fl. 16 daqueles autos foi juntado o instrumento de mandato outorgado pela apelada, assinado por Rafael A. Heisecke C., pessoa física expressamente indicada nos atos constitutivos referidos como acionista. Da tradução juramentada da "Ata Geral Ordinária" de fls. 254/256, denota-se que Rafael A. Heisecke C. foi eleito presidente da apelada para os exercícios de 2019 e 2021. A inicial da execução foi distribuída em janeiro de 2021.

Não há que se falar de violação do art. 369 do CPC. É certo que as partes têm o direito de empregar os meios legais, bem como os moralmente legítimos, para provar a verdade dos fatos em que se funda a o pedido ou a defesa. No entanto, as provas têm que influir eficazmente na convicção do juiz, consoante ressalva expressa na parte final do dispositivo legal. Adverte-se, ainda, que, nos termos do art. 370, parágrafo único, do CPC, cabe ao juiz indeferir, por meio de decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

A prova oral seria inócua para demonstrar o vício de produto alegado pela apelante, consistente em impropriedade para o consumo humano. A adequada seria a técnica (art. 156 do CPC), promovida por perito de confiança do juízo e de forma equidistante das partes, ato que seria de impossível realização no curso dos embargos, já que a aquisição dos arrozes que deu ensejo ao título deu-se no ano de 2019 e houve o posterior beneficiamento deles. Em outros termos, sucedeu-se a alteração do estado das coisas, fato que impossibilita a produção da prova. A apelante poderia ter produzido a prova antecipadamente, na forma do art. 381, I, do CPC, considerando a característica de perecibilidade dos alimentos. A sua falta não pode ser utilizada como argumento para a nulidade aventada.

Sobre a possibilidade de se instruir a execução com fatura de exportação emitida no exterior – no caso, denominada *Factura de Exportacion Invoice*, vide fl. 28 dos autos da execução –, pontua-se, em primeiro lugar, que, nos termos do art. 784, § 2º, do CPC, os títulos executivos extrajudiciais oriundos de país estrangeiro não dependem de homologação para a execução. O § 3º, por sua vez, prescreve que o título estrangeiro só terá eficácia executiva quando satisfeitos os requisitos de formação exigidos pela lei do lugar de sua celebração e

Acesso ao Sumário

quando o Brasil foi indicado como o lugar de cumprimento da obrigação.

Com efeito, demonstrou a apelada, as fls. 163/178 dos autos da execução, a teor do art. 376 do CPC, que a legislação paraguaia trata especificamente da fatura como título executivo (art. 448, f, do "Código Processual Civil" daquele país). A Apelada instruiu a inicial da execução com a fatura de exportação, acompanhada de tradução juramentada, da qual se extrai o Brasil como local de cumprimento da obrigação (fls. 37/56 dos autos da execução). Foram juntados, ainda, o conhecimento de transporte e a notificação extrajudicial para o pagamento da obrigação (fls. 57/71 dos autos da execução).

Vale acrescentar que a questão foi submetida à análise deste órgão colegiado e ficou decidida pela exequibilidade do título (agravo de instrumento n.º 2149622-90.2021.8.26.0000, interposto pela ora apelante, cujo acórdão encontra-se as fls. 476/484 dos autos da execução).

Ao contrário do suscitado pela apelante, é possível estabelecer o valor líquido da obrigação. Os cálculos apresentados nos autos da execução descrevem de forma clara a composição do valor devido. Ademais, como disposto na r. sentença, bastará a conversão do valor da moeda estadunidense nela indicada para a nacional, o que deve ocorrer no momento da quitação do débito, nos termos do entendimento jurisprudencial do E. STJ (*v.g.* REsp 804.791/MG, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, j. em 3/9/2009, citado na r. sentença).

Com fundamento no art. 827, § 2º, do CPC, os honorários advocatícios fixados na execução são majorados de 10% para 15% do valor atualizado do débito, afastada a condenação que havia sido registrada na r. sentença recorrida, para não haver cumulação indevida de verbas.

Ante o exposto, meu voto é pelo não provimento à apelação, considerado prejudicado o agravo interno.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1095872-89.2018.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes/apelados MARIA JOSÉ SIMÕES DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA) e JACQUELINE SIMÕES DE ARAUJO (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados/apelantes CHRISTIANE CARLIER, ANDRÉ ENRICO GHIDELLI, PATRICIA HELENA CARLIER e PAULA MARIE CARLIER GHIDELLI.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso das rés e deram parcial provimento ao recurso dos autores. V.U. SUSTENTOU ORALMENTE A DRA. EMANUELE CRISTINE SANTOS", de conformidade

com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.776)**

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

São Paulo, 10 de maio de 2023.

NELSON JORGE JÚNIOR, Relator

Ementa: APELAÇÃO – REINTEGRAÇÃO DE POSSE – FALECIMENTO DO POSSUIDOR – PRINCÍPIO DA 'SAISINE' – ESBULHO OCORRIDO – ALUGUÉIS – APURAÇÃO EM LIQUIDAÇÃO.

– Falecimento do possuidor – Transmissão imediata da posse aos sucessores – Ocorrência – Princípio da "saisine" – Esbulho praticado por terceiro – Ajuizamento de reintegração de posse – Cabimento – Aluguéis devidos que deverão ser apurados em liquidação de sentença, ante a ausência de parâmetros objetivos:

– Por força do princípio da "saisine", a posse dos bens do "de cujus" se transmite aos seus herdeiros no momento do falecimento, cabendo, desde então, o manejo de ação de reintegração de posse para a defesa contra esbulho praticado por terceiro, devendo os aluguéis devidos desde o escoamento do prazo previsto na notificação serem apurados em liquidação de sentença, em razão da ausência de dados objetivos para a estipulação dos valores.

RECURSO DAS RÉS NÃO PROVIDO.

RECURSO DAS AUTORAS PROVIDO EM PARTE.

VOTO

Vistos etc.

Trata-se de recursos de apelação interpostos da respeitável sentença a fls. 553/558, que **julgou parcialmente procedente** a ação de reintegração de posse ajuizada por CHRISTIANE CARLIER, PAULA MARIE CARLIER GHIDELLI, ANDRÉ ENRICO GHIDELLI e PATRÍCIA HELENA CARLIER contra MARIA JOSÉ SIMÕES DOS SANTOS E JAQUELINE SIMÕES ARAUJO, pondo fim a fase de conhecimento, nos termos do art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil, para tornar definitiva a tutela antecipada, confirmando a reintegração de posse.

Acesso ao Sumário

Em vista da sucumbência mínima das autoras, condenou as rés ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios, que fixo em 10% do valor da causa, ressalvada a gratuidade judiciária.

Apelam as rés (fls.560/566) afirmando não haver indícios nos autos de que o imóvel objeto da presente demanda foi cedido em comodato às rés, não se prestando a tal finalidade as notificações encaminhadas pela autora pretendendo a desocupação do bem.

Ressaltam que as autoras somente buscaram a retomada do imóvel 14 anos após o falecimento do seu genitor, ocorrido em 30.12.1995, quando realizaram o arrolamento de seus bens, em 11.12.2009.

Alega que quando as autoras iniciaram suas tentativas de caracterizar o suposto comodato, o período aquisitivo da usucapião havia transcorrido. Aduz que as autoras detêm a propriedade do imóvel, mas não a posse do imóvel em questão, ao menos desde antes de 2002, quando nele ingressaram, ocasião em que ele se encontrava abandonado há alguns anos.

Apelam adesivamente as autoras (fls.580/590) entendendo ser de rigor o reconhecimento da existência de contrato de comodato entre as partes. Afirmam que as testemunhas arroladas pelas apelantes confirmaram que o imóvel foi cedido a título de comodato às requeridas pela avó das autoras, sendo que a partir de seu falecimento em outubro 2015, suas netas e proprietárias do imóvel passaram a assumir tal função integralmente, cuidando de questões administrativas, tal como o recadastramento do IPTU e mantendo o pagamento pontual dos impostos incidentes sobre o móvel.

Requerem assim o provimento do recurso, a fim de que seja e reconheça a existência do comodato, bem como fixe alugueis no valor de R$ 700,00 por mês, a título de aluguel mensal pelo período em que as apeladas permanecerem indevidamente no imóvel, desde maio de 2018 quando do envio da notificação extrajudicial solicitando a desocupação do imóvel em 30 dias, até a data da efetiva reintegração de posse em 21 de julho de 2020, além do ressarcimento das custas despendidas com o transporte e locomoção quando da reintegração de posse locomoção no valor de R$ 2.000,00.

Os recursos são tempestivos, o das autoras foi devidamente preparado (fls. 608/610), enquanto o das rés é dispensado de preparo, tendo em vista serem beneficiárias da gratuidade da justiça.

Ambas as partes apresentaram contra-arrazoados pugnando pelo não provimento do recurso da parte adversa (fls. 569/579 e 593/598).

A ré MARIA JOSE SIMÕES DOS SANTOS apresentou oposição ao julgamento virtual (fls. 602).

É o relatório.

I. CHRISTIANE CARLIER e outros ajuizaram ação de reintegração

Acesso ao Sumário

de posse contra MARIA JOSÉ SIMÕES DOS SANTOS E JACQUELINE SIMÕES DE ARAUJO, alegando serem legítimas proprietárias e possuidoras do imóvel na rua Ezequiel Ramos, nº 16, Mooca, São Paulo/SP, por ocasião do falecimento de seu genitor, que, por sua vez, recebeu a título de meação quando da separação com sua genitora.

Narram que passaram a locar os imóveis com o auxílio de uma administradora, mas após inúmeros problemas, optaram por emprestar as casas, evitando invasões. Acordaram com os respectivos moradores que estes ficariam responsáveis pelas contas de consumo, além do pagamento dos tributos relacionados aos imóveis. Assim, consentiram para que as rés ocupassem o imóvel a título de comodato verbal no ano de 2003.

No entanto, em 09/12/2015 as autoras procederam à notificação das requeridas que a receberam em 10/12/2015, postulando a devolução do imóvel, e, após tratativas, decidiram ratificar o comodato verbal.

Afirmaram que não mais convindo manter o contrato promoveram a notificação das requeridas em 10/05/2018, visando à rescisão do comodato, assegurando às comodatárias o prazo de 30 (trinta) dias para desocupação voluntária nos termos da lei, tendo a primeira requerida recebida a notificação em 23/05/2018 e a segunda em 26/06/2018. E, diante da recusa das rés em desocupar o imóvel, ajuizaram a presente ação, pretendendo a reintegração na posse, além do pagamento de aluguéis mensais de R$ 700,00.

As rés apresentaram contestação, sustentando a ausência de documentos que demonstrem o exercício de posse sobre o imóvel pelas autoras, mas tão somente a certidão de matrícula, que atesta serem eles os titulares de domínio do imóvel. E tendo o imóvel sido transferido por herança, deveriam, ao menos, demonstrar o exercício de posse anterior pelo autor da herança, genitor das autoras, o que não teria ocorrido.

Argumentam que a notificação encaminhada em 2015 se cuida de artimanha jurídica, com o objetivo era tão somente instrumentalizar um comodato verbal que teria sido realizado pela avó das herdeiras Requerentes LYDIA GRECO, em 2003. Refutam o dever de indenizar, pois entre as partes jamais houve relação jurídica de comodato, sendo inaplicável o disposto no art. 582 do Código Civil. Arguiram a usucapião do imóvel, em razão do prazo decorrido entre o ano de 2002, quando ingressaram no imóvel, até o ano de 2015, quando foram notificadas. Subsidiariamente, caso acolhido o pedido de reintegração no imóvel, pleitearam fossem indenizadas pelas benfeitorias realizadas no imóvel, no valor de R$10.000,00.

Contra a decisão que suspendeu a tutela anteriormente concedida (fls. 270) as autoras interpuseram agravo de instrumento (fls. 275/283). Inicialmente foi deferida a tutela recursal para determinar a reintegração dos autores na pos-

Acesso ao Sumário

se do imóvel, mas foi posteriormente revogada mantendo a suspensão liminar da reintegração de posse e do feito, ao menos até o julgamento do recurso (fls. 319/324).

Saneado o processo, foi deferida a produção de prova oral, mediante a oitiva de testemunhas e depoimento das partes. Realizada a audiência (fls. 532/533), sobreveio a sentença de parcial procedência, da qual ambas as partes apelam.

Pois bem, segundo relataram as autoras o imóvel objeto da presente ação foi transmitido por seu bisavô CAETANO GRECO para BEATRIZ ADA GRECO, tia-avó das autoras, que transmitiu por doação para LYGIA CONCEIÇÃO CARLIER, mãe das autoras. Em virtude da separação de sua mãe, seu genitor recebeu por meação, e, com seu falecimento, o imóvel foi transmitido às autoras, tendo sido o registro realizado no ano de 2010.

Logo, os documentos apresentados a fls. 19, 26, 32/33 comprovam a aquisição do imóvel em razão do falecimento do genitor das autoras.

E, embora as rés sustentem a ausência de posse anterior, certo é que as autoras demonstraram a posse exercida por seus antecessores. E em razão da transmissão do imóvel por herança às autoras, por serem descendentes de primeiro grau do falecido, a partir da abertura da sucessão, receberam a propriedade e a posse do imóvel.

Com o falecimento de Christian Carlier, suas herdeiras – as autoras – passaram a deter o exercício da posse sobre o bem controvertido, ainda que de forma indireta, por força do princípio da *saisine*, que advém do direito francês, expressamente acolhido pelo artigo 1.784 do Código Civil (que substituiu o artigo 1.572 do Código Civil de 1916).

Desde então, elas detiveram o domínio e a posse sobre a herança como um todo, ainda que a posse direta estivesse sendo exercida pelas rés. E exercendo a posse indireta do bem imóvel realizaram o pagamento do IPTU, o qual já vinha sendo pago desde 2006 até ano de 2021, efetuaram o recadastramento na municipalidade, além de atualizações sobre a propriedade do bem nos anos de 2007 e 2010 (fls.55/124).

Em que pese a existência de ação de usucapião ajuizada pela ré Maria Jose Simões dos Santos, a ação encontra-se em fase de citação, e, no mais, o Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de que o ajuizamento da ação de usucapião não tem influência na ação de reintegração de posse, pois é cediço que a discussão acerca do domínio é distinta daquele referente ao exercício da posse e incabível o reconhecimento de prejudicialidade entre a ação possessória e a ação petitória.

Ora, comprovada a posse anterior das autoras, o esbulho praticado pelas apelantes – manifestado por meio da recusa a desocupar a imóvel, quando as

autoras não mais quiseram prosseguir com o contrato de comodato – e a perda da posse, ocorrida nesse momento, era de rigor a procedência da pretensão de reintegração, na esteira do art. 927 e seus incisos, do Código de Processo Civil.

Considerando-se que a existência do comodato e que as autoras apresentaram documentos demonstrando que haviam notificado as rés para a desocupação do imóvel (fls. 36/39), bem como tendo em vista que as rés não apresentaram documentos que afastassem a veracidade de tais fatos, a mora das rés em desocupar o imóvel restou configurada.

Isso porque o entendimento pacificado na jurisprudência é no sentido de que a notificação extrajudicial basta para a constituição do devedor em mora.

Nesse sentido, este Tribunal já decidiu:

POSSESSÓRIA. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. "SAISINE". ESBULHO. 1. De acordo com o princípio da "saisine", não só a propriedade, mas também a posse é transmitida aos herdeiros, de modo que, ainda que eles não estivessem exercendo fisicamente a posse sobre o bem, têm posse anterior caracterizada. 2. O réu teria locado o bem de terceira, cuja ação de reconhecimento de união estável com o falecido foi julgada improcedente, e que teria iniciado o relacionamento com o "de cujus" quando ele já possuía o imóvel em testilha. Ou seja, o direito dos herdeiros prevalece sobre o da locadora e, consequentemente, sobre o do réu/locatário. 3. A resistência em desocupar o bem dos herdeiros configurou esbulho, ensejando a ordem reintegratória. 4. Recurso não provido.

(Apelação Cível 1013278-08.2016.8.26.0320; Relator (a): Melo Colombi; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Privado; Foro de Limeira - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 24/08/2017; Data de Registro: 24/08/2017)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. 1. LEGITIMIDADE ATIVA. Alicerçado no Princípio da Saisine, adotado pelo Código Civil (CC, art. 1.784), com a morte do possuidor transmite-se a posse ao herdeiro (ainda que indireta), razão de sua legitimidade para integrar o polo ativo de ação de reintegração de posse. R. decisão reformada. 2. VALOR DA CAUSA. O proveito econômico da ação possessória não corresponde ao da ação petitória, o que torna impróprio a atribuição do valor venal do imóvel como o valor da causa. Acertado o valor da causa atribuído em 1/3 (um terço) do valor venal do imóvel. R. decisão reformada. 3. DIFERIMENTO DE RECOLHIMENTO DAS CUSTAS. "Ação de reintegração de posse" não corresponde à "ação de reparação de dano por ato ilícito" para efeitos de diferimento do recolhimento das custas, respeitando-se, assim, o rol taxativo do artigo 5º da Lei nº 11.608/03. R. decisão mantida. Agravo de instrumento parcialmente provido.

(Agravo de Instrumento 2200816-08.2016.8.26.0000; Relator (a): Roberto Mac Cracken; Órgão Julgador: 22ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II – Santo Amaro – 11ª Vara Cível; Data do Julgamento:

Acesso ao Sumário

27/10/2016; Data de Registro: 04/11/2016)

Por último, considerada válida a notificação, os aluguéis devidos serão calculados a partir do término do prazo para desocupação do imóvel. No que diz respeito ao valor solicitado pelas autoras, ele não pode ser aceito por falta de fundamentação, mas isso não impede a procedência do pedido.

No caso o aluguel possui natureza indenizatória a ser paga por quem descumpre o prazo de restituição do bem após devidamente notificada. Assim, ausentes dados objetivos, tais como pesquisas em imóveis similares realizada por profissional qualificado, faz-se necessária a apuração dos valores dos aluguéis devidos em liquidação de sentença.

II. Ante o exposto, por meu voto, **nega-se provimento ao recurso das rés e dá-se parcial provimento ao recurso das autoras**, para condenar as rés ao pagamento de aluguéis contados 30 dias após o recebimento da notificação pela segunda corré até a data da reintegração, mediante a apuração por liquidação de sentença.

Majora-se a verba honorária advocatícia devida ao patrono do apelado, diante do não provimento do recurso, para 15% sobre o valor da causa, com fulcro no art. 85, §§ 2º e 11, do Código de Processo Civil, ressalvado o benefício da justiça gratuita.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1036953-68.2022.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SIMONE MONALIZA PEREIRA LONGUINHO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SÃO PAULO - METRÔ.

ACORDAM, em 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Em julgamento estendido, nos termos do artigo 942 do CPC, por maioria de votos, negaram provimento ao recurso. Vencidos o 2º Juiz, que declara, e o 5º Juiz. Compareceu para sustentar oralmente o Dr. Humberto Valentim de Souza e o Dr. José Augusto Pereira Nunes Cordeiro.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 65054)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARLOS ABRÃO (Presidente), LUIS FERNANDO CAMARGO DE BARROS VIDAL, PENNA MACHADO, CÉSAR ZALAF e THIAGO DE SIQUEIRA.

São Paulo, 10 de maio de 2023

CARLOS ABRÃO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO – AÇÃO INDENIZATÓRIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA – RECURSO – ACIDENTE NA VIA FÉRREA RESULTANDO NO ÓBITO DO FILHO DA AUTORA – AUSÊNCIA DE PROVA DE NEXO CAUSAL ENTRE CONDUTA, ATIVA OU OMISSIVA, DA REQUERIDA E O EVENTO DANOSO – PETIÇÃO INICIAL QUE SEQUER INDICA QUAL SERIA A ALEGADA NEGLIGÊNCIA – RELAÇÃO DE CONSUMO QUE NÃO ISENTA A PARTE DE APRESENTAR AO MENOS INDÍCIOS DE CIRCUNSTÂNCIAS QUE PERMITAM RESPONSABILIZAR A PRESTADORA DO SERVIÇO PÚBLICO – VÍTIMA ENCONTRADA NA FAIXA DE DOMÍNIO, HÁ CERCA DE 150 METROS DA ESTAÇÃO – NENHUMA INFORMAÇÃO DE MURO QUEBRADO, CERCA ROMPIDA OU FALHA NA DELIMITAÇÃO QUE GUARNECE A VIA – ACIDENTADO MAIOR E CAPAZ, QUE SABIA DOS RISCOS DE CAMINHAR NA ÁREA DA VIA FÉRREA – INQUÉRITO POLICIAL ARQUIVADO, CONCLUINDO-SE PELO SUICÍDIO – FATOS OCORRIDOS QUANDO JÁ ESTAVA ANOITECENDO – CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA – INDENIZAÇÃO DESCABIDA – RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Cuida-se de apelo tirado contra a r. sentença prolatada de fls. 298/301, julgando a ação indenizatória de responsabilidade civil improcedente, condenando a autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa, observada a gratuidade, de relatório adotado.

A demandante alega responsabilidade objetiva da requerida pelos danos decorrentes da falha na prestação do serviço; tese de suicídio da vítima que não restou comprovada; prova dos autos que aponta a inocorrência de atropelamento; acidente ocorrido nas imediações de estação movimentada, em horário de fluxo elevado, em razão de jogo de futebol que ocorreria em estádio próximo, de modo que a presença de funcionários da demandada na estação era maior, o que não impediu o acidente; pleiteia indenização por danos morais e pensão vitalícia; aguarda provimento (fls. 304/321).

Acesso ao Sumário

Recurso tempestivo e isento de preparo (fls. 139).

Regularmente processado (fls. 322).

Contrarrazões (fls. 325/339).

Houve remessa (fls. 340).

As partes manifestam oposição ao julgamento virtual (fls. 343 e 345).

É O RELATÓRIO.

O recurso não prospera.

A autora narra na inicial que, em 21.04.2019, seu filho, Felipe Aparecido Pereira Longuinho, foi encontrado com fraturas ao lado dos trilhos do Metrô, a cerca de 150 metros da estação de Corinthians-Itaquera, e, embora tenha sido socorrido ao nosocômio, faleceu em razão dos ferimentos.

Deu-se, então, início à investigação policial, Inquérito nº 1530221-72.2019.8.26.0050, oportunamente arquivado, acolhido pedido do Ministério Público, de acordo com o qual houve suicídio (fls. 94/97).

A genitora refuta tal tese, alegando inexistir prova efetiva do suicídio e apontando negligência da Companhia do Metropolitano, "*por não ter zelado e providenciado meios eficazes que impedissem o acesso do usuário à via férrea*" (fls. 09).

Ocorre que, conforme bem observado pela Magistrada sentenciante, a pretensão da apelante foi lastreada em argumentos genéricos, ausente um fundamento concreto que permita o acolhimento de seus pedidos.

Em que pese a responsabilidade da prestadora do serviço público ser objetiva, para seu reconhecimento, é imprescindível a demonstração do nexo de causalidade entre sua conduta, comissiva ou omissiva, e o resultado, no caso, a morte de Felipe.

Porém, nada há nesse sentido nos autos, inocorrente qualquer ação ou inação atribuível à requerida, já que inexistente meio de acesso regular do usuário à via férrea naquela localidade.

Não há nenhuma informação da demandante de muro quebrado, cerca rompida ou falha na delimitação que guarnece a via.

Era necessária, no mínimo, prova indiciária da propalada negligência do apelado, como, por exemplo, ausência de sinalização ou muros ou cercados danificados, o que, diga-se uma vez mais, inexiste no caso concreto.

Ademais, independentemente de ter adentrado à localidade pulando a delimitação que guarnece a faixa de domínio ou pela plataforma de acesso às composições, o acidentado era maior, capaz e tinha plena consciência dos riscos de caminhar clandestinamente pela área da via férrea.

E não é ocioso anotar que os fatos se deram quando o sol já estava se pondo, tendo sido comunicada a central de operações assim que avistado Felipe,

Acesso ao Sumário

adotando-se os procedimentos corretos pela requerida com desenergização da via, socorro da vítima e encaminhamento ao hospital, onde, infelizmente, esta veio a falecer.

A relação de consumo não exime o consumidor, ainda que por equiparação, de se desincumbir de seu ônus probatório, artigo 373, I, do CPC.

No mesmo sentido:

RESPONSABILDADE CIVIL – PEDIDO DE INDENIZAÇÃO – DANOS MORAIS – ACIDENTE EM LINHA FÉRREA – Vítima que se deitou entre os trilhos e foi atropelada por trem de carga. PRELIMINAR – CERCEAMENTO DE DEFESA – Não ocorrência – O juiz é o destinatário das provas – Livre convencimento motivado – Provas apresentadas suficientes para o deslinde do feito – Requerimento de perícia que não foi acolhido e da decisão a parte não recorreu em momento oportuno – Preliminar rejeitada. MÉRITO – Responsabilidade objetiva – Temas nº 517 e 518 do C. STJ (REsp nº 1.210.064/SP e *REsp* nº 1.172.421/SP) – Demonstrada a culpa exclusiva da vítima, que rompe o nexo causal entre a atividade da empresa e o resultado – Vítima que ingeriu bebida alcoólica, trilhou trajeto diverso do rotineiro para voltar para sua residência e se deitou entre os trilhos do trem – Acidente que ocorreu em local ermo, após uma curva e a cerca de 150 metros de uma passagem de nível – Trilhos instalados entre taludes que isolavam a via *para a travessia de pedestres – Trem de carga – Maquinista que acionou o freio de emergência e não conseguiu frear a tempo de evitar o atropelamento – Impossibilidade de exigir das concessionárias responsáveis pelas linhas férreas que sejam instalados muros por toda a extensão dos trilhos – Precedentes TJSP – Sentença reformada. APELO PROVIDO.*

(TJSP; Apelação Cível 1003435-92.2020.8.26.0606; Relator (a): Maria Fernanda de Toledo Rodovalho; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de Suzano – 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/01/2023; Data de Registro: 27/01/2023)

Responsabilidade civil – Ferrovia – Vítima atropelada na linha de trem – Culpa exclusiva da vítima comprovada, pois se mostrou imprudente – Existência de travessia de pedestres e passagem dentro da estação, que ficava há 500 metros do local – Caso em que se arriscou ao caminhar pelos os trilhos, de costas para o trem, quando anoitecia, e ignorou a buzina; tudo quando havia passagem segura nas proximidades – Empresa que não está obrigada a consertar, imediatamente, todos os buracos que os moradores fazem, constantemente, nos alambrados, cercas e muros, para atravessar pela ferrovia, por preguiça de andar alguns metros – Responsabilidade excluída pela culpa exclusiva da vítima, que tinha plena capacidade para atravessar no local adequado e para escutar uma composição barulhenta aproximando-se – Sentença mantida – Recurso improvido.

(TJSP; Apelação Cível 1039263-81.2021.8.26.0100; Relator (a): José

Acesso ao Sumário

Luiz Gavião de Almeida; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro Central Cível – 13ª Vara Cível; Data do Julgamento: 08/11/2022; Data de Registro: 18/11/2022)

Dessarte, a r. sentença merece ser mantida, majorando-se a verba honorária para 11% sobre o valor da causa corrigido, nos termos do artigo 85, § 11, do CPC, observada a gratuidade concedida.

Anote-se não caber ao julgador rebater todos os argumentos e raciocínios expendidos pela parte, bastando a fundamentação de sua decisão, em atenção ao princípio do devido processo legal.

Nessa linha, a jurisprudência do STJ:

"Não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução." (REsp nº 1.817.453/BA, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, julgado em 25/06/2019).

"Consoante jurisprudência desta Corte Superior, o julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos invocados pelas partes, nem a indicar todos os dispositivos legais suscitados, quando tenha encontrado motivação satisfatória para dirimir o litígio. Nesse sentido, são os seguintes precedentes: AgRg no AREsp n. 55.751/RS, Terceira Turma, Relator o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 14.6.2013; AgRg no REsp n. 1.311.126/RJ, Primeira Turma, Relator o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 22.5.2013; REsp n. 1244950/RJ, Terceira Turma, Relator o Ministro Sidnei Beneti, DJe 19.12.2012; e EDcl no AgRg nos EREsp n. 934.728/AL, Corte Especial, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe 29.10.2009. Vale ressaltar, ainda, que não se pode confundir decisão contrária ao interesse da parte com ausência de fundamentação ou negativa de prestação jurisdicional." (Agravo em Recurso Especial nº 1.335.032/RS, Rel. Min. Marco Buzzi, decisão monocrática publicada no DJe de 23.09.2019)

Ficam advertidas as partes em litígio que, na hipótese de recurso infundado ou manifestamente incabível, estarão sujeitas às sanções correlatas.

Isto posto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, majorando os honorários advocatícios para 11% sobre o valor da causa, observada a gratuidade.

DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE

(Voto nº 25.141)

Adotado o relatório de págs. 346/347 da lavra do eminente relator sorteado, ouso divergir do respeitável voto pela manutenção da sentença apelada.

A petição inicial narra o evento morte provocado por atropelamento pela

composição ferroviária, fato tornado incontroverso, e atribui à ré e ora apelada quer a responsabilidade objetiva calcada na relação de consumo por equiparação, quer a responsabilidade subjetiva da administração por omissão no dever de cuidado.

É possível, e a meu ver mais adequado, aplicar-se ao caso em apreço o Tema nº 130 de repercussão geral, segundo o qual *a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente a terceiros usuários e não usuários do serviço, segundo decorre do art. 37, § 6º, da Constituição Federal*, no qual inspira-se a jurisprudência do STJ consolidada no tema nº 517 de repercussão geral, segundo a qual *a despeito de situações fáticas variadas no tocante ao descumprimento do dever de segurança e vigilância contínua das vias férreas, a responsabilização da concessionária é uma constante, passível de ser elidida tão somente quando cabalmente comprovada a culpa exclusiva da vítima.*

Pois bem.

A morte por atropelamento é fato incontroverso como já dito, e o autor e ora apelante argumentou na petição inicial que *no inquérito policial, não há relato que o falecido 'FELIPE' tenha sido visto por funcionário do metrô; Não há juntada de nenhum vídeo vendo sua passagem pelo balcão comprando bilhete; Sua passagem pela catraca; Andando pela plataforma, nem mesmo como teria adentrado em área de acesso restrito, assim pergunta-se: Como levaram a conclusão que foi um suicídio?*

A petição inicial está a reclamar da ausência de vigilância no local, que vai ao ponto mesmo de não se lograr explicar as circunstâncias do evento, e com isto não demonstrar a própria culpa exclusiva da vítima.

O exame da defesa apresentada pelo réu o ora apelado está na alegação de culpa exclusiva da vítima por ato de suicídio, que, entretanto, não está comprovado nos autos, o que corrobora a alegação do autor e apelante de que nada é sabido e que tal se deve à omissão de cuidado inerente à atividade do prestador do serviço de transporte.

O réu e apelado não produziu prova além da documental, que se limita a atos de registro do evento nos quais não se encontra qualquer elucidação ou explicação (págs. 262/269).

Se o réu e apelado não tem o menor registro do que ocorreu, é porque não exercia vigilância, e consequentemente não demonstra o comportamento suicida da vítima.

Acresça-se que os documentos relativos ao inquérito policial ofertados com a petição inicial, que compreendem inclusive laudos periciais, nada esclarecem sobre o fato, pois são omissos sobre os sistemas de segurança e prevenção, bem como nada elucidam sobre o atropelamento (págs. 26/66).

Acesso ao Sumário

Assim, e ressalvado o ao respeito ao entendimento adotado na r. sentença apelada, é inconcebível que se tome o efeito (morte) para explicar a causa (suicídio), e compreender-se provado o fato excludente da culpa exclusiva da vítima.

Daí ser imperiosa a responsabilização civil do prestador de serviço, pois está evidenciada a violação do dever de cuidado, consistente na vigilância e adoção de medidas preventivas, e está descumprido o ônus da prova relativo ao alegado suicídio.

Relativamente aos danos morais, a pretensão inicial de pouco mais de seiscentos mil reais é excessiva. Pondero adequada a indenização correspondente a R$ 100.000,00 acrescida de correção monetária deste o presente arbitramento e juros legais desde o evento danoso conforme a súmula nº 54 do STJ.

Em relação aos lucros cessantes, é dado nos autos que a vítima exercia o comércio informal de pequenas mercadorias, de modo que não há como provar renda.

Justifica-se o acolhimento da pretensão inicial de arbitramento no valor correspondente a 1/3 do salário-mínimo mensal, que será apurado tomando-se por base a idade da vítima e a esperança de vida da população apurada pelo IBGE na data do evento, acrescendo-se os mesmos consectários legais.

O réu e apelado responde pelos ônus da sucumbência, fixados os honorários de 15% do valor da condenação.

É o voto.

LUÍS FERNANDO CAMARGO DE BARROS VIDAL, 2º Juiz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000450-44.2022.8.26.0069, da Comarca de Bastos, em que são apelantes FIBRA OLÍMPIA - ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA., COMPANHIA FERRASA DE EMPREENDIMENTOS TURÍSTICOS e ACQUA THERMAS ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA., são apelados WAGNER BALMANTE JUNIOR e AMANDA GARCIA BALMANTE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.864)**

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

São Paulo, 15 de maio de 2023.

Acesso ao Sumário

CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA – Fração de unidade Imobiliária (hotel) – Ação de rescisão desmotivada da contratação, com pleito de restituição dos valores pagos, acolhida, parcialmente, em sentença – Condenação solidária de sociedades empresárias não contratantes, que não se mantém – Condenação somente da promitente vendedora do empreendimento comercial – Ausência de incidente de desconsideração de responsabilidade jurídica ou se qualquer fundamentação no art. 50 do Código Civil – Solidariedade que não pode ser presumida, fundada somente em pretensa ocorrência de grupo econômico – Sentença alterada – Recurso provido.

VOTO

Sentença proferida a fls. 275/283 julgou parcialmente procedente ação proposta pelo procedimento comum, para declarar a rescisão de compromisso de compra e venda e condenar as rés a devolver aos autores 80% dos valores pagos, em parcela única, com atualização desde o desembolso, juros a partir do trânsito em julgado, custas do processo e arbitrados honorários advocatícios em 10% sobre o total da condenação.

Apelam as rés Fibra, Cia Ferrasa e Acqua para modificação da decisão, reiterando que não há qualquer solidariedade entre elas e a verdadeira contratante a compromissária vendedora, a "Hot Beach Suites". Para tanto, argumentam: (a) que o contrato particular de promessa de compra e venda de unidade imobiliária, no regime de multipropriedade, fora firmado exclusivamente entre os autores e a "Hot Beach Suítes"; (b) que a Cia Ferrasa não é responsável pela administração da 1ª ré "Hot Beach Suítes", e nem faz parte do quadro societário da mesma; (c) dizem que a corré Aqua Thermas é sociedade em conta de participação, responsável pelo pool hoteleiro de um condotel, com o qual os autores não possuem nenhum tipo de relação jurídica; (d) a ré Fibra Olímpia, por sua vez, atua apenas como administradora do empreendimento, não sendo responsável pela incorporação do empreendimento, e não pode ser condenada em contratação da qual não celebrou.

Recurso tempestivo, preparado e contrariado.

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

Trata-se de pedido desmotivado dos compromissários-compradores de cota-parte (fração ideal) de apartamento localizado no décimo sexto andar, uni-

Acesso ao Sumário

dade autônoma 1619, em regime de multipropriedade (time sharing), que estava sendo comercializado pela ré "Hot Beach Suites Olimpia", para a rescisão de contrato de compra e venda, pleiteando devolução integral das parcelas pagas.

A promitente vendedora se confirmou com a sentença.

A decisão baixada acolheu parcialmente os pedidos, ferida por recurso de apelação pelas rés que não firmaram o compromisso, no caso a "Fibra Olímpia Administração e Participações Ltda"; "Cia Ferrasa de Empreendimentos Turísticos" e "Acqua Thermas Administração e Participações Ltda".

Neste tema a sentença decidiu:

"*Por primeiro, tratando-se o caso de domínio sobre imóvel em multipropriedade, destaca-se que a Lei nº 13.777/2018 acrescentou ao art. 1.358 do Código Civil as alíneas de "A" a "U".*

Dispõe o art. 1.358-B do Código Civil:

"A multipropriedade reger-se-á pelo disposto neste Capítulo e, de forma supletiva e subsidiária, pelas demais disposições deste Código e pelas disposições das Leis nºs 4.591, de 16 de dezembro de 1964, e 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor)."

Portanto, verifica-se, de forma evidente, a existência de relação de consumo entre o multiproprietário e todos os integrantes da cadeia de consumo (fornecedores de produtos e serviços, incorporadores, corretores etc.), aplicando-se as disposições consumeristas, existindo nítida relação de consumo entre as partes".

Respeitado este entendimento, o recurso comporta acolhimento.

As corrés apelam, mostrando que não há solidariedade delas nesta contratação e que a parte legítima para responder perante os autores é tão somente da Hot Beach Suítes Olímpia – Empreendimento Imobiliário SPE Ltda., pugnando pelo reconhecimento da ilegitimidade arguida.

Aré "Cia Ferrasa Empreendimentos Turísticos" CNPJ n.º 19.046.302/0001-29, é empresa que possui como atividade econômica a exploração de um parque aquático, que não comercializa frações imobiliárias.

Por sua vez, a acionada, "Aqua Thermas" CNPJ nº 24.744.946/0001-20, é sociedade em conta de participação (despersonificada), responsável pelo pool hoteleiro de um condotel, com o qual os autores não possuem nenhum tipo de relação jurídica.

Por fim, a apelante "Fibra Olímpia Administração e Participações Ltda.", figura tão só como administradora do empreendimento, não sendo responsável pela incorporação levada a efeito e também não poderia ser condenada a rescindir contratos que não celebrou.

Neste sentido decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça, em sede de re-

Acesso ao Sumário

curso repetitivo:

"*Agravo interno no agravo em recurso especial.* ação de rescisão de contrato de promessa de compra e venda. rede hoteleira. Ilegitimidade passiva. solidariedade. ausência. precedentes.

1. DEVE SER RECONHECIDA A ILEGITIMIDADE PASSIVA E AFASTADA A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA REDE HOTELEIRA PELO NÃO ADIMPLEMENTO DO CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE UNIDADES IMOBILIÁRIAS, PORQUANTO NÃO INTEGRA A CADEIA DE FORNECIMENTO RELATIVA À INCORPORAÇÃO FORMADA PELAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS INADIMPLENTES.

2. agravo interno provido" (agint no aresp 1.555.853/rj, rel. ministro Luis Felipe Salomão, 4ª turma, dje 11/2/2020).

Desta forma, as empresas apelantes são distintas da "Hot Beach Suítes", sendo que a mera alegação de formação de grupo econômico não autoriza presumir participação na avença.

Nesse sentido é o entendimento deste Tribunal:

"*Agravo de Instrumento. Decisão hostilizada entendeu tratar-se de pedido de reconhecimento de grupo econômico, o que não seria possível em sede de exceção de pré executividade. Recurso interposto pela correquerida Totalqualy, sustentando cuidar-se de pedido de reconhecimento de ilegitimidade passiva. GRUPO ECONÔMICO NÃO GERA SOLIDARIEDADE ENTRE AS EMPRESAS A ELE PERTENCENTES. SOLIDARIEDADE PASSIVA QUE NÃO SE PRESUME. Apenas a empresa contratante responde perante seus credores. Reconhecimento da ilegitimidade passiva da agravante. Extinção parcial do cumprimento de sentença. Decisão reformada. Recurso provido*. (TJSP; Agravo de Instrumento 2124537-73.2019.8.26.0000; Des. Rel: Jonize Sacchide Oliveira; 24ª Câmara de Direito Privado; j. 2.9.2019.

Por outro lado, verifica-se do estatuto social da sociedade "Hot Beach Suítes" (fls. 190/201), que as apelantes não fazer parte do quadro societário dela, que possui patrimônio próprio e não pode se confundir com o patrimônio pessoal dos sócios.

Assim, a ação deveria ter sido endereçada somente contra a primeira ré "Hot Beach Suítes Olímpia – Empreendimento Imobiliário SPE Ltda.", com quem os autores firmaram o contrato de compra e venda.

O que prevalece aqui é a contratação de f. 44 e seguintes, entre os autores e a Hot Beach Suítes Olímpia, sendo irrelevante esta mera alegação de um 'grupo econômico'.

Isto poderia ter alguma relevância em caso de desconsideração de personalidade jurídica, se o caso de insolvência da vendedora, presentes os requisitos dos artºs 50 e seguintes do Código Civil, o que exigiria prévio incidente, jamais

Acesso ao Sumário

interposto pelos recorridos.

Julga-se os autores carecedores da ação proposta, em relação às apelantes, condenados nas custas processuais e em honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor atualizado da causa, valor a ser entre elas rateado.

Por essas razões, meu voto dá provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1012194-32.2014.8.26.0161, da Comarca de São Paulo, em que é apelante GLEICIANA MELO SALES, são apelados MARCELO PINTO MESQUITA, CASA DE CARNES NEPAL LTDA., MARCIA MARIA COSTA PEIXOTO e JULINHO PEIXOTO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18738)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO NEGRÃO (Presidente) e JORGE TOSTA.

São Paulo, 15 de maio de 2023.

MAURÍCIO PESSOA, Relator

Ementa: Apelação – Ação declaratória c/c danos morais – Sentença recorrida que julgou improcedentes os pedidos iniciais e condenou a autora, em razão da sucumbência, ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, observada a gratuidade – Autora que alega que o réu a "ludibriou e enganou, além de ameaçar a vida de (suas) filhas na compra do Estabelecimento Comercial/sociedade em nome da mesma" – Ônus da prova – Vício de consentimento inocorrente – Sentença de improcedência mantida – Sem honorários recursais – Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Em "*ação declaratória c/c danos morais*", a r. sentença, de relatório adotado, julgou improcedentes os pedidos iniciais e condenou a autora ao pagamen-

to das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, observada a gratuidade processual (fls. 710/713).

Recorre a autora (fls. 718/727) a sustentar, em síntese, que há provas de que a autora foi enganada pelo corréu Marcelo que, por sua vez, utilizou-se indevidamente de seu nome para incluí-la nos quadros societários da sociedade Casa de Carnes Nepal Ltda. – ME; que os depoimentos prestados na delegacia por Julinho e Márcia dão conta de que "*foi Marcelo quem comprou o estabelecimento comercial "Casa de Carnes Nepal Ltda – ME", embora conste na Junta Comercial a apelante como compradora (fls. 123)*" (fls. 721); que o instrumento de cessão de participação societária foi celebrado sem a participação da autora; que a autora "*nunca emprestara seus dados a ninguém para a realização de qualquer negócio, ou, por sua livre consciência, apostou assinatura para a constituição da sociedade em questão*" (fls. 722); que "*o pedido de reconhecimento judicial da inexistência, a qualquer tempo, de relações jurídicas entre as partes tem fundamento na ausência de declaração volitiva, tendo em vista a falsidade das assinaturas constantes dos contratos*" (fls. 722); que não há *affectio societatis* entre as partes; que os prejuízos morais suportados pela autora são evidentes, já que seu nome foi indevidamente utilizado para modificação do contrato social.

Recurso isento de preparo (fls. 45) não foi respondido (certidão de fls. 731).

Sem oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Sumariada a controvérsia e à vista de todo o processado, o inconformismo não prospera.

A apelante ajuizou esta ação com o intuito de obter provimento jurisdicional voltado a declarar inexistente a "*relação societária entre a requerente e a Casa de Carnes Nepal e suas filiais*" (fls. 11). Ora alega que assinou alguns documentos sem saber "*ao certo do que se tratava*" (fls. 02), ora afirma que "*foi enganada, ludibriada e ameaçada pelo requerido*" (fls. 04) e, em evidente e defesa inovação recursal, também fundamenta o pedido de inexistência de relação societária "*tendo em vista a falsidade das assinaturas constantes dos contratos*" (fls. 722).

A coação é um vício de consentimento porque influencia a manifestação de vontade. E, para configurá-la, segundo estabelece o artigo 151 do Código Civil, "*há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens*".

Conquanto a apelante sustente que o apelado Marcelo Pinto Mesquita a "*ludibriou e enganou, além de ameaçar a vida de (suas) filhas na compra do Estabelecimento Comercial/sociedade em nome da mesma*" (fls. 06), não há nos

Acesso ao Sumário

autos qualquer elemento hábil a demonstrar a ocorrência da coação ou de qualquer outro vício de consentimento.

Segundo o artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil, a parte autora tem o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, ônus do qual a apelante não se desincumbiu.

Sobre o tema, Vicente Greco Filho ensina que "*O autor, na inicial, afirma certos fatos porque deles pretende determinada consequência de direito; esses são os fatos constitutivos que lhe incumbe provar sob pena de perder a demanda. A dúvida ou insuficiência de prova quanto a fato constitutivo milita contra o autor. O juiz julgará o pedido improcedente se o autor não provar o fato constitutivo de seu direito*" (Direito Processual Civil Brasileiro. 20ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. Vol. II, página 204).

Ainda sobre o tema, esclarece Marcus Vinicius Rios Gonçalves que "*a lei, ao estabelecer quem sofrerá as consequências negativas decorrentes da falta de provas, norteará os litigantes a respeito daquilo que compete a cada um deles demonstrar. Quando o art. 373 estabelece que cumpre ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito, diz, ao mesmo tempo, ao juiz e ao autor, quem sofrerá as consequências negativas da falta de prova deste desses fatos*" (Direito Processual Civil Esquematizado, Editora Saraiva, São Paulo: 2016, pg. 482).

Como bem pontuou o D. Juízo de origem, embora a apelante invoque a invalidade do instrumento de alteração contratual, "*nenhuma prova foi produzida nesse sentido, especialmente porque a autora deixou precluir o prazo para produção da prova oral deferida no despacho saneador*" (fls. 713), o que inviabiliza o acolhimento da pretensão inaugural.

Eis por que o inconformismo não prospera.

Objetivamente considerada a plenitude da controvérsia à luz dos fatos e dos fundamentos apresentados pelas partes, o inconformismo da apelante não revela o desacerto da r. sentença recorrida que, tendo sido proferida em consonância com os elementos carreados aos autos, é mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Mantido o arbitramento dos honorários de advogado, sem incidirem os recursais, até porque ausentes contrarrazões (certidão de fls. 731).

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1011525-

37.2020.8.26.0009, da Comarca de São Caetano do Sul, em que é apelante MICHEL BERTO DOS SANTOS, é apelado PORTO SEGURO COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS.

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 18.136)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CRISTINA ZUCCHI (Presidente sem voto), ISSA AHMED e GOMES VARJÃO.

São Paulo, 16 de maio de 2023.

L. G. COSTA WAGNER, Relator

Ementa: Apelação. Ação regressiva de reparação de danos. Acidente de trânsito. Colisão traseira. Sentença de procedência, condenando o réu ao valor dispendido com conserto do veículo (R$ 6.174,96). Recurso do réu que não merece prosperar. Presunção de culpa daquele que colide na parte traseira de outro veículo (art. 29, II, do CTB) não elidida. Réu que alegou que a condutora segurada freou de forma brusca, repentina e sem justificativa antes do cruzamento quando seguia em via preferencial. Condutora do veículo segurado pela autora que afirmou que foi reduzindo a velocidade antes do cruzamento para visualizá-lo e cruzar com segurança. Testemunha que visualizou o acidente à frente e conseguiu frear, afirmando que não visualizou o momento da colisão, não sabia informar se houve ou não freada brusca e não sabia a distância entre os veículos envolvidos. Réu que não estava atento as condições de tráfego, não visualizou a redução de velocidade do veículo à frente, não guardou distância de segurança frontal, não obteve êxito na frenagem e atingiu o veículo segurado pela autora. Configurada culpa exclusiva do condutor réu. Infração ao art. 29, II, do CTB. Danos e valor dispendido comprovado. Sentença mantida. Honorários majorados. RECURSO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

I - Relatório

Trata-se de recurso de apelação interposto por Michel Berto dos Santos em face da sentença de fls. 175/181, proferida nos autos da ação regressiva de reparação de danos, causados em acidente de trânsito, que foi promovida pela Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais.

A ação foi julgada procedente para condenar o Réu:

> ao pagamento de R$ 6.174,96 (seis mil, cento e setenta e quatro reais e noventa e seis centavos), a título de danos materiais, acrescidos de correção monetária, de acordo com a tabela prática do E. TJSP, a contar da data do desembolso, e juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, a contar da citação.
>
> Diante da sucumbência, arcará, ainda, o réu com o pagamento das custas e das despesas processuais, devidamente corrigi as a partir de cada desembolso, bem como dos honorários advocatícios, que arbitro em 15% (quinze por cento) do valor atualizado da condenação supracitada.

A sentença foi disponibilizada no DJe de 09/11/2022 (fls. 183).

Recurso tempestivo. Preparo recolhido (fls. 197/198). Autos digitais, porte de remessa e de retorno dispensado nos termos do art. 1.007, §3º, do CPC. Contrarrazões às fls. 203/212.

O Réu pleiteia a reforma da sentença. Alega culpa exclusiva da condutora do veículo segurado em razão de freada brusca. Aduz que a segurada, que conduzia o veículo Virtus, "*freou bruscamente o mesmo, quase parando-o totalmente, em plena subida, sem qualquer causa justificável*".

Indica que o vídeo do dia da ocorrência, link apresentado em contestação (fls. 74 e 188), comprova que não havia trânsito na via ou outro veículo atravessando o cruzamento ou pedestre.

Aponta que a colisão ocorreu antes do cruzamento, destacando que a Rua São Paulo é uma subida de mão única, preferencial, havendo sinalização de "pare" e valetas apenas na via Rua Rio de Janeiro, bem como que "*antes mesmo de chegar no cruzamento, mais precisamente na faixa de pedestre, o marido da Segurada, ou ela mesmo, freou bruscamente o seu veículo (Virtus), sem qualquer justificativa plausível*".

Sustenta que o marido da segurada, logo após a colisão, confessou a sua culpa e se comprometeu a arcar com os danos causados, conforme comprovado documentalmente. Argumenta que não há provas de que estivesse distraída na condução do veículo e estava a uma distância de 20 a 25 metros do veículo segurado.

A Autora, por sua vez, requer a manutenção integral da sentença.

O link do vídeo apresentado em contestação (fls. 74) e apelação (fls. 188)

Acesso ao Sumário

foi reapresentado às fls. 219, conforme determinado às fls. 215/216.

É a síntese do necessário.

II – Fundamentação

O recurso não comporta provimento.

Adoto o relatório de sentença:

PORTO SEGURO COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS, ajuizou, AÇÃO REGRESSIVA DE REPARAÇÃO DE DANOS CAUSADOS POR ACIDENTE DE VEÍCULOS em face de MICHEL BERTO DOS SANTOS, alegando que, no dia 10 de maio de 2020, na Rua Ribeiro de Barros, altura do número 146, no Município de São Caetano do Sul, as partes se envolveram em acidente automobilístico, com o veículo VW VIRTUS SENSE, ano 2019, cor branca, placas EXR-3837, de propriedade e conduzido pela segurada da Requerente, e o veículo SUBARU IMPREZA STI, ano 2010, cor prata, placa ASL-4055, de propriedade e conduzido pelo Requerido. De acordo com o boletim de ocorrência, o carro segurado pela requerida trafegava na via quando reduziu a velocidade para cruzar com segurança, quando foi atingindo na parte traseira pelo requerido. Alega a requerente que o condutor requerido estava desatendo ao trânsito, agindo com negligência, imperícia e imprudência na condução de seu veículo, o que gerou um prejuízo no valor de R$ 6.174,96 (seis mil, cento e setenta e quatro reais e noventa e seis centavos).

Busca, assim, a autora, o ressarcimento do valor pago a segurada, acrescido de juros, bem como o pagamento das custas e honorários advocatícios (fls. 01/15).

Juntou procuração e documentos às fls. 16/52.

Determinado o recolhimento das custas e despesas processuais devidas pela propositura desta ação às fls. 55.

Comprovado o recolhimento das custas iniciais e despesas processuais às fls. 57/66.

Devidamente citado (fls. 69), o réu ofertou contestação às fls. 70/85, acompanhada dos documentos de fls. 86/101. Alega que a segurada freou o veículo bruscamente, na via, sem qualquer justificativa, e em plena subida de uma via preferencial. Quando o veículo Virtus foi estacionado, o requerido percebeu que o marido da segurada saiu do banco do motorista e não do banco do passageiro, sendo que o próprio condutor admitiu a culpa pela colisão, comprometendo-se a arcar com o pagamento dos danos causados. Inclusive, fora iniciada uma tratativa entre ambos, com o objetivo de consertar o veículo do requerido. Porém, o marido da segurada deixou de responder as mensagens. Pugna pela improcedência da ação, diante da ausência dos requisitos para configuração da responsabilidade civil, bem como pela condenação da autora ao pagamento dos honorários de sucumbência.

Houve réplica às fls. 105/116.

Acesso ao Sumário

Determinada a juntada de documentos para análise da concessão da gratuidade da justiça ao réu e saneado o feito (fls. 117).

Instadas a especificarem as provas que pretendiam produzir (fls. 117), pugnou a autora pelo julgamento antecipado da lide (119), o réu, por sua vez, pela produção de prova oral, através de depoimento pessoal da autora e oitiva de testemunhas (fls. 120).

Concedido prazo para juntada de documentos para apreciação do pedido de gratuidade da justiça e designada audiência de conciliação, instrução, debates e julgamento (fls.121/122).

O requerido noticiou a desistência do pedido de concessão da gratuidade processual e apresentou o rol de suas testemunhas às fls. 124/125.

Audiência redesignada, em virtude de problemas técnico que impossibilitaram o ingresso do réu e das testemunhas na reunião, não havendo oposição da autora (fls. 128).

A autora regularizou sua representação processual às fls. 131/132.

Redesignada, novamente, a audiência, em virtude de dificuldade de acesso ao sistema e determinada a intimação da testemunha do réu por mandado (fls. 134/135).

Determinada a realização de audiência na modalidade telepresencial (fls. 142).

Juntado o comprovante de recolhimento da diligência do Oficial de Justiça às fls. 147.

Realizada audiência, restou infrutífera a conciliação das partes, diante do desinteresse da autora, não foi tomado o depoimento pessoal do réu, ouvidas as testemunhas do réu, declarada, na sequência, encerrada a instrução e concedido prazo para apresentação de alegações finais (fls. 156/159 e 166/).

Apresentaram as partes suas alegações finais às fls. 171/173 e 174.

Incontroversa a ocorrência de acidente de trânsito em 10/05/2020 e os veículos envolvidos.

A Seguradora autora pleiteou o valor efetivamente dispendido com o conserto do veículo segurado (R$ 5.678,73) apresentando as notas fiscais de fls. 50/52.

Os danos na traseira do veículo segurado foram comprovados às fls. 39/42. Informou o valor do orçamento (R$ 7.637,73 – fls. 45/48) e descontou o valor da franquia (R$ 1.959,00 – fls. 48), requerendo apenas a diferença efetivamente dispendida (R$ 5.679,73) conforme notas fiscais (fls. 50/52)

Verifica-se que, em contestação, o Réu aduziu que a colisão traseira foi ocasionada por culpa do segurado da Autora, que empreendeu freada brusca e repentina, sem justificativa. Destaca que seguiam por via preferencial, uma subida, não havia pedestre ou veículo passando pelo cruzamento a justificar a freada repentina.

Acesso ao Sumário

No boletim de ocorrência eletrônico registrado pela segurada, ela descreve que (fls. 36/38):

> Estava a condutora do veículo Virtus (Joselaine Cristina de Milano Friedmann) trafegando pela Rua Ribeiro de Barros, na altura do n. 146, ela diminuiu a velocidade para atravessar o cruzamento dessa via com a Rua Rio de Janeiro, quando já na esquina do cruzamento o veículo Impreza ,dirigido Por Michel Berto d. Santos veio a colidir fortemente na traseira do Virtus, danificando-a , o veículo Impreza teve a frente danificada, ambos os condutores trocaram telefones e dados constantes nesse boletim de ocorrência

No link do vídeo apresentado pelo Réu não se visualiza o momento da colisão entre os veículos, apenas o cruzamento de vias, notando-se que o trânsito era tranquilo com dois veículos circulando, um em cada via, bem como que uma das vias possuía sinalização de parada obrigatória.

Entretanto, o vídeo não se presta a comprovar que o veículo segurado pela Autora tenha procedido a freada brusca e repentina, eis que não permite visualizar a colisão entre os mesmos.

As partes foram instadas a especificar provas (fls. 117), ocasião em que a Seguradora autora pleiteou o julgamento antecipado (fls. 119) e o Réu a produção de prova oral (fls. 120).

O Réu arrolou duas testemunhas às fls. 124/125: Marcel e Joselaine (segurada da Autora).

A testemunha Joselaine, segurada da Autora, narrou que conduzia o veículo, estava subindo a rua e foi diminuindo a velocidade do carro para cruzar com segurança, diminuiu bem a velocidade perto do cruzamento, quase parando, para visualizar e passar no cruzamento, sabia que a preferencial era dela. Afirmou que não havia veículo a sua frente e naquele momento não havia carro atravessando o cruzamento.

Deste modo, a segurada não assumiu ter freado de forma brusca e repentina, pelo contrário, afirmou que foi reduzindo a velocidade para cruzar com segurança.

A testemunha Marcel, narrou que conduzia seu veículo pela mesma via, era o terceiro veículo da fila na subida da rua, visualizou o acidente a frente, mas não presenciou se houve ou não freada brusca ou a distância entre os veículos envolvidos no acidente. Confirmou que estava em velocidade compatível e conseguiu frear.

Assim, a referida testemunha nada elucidou sobre a dinâmica do acidente, não corroborando com a versão apresentada pelo Réu.

A alegação do Réu de que o veículo segurado freou de forma brusca e repentina sem justificativa, dando causa a colisão, não restou comprovada nos

Acesso ao Sumário

autos.

Ainda que a condutora do veículo segurado estivesse seguindo por via preferencial, isso não a desobrigava do dever de cuidado de reduzir a velocidade para cruzar com segurança, especialmente porque não estava em via expressa.

A seguradora demonstrou conduta prudente ao reduzir a velocidade ao se aproximar do cruzamento para poder visualizá-lo e cruzar com segurança.

Assim sendo, a alegação do Réu de que houve culpa exclusiva do condutor segurado da Autora, por ter freado de forma brusca e repentina, não restou comprovada nos autos. O fato da Autora ter reduzido a velocidade demonstra que é uma condutora prudente e não elide a presunção de culpa daquele que colide na traseira de veículo que segue à sua frente, quer esteja parado ou em movimento.

Resta claro o nexo causal entre a ação do condutor Réu, que não estava atento às condições de trânsito e não percebeu a redução de velocidade do veículo à sua frente e, com isso, não manteve distância de segurança, colidindo na traseira do veículo à sua frente, ensejando os danos ao veículo segurado pela Autora.

Quando um condutor de veículo automotor é legalmente habitado se pressupõe que tenha ciência das regras do Código de Trânsito Brasileiro e que a elas irá respeitar. Contudo, não é o que se conclui no presente caso.

Conforme disposto no artigo 29, inciso II do CTB: "*o condutor deverá guardar distância de segurança lateral e frontal entre o seu e os demais veículos, bem como em relação ao bordo da pista, considerando-se, no momento, a velocidade e as condições do local, da circulação, do veículo e as condições climáticas*".

Assim, a culpa pelo acidente é do Réu, que colidiu com a traseira do veículo segurado pela Autora, pois conforme dispõe o art. 29, II, do CTB, cabia a ele guardar distância de segurança do veículo à frente. A presunção de culpa que milita contra ele não foi, *in casu*, afastava, mas, ao contrário, restou confirmada pela prova oral produzida. A testemunha Josilaine afirmou que reduziu a velocidade para cruzar a via com segurança enquanto o condutor do veículo que seguia atrás de ambos os veículos, visualizou a ocorrência de acidente e conseguiu frear seu veículo.

A culpa daquele que colide contra a traseira do veículo que se encontra – seja trafegando, seja parado – é presumida até prova efetiva em contrário, na medida em que o motorista deve sempre manter distância segura do veículo que trafega a sua frente, assim considerada aquela suficiente para viabilizar a frenagem repentina do automóvel, caso necessário, considerando seu próprio peso e velocidade em empreende.

Em situações similares, assim já decidiu esta Corte Paulista. Vejamos:

Acesso ao Sumário

Acidente de trânsito. **Colisão traseira. Presunção relativa de culpa do condutor que atingiu a traseira do veículo que seguia a frente não ilidida. Condução sem a manutenção de distância segura. Conduta imprudente.** Procedência mantida. Apelo improvido. (Apelação 1011714-21.2016.8.26.0602, rel. Des. Soares Levada. j. 12/07/2017).

JUSTIÇA GRATUITA – Concessão dos benefícios da justiça gratuita – Pedido já foi deferido pelo Juízo 'a quo' – Ausência de interesse recursal – Recurso não conhecido nessa parte. CIVIL – SEGURO – AÇÃO REGRESSIVA DE REPARAÇÃO DE DANOS – SEGURADORA SUBROGADA NOS DIREITOS DO SEGURADO – **COLISÃO TRASEIRA – Infere-se dos autos que o veículo conduzido pelo réu colidiu contra a traseira do veículo segurado, pois não manteve distância regulamentar segura – Conduta culposa presumida e não elidida** – Réu que não se desincumbiu de seu ônus probatório – Inteligência do art. 333, II, do CPC/73 – Valor da indenização impugnado de forma genérica na contestação – Seguradora que tem direito a ser ressarcida, pelo valor que efetivamente pagou, até o limite previsto no contrato de seguro – Inteligência da Súmula 188 do STF – Recurso conhecido em parte, e, nessa medida, desprovido. (Apelação 0004199-10.2013.8.26.0358, rel. Des. Carlos von Adamek, j. 26/07/2017).

RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE DANOS. Colisão traseira. **Presunção de culpa do motorista que colide com o veículo à frente. Ônus da prova não superado pela apelante**. Indenização integral. Seguradora que se sub-roga nos direitos do titular do contratante. Súmula nº 188 do Eg. STF. Discussão sobre a perda total, ou não, do veículo. Descabimento. Recurso desprovido. (TJSP – Apelação 1025855-65.2017.8.26.0002 – Desembargador Relator Dimas Rubens Fonseca, 28ª Câmara de Direito Privado, 03/04/2018).

ACIDENTE DE TRÂNSITO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – COLISÃO TRASEIRA – Responsabilidade civil subjetiva. **Presume-se a culpa do condutor que abalroou por trás outro automóvel, cabendo a ele comprovar a excludente de sua responsabilidade no acidente.** Culpa dos requeridos não demonstrada. PRELIMINAR AFASTADA. RECURSO DESPROVIDO. (TJSP; Apelação 1005930-06.2014.8.26.0482; Relator Antônio Nascimento; 26ª Câmara de Direito Privado; 26/04/2018).

A jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça segue esse mesmo entendimento:

APELAÇÃO PRINCIPAL E ADESIVA – AÇÃO REGRESSIVA DE COBRANÇA – VEÍCULO ABALROADO NA TRASEIRA – CULPA DO MOTORISTA DO VEÍCULO DA APELANTE QUE NÃO GUARDOU DISTÂNCIA DE SEGURANÇA – EXCLUSÃO DE FRANQUIA DO VALOR A SER RESSARCIDO – APELAÇÃO PRINCIPAL IMPROVIDA – APELAÇÃO ADESIVA PARCIALMENTE PROVIDA. 1. **O veículo que segue**

Acesso ao Sumário

outro com a mesma velocidade deve guardar a distância mínima recomendada pela segurança, que o permita frear como reação à freada inopinada do outro. 2. Recurso especial não conhecido. (STJ; REsp. n° 576057/ES; Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito; j. em 29/06/2004; DJ de 11.10.2004, p. 319)

Desta forma, cuidando-se de responsabilidade civil extracontratual decorrente de ato ilícito, configurado o dano e existindo nexo de causalidade, impõe-se o dever de reparar do Réu.

Assim, diante do direito de regresso que cabe à Seguradora (Súmula 188 do STF), da culpa exclusiva pelo acidente do condutor Réu, correto o reconhecimento, pelo MM Juízo *a quo*, do direito de ressarcimento da Seguradora pelos valores suportados com o reparo do veículo segurado, que foram devidamente comprovados nos autos e não especificamente impugnados pelo Réu.

Em resumo, nada há a ser modificado na sentença, impondo-se o desprovimento do apelo.

III – Conclusão

Diante do exposto, pelo meu voto, conheço e **nego provimento** ao recurso.

Por força do art. 85, §11, do CPC, majoro a verba honorária, em favor do patrono da Autora, para 20% (vinte por cento) do valor da condenação, conforme requisitos e critérios fixados pelo STJ[1].

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1024962-61.2022.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante ALESSANDRA ALVES DO NASCIMENTO PAES (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO INTER S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.732)**

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

São Paulo, 17 de maio de 2023.

HELOÍSA MIMESSI, Relatora

Acesso ao Sumário

1 EDcl no AgInt no REsp 1573573/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 08/05/2017.

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO BANCÁRIO. EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. Pretensões de declaração de inexistência da contratação de empréstimo consignado na modalidade RMC, condenação da instituição financeira ré à restituição em dobro do que foi indevidamente cobrado, e ao pagamento de indenização por danos morais. Sentença de improcedência. Insurgência da autora. Descabimento. Dever de informação cumprido. Inexistência de demonstração de vício de vontade. Inverossimilhança da alegação de desconhecimento da modalidade de contratação. Contrato autorizado pela Lei nº 10.820/2003. Inexistência de abusividades. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de tempestivo recurso de apelação interposto por *Alessandra Alves do Nascimento Paes* contra a r. sentença de fls. 334/336 que, nos autos da ação declaratória de nulidade de contrato de cartão de crédito com reserva de margem consignável e inexistência de débito c/c pedido de antecipação de tutela, restituição em dobro e indenização por danos morais proposta em face do *Banco Inter S.A.*, julgou improcedente o pedido, condenando a parte autora ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios em favor do patrono do réu, fixados em 10% do valor da causa, anotada a assistência judiciária.

A apelante requer a reforma da r. sentença (fls. 339/353). Argumenta que houve vício de consentimento decorrente de atuação dolosa do banco apelado, uma vez que acreditava estar firmando um contrato de empréstimo consignado padrão, e não um contrato de cartão de crédito contendo reserva de margem consignável. Alega que houve, por parte do banco recorrido, silêncio intencional, o que constitui flagrante omissão dolosa, nos moldes estabelecidos pelo art. 147 do CC. Pontua que não nega a relação jurídica estabelecida com a instituição bancária, mas não reconhece a modalidade de cartão de crédito com RMC. Pontua existir onerosidade excessiva no contrato firmado, que não tem data final do empréstimo e não possui número de parcelas. Sustenta que a prática de cartão de crédito na modalidade RMC é abusiva e arbitrária, violando princípios aplicáveis aos consumidores. Aduz inexistir informação clara ao consumidor quanto ao comprometimento de sua margem consignável. Afirma que a obrigatoriedade dos contratos não é absoluta, devendo respeitar outros princípios que também coexistem, como o da legalidade e igualdade entre as partes. Alega que o Estado deve promover a defesa do consumidor, nos termos do art. 5º, XXXII da Cons-

Acesso ao Sumário

tituição Federal, sendo as normas do CDC de ordem pública e interesse social, não podendo ser objeto de pacto entre as partes. Pleiteia a devolução das parcelas debitadas indevidamente de sua conta, em dobro, na forma do art. 42, parágrafo único do CDC, bem como a imposição de indenização por danos morais.

Contrarrazões a fls. 357/388 pelo desprovimento deste recurso, com manutenção da r. sentença.

FUNDAMENTOS E VOTO.

O recurso não comporta provimento.

Trata-se, na origem, de ação declaratória de nulidade de contrato de cartão de crédito com reserva de margem consignável e inexistência de débito c/c pedido de antecipação de tutela, restituição em dobro e indenização por danos morais ajuizada por *Alessandra Alves do Nascimento Paes* em face do *Banco Inter S.A.*

Conforme se extrai dos autos, a autora-apelante celebrou o "Termo de Adesão Cartão de Crédito Consignado INTERMEDIUM e Autorização para Desconto em Folha de Pagamento" (nº 79972, em 03/11/2015, a fls. 91/93), com expressa autorização de constituição de reserva de margem consignável (RMC), conforme fls. 94.

Pelo contrato entabulado entre as partes (em especial, nas cláusulas ressaltadas a fls. 365), a apelante recebeu cartão de crédito mediante convênio para consignação em folha de pagamento de um percentual do saldo devedor apurado mensalmente pela utilização do cartão. Nos termos do contrato, o valor mínimo é descontado na folha de pagamento e o saldo remanescente deve ser pago no banco através da fatura mensal que é enviada ao cliente.

Consta do termo de adesão a assinatura da apelante (fls. 360 e 366), cuja autenticidade não foi contestada, de modo que houve a efetiva autorização para que o banco apelado realizasse a reserva de margem consignável (RMC) e efetuasse o desconto em folha. Ademais, e diferentemente do quanto exposto pela apelante, consta no contrato também o valor do saque autorizado, o valor de cada parcela, a quantidade de parcelas, o imposto incidente, a data de vencimento da primeira parcela e a data de vencimento da última parcela (fls. 365).

É de se consignar que a apelante efetivamente usufruiu do crédito ofertado pelo apelado, tendo ele cumprido sua obrigação e disponibilizado, quando solicitado, saques com valores variados (conforme extratos a fls. 372/375).

É certo que a relação estabelecida entre as partes se submete ao CDC, em que a autora é pessoa física que utiliza serviço como destinatária final, enquadrando-se no conceito de consumidor (art. 2º, *caput*, do CDC), e o banco apelado é pessoa jurídica privada que desenvolve atividade de prestação de serviços (art. 3º, *caput*, do CDC). Vale ressaltar que o § 2º do art. 3º do CDC elenca como serviço qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante

Acesso ao Sumário

remuneração, "*inclusive as de natureza bancária, financeira [e] de crédito*", tendo a Súmula 297 do STJ sedimentado o entendimento de que "*o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras*".

No âmbito do direito consumerista, os contratos de adesão não são considerados, por si sós, ilegais. No entanto, esse tipo contratual, compreendido como "*aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo*" (art. 54, *caput*, do CDC), deve ser utilizado com cautelas na relação assimétrica entre consumidor e fornecedor, especialmente diante da presunção legal absoluta da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (art. 4º, I, do CDC). Por essa razão é que o instrumento deve ser redigido em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, e as cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor devem ser escritas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão (art. 54, §§ 3º e 4º, do CDC).

In casu, o instrumento contratual é claro e legível, e as cláusulas estabelecendo o desconto dos valores consignados estão redigidas em destaque, facilitando a leitura pelo consumidor aderente (conforme se depreende, em especial, da cópia juntada a fls. 91/97). Nessa esteira, ainda que se considere a vulnerabilidade ínsita ao consumidor, observa-se que a contratação adotou as cautelas devidas, não sendo verossímil a alegação da autora-apelante de que desconhecia a natureza do acordo por ela assinado.

Isto é, a modalidade contratada está clara e ostensiva no instrumento carreado aos autos, inclusive destacada em letra maiúscula e negrito logo no cabeçalho, o que comprova a observância ao dever de informação (art. 6º, III, do CDC) e a expressa autorização da contratante, de forma irrevogável e irretratável, à realização de desconto mensal em seu benefício previdenciário, em favor do contratado, para o pagamento correspondente ao valor mínimo indicado na fatura mensal do cartão de crédito consignado.

Importa destacar que tal modalidade de contratação é usualmente oferecida para clientes que não possuem margem suficiente para contratação de empréstimo comum. Nesse contexto, não é crível que a autora não tenha sido informada das condições do contrato ou, ainda, que não tenha autorizado expressamente a contratação.

No mais, a cobrança da reserva de margem consignável (RMC) no benefício previdenciário é regular. Sobre a matéria, dispõe a Lei 10.820/2003, alterada pela Lei 14.431/2022, *in verbis*:

> *Art. 6º* ***Os titulares de benefícios de aposentadoria e pensão*** *do Regime Geral de Previdência Social e do benefício de prestação continuada de que trata o art. 20 da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993,* ***poderão***

Acesso ao Sumário

autorizar ***que o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) proceda aos descontos referidos no art. 1º desta Lei e,*** ***de forma irrevogável e irretratável, que a instituição financeira na qual recebam os seus benefícios retenha, para fins de amortização, valores referentes ao pagamento mensal de*** ***empréstimos, financiamentos,*** ***cartões de crédito*** ***e operações de arrendamento mercantil*** ***por ela concedidos****, quando previstos em contrato, na forma estabelecida em regulamento, observadas as normas editadas pelo INSS e ouvido o Conselho Nacional de Previdência Social. (Redação dada pela Lei nº 14.431, de 2022)*

(...)

§ 5º ***Os descontos e as retenções mencionados no caput deste artigo não poderão ultrapassar o limite de*** *45% (quarenta e cinco por cento) do valor dos benefícios, sendo 35% (trinta e cinco por cento) destinados exclusivamente a empréstimos, financiamentos e arrendamentos mercantis,* ***5% (cinco por cento) destinados exclusivamente à amortização de despesas contraídas por meio de cartão de crédito consignado*** *ou à utilização com a finalidade de saque por meio de cartão de crédito consignado e 5% (cinco por cento) destinados exclusivamente à amortização de despesas contraídas por meio de cartão consignado de benefício ou à utilização com a finalidade de saque por meio de cartão consignado de benefício. (Redação dada pela Lei nº 14.431, de 2022)*

Destarte, os descontos são devidos, tendo sido respeitado o limite de 5% do benefício previdenciário (conforme informações a fls. 376).

Como também bem decidido pelo Juízo, cuja fundamentação é aqui adotada como razão de decidir: "*Resultou demonstrado nos autos a efetiva contratação do cartão de crédito. Os termos da contratação são claros, havendo menção à adesão do cartão de crédito, expressa previsão das taxas de juros, assim como autorização para reserva de margem consignável e desconto em benefício previdenciário. [...] A instituição financeira trouxe aos autos documento comprobatório da solicitação formal, cumprindo-se o disposto no art. 15, inciso I da Instrução Normativa INSS/PRES nº28 de 2008. Há prova, ainda, da transferência de crédito em conta corrente. Portanto, nenhuma irregularidade na contratação.*" (fls. 335).

Nesse sentido já decidiu esta E. Corte em casos análogos:

Ação declaratória de inexigibilidade de débito cumula-a com indenizatória. ***Cartão de crédito com Reserva de Margem Consignável (RMC). Autor alega que teria efetuado a contratação de empréstimo consignado, mas teria se surpreendido com a concretização de contrato de cartão de crédito.*** *Sentença procedência parcial para determinar o cancelamento do cartão após a liquidação do saldo devedor. Irresignação do autor.*

Acesso ao Sumário

Apelação. 'Reserva de Margem Consignável'. Possibilidade quando expressamente autorizada pelo contratante. *Artigo 6º da Lei nº 10.820/03. Artigo 21-A da Instrução Normativa do INSS nº 28/2008, alterada pela Instrução Normativa do INSS nº 39/2009.* ***Contrato que prevê autorização expressa do beneficiário. Saques efetuados pelo autor. Validade do contrato.*** *Sentença mantida. Majoração dos honorários advocatícios. Recurso desprovido.* (TJSP; Apelação Cível 1001276-20.2022.8.26.0506; Relator (a): Virgilio de Oliveira Junior; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ribeirão Preto - 6ª Vara Cível; Data do Julgamento: 08/02/2023; Data de Registro: 08/02/2023; g.n.).

APELAÇÃO – CARTÃO DE CRÉDITO – RESERVA DE MARGEM CONSIGNÁVEL – DESCONTOS *– Pretensão do banco réu de reforma da respeitável sentença que julgou procedentes os pedidos de declaração de nulidade da contratação e de restituição de valores – Pretensão da autora de reforma da respeitável sentença que julgou improcedente pedido de indenização por dano moral – Cabimento apenas do recurso do réu –* ***Hipótese em que a instituição financeira comprovou a solicitação formal do cartão de crédito****, conforme previsto no artigo 15, inciso I, da Instrução Normativa INSS/PRES nº 28/2008 –* ***Montante efetivamente disponibilizado à autora*** *–* ***Abusividade não reconhecida*** *- RECURSO DO RÉU PROVIDO, prejudicada a análise do recurso da autora.* (TJSP; Apelação Cível 1011579-18.2021.8.26.0510; Relator (a): Ana de Lourdes Coutinho Silva da Fonseca; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado; Foro de Rio Claro – 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 14/02/2023; Data de Registro: 14/02/2023).

APELAÇÃO. ***Ação de obrigação de fazer c.c. repetição de indébito. Cartão de crédito consignado****. Sentença de improcedência. Insurgência da autora.* ***Alegação de que não pretendia contratar tal modalidade de empréstimo. Informação clara e ostensiva no cabeçalho do instrumento. Dever de informação cumprido. Inexistência de demonstração de vício de vontade pela parte autora. Efetiva utilização do cartão de crédito. Realização de diversos saques complementares. Alegação inverossímil de que desconhecia a modalidade de contratação. Contrato autorizado pela Lei nº 10.820/2003. Inexistência de abusividade.*** *Para quitação da dívida basta o pagamento integral da fatura e não apenas do mínimo. Precedentes. Sentença mantida. Recurso Improvido.* (TJSP; Apelação Cível 1002945-07.2022.8.26.0572; Relator (a): Cláudio Marques; Órgão Julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Joaquim da Barra – 2ª Vara; Data do Julgamento: 14/02/2023; Data de Registro: 14/02/2023; g.n.).

Assim, tem-se por hígida a cobrança e, sem o reconhecimento de abusi-

Acesso ao Sumário

vidade contratual, não há que se cogitar de indenização por dano moral e devolução de valores.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso.

Nos termos do art. 85, § 11 do CPC, levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, majoram-se os honorários advocatícios para 12% (doze por cento) sobre o valor da causa, ressalvada a gratuidade de justiça.

Para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observado 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).

Sujeitam-se à forma de julgamento virtual em sessão permanente da 23ª Câmara de Direito Privado eventuais recursos previstos no art. 1º da Resolução nº 549/2011 deste E. Tribunal deduzidos contra a presente decisão. No caso, a objeção deverá ser manifestada no **prazo de cinco dias** assinalado para oferecimento dos recursos mencionados no citado art. 1º da Resolução. A objeção, ainda que imotivada, sujeitará aqueles recursos a julgamento convencional.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1082074-56.2021.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante A.R.R.L. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado B.C.L..

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 45.277)**

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

São Paulo, 10 de maio de 2023.

JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. Ação de exoneração de alimentos. Sentença de procedência, com a determinação de cessação dos alimentos em prol da ré, previstos na cláusula 2ª do pacto antenupcial. Insurgência da ré, requerendo a gratuidade e, no mérito, a

improcedência dos pedidos iniciais. Não acolhimento. Requerida que, embora instada a tanto, não colacionou aos autos documentos que corroborassem a sua hipossuficiência. Realização de cursos e viagens internacionais que não se coadunam com a benesse. Cláusula do acordo que não mais deve prevalecer, não tendo a requerida comprovado que o divórcio se deu por culpa do ora apelado, como exigido naquele pacto antenupcial. Juízo a quo que oportunizou a manifestação da requerida nesse sentido, a qual, contudo, quedou-se inerte. Sentença, pois, mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 194/198 da origem que assim dispôs:

"Ante o exposto, ***JULGO PROCEDENTE o pedido para determinar a cessação do dever alimentar do autor no que tange à ré, acordado na cláusula 2ª do pacto antenupcial de fls. 23/24****, e JULGO EXTINTO o feito com julgamento do mérito, com fulcro no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil. Em razão da sucumbência, arcará a parte ré com as custas processuais, bem como com os honorários advocatícios em benefício do patrono da parte contrária no importe de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), em atenção ao disposto no artigo 85, § 8º, do Código de Processo Civil, observando-se que ela não faz mais jus aos benefícios da gratuidade processual. Transitada em julgado a sentença, arquivem-se os autos".*

Insurge-se a ré (fls. 201/213), indicando, em síntese, que faz jus ao benefício da **gratuidade**, não sendo o fato de **estar laborando** e ter **constituído advogado particular** suficiente para afastar o benefício. Afirma que a impugnação ofertada pelo apelado foi extemporânea, não trazendo aos autos provas que pudessem afastar o benefício anteriormente concedido a seu favor. No tocante ao encargo alimentar, defende a aplicação, ao caso, do pacto sunt servanda, tendo sido o **dever alimentar** fixado de forma espontânea pelo autor, não existindo possibilidade de sua exoneração. Assevera que não houve qualquer pagamento por parte do autor e que eventual relacionamento de sua parte não justifica a exoneração dos alimentos.

Nestes termos, pede o provimento do recurso.

Contrarrazões (fls. 217/224).

É o relatório.

Passa-se, de início, à análise do pleito de concessão da gratuidade formu-

Acesso ao Sumário

lado pela apelante.

É crível que, para concessão do benefício da Justiça Gratuita às pessoas **físicas**, não se exige miserabilidade absoluta, mas apenas situação financeira que impossibilite a parte pleiteante de exercer seu direito de acesso à Justiça mediante o pagamento das custas e despesas processuais.

Originalmente, a Lei n. 1.060/50 estabeleceu normas para a concessão da **assistência judiciária**. O artigo 4º dispunha que *"a parte gozará dos benefícios da gratuidade judiciária, **mediante simples afirmação**, na própria petição inicial"*. Assim, tinha-se como único **requisito**, então exigido, declaração de vulnerabilidade econômico-financeira da parte, sendo conferido o caráter de **presunção legal relativa** – *iuris tantum*.

De se observar, ainda, que, com o advento do Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015 –, embora revogados os termos do aludido artigo, permaneceu a presunção **relativa** da declaração, pois, conforme dispõe o seu artigo 99, § 3º, *"presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural"*.

E em consonância com o disposto no seu § 2º, o Juiz somente pode indeferir o pedido formulado se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos **pressupostos** legais para a concessão, devendo, antes de indeferi-lo, determinar a comprovação do preenchimento dos requisitos.

Em certas situações, condiciona-se a concessão do benefício à apresentação de documentos comprobatórios do alegado estado de hipossuficiência, caso algum dos elementos presentes nos autos suscite dúvida acerca da viabilidade da benesse.

Ou seja, a hipossuficiência econômica pode e deve ser objeto de verificação pelo Magistrado.

Ocorre, contudo, que a parte apelante sequer trouxe aos autos **elementos** suficientes a comprovar a alegada hipossuficiência – tais como extratos bancários, declarações de IRPF, demonstrativos de pagamento –, como outrora oportunizado pela decisão de fls. 74, não sendo compatível com a benesse a realização de cursos e viagens internacionais (cf. fls. 225/228).

Por tais razões, de rigor o indeferimento da benesse e, por isso, deverá a apelante recolher o preparo recursal, na origem, em cinco dias após o retorno dos autos, **sob pena de inscrição na dívida ativa.**

E no mais, razão também não lhe assiste quanto aos alimentos.

Isso pois, a **cláusula** existente na escritura de **pacto antenupcial previu, expressamente**, que os alimentos seriam devidos apenas caso a separação e/ou o divórcio **fosse ocasionado pelo apelado** *("2. Por esta escritura os contratantes estipulam que em caso de **ruptura conjugal**, seja por separação ou divórcio **por parte do nubente B.C.L.** o mesmo pagará uma **pensão vitalícia** para a*

Acesso ao Sumário

nubente A.R.R., no valor de R$ 15.000,00 mensais a contar ***da data da ruptura conjugal****. Nada mais declaram")* (g. n. – fls. 23/24).

E, malgrado oportunizada a manifestação da ré em relação ao término conjugal (cf. fls. 181 – *"A fim de evitar prolação de decisão surpresa,* ***esclareça a requerida se o autor deu causa à separação do casal, indicando, em caso positivo eventuais fatos que deram ensejo a esta separação, no prazo de quinze dias. Anoto que eventual silêncio da ré será interpretado como ausência de causa imputável ao autor*** *como ensejadora da separação, nos termos da cláusula nº 2, do pacto antenupcial, de fls. 23/24")*, a apelante **quedou-se inerte** (fls. 189), não trazendo aos autos qualquer elemento que indicasse ter o apelado dado causa à ruptura conjugal.

Pelo contrário, constam dos autos cópias do divórcio entre as partes (cf. fl. 91 e seguintes), nas quais se verifica iniciativa da ré para tanto.

Ademais, o fato de o apelado honrar ou não com tal obrigação não impediria sua exoneração, tendo a ré instrumentos processuais adequados para a cobrança dos alimentos.

Por tais razões, mantém-se a r. sentença recorrida.

Em razão do desprovimento do recurso, majoram-se os honorários advocatícios a serem pagos pela ré ao patrono do autor em mais R$ 200,00 (art. 85, § 11 do Código de Processo Civil).

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

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

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003885-74.2021.8.26.0032, da Comarca de Araçatuba, em que é apelante LUIS GUSTAVO NIMIA, é apelado FIGUEIRA INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL).

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 29ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Suscitaram conflito de competência, V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.273)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores NETO BARBOSA FERREIRA (Presidente sem voto), FABIO TABOSA e MÁRIO DACCACHE.

São Paulo, 17 de maio de 2023.

SILVIA ROCHA, Relatora

Ementa: – Recurso tirado de embargos à execução fundada em título executivo extrajudicial – Competência das Câmaras de números 11ª a 24ª, 37ª e 38ª, da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça, nos termos do art. 5º, II.3, da Resolução nº 623/2013, do Órgão Especial desta Corte – Conflito de competência suscitado.

VOTO

O autor de execução de título extrajudicial, fundada em contrato de parceria agrícola, insurge-se contra a sentença de fls. 339/347, objeto de embargos de declaração rejeitados pela decisão de fls. 359/360, que acolheu os embargos do devedor, para reconhecer a nulidade da execução e condenar o embargado ao pagamento das custas, despesas processuais e de honorários advocatícios, fixados em 10% do valor da execução, observada a justiça gratuita.

O apelante sustenta (fls. 363/375), preliminarmente, cerceamento de defesa decorrente do julgamento antecipado, pois não teve oportunidade de produzir a prova grafotécnica, requerida por ambas as partes. No mérito, afirma que: a) o título executivo extrajudicial é dotado de certeza, liquidez e exigibilidade, tendo em vista que decorre de obrigação contratual firmada entre as partes, existindo divergência apenas quanto à quitação; b) o pagamento não depende de termo ou condição nem se sujeita a outras limitações, conferindo ao credor o poder de exigir do devedor que cumpra coercitivamente a obrigação pactuada; c) o Termo de Rescisão de Contrato não é autêntico, pois não há o reconhecimento de firmas nas assinaturas ao final do documento e não há sua rubrica nas demais páginas. Além disso, o débito é superior ao ali descrito, cujo recebimento nega; d) o distrato, em que houve suposta renúncia à parte expressiva do crédito, deveria se dar da mesma forma exigida para o contrato, ou seja, observadas as formalidades da Lei nº 4.947, de 06 de abril de 1966 e Decreto nº 59.566, de 14 de novembro de 1966, que disciplinam as normas aplicáveis ao Direito Agrário.

Recurso tempestivo e sem preparo, porque o apelante litiga com justiça

Acesso ao Sumário

gratuita (fls. 83/84).

Houve resposta (fls. 379/383).

Os autos foram distribuídos por prevenção ao AI n.º 2056056-87.2021.8.26.0000 para a 24ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal, relator Desembargador Salles Vieira, mas não foi conhecido, sob o entendimento de que o processo versa sobre negócio jurídico envolvendo parceria agrícola, que é matéria da competência da Terceira Subseção da Seção de Direito Privado desta Corte (fls. 389/396).

O feito foi então distribuído, livremente, para a 26ª Câmara de Direito Privado, sob a relatoria do Desembargador Felipe Ferreira (fl. 399), que representou pela redistribuição para esta 29ª Câmara de Direito Privado, ante a prevenção decorrente do julgamento do AI n.º 2171214-30.2020.8.26.0000 (fl. 400).

A Presidência da Seção de Direito Privado, considerando "(...) que, ainda, não está configurado conflito de competência", determinou a redistribuição para esta 29ª Câmara de Direito Privado (fls. 401/402).

É o relatório.

Em acórdão de minha relatoria proferida no AI n.º 2171214-30.2020.8.26.0000, tirado dos autos da execução de título extrajudicial n.º 1007669-93.2020.8.26.0032, o recurso não foi conhecido e foi determinada a sua redistribuição para a Segunda Subseção de Direito Privado (fls. 185/188).

Naquele julgamento foi reconhecido que, embora o título envolva negócio agropecuário, que pode ser enquadrado, extensivamente, no conceito de "parceria agrícola", a competência para julgamento não se desloca para as Câmaras integrantes da Terceira Subseção de Direito Privado. Isso porque a competência regida pelo artigo 5º, III.7, da Resolução nº 623/2013 ("Ações de arrendamento rural e de parceria agrícola") não abrange as execuções decorrentes de tal matéria.

O recurso foi, então, redistribuído para a 24ª Câmara de Direito Privado (fl. 189) e foi julgado por acórdão de relatoria do E. Desembargador Salles Vieira (fls. 190/198). O AI n.º 2056056-87.2021.8.26.0000, tirado dos presentes embargos à execução, foi distribuído por prevenção e julgado pela 24ª Câmara de Direito Privado (fls. 269/270).

Conforme constou do acórdão proferido no AI n.º 2171214-30.2020.8.26.0000, "há entendimento sedimentado neste c. Grupo Especial no sentido de que a competência genérica da Seção de Direito Privado II para julgamento das execuções de título extrajudicial encontra limite apenas nas exceções expressamente consignadas na Res. nº 623/13, como é o caso da execução de seguro habitacional (art. 5º, I.22), seguro-saúde (art. 5º, I.23), honorários advocatícios (art. 5º, III.5) ou alicerçadas em contrato de locação (5º,

Acesso ao Sumário

III.6).” (Conflito de Competência nº 0018474-29.2017.8.26.0000, Rel. Des. Artur Marques, j. 27.4.2017).

Então, ressalvadas as exceções previstas na Resolução nº 623/2013, as execuções singulares, quando fundadas em título executivo extrajudicial, como neste caso, e as ações tendentes a declarar-lhe a inexistência ou ineficácia, ou a decretar-lhe a anulação, são de competência de uma das Câmaras que compõem a Segunda Subseção de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, conforme o artigo 5º, II.3, da Resolução nº 623/2013, do Órgão Especial desta Corte.

Logo, ainda que o negócio jurídico subjacente envolva contrato agropecuário, a competência não é deslocada para Terceira Subseção de Direito Privado, pois o disposto no art. 5º, item III.7, da Resolução 623/2013 (“Ações de arrendamento rural e de parceria agrícola”) não abrange as execuções decorrentes de tal matéria.

Nesse sentido:

– COMPETÊNCIA RECURSAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO. CONTRATO DE PARCERIA AGRÍCOLA. TÍTULO EXTRAJUDICIAL. MATÉRIA INSERIDA NO ÂMBITO DA COMPETÊNCIA DA SUBSEÇÃO DE DIREITO PRIVADO II. INCIDÊNCIA DO ARTIGO 5º, II.3, DA RESOLUÇÃO 623/2013, E DO ENUNCIADO Nº 2 DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO. NÃO CONHECIMENTO E DETERMINAÇÃO DE REMESSA. A competência recursal nas ações de execução fundadas em título extrajudicial, na forma do artigo 5º, II.3, da Resolução 623/2013, é da Subseção de Direito Privado II. Não tem relevância, para a determinação respectiva a relação jurídica subjacente (Enunciado nº 2 da Seção de Direito Privado). (TJSP; Agravo de Instrumento 2272182-97.2022.8.26.0000; Relator (a): Antonio Rigolin; Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; Foro de Birigui – 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 22/02/2023; Data de Registro: 22/02/2023) (g.n.)

– CONFLITO DE COMPETÊNCIA. APELAÇÃO DISTRIBUÍDA À 18ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO QUE NÃO CONHECEU DO RECURSO, POSTERIORMENTE REDISTRIBUÍDO À 27ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO QUE SUSCITOU CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO MONITÓRIA INSTRUÍDA COM CHEQUES PRESCRITOS EMITIDOS PARA PAGAMENTO DE COMISSÃO DE CORRETAGEM RELATIVA A TRANSAÇÃO IMOBILIÁRIA. COMPETÊNCIA FIRMADA PELO PEDIDO INICIAL. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 103 DO REGIMENTO INTERNO DESTA CORTE. COMPETÊNCIA DISCIPLINADA PELA RESOLUÇÃO Nº 623/2013. A COBRANÇA SE FUNDA NOS CHEQUES, TÍTULOS EXECUTIVOS EXTRAJUDICIAIS, E, AINDA QUE PRESCRITA A SUA EXECUTORIEDADE, A DEMANDA DEVE SER JULGADA POR CÂMARA PERTENCENTE À SEGUNDA SUBSEÇÃO DE DIREITO PRIVADO DESTA CORTE. CONFLITO PROCEDENTE PARA DECLARAR COM-

Acesso ao Sumário

PETENTE A CÂMARA SUSCITADA. (TJSP; Conflito de competência cível 0040329-69.2014.8.26.0000; Relator (a): Henrique Nelson Calandra; Órgão Julgador: Grupo Especial da Seção do Direito Privado; Foro de Barueri – 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 07/08/2014; Data de Registro: 21/08/2014)

– Conflito de competência – Agravo interposto em execução de título extrajudicial (confissão de dívida) – Distribuição à 30ª Câmara de Direito Privado, que dele declinou em favor de uma das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial, que não conheceu do recurso por preventa a 30ª Câmara, por agravo conhecido e julgado antes da instalação da Câmara nova – Aplicação da Súmula 98 desta Corte – Matéria, no entanto, que não se insere dentre as de competência das Câmaras suscitante e suscitada, mas na de uma das Câmaras da Seção de Direito Privado II (11ª a 24ª, 37ª e 38ª Câmaras) – Dúvida prejudicada, determinada a redistribuição a uma das Câmaras da Subseção de Direito Privado II (Conflito de Competência nº 0085382-10.2013.8.26.0000, j. 19.9.2013, Rel. Des. João Carlos Saletti).

– Conflito de competência entre a 33ª e 12ª Câmaras de Direito Privado. Título executivo extrajudicial – Termo de confissão de dívida – Competência das Câmaras (11ª a 24ª e 37ª e 38ª) que integram a II Subseção de Direito Privado – Conflito de competência procedente Competente a 12ª Câmara (suscitada) (Conflito de Competência nº 0024905-50.2015.8.26.0000, j. 07.05.2015, Rel. Des. Melo Bueno).

Logo, como o caso não trata das exceções dos incisos III.5, III.6, III.8 a III.12, da Resolução nº 623/2013 (execuções relativas a honorários de profissionais liberais; locação de bem móvel ou imóvel; seguro de vida e acidentes pessoais; venda a crédito com reserva de domínio; arrendamento mercantil; mediação, gestão de negócios e mandato; e crédito de serventuário da justiça, de perito, intérprete e tradutor), é certo que o julgamento do apelo compete à 24ª Câmara de Direito Privado desta Corte, à qual ele foi inicialmente distribuído, não a esta 29ª Câmara.

Sendo assim, suscito conflito de competência e determino a remessa dos autos ao C. Grupo Especial (artigo 32, § 1º, do RITJ), competente para dirimi-lo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001745-87.2019.8.26.0242, da Comarca de Igarapava, em que é apelante LUZIA APARECIDA COSTA (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados ZURICH MINAS BRASIL SEGUROS S.A. e ZURICH SANTANDER BRASIL SEGUROS E PREVIDÊNCIA S.A..

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 51.391)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DIMAS RUBENS FONSECA (Presidente), RODRIGUES TORRES e FERREIRA DA CRUZ.

São Paulo, 18 de maio de 2023.

DIMAS RUBENS FONSECA, Relator

Ementa: SEGURO DE VIDA EM GRUPO. AÇÃO DE COBRANÇA. Incapacidade física que não se enquadra no conceito de invalidez permanente e total por doença, evento coberto pela apólice. Concessão de aposentadoria por invalidez pelo INSS que não torna, por si só, devida a indenização postulada. Incidência do princípio da força obrigatória dos contratos. Orientação firmada nos Recursos Especiais nºs 1.845.943/SP e 1.867.199/SP, julgados sob o regime dos recursos repetitivos. Improcedência do pedido inicial. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por **LUZIA APARECIDA COSTA** nos autos de ação de cobrança que move contra **ZURICH SANTANDER BRASIL SEGUROS E PREVIDÊNCIA S/A** e **ZURICH MINAS BRASIL SEGUROS S/A**, cujo pedido foi julgado improcedente, com condenação da autora ao pagamento das despesas processuais e de verba honorária fixada em dez por cento (10%) sobre o valor atualizado da causa, observada a gratuidade de justiça (fls. 414/421).

Aduziu a apelante, em síntese, que jamais teve a sua invalidez decorrente de invalidez funcional permanente e total por doença e sim, acidente de trabalho; que o laudo pericial foi elaborado com fundamento na ausência de IFPD, ao passo que, na verdade, houve acidente de trabalho; que houve omissão quanto à necessidade de auxílio de terceiros para o desempenho de funções inerentes à sua rotina; que está incapacitada para o exercício da função laborativa de motorista que desempenhava; que os seus direitos não podem ser reduzidos, e que a procedência do pedido deduzido na demanda é medida que se impõe (fls. 426/441).

Foram oferecidas contrarrazões com pedido de desprovimento do apelo

Acesso ao Sumário

(fls. 450/458).

É o relatório.

Tem-se dos autos que a então empregadora da apelante, Pedra Agroindustrial S/A (estipulante), celebrou o contrato de seguro em benefício dos seus trabalhadores, com coberturas para morte, morte acidental, invalidez permanente por acidente e invalidez por doença – funcional.

A controvérsia trazida a este grau de jurisdição consiste em saber se a segurada faz jus ao recebimento da indenização pleiteada (invalidez por doença funcional), pois, alega que é portadora de *"sérios problemas psiquiátricos desencadeados por ocasião do contrato de trabalho tendo como gatilho a opressão, assédio moral, cansaço, fadiga, vindo, pois, desencadear originalmente perda de consciência e de cognição significativas e sem remissão e irreversível, transtornos neurológicos, epilepsias, crises de ausência e de automatismo motor, transtornos neurológicos, em razão da função de motorista, passou a apresentar problemas na coluna lombar com quadro de radiculopatia, abaulamentos discais difusos, Artropatia, crises álgicas intensas e repetitivas com restrições funcionais"* (sic – fls. 02), com a concessão, pelo INSS, de aposentadoria por invalidez, em 20 de março de 2018 (carta de concessão à fls. 47).

A perita designada para examinar a apelante concluiu que: *"A condição da pericianda não se enquadra em situação para as indenizações pleiteadas (garantias para Invalidez permanente total ou parcial por acidente e Invalidez Funcional Permanente por doença). – As patologias constadas na avaliação pericial – Epilepsia CID 10 G40.0 – Epilepsia tipo focal e Transtorno Depressivo Grave CID 10 F32.2 sem sintomas psicóticos não guardam nexo com acidente de trabalho típico"* (sic – fls. 391).

Pois bem, assim é definida a cobertura para invalidez permanente por acidente: *"(...) é a perda, redução ou impotência funcional definitiva, parcial ou total, de um dos membros ou órgãos previstos na Tabela para Cálculo de Percentuais de Indenização em caso de Invalidez Permanente por Acidente, prevista no item 7 desta Clausula, em virtude de lesões físicas exclusivamente decorrentes de Acidente Pessoal coberto, desde que tais lesões sejam insuscetíveis de reabilitação ou recuperação pelos meios terapêuticos disponíveis no momento de sua constatação (...)"* (fls. 123).

Por sua vez, este é o conceito de acidente pessoal: *"o evento com data caracterizada, exclusivo e diretamente externo, súbito, involuntário, violento, e causador de lesão física, que, por si só e independente de toda e qualquer outra causa, tenha como consequência direta a morte, ou a invalidez permanente, total ou parcial, do segurado, ou que torne necessário tratamento médico, observando-se que: 3.1.1 Incluem-se ainda no conceito de Acidente Pessoal: a) o suicídio, ou a sua tentativa, que será equiparado, para fins de indenização, a*

Acesso ao Sumário

acidente pessoal, observada legislação em vigor; b) os acidentes decorrentes de ação da temperatura do ambiente ou influência atmosférica, quando a elas o segurado ficar sujeito, em decorrência de acidente coberto; c) os acidentes decorrentes de escapamento acidental de gases e vapores; d) os acidentes decorrentes de sequestros e tentativas de sequestros; e e) os acidentes decorrentes de alterações anatômicas ou funcionais da coluna vertebral, de origem traumática, causadas exclusivamente por fraturas ou luxações, radiologicamente comprovadas. 3.1.2 Excluem-se do conceito de Acidente Pessoal: a) as doenças, incluídas as profissionais, quaisquer que sejam suas causas, ainda que provocadas, desencadeadas ou agravadas, direta ou indiretamente por acidente, ressalvadas as infecções, estados septicêmicos e embolias, resultantes de ferimento visível causado em decorrência de acidente coberto;" (fls. 94).

Por fim, a cobertura para a invalidez por doença funcional foi assim estabelecida: *"(...) Esta Cobertura, desde que contratada, garante ao Segurado o pagamento de uma Indenização, em caso de Invalidez Funcional Total e Permanente, em consequência de doença que cause a perda de sua existência independente, sob critérios devidamente especificados no item Riscos Cobertos desta Cobertura, exceto se decorrente de Riscos Excluídos, observados os demais termos desta Cobertura, das Condições Gerais e as demais Disposições Contratuais"* (fls. 137).

Na hipótese em estudo, a perita designada para examinar a segurada afirmou que a doença da qual ela é portadora não teve correlação a suas atividades laborativas, tampouco o invalidaram para as relações com o cotidiano e, assim, não se enquadra na cobertura da apólice securitária. Tenha-se em conta que o entender da perita não vincula o julgador, que tem inteira liberdade para formar a sua convicção, adstrita aos elementos objetivos dos autos, sem consideração subjetiva.

Pontue-se que os documentos médicos trazidos aos autos, às fls. 18/40 (provas unilaterais, portanto), não são suficientes para afastar as conclusões trazidas pela perita do IMESC, órgão imparcial e de confiança do Juízo.

Acesso ao Sumário

Convém pontuar, ainda, que as disposições que descrevem o risco coberto em contrato de seguro devem ser interpretadas restritivamente, sob pena de abalo ao equilíbrio dos cálculos atuariais que sustentam o dimensionamento da indenização e do prêmio securitários.

Desse modo, conclui-se que a moléstia apresentada pela segurada não está inserida entre os riscos contemplados pela apólice.

Pontifique-se que a concessão de aposentadoria por invalidez pelo INSS não torna, por si só, devida a indenização postulada, por versar a causa da concessão do benefício previdenciário sobre riscos não incluídos na apólice, sob pena de violação aos princípios do pacta sunt servanda, da boa-fé objetiva e da

autonomia da vontade.

Nessa ordem de ideias, com fulcro nos princípios do pacta sunt servanda, da boa-fé objetiva e da autonomia da vontade e, ainda, observados os arts. 757, 760 e 765, todos do Código Civil, a improcedência do pedido inicial era medida de rigor.

Oportuno salientar, por fim, que o STJ definiu o Tema 10681, cuja tese é a seguinte: *"Não é ilegal ou abusiva a cláusula que prevê a cobertura adicional de invalidez funcional permanente total por doença (IFPD) em contrato de seguro de vida em grupo, condicionando o pagamento da indenização securitária à perda da existência independente do segurado, comprovada por declaração médica"*.

Alfim, tendo em vista a necessidade de fixação de remuneração pelo trabalho adicional realizado pelos patronos da apelada na fase recursal e observados os parâmetros legais, com espeque no art. 85, § 11, do CPC/2015, a verba honorária devida pela apelante é majorada de dez por cento (10%) para doze por cento (12%) do valor atualizado da causa, observada a gratuidade processual concedida.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1008767-17.2022.8.26.0009, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes L.S.B. (REPRESENTANDO MENOR) e H.S.S. (MENOR), é apelado S.A.C.S.S. S/A.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U. Sustentou oralmente a advogada Dra. Luiza Monteiro Lucena.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.643)**

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

São Paulo, 19 de maio de 2023.

MOREIRA VIEGAS, Relator

Ementa: PLANO DE SAÚDE – Paciente portador de transtorno do espectro autista – Prescrição médica de tratamento multidisciplinar pela metodologia ABA – Negativa de cobertura – Restrição contratual alegada

Acesso ao Sumário

– Inadmissibilidade – Incidência do Código de Defesa do Consumidor e da Lei nº 9.656/98 – Abusividade de cláusula reconhecida – Necessidade do paciente incontroversa – Incidência da Súmula 102, deste Tribunal – Afronta à regra do artigo 51, IV e § 1º, II, do CDC – Exclusão contratual que afrontaria a própria função social do contrato de plano de saúde – Alteração da Lei nº 9.656/98 pela Lei nº 14.454 de 21 de setembro de 2022 – Rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar que constitui referência básica para os planos de saúde – Cobertura devida – Operadora de saúde que indicou novos estabelecimentos cuja distância geográfica não inviabiliza o acompanhamento do menor – Sentença mantida – Recursos desprovidos.

VOTO

Apelações interpostas em face da r. sentença de fls. 921-933, relatório adotado, que, em ação cominatória, julgou parcialmente procedente o pedido, para determinar à companhia ré o fornecimento ao autor do tratamento multidisciplinar contínuo com a psicologia, a fonoaudiologia, a terapia ocupacional com integração sensorial, nutricionista com especialização em seletividade alimentar, a psicopedagogia, psicomotricidade, fisioterapia, musicoterapia, hidroterapia e Pediasuit, em clínicas de sua rede referenciada, dentre as indicadas nos autos e outras que tiver em sua rede, a que for mais adequada para o autor, cabendo a seus genitores a escolha, observando-se que a carga horária, método (ABA ou não), ordem (se o caso), serão ajustadas entre os profissionais que prestarão tais serviços e seus genitores, além da consulta mensal com neurologista infantil, providenciando a ré as autorizações necessárias para tal fim, o que deverá ser demonstrado nos autos em até 10 dias, sob pena de pagamento da multa já arbitrada. Sucumbente, arcará a parte requerida com o pagamento das custas, eventuais despesas processuais e honorários advocatícios de 10% sobre o valor atualizado da causa.

Apela a ré (fls. 952-979), alegando, em breve síntese, a ausência de cobertura contratual para o tratamento do autor pelo método pretendido. Aduz, ademais, que a técnica pleiteada não consta no rol de coberturas obrigatórias da ANS, o qual é taxativo. Assevera a legalidade da previsão contratual de cláusulas limitativas da cobertura. Afirma, por fim, que em caso de atendimento em clínica não referenciada, o reembolso deve se dar de forma parcial, nos limites contratuais.

Acesso ao Sumário

Apela o autor (fls. 1052-1094), pugnando, em suma, pela cobertura integral do tratamento a ser realizado em clínica de sua escolha, uma vez que a Apelada não possui clínica credenciada apta para atender todas as necessidades do Apelante.

Recursos processados, contrarrazões às fls. 1157-1163 e 1164-1186.

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo parcial provimento do recurso do autor (fls. 1205-1212), a fim de que a requerida seja obrigada a fornecer o integral tratamento multidisciplinar prescrito pelo médico e em local próximo à residência do menor.

É o relatório.

Segundo se depreende dos autos, o autor é beneficiário do plano de saúde da ré e, após ser diagnosticado com transtorno do espectro autista, foi-lhe indicado o tratamento multidisciplinar com neurologista infantil mensal, psicologia ABA 20 horas semanais, fonoaudiologia ABA PECS, TEACHH 3 horas semanais, terapia ocupacional com integração sensorial 2 horas semanais, terapia ocupacional aquática 1 hora semanal, musicoterapia 2 horas semanais, neuropsicologia ABA 1 hora semanal, nutricionista com especialização em seletividade alimentar 2 horas semanais, psicopedagogia ABA 1 hora semanal, psicomotricidade ABA 2 horas semanais, fisioterapia aquática 1 hora semanal, hidroterapia 1 hora semanal, Pediasuit 4 horas semanais. O tratamento foi negado sob o argumento de que haveria restrição na previsão para esta cobertura no rol da ANS.

Tratando-se de plano de saúde, são aplicáveis as normas do Código de Defesa do Consumidor. Nas lições de Cláudia Lima Marques (in *"Contratos no Código de Defesa do Consumidor"*, 4ª edição, página 399):

> *"(...) apesar da L. 9656/98, na sua versão atual, nominar os antigos contratos de seguro-saúde como planos privados de assistência à saúde, indiscutível que tanto os antigos contratos de seguro-saúde, os atuais planos de saúde, como os, também comuns, contratos de assistência médica possuem características e sobretudo uma finalidade em comum: o tratamento e a segurança contra os riscos envolvendo a saúde do consumidor e de sua família ou dependentes. Mencione-se, assim, com o eminente Professor e Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, que: 'Dúvida não pode haver quanto à aplicação do Código do Consumidor sobre os serviços prestados pelas empresas de medicina de grupo, de prestação especializada em seguro-saúde. A forma jurídica que pode revestir esta categoria de serviço ao consumidor, portanto, não desqualifica a incidência do Código do Consumidor. O reconhecimento da aplicação do Código do Consumidor implica subordinar os contratos aos direitos básicos do consumidor, previstos no art. 6º do Código(...)"*

Acesso ao Sumário

O entendimento dos Tribunais é o de interpretar o contrato em favor do consumidor, especialmente em se tratando de contrato de adesão, nos quais as cláusulas foram redigidas por apenas uma das partes. A previsão legal de limitação de riscos não significa que qualquer uma delas seja aceita como legítima: existe essa faculdade, mas ela deve ser exercida de acordo com a boa-fé e com as regras de proteção ao consumidor.

Ressalte-se mais que, por força da Súmula 608 do Superior Tribunal de Justiça, aplica-se à demanda o Código de Defesa do Consumidor, cujo artigo 51, inciso IV, do referido Código, prevê expressamente:

> *"Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) IV estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade".*

Portanto, tendo as partes celebrado contrato com previsão de cobertura de despesas relativas à assistência médico-hospitalar, sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, não poderia a ré negar ao autor cobertura dos custos o tratamento indicado pelo médico que o assiste.

No caso, o contrato não exclui a cobertura das moléstias que acometem o autor, sendo de rigor a cobertura do tratamento indicado, não se reputando plausível a negativa de cobertura integral dos procedimentos necessários a tal tratamento, sob pena de torná-lo ineficaz ao seu objetivo. Ora, não há como se excluir o tratamento destinado ao restabelecimento do paciente, ainda mais quando o procedimento tenha sido indicado por médico especialista.

Esse entendimento, inclusive, foi congregado em enunciado sumular orientativo desta Corte:

> *"Súmula 102: Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS."*

Desse modo, havendo a citada cobertura, é obrigação da ré disponibilizar o tratamento indicado ao consumidor, sendo descabida a alegação de que deve prevalecer a cláusula do contrato, porque coloca o consumidor em desvantagem exagerada, indo contra os princípios da boa-fé e equilíbrio contratual.

Nesse sentido, esta colenda Corte já deixou consignado:

> *Apelação. Obrigação de fazer. Plano de saúde. Prescrição médica para tratamentos de EQUOTERAPIA e fisioterapia pelo método PEDIASUIT. Não compete à operadora definir ou questionar a necessidade dos tratamentos, se indicado por médico habilitado. E quanto à técnica empregada no tratamento, deve ser utilizada a que surta o melhor resultado possível, reduzindo assim a possibilidade de complicações e agravamento do*

Acesso ao Sumário

quadro, o que pode, inclusive, onerar ainda mais a operadora. Súmula 102 deste E. 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." A pretendida limitação contratual do número de reembolsos para as sessões não pode prevalecer, pois frustra a finalidade principal do contrato de seguro-saúde que é preservar a saúde do paciente e recuperá-lo integralmente. Apelo desprovido (Relator(a): Silvério da Silva; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 08/02/2017; Data de registro: 08/02/2017).

APELAÇÃO. Plano de saúde. Ação de obrigação de fazer. Negativa de tratamento. Autor portador de Mielomeningocele, Síndrome de Chiari, associada à Anóxia Neonatal, com quadro de Quadriparesia e ADNPM Global (CID: Q05 – Espinha Bífida, Q07.0 – Síndrome de Arnold – Chiari, P 21 – Asfixia ao nascer, G82.4 – Tetraplegia Espástica, F83 – Transtornos específicos misto do desenvolvimento). Sentença de procedência. Inconformismo da ré. Aplicação do CDC. Negativa de procedimento cirúrgico abusiva. O rol da ANS é meramente exemplificativo e não restritivo. Negar o procedimento seria negar o próprio tratamento da doença, bem como, vigência ao contrato estabelecido entre as partes. Danos morais configurados e "quantum" mantido. Honorários sucumbenciais que não comportam alteração. Recurso a que se nega provimento (Relator(a): José Rubens Queiroz Gomes; Comarca: Piracicaba; Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 30/06/2016; Data de registro: 30/06/2016).

Ressaltado, desde logo, que a decisão do Superior Tribunal de Justiça reconhecendo a taxatividade do rol da ANS não possui eficácia vinculante. Não bastasse, a recente alteração da Lei nº 9.656/98 pela Lei nº 14.454 de 21 de setembro de 2022, colocou fim à discussão sobre o caráter "exemplificativo" ou "taxativo" do rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar da ANS ao dispor que: *a)* este constitui referência básica para os planos de saúde (artigo 10, § 12); e *b)* em caso de tratamento ou procedimento prescrito por médico ou odontólogo assistente não previsto no rol, a cobertura deverá ser autorizada pelo plano, desde que exista comprovação de eficácia à luz das ciências da saúde, baseada em evidências científicas e plano terapêutico (artigo 10, § 13, I), o que é o caso dos autos.

É cediço que a ANS volta-se à fiscalização, organização e normatização dos procedimentos médicos, mas atua em caráter administrativo, sendo desvinculada das descobertas médicas e decisões neste sentido que sempre caminham na sua frente.

Acesso ao Sumário

Observa-se que a CID 10, no capítulo V 1, prevê todos os tipos de Transtornos do Desenvolvimento Psicológico. E um destes é o Transtorno Global do Desenvolvimento, do qual o autismo é um subtipo. Da mesma forma, a Lei 12.764 de 2012, que instituiu a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista, prevê em seus artigos 2º, III e 3º, III, b 2 a obrigatoriedade do fornecimento de atendimento multiprofissional ao paciente diagnosticado com autismo.

Havendo prescrição do tratamento pelo médico para a evolução da saúde e do bem-estar do autor, o plano de saúde não pode interferir ou restringir os procedimentos adotados pelo profissional, o que caracteriza a conduta ilícita.

O direito à vida é inato e o bem jurídico maior de todos, sem o qual sequer direito haveria de existir. Daí porque podemos concluir que efetivamente está presente o direito do autor ao custeio do tratamento multidisciplinar, nos moldes prescritos pelo médico responsável. E mais: não há que se limitar a cobertura ao teto máximo dos valores aplicados às terapias convencionais e mediante reembolso, pois se afigura, a princípio, abusiva e ilegal, considerando que foi expressamente recomendado por médico e vinculado à doença coberta pelo contrato.

É bem verdade que o contrato pode estabelecer algumas limitações ao direito do consumidor, excluindo alguns tipos de tratamento, bem como a cobertura de algumas doenças, entretanto, não pode furtar-se a custear o tratamento daquelas doenças cobertas pelo plano, sendo vedada a meia-cobertura.

Sobre o tema, confira-se magistério de Maria Stella Gregori:

> "A obrigação da globalização da assistência, ao incluir a cobertura de todas as doenças previstas na CID, tornou defesa a exclusão de patologias, bem como a limitação de procedimentos médicos, hospitalares ou odontológicos. As operadoras vendiam a ideia da integralidade da cobertura, mas deixavam à conta do SUS os procedimentos de alta complexidade e custos elevados. Determinavam livremente as condições contratuais, delimitando o que era e o que não era coberto." (In: Planos de Saúde: A ótica da proteção do consumidor. Maria Stella Gregori, 3ª Ed., Revista dos Tribunais, São Paulo: 2011. p. 183)

Ademais, é considerada iníqua a cláusula que limita a cobertura a doenças, procedimentos e tratamentos. Assim, não se pode negar o direito do segurado a uma vida com dignidade, quando houver um tratamento idôneo a aliviar seu sofrimento, restituindo sua qualidade de vida e estendendo sua sobrevida.

Neste sentido, confiram-se os seguintes precedentes:

> "APELAÇÃO CÍVEL – PLANO DE SAÚDE – Ação de obrigação de fazer – Negativa de cobertura de sessões de terapia ocupacional, psicoterapia e fonoterapia – Inadmissibilidade – É vedado à seguradora influir

Acesso ao Sumário

na escolha do tratamento ao paciente, cabendo, apenas, ao médico essa escolha – Inteligência da Súmula nº 102 deste E. TJSP que não pode ser relativizada como pretende a recorrente – Sentença mantida – Recurso não provido" (TJSP; Apelação 1037123-71.2017.8.26.0114; Relator (a): José Carlos Ferreira Alves; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro de Campinas – 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 09/04/2018; Data de Registro: 09/04/2018).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – Plano de saúde – Menor com diagnóstico de transtorno do espectro autista – Indicação de tratamento médico mediante terapia ABA (integração psicológica, terapia ocupacional e fonoaudiologia) – 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 do TJSP – Método de tratamento específico necessário para conferir melhor qualidade de vida e desenvolvimento ao autista, o que não pode ser obtido pelo fornecimento de profissionais sem interação e experiência sobre o autismo – Obrigatoriedade de custeio integral se não for disponibilizado o tratamento prescrito na rede credenciada – Reembolso determinado mediante a apresentação da nota fiscal da prestadora do serviço – Recurso desprovido" (TJSP; Apelação 1020696-33.2016.8.26.0114; Relator (a): Alcides Leopoldo; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro de Campinas – 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 19/12/2017; Data de Registro: 10/01/2018).

Nem mesmo a alegação de desrespeito ao equilíbrio contratual pode justificar a aplicação da cláusula de exclusão de tratamento adequado à doença cuja cobertura é prevista, pois ao conceder-lhe cobertura, impossível o afastamento do tratamento necessário, e aqui a doença encontra-se satisfatoriamente demonstrada.

Além disso, impera salientar que, se por iniciativa própria a ré passou a atuar na área de saúde, atraiu para si responsabilidades e não só a possibilidade de lucro do negócio.

Ante a essencialidade do solicitado para o tratamento mais adequado do paciente, não há mesmo falar em exclusão de cobertura, por falta de previsão contratual.

Vale destacar, por fim, que o STJ recentemente considerou abusiva a recusa de cobertura de terapias especializadas prescritas para tratamento de TEA, determinando a ampla cobertura:

"RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AUSÊNCIA. PLANO DE SAÚDE. NATUREZA TAXATIVA, EM REGRA,

Acesso ao Sumário

DO ROL DA ANS. TRATAMENTO MULTIDISCIPLINAR PRESCRITO PARA BENEFICIÁRIO PORTADOR DE TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA. MUSICOTERAPIA. COBERTURA OBRIGATÓRIA. REEMBOLSO INTEGRAL. EXCEPCIONALIDADE.

1. Ação de obrigação de fazer, ajuizada em 23/10/2020, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 06/04/2022 e concluso ao gabinete em 15/12/2022.

2. O propósito recursal é decidir sobre: (i) a negativa de prestação jurisdicional; (ii) a obrigação de a operadora do plano de saúde cobrir as terapias multidisciplinares prescritas para usuário com transtorno do espectro autista, incluindo a musicoterapia; e (iii) a obrigação de reembolso integral das despesas assumidas pelo beneficiário com o custeio do tratamento realizado fora da rede credenciada.

3. Devidamente analisadas e discutidas as questões de mérito, e suficientemente fundamentado o acórdão recorrido, de modo a esgotar a prestação jurisdicional, não há falar em violação do art. 1.022, II, do CPC/15.

4. Embora fixando a tese quanto à taxatividade, em regra, do rol de procedimentos e eventos em saúde da ANS, a Segunda Seção negou provimento ao EREsp 1.889.704/SP da operadora do plano de saúde, para manter acórdão da Terceira Turma que concluiu ser abusiva a recusa de cobertura de sessões de terapias especializadas prescritas para o tratamento de transtorno do espectro autista (TEA).

5. Ao julgamento realizado pela Segunda Seção, sobrevieram diversas manifestações da ANS, no sentido de reafirmar a importância das terapias multidisciplinares para os portadores de transtornos globais do desenvolvimento, dentre os quais se inclui o transtorno do espectro autista, e de favorecer, por conseguinte, o seu tratamento integral e ilimitado.

6. A musicoterapia foi incluída à Política Nacional de Práticas Integrativas e Complementares (PNPIC) no Sistema Único de Saúde, que visa à prevenção de agravos e à promoção e recuperação da saúde, com ênfase na atenção básica, voltada para o cuidado continuado, humanizado e integral em saúde (Portaria nº 849, de 27 de março de 2017, do Ministério da Saúde), sendo de cobertura obrigatória no tratamento multidisciplinar, prescrito pelo médico assistente e realizado por profissional de saúde especializado para tanto, do beneficiário portador de transtorno do espectro autista.

7. Segundo a jurisprudência, o reembolso das despesas médico-hos-

Acesso ao Sumário

pitalares efetuadas pelo beneficiário com tratamento/atendimento de saúde fora da rede credenciada pode ser admitido somente em hipóteses excepcionais, tais como a inexistência ou insuficiência de estabelecimento ou profissional credenciado no local e urgência ou emergência do procedimento, e, nessas circunstâncias, poderá ser limitado aos preços e às tabelas efetivamente contratados com o plano de saúde.

8. Distinguem-se, da hipótese tratada na orientação jurisprudencial sobre o reembolso nos limites do contrato, as situações em que se caracteriza a inexecução do contrato pela operadora, causadora de danos materiais ao beneficiário, a ensejar o direito ao reembolso integral das despesas realizadas por este, a saber: inobservância de prestação assumida no contrato, descumprimento de ordem judicial que determina a cobertura do tratamento ou violação de atos normativos da ANS.

9. Hipótese em que deve ser mantido o tratamento multidisciplinar prescrito pelo médico assistente para o tratamento de beneficiário portador de transtorno do espectro autista, inclusive as sessões de musicoterapia, sendo devido o reembolso integral apenas se demonstrado o descumprimento da ordem judicial que deferiu a antecipação dos efeitos da tutela, observados os limites estabelecidos na sentença e no acórdão recorrido com relação à cobertura da musicoterapia e da psicopedagogia.

10. Recurso especial conhecido e desprovido." (REsp 2043003, 3ª Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, publicado em 23/03/23)

Ademais, a sentença expressou que *"a ré indicou 04 clínicas (fls. 363 e 383), não sendo mais bem justificado, por ora, que não tenham condições de prestar o tratamento adequado ao autor."* (fls. 923), sendo imperioso que o reembolso de despesas realizadas com o tratamento do infante ocorra na forma já determinada.

Isso porque, em pesquisa realizada junto ao Google Maps, apurou-se que o tempo despendido para deslocar-se até os estabelecimentos indicados pela ré, em transporte público, pouco difere daquele ao qual o menor já estava habituado, salientando-se que para a clínica N.K. o percurso levaria em torno de 1h10m e para um dos credenciados indicados, entre 1h05m e 1h30m. Logo, em que pese a irresignação do exequente, os novos estabelecimentos indicados pela operadora de saúde atendem aos critérios delineados pelo v. acórdão, sendo, pois, de rigor a manutenção da r. sentença.

Mais não é preciso acrescentar, sob pena de incorrer-se em desnecessária circundução.

Acesso ao Sumário

Em observância ao art. 85, §§ 1º e 11, do Código de Processo Civil, majoram-se os honorários advocatícios para 15% sobre o valor da causa.

Diante do exposto, nega-se provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0001864-79.2013.8.26.0176, da Comarca de Embu das Artes, em que são apelantes ASCENDINO PEDRO DA SILVA e APARECIDA DE FATIMA JESUS DA SILVA, são apelados ANTÔNIO BATISTA MEDINA, AURELIA GIGLIO MEDINA, JOAO BATISTA MEDINA e BERNARDINA DOS SANTOS JACOB.

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 43.865)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ APARÍCIO COELHO PRADO NETO (Presidente) e COELHO MENDES.

São Paulo, 19 de maio de 2023.

ELCIO TRUJILLO, Relator

Ementa: USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA – Extinção – Autores que não atenderam à determinação de promover o andamento do feito – Ausência, no entanto, de intimação pessoal da parte para suprir a falta em 05 (cinco) dias, antes que a ação fosse extinta – Aplicação do art. 485, inciso III e parágrafo 1º do CPC – Sentença anulada – Prosseguimento do feito determinado – RECURSO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 198, cujo relatório se adota, que julgou extinto o processo, sem apreciação do mérito, com base no artigo 485, inciso III do Código de Processo Civil.

Apelam os autores pela reforma da r. sentença para afastar o decreto de extinção e dar-se prosseguimento à ação (fls. 200/211). Ausente contrarrazões (certidão de fls. 213-v).

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

A r. sentença de fls. 198 julgou extinto o processo sem resolução do mérito, com fundamento no artigo 485, inciso III do Código de Processo Civil, diante inércia da parte autora em se diligenciar para dar andamento ao feito, tal como determinado às fls. 193.

Contudo, equivocou a D. Magistrada ao decretar a extinção, sem intimar a autora para dar prosseguimento ao feito na forma prevista pelo Estatuto Processual Civil, ou seja, mediante intimação pessoal.

Não havendo a determinação da intimação pessoal da autora para que suprisse a falta em 05 (cinco) dias – artigo 485, inciso III, parágrafo 1º do CPC – antes da extinção desta demanda, forçosa a consequente anulação da r. sentença de fls. 198 e determinação de prosseguimento do feito com a observação dos ditames legais.

Observa-se que o mandado de intimação por oficial de justiça juntado às fls. 195/197 data de maio de 2020, referente à determinação anterior e que foi cumprida às fls. 179, tanto que, em sequência, foi determinada a citação dos réus às fls. 181, com a manifestação dos citados às fls. 187/192.

Com relação à nova determinação de manifestação por parte dos autores quanto aos documentos juntados pelo espólio réu, não foi determinada a intimação pessoal da parte autora, levando o juízo ao erro quando da juntada tardia de mandado de intimação referente a uma determinação anterior, e que foi cumprida.

Cumpre maior atenção ao julgador no sentido, inclusive, cumprindo regularmente o comando fixado pela legislação processual civil, afastar os riscos de nulidade por questões simples como, no caso presente, a extinção do feito, não obstante ausente prévia e indispensável intimação pessoal da parte para motivar o adequado andamento conforme determina, de forma expressa, o parágrafo 1º do artigo 485 do Código de Processo Civil.

Ao que se verifica da documentação encartada, a parte autora não foi intimada pessoalmente para fins do disposto pelo artigo citado.

Inviável, por conseguinte, a extinção do feito.

Nesse sentido, a jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

> *"AÇÃO DE USUCAPIÃO. Extinção do processo, sem resolução do mérito por abandono, com fundamento no art. 485, inciso III, do CPC. Irresignação da autora. Cabimento. Ausência de intimação pessoal das autoras para promover o andamento do feito, nos termos que exige o § 1º, do art. 485, do CPC. Não localizadas as partes no endereço indicado na inicial para promoverem os atos e diligências que lhe competirem, deve-se promover a intimação por edital, antes da extinção anômala do feito.*

Acesso ao Sumário

Precedentes do A. STJ. Sentença anulada, com determinação de retorno dos autos à origem para regular prosseguimento.

Prestígio ao princípio da inafastabilidade de jurisdição e da primazia do julgamento de mérito. Inteligência dos art. 4 e 6º, do CPC. RECURSO PROVIDO." (6ª Câmara D. Privado, Apelação cível nº 0001965-03.2008.8.26.0238, Rel. Des. Rodolfo Pellizari, j. 11.12.2019, v.u.);

"APELAÇÃO. ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA. Sentença de extinção do feito sem julgamento do mérito, nos termos do art. 485, inciso VI, do CPC. Apelo postulando a alteração total do julgado. A extinção por abandono só é cabível quando cumprida a determinação legal prevista no art. 485, § 1º, do CPC. Necessidade de intimação pessoal da exequente. Intimação não realizada nem mesmo na pessoa do patrono do autor. Sentença anulada, ensejando o retorno do feito à origem para a realização de nova diligência, possibilitando a tentativa de intimação pessoal o autor para dar andamento ao feito. RECURSO PROVIDO." (10ª Câmara D. Privado, Apelação cível nº 1002317-23.2014.8.26.0564, Rel. Des. Silvia Maria Facchina Espósito Martinez, j. 26.11.2019, v.u.);

"USUCAPIÃO PROCESSO EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO POR INÉRCIA DOS AUTORES DA ANÁLISE DOS AUTOS POSSÍVEL DEPREENDER QUE O PROCESSO TRAMITA HÁ MAIS DE 2 ANOS PRAZO NÃO PEREMPTÓRIO PARA OS AUTORES SE MANIFESTAREM AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 485, § 1º, DO CPC – APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ECONOMIA E EFETIVIDADE PROCESSUAIS – SENTENÇA REFORMADA PARA O REGULAR PROSSEGUIMENTO DO PROCESSO APELO PROVIDO." (8ª Câmara D. Privado, Apelação cível nº 1034947-80.2017.8.26.0224, Rel. Des. Theodureto Camargo, j. 29.11.2019, v.u.);

"PROCESSO – Extinção sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, III, do Código de Processo Civil – Necessidade de intimação pessoal – Inobservância do disposto no art. 485, § 1º, do CPC – Extinção afastada – Regular sequência do feito determinada – Recurso provido." (1ª Câmara D. Privado, Apelação cível nº 1000621-95.2018.8.26.0374, Rel. Des. Luiz Antônio de Godoy, j. 25.11.2019, v.u.).

Cumpre, portanto, em face do evidente prejuízo gerado pela não observância da regra processual, seja declarada nula a r. sentença de fls. 198 e, com o retorno dos autos à origem, o seu regular processamento, prejudicada a análise dos demais tópicos.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1046082-71.2020.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante NIÉLLEM CRUZ SANTOS, é apelado SHOPPING CENTER IBIRAPUERA S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.711)**

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

São Paulo, 19 de maio de 2023.

MARIA LÚCIA PIZZOTTI, Relatora

Ementa: APELAÇÃO – RECURSO DA AUTORA – RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL – ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS POR PARTE DE PREPOSTO DO RÉU – PERSEGUIÇÃO E INTIMIDAÇÃO PRATICADOS NAS DEPENDÊNCIAS DO SHOPPING – ACUSAÇÃO INFUNDADA DE ATO ILÍCITO – AUTORA QUE FOI FORÇADA A ENTREGAR SEU CELULAR PARA O PREPOSTO DO RÉU – NARRATIVA CORROBORADA PELAS PROVAS PRODUZIDAS – AUSÊNCIA DE CONTRAPROVAS POR PARTE DO RÉU – ATO ILÍCITO DO PREPOSTO DEMONSTRADO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO SHOPPING – NEXO DE CAUSALIDADE – DANOS MORAIS CARACTERIZADOS – INDENIZAÇÃO DEVIDA – RECURSO DA AUTORA PROVIDO

1 – O conjunto probatório permite concluir, seguramente, que o preposto do réu perseguiu e intimidou a autora, coagindo-a a entregar o celular para apurar uma denúncia de fotografia indevida. Além de inexistente qualquer ato ilícito por parte da autora, o preposto do réu, mero funcionário do shopping, jamais poderia agir da forma como procedera, pois forçou, em público, uma constrangedora devassa dos dados privados da autora, dando ensejo à reparação por da-

Acesso ao Sumário

nos morais.

2 – Evidenciados o ato ilícito, suas inúmeras violações aos direitos da autora e, naturalmente, as consequências lesivas no estado anímico da vítima, conclui-se pelo cabimento de indenização por danos morais, quantificada em quinze mil reais à luz das peculiaridades do caso.

RECURSO DA AUTORA PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. Sentença de fls. 383/390, cujo relatório se adota, que julgou **IMPROCEDENTES** os pedidos iniciais, condenando a autora ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios, fixados em dez por cento sobre o valor atualizado da causa, observada a gratuidade.

O d. Magistrado *a quo* avaliou as provas e concluiu não haver lastro suficiente para albergar a versão deduzida na exordial, não vislumbrando, portanto, ato ilícito da parte do réu.

Em síntese, a autora reitera a argumentação a respeito da existência de provas suficientes para concluir pelo ato ilícito imputável ao réu, gerando danos morais indenizáveis (fls. 395/408).

Contrarrazões (fls. 412/423).

É a síntese do necessário.

O recurso da autora merece provimento.

Trata-se de ação condenatória fundada em *responsabilidade civil aquiliana* (extracontratual). Resumidamente, a autora trabalhava num quiosque comercializador de açaí localizado no Shopping Ibirapuera (réu) quando, alega, foi vítima de uma perseguição sucedida por uma **intimidação** por parte do preposto do réu (Anderson), que teria coagido a autora a entregar seu celular para checar se ela não havia tirado foto dos dados bancários de uma cliente transeunte, os quais estavam expostos no visor do caixa eletrônico.

As partes controvertem a existência da intimidação, visto que, na tese defensiva, a autora não logrou reunir provas aptas a demonstrar o episódio, inexistindo, portanto, causalidade entre qualquer conduta da empresa e os danos morais.

Entendo que há provas suficientes a respeito da violência sofrida pela autora por parte do preposto do shopping, inexistindo, da parte deste, contraprovas capazes de ilidir a valoração das provas que aqui se faz.

Acesso ao Sumário

A contestação do réu não impugna, especificamente, as alegações de fato. À exceção de uma única frase lançada aleatoriamente no bojo da peça (fls. 38, *"A autora, em momento algum (sic) foi vítima de abordagem constrangedora..."*), o réu **jamais expôs o que, de fato, ocorrera.** Adotou como estratégia uma linha argumentativa que se limita a **questionar a força probante dos documentos coligidos até então**, não aproveitando a oportunidade para revelar **o que aconteceu**. Essa opção, naturalmente, envolve riscos que, no caso, **pesam desfavoravelmente** à defesa, pobre em conteúdo.

Do ponto de vista estritamente técnico, a autora logrou êxito em, preliminarmente, provar indícios do ocorrido. Corroborando com sua alegação de que, de fato, tirou uma fotografia com seu celular mas **do caixa eletrônico que não estava funcionando** (e não do caixa onde estava a cliente que deu início a celeuma), a autora juntou desde o início a **fatídica foto** (fls. 26). Em seguida, **sinalizando sua boa-fé**, a autora declarou sua versão dos fatos à autoridade policial, registrando um boletim de ocorrência (fls. 24/25).

O réu, em vista disso, centrou suas palavras em **atacar a força probatória** desses documentos, ignorando que, a respeito **da valoração das provas**, cabe ao **Magistrado** dizer se tal prova merece essa ou aquela fé. Embora legítima, essa estratégia processual reflete uma **aposta numa atividade eminentemente jurisdicional**, deixando de lado uma linha mais **eficiente**, qual seja, a **produção de provas acerca das alegações de fato modificativos, impeditivos e extintivos** (CPC, art. 373, II).

E isso não foi feito. O réu, além de silenciar sobre a sua versão dos fatos (p. ex., negar que houve entrega do celular, o que esse foi voluntário – hipótese que só foi admitida pelo réu agora em contrarrazões, obviamente tardia), **não fez prova alguma** para derruir a força emante dos documentos coligidos com a inicial. Ora, o réu poderia **simplesmente** anexar aos autos o registro audiovisual do episódio, mas, sem qualquer explicação **fidedigna**, disse que *"não possui as imagens dos fatos relatados na inicial"* (fls. 305).

O ônus decorrente de sua negligência probatória é, portanto, aquele esculpido no art. 373, II, do Código de Processo Civil. Não se trata aqui de **inversão do ônus da prova**, visto que não há relação de consumo ou outra motivação para sua distribuição dinâmica. É estritamente a **aplicação da distribuição estática**, ordinária, padrão do ônus de prova, imputando ao réu o ônus (e não o dever) de comprovar alegações de fato modificativo, impeditivo ou extintivo. Nada mais que isso.

Assim, da forma como proposta a demanda, entendo que, **desde a contestação**, frágil em argumentos e provas, **já era possível condenar o réu**. No entanto, a instrução foi **dilatada** por ordem desta C. Câmara, vindo aos autos valiosa **prova oral** a respeito da controvérsia.

Acesso ao Sumário

Talita, testemunha ocular, **presenciou** o momento em que a autora foi abordada pelo preposto do réu e a "denunciante". Enfatizou que a autora foi **interceptada *"de repente"*** quando vinha em direção ao quiosque, corroborando com a hipótese levantada na exordial.

Anderson, o preposto do réu responsável pela abordagem, **negou** que tenha realizado tal intimidação. Naturalmente, por ser **o interessado direto** na negativa dos fatos, os quais, caso confirmados, podem prejudicar seu vínculo com o réu, **sua versão é de pouca credibilidade**. De todo modo, assumindo-a sem o viés cognitivo questionador da credibilidade em si, percebe-se uma certa contradição na construção da narrativa. Primeiro, pela incongruência em afirmar que a denunciante o abordou e em seguida deixou o local. **Estranho**. Segundo, pela inexatidão de seu depoimento, uma vez que admitiu ter seguido a denunciante, que **confrontou uma funcionária** (no caso, a autora), e, numa espécie de esfinge, **não teria feito nada sobre o caso**, sequer intervindo seja em favor de qualquer uma das duas. **Novamente, estranho**.

Sumarizando, no exercício do juízo de livre convencimento motivado, valorando as provas produzidas em cotejo com a ausência de contraprovas essenciais por parte do réu (p. ex., filmagens), **concluo, seguramente, que a autora foi vítima de abordagem inapropriada pelo preposto do réu, publicamente, expondo-a a uma situação vexatória e, pior, violando direito fundamental à privacidade**, coagindo-a a entregar seu celular quando tal poder não é dado sequer às polícias no ato de prisão em flagrante (vide consolidada e recente jurisprudência construída no âmbito dos C. Tribunais Superiores). O réu, consequentemente, responde objetivamente pelos danos causados por seu preposto (CPC, art. 932, III).

A propósito, dando completa entrega no tocante à valoração das provas, **afasto** a alegação da autora acerca da **demissão subsequente ao episódio**. Conquanto seja possível sua versão, a autora carece de maiores provas que evidenciem, com segurança, o nexo de causalidade entre a demissão e o imbróglio com o preposto do réu. O mero *timing* não é suficiente para calcar a condenação nesse fundamento, porquanto "n" motivos além desse poderiam ter respaldado o ato demissional.

Ato ilícito e nexo causal demonstrados, resta aferir se houve danos morais. **Sim**, o caso foi grave o suficiente para causá-los. A autora foi vítima de violência intimidatória. Exposta em público pelo preposto do réu e uma açodada denunciante. **Ambos, sem qualquer respaldo legal** para agir dessa forma. Ainda que, de fato, a autora tivesse tirado fotografia dos dados bancários da terceira, **jamais os dois teriam o direito de coagi-la a entregar o celular**, pois é sabido que a apreensão do telefone móvel e violação do direito à privacidade dos dados só pode ser quebrado **(i)** por decisão judicial ou **(ii)** por entrega voluntária da autora (esta última hipótese não comprovada). Aliás, mesmo a autoridade policial

Acesso ao Sumário

possui um ônus elevado de comprovar que tal entrega se deu voluntariamente, de modo que seria irrazoável admitir ao réu uma posição mais privilegiada, chancelando uma violação com base numa contestação genérica e destituída de provas basilares (novamente, a imprescindibilidade do registro audiovisual).

Graves os fatos, com uma série de violações a direitos fundamentais da autora (imagem e privacidade, p. ex.), inegável o potencial lesivo à esfera anímica da autora. O valor indenizatório, consequentemente, não pode ser ínfimo, até porque o réu é pujante economicamente, de sorte que, no caso, concluo ser razoável quantificar os danos morais em **quinze mil reais**, montante que deverá ser corrigido monetariamente pela Tabela Prática deste E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo desde o arbitramento (S. 362 do C. Superior Tribunal de Justiça), e acrescido de juros moratórios de um por cento ao mês (CC, art. 406) desde a data do evento danoso (10.2.2020, conforme art. 398 do Código Civil e S. 54 do C. Superior Tribunal de Justiça).

Diante do exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso, a fim de reformar da r. Sentença, julgando **PROCEDENTES** os pedidos iniciais (CPC, art. 487, I), a fim de que o réu seja condenado ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de quinze mil reais, montante que deverá ser corrigido monetariamente pela Tabela Prática deste E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo desde o arbitramento (S. 362 do C. Superior Tribunal de Justiça), e acrescido de juros moratórios de um por cento ao mês (CC, art. 406) desde a data do evento danoso (10.2.2020, conforme art. 398 do Código Civil e S. 54 do C. Superior Tribunal de Justiça).

Por força da sucumbência integral do réu, visto que a quantificação a menor dos danos morais não implica sucumbência parcial (S. 326 do C. Superior Tribunal de Justiça), condeno-o ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios (CPC, art. 85, *caput* e § 2º), fixados em vinte por cento sobre o valor atualizado da condenação (§ 2º).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1033633-90.2021.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante BANCO VOLKSWAGEN S/A, é apelada MARIA DALVA DE SOUZA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 20ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.435)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ROBERTO

MAIA (Presidente) e ÁLVARO TORRES JÚNIOR.

São Paulo, 22 de maio de 2023.

REBELLO PINHO, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL – Reconhecimento de que a causa necessária, eficiente e exclusiva para o pagamento do boleto fraudulento em questão, não tem como fato gerador em defeito de serviço do banco réu, mas sim na culpa exclusiva da parte autora, configurada pelo acesso a seus dados de segurança bancários a terceiro por meio de contato eletrônico não pertencente à ré – Destarte, como a culpa exclusiva do consumidor autor constitui causa de exclusão de responsabilidade, por fato exclusivo da vítima (CC, art. 945; CDC, arts. 12, § 3º, III, e 14, § 3º, III), uma vez que elimina o nexo de causalidade em relação à parte ré, requisito este indispensável para o acolhimento dos pedidos formulados, pela parte autora, de condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais e materiais, de rigor, a reforma da r. sentença, para julgar improcedente a ação.

Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Ao relatório da r. sentença de fls. 265/270, com embargos de declaração (fls. 277/279) rejeitados (fls. 290/291), acrescenta-se que a presente demanda foi julgada nos seguintes termos: "julgo PROCEDENTES os pedidos para: 1) condenar o banco requerido a realizar o ressarcimento do valor de R$ 930,33 (novecentos e trinta reais e trinta e três centavos) à autora, correspondentes ao pagamento da parcela 36/36 (última do financiamento), vez que restou paga em 30/04/2021 e novamente em 20/08/2021, quando a seguradora quitou o saldo devedor, incluindo nesse saldo a referida parcela 36ª; 2) condenar o banco ao ressarcimento do valor do boleto fraudado e quitado de boa-fé no valor de R$ 1,052,89 (um mil, cinquenta e dois reais e oitenta e nove centavos), posto que o seu correspondente (sem fraude) também foi devidamente quitado, com juros, em 16/08/2021; 3) condenar a requerida ao ressarcimento do valor de R$ 3.418,42 (três mil, quatrocentos e dezoito reais e quarenta e dois centavos) arcados pela parte autora no aluguel de veículo no período de 02/08/2021 a 20/08/2021; os valores de reparação material serão corrigidos, pela tabela, práti-

Acesso ao Sumário

ca, a contar do desembolso, com juros de mora simples, de um por cento ao mês, a contar da citação 4) condenar a ré ao pagamento de R$ 10.000,00 (dez mil reais), a título de danos morais, com atualização monetária na forma da tabela Prática do Tribunal de Justiça de São Paulo a partir do arbitramento (Súmula 362 do STJ) e juros moratórios de um por cento ao mês, sem capitalização, desde a citação, considerando-se a relação contratual das partes. Em razão da sucumbência, condeno a requerida ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em dez por cento sobre o valor atualizado da condenação, à luz dos pressupostos e critérios insertos no art. 85, § 2º do CPC".

Apelação da parte ré (fls. 294/316), sustentando que: (a) "ela tinha ciência inequívoca e totais condições de acessar os Canais de Atendimento oficiais do Banco apelante para emissão da segunda via de boletos. Ocorre que, na réplica, a apelante CONFESSA que, para a emissão do boleto falso, "NÃO acessou o site para obter o primeiro boleto, nem o segundo, o fraudado" (v. fl. 231)"; (b) "o que a sentença não se atentou é que os prints de fls.49/53 demonstram que foi a própria apelante quem, por sua conta e risco, deu início à conversa com a conta de WhatsApp de número (...) – que não pertence ao BVW, foi criada por estelionatários e é objeto de duas ações judiciais para ser definitivamente bloqueada (processo nº 1064748-83.2021.8.26.0100 e 1013108-41.2021.8.26.0003) – e, pior, forneceu, ao fraudador, TODOS os dados necessários, pessoais e do contrato, para confecção do boleto falso, porque o estelionatário não tinha noção alguma sobre informações básicas do financiamento"; (c) "o comprovante de pagamento de fl. 46 confirma que o pagamento foi realizado em favor do PAGSEGURO INTERNET, e não do BVW"; e (d) "não demonstrada qualquer responsabilidade do BVW sobre a necessidade de se alugar outro veículo e, muito menos, pela demora na emissão da carta de saldo devedor, não há que se falar em nexo de causalidade ou de ato ilícito, elementos esses essenciais da responsabilidade civil, como visto anteriormente".

O recurso foi processado, com apresentação de resposta pela parte apelada (fls. 322/339), insistindo na manutenção da r. sentença.

É o relatório.

1. A pretensão recursal da parte apelante é o provimento do recurso, com reforma da r. sentença, para julgar a ação improcedente.

2. Reforma-se a r. sentença.

2.1. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor nas ações de reparação de danos por vítimas de acidente de consumo, como acontece no caso dos autos, por envolver responsabilidade civil de fornecedor de serviços, sendo, a propósito, desnecessário perquirir sobre a presença dos elementos objetivos e subjetivos da relação de consumo, conforme orientação que esse Relator passa a adotar.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, a orientação: **(a)** do julgado, para caso análogo, mas com inteira aplicação à espécie, extraído do site do Eg. STJ: "RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE CONSUMO. EXPLOSÃO DE GARRAFA PERFURANDO O OLHO ESQUERDO DO CONSUMIDOR. NEXO CAUSAL. DEFEITO DO PRODUTO. ÔNUS DA PROVA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. **1 – Comerciante atingido em seu olho esquerdo pelos estilhaços de uma garrafa de cerveja, que estourou em suas mãos quando a colocava em um freezer, causando graves lesões. 2 – Enquadramento do comerciante, que é vítima de um acidente de consumo, no conceito ampliado de consumidor estabelecido pela regra do art. 17 do CDC ("bystander").** 3 – Reconhecimento do nexo causal entre as lesões sofridas pelo consumidor e o estouro da garrafa de cerveja. 4 – Ônus da prova da inexistência de defeito do produto atribuído pelo legislador ao fabricante. 5 – Caracterização da violação à regra do inciso II do § 3º do art. 12 do CDC. 6 – Recurso especial provido, julgando-se procedente a demanda nos termos da sentença de primeiro grau." (STJ-3ª Turma, REsp 1288008/MG, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, v.u., j. 04/04/2013, DJe 11/04/2013, RSTJ vol. 230 p. 591, o destaque não consta do original); e **(b)** de Bruno Miragem: **"Note-se que, no caso da responsabilidade civil dos bancos, tem prevalência a aplicação do CDC, não sendo necessário investigar a presença dos elementos da relação de consumo, como se reclama na disciplina dos contratos bancários.** Explica-se: enquanto nos contratos bancários, reclama-se a existência da relação de consumo, invocando o disposto no art. 3º, § 2º, do CDC, quanto à quantificação da atividade bancária como espécie do serviço objeto da relação de consumo, bem como no entendimento jurisprudencial afirmado pela Súmula 297 do STJ, há de se fazer uma distinção É preciso definir se, além de se tratar de relação contratual entre cliente e banco, o cliente ostenta qualidade que lhe permita ser identificado como consumidor, seja pela exegese do conceito de destinatário final (art. 2º), ou pela interpretação do art. 29, que autoriza a equiparação para fins de proteção contratual, atualmente interpretado segundo exigência de demonstração de vulnerabilidade *in concreto*, de subordinação entre o cliente e o banco. **Outra coisa é a relação jurídica que resulta da imputação de responsabilidade pelo dever de indenizar. Isso porque, aqui, a hipótese de equiparação a consumidor, seja de quem não é cliente do banco, ou sendo cliente, não se considera destinatário final ou vulnerável (uma grande sociedade empresária, por exemplo), decorre de mera constatação fática de que se trata de vítima de um dano cuja responsabilidade é do fornecedor. Em outros termos: enquanto em matéria contratual permite-se investigar a qualidade subjetiva do cliente bancário para efeito de promover sua equiparação a consumidor por força do art. 17 do CDC,**

Acesso ao Sumário

sob o fundamento de que se trata de pessoa exposta aos riscos de mercado de consumo, e, em especial da atividade desenvolvida pelo banco. Assim, por exemplo, não se cogita de questionar a aplicação odo CDC nos danos causados, seja a clientes pessoas físicas ou grandes sociedades empresárias, pela informações levadas indevidamente a registro pela instituição financeira em bancos de dados restritivos de crédito, ou pelo protesto indevido de título. (...) Naquilo que diga respeito diretamente à prestação de serviços bancários, contudo, no âmbito da atividade título da instituição financeira (art. 17 da Lei 4.595/1694), a aplicação do CDC é impositiva, inclusive, pela equiparação das vítimas." ("Direito Bancário", RT, 2013, SP, p.488/469, o destaque não consta do original).

2.2. A prestadora de serviço responde objetivamente pelos danos causados aos usuários, em razão de defeitos no serviço prestado e de fatos com relação com os próprios riscos da atividade, em razão do disposto no art. 14, do CDC.

"Como é sabido, para que se configure a obrigação de indenizar, indispensável que estejam presentes os três requisitos ensejadores da mesma, quais sejam: (i) o *ato ilícito*, (ii) o *dano* experimentado pela vítima e (iii) o *nexo de causalidade* entre o dano sofrido e a conduta ilícita. Nesse sentido, de se notar que o CDC aplica-se às instituições financeiras conforme a Súmula n° 297 do STJ. Portanto, a responsabilidade dos bancos, pelos danos causados aos seus clientes, é objetiva, isto é, independentemente da existência de ato culposo, conforme dispõe o art. 14, *caput*, do CDC. Assim, a responsabilidade do recorrido prescinde de culpa sua, satisfazendo-se apenas com o dano e o nexo de causalidade. Em relação ao nexo de causalidade, o próprio CDC estabelece no inciso II, do § 3º, do art. 14, do CDC, determinadas situações aptas a excluir o nexo causal entre a conduta do fornecedor e o dano causado ao consumidor, quais sejam: a culpa exclusiva do consumidor ou a culpa de terceiro." (STJ-3ª Turma, REsp 685662/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, v.u., j. 10/11/2005, DJ 05.12.2005 p. 323).

"O ônus da prova das excludentes da responsabilidade do fornecedor de serviços, previstas no art. 14, § 3º, do CDC, é do fornecedor, por força do art. 12, § 3º, também do CDC." (STJ-3ª Turma, REsp 685662/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, v.u., j. 10/11/2005, DJ 05.12.2005 p. 323).

"A inversão do ônus da prova pode decorrer diretamente da própria lei (*ope legis*), quando a comprovação de um fato, que normalmente seria encargo de uma parte, é atribuída, pela própria lei, à outra parte. No caso da responsabilidade civil por acidentes de consumo, o legislador atribuiu expressamente ao fornecedor o ônus de comprovar todas as causas de exclusão da responsabilidade civil, que foram elencadas pelos arts. 12 e 14, em seus respectivos §§ 3º, do CDC. Nas hipóteses de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro ou de não-colocação do produto no mercado, essa distribuição do encargo probatório

Acesso ao Sumário

acompanhou o sistema tradicional estabelecido pelo art. 333, II, do Código de Processo Civil. O legislador, todavia, atribuiu também ao fornecedor o ônus de comprovar a inexistência de defeito do produto ou do serviço. Normalmente, o defeito, como fato constitutivo do direito do demandado, deveria ser demonstrado pelo consumidor lesado, como autor da ação indenizatória. O CDC, em seu art. 12, § 3º, II, e em seu art. 14, § 3º, I, deixa expresso que compete ao fornecedor o ônus de comprovar a inexistência de defeito no produto ou no serviço. Essa modificação na distribuição dos encargos probatórios pela própria lei é o que se denomina de inversão *ope legis* do ônus da prova". (Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, "Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor", 3ª ed., Saraiva, 2010, SP, p. 355/356).

2.3. As instituições financeiras respondem objetivamente por danos causados por terceiros, nas hipóteses de fraude ou utilização de documentos falsos, inclusive nos casos de golpe em que o fraudador troca o cartão eletrônico do correntista, nos locais utilizados na prestação dos serviços bancários, o que compreende não só as agências e estacionamentos a ela vinculados, mas também caixas eletrônicos em terminais de autoatendimento ainda que localizados fora das agências, visto que os ilícitos em questão configuram fortuito interno, porquanto fazem parte do próprio risco do empreendimento e, consequentemente, não têm o condão de excluir a responsabilidade da instituição financeira pelos danos em questão.

Nesse sentido, quanto à responsabilidade da instituição financeira pelos danos causados por fraudes ou delitos praticados por terceiro, inclusive nos casos de golpe em que o fraudador troca o cartão eletrônico do correntista, adota-se a orientação: **(a)** da Súmula 479/STJ: "As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias"; **(b)** do julgado da Eg. 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, 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 EMPREENDIMENTO. 1. **Para efeitos do art. 543-C do CPC: As instituições bancárias respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes ou delitos praticados por terceiros – como, por exemplo, abertura de conta-corrente ou recebimento de empréstimos mediante fraude ou utilização de documentos falsos -, porquanto tal responsabilidade decorre do risco do empreendimento, caracterizando-se como fortuito interno.** 2. Re-

Acesso ao Sumário

curso especial provido" (o destaque não consta do original); e **(c)** dos julgados extraídos do site deste Eg. Tribunal de Justiça: **(c.1)** "Ação indenizatória por danos materiais e morais – **Golpe da troca do cartão por fraudador no interior do estabelecimento bancário – Realização de saques indevidos de conta corrente, decorrente de abordagem de correntista por fraudador, em caixa eletrônico de autoatendimento – Aplicação do CDC (súmula 297 do STJ) – Culpa objetiva do Banco prestador de serviço bancário (art. 14 CDC) por não coibir a ação criminosa de estelionatário que aborda correntista em caixa eletrônico na agência e efetua movimentações bancárias com cartão magnético – Súmula 479 do STJ – Matéria pacificada pelo julgamento do Recurso Especial nº 1.199.782/PR, com base no artigo 543-C do Código de Processo Civil –** Danos materiais comprovados – Devolução dos valores indevidamente sacados por falsário – O esvaziamento da conta com diversos saques ilícitos acarretam dano moral – Valor da indenização arbitrado em consonância com a razoabilidade e proporcionalidade – Recurso negado". (13ª Câmara de Direito Privado, Apel. Cível nº 0011452-02.2011.8.26.0655, rel. Des. Francisco Giaquinto, v.u., j. 06.07.2015, o destaque não consta do original); e **(c.2)** "RESPONSABILIDADE CIVIL – **Dano moral – Golpe sofrido pelo cliente na fila do caixa eletrônico – Troca do cartão por terceiro – Saques indevidos em sua conta corrente – Dever do banco de zelar pela segurança não só dos estabelecimentos, mas também dos caixas eletrônicos – Responsabilidade objetiva –** Manutenção do valor fixado na r. sentença em R$ 10.000,00 (dez mil reais) – Recurso improvido. RESPONSABILIDADE CIVIL – Dano material – Devolução do valor sacado, devidamente corrigido – Recurso improvido". (23ª Câmara de Direito Privado, Apel. Cível nº 1004570-29.2014.8.26.0161, rel. Des. J.B. Franco de Godoy, v.u., j. 24.06.2015, o destaque não consta do original).

2.4. No caso dos autos, é de se reconhecer que o pagamento de boleto fraudulento impugnado na inicial foi realizado por culpa exclusiva da parte autora.

Diante das alegações das partes e da prova constante dos autos, verifica-se que: **(a)** buscando quitar antecipadamente a parcela "9", de contrato de financiamento de veículo junto a ré, a parte autora entrou em contato, via aplicativo WhatsApp, com número pertencente a estelionatários, sendo certo que é possível verificar pelos documentos juntados pela consumidora (fls. 49), que ela iniciou referidas tratativas; **(b)** nada nos autos revela que a parte ré tenha listado o número de telefone em questão como um de seus canais de atendimento; **(c)** a parte autora forneceu aos fraudadores seus dados pessoais e contratuais, como CPF, placa do veículo, além de valor e data do vencimento que buscava quitar (cf. fls. 50), facilitando a ação destes; **(d)** apesar do nome e do logotipo do réu terem sido inseridos no boleto fraudulento emitido pelos estelionatários,

Acesso ao Sumário

a instituição financeira não participou de sua confecção ou recebeu, direta ou indiretamente, o montante pago pela parte autora para a satisfação do débito cobrado no boleto fraudado (cf. fls. 45); **(e)** mesmo tendo averiguado que o beneficiário do boleto confeccionado era PagSeguro Internet S/A, e não o credor, a parte autora efetuou o pagamento (cf. fls. 46); e **(f)** pouco tempo depois do pagamento, foi informado de que a dívida em questão ainda perdurava por ausência de pagamento.

Nesse contexto probatório, de rigor o reconhecimento de que a causa necessária, eficiente e exclusiva para o pagamento do boleto fraudulento em questão, não tem como fato gerador em defeito de serviço do banco réu, mas sim na culpa exclusiva da parte autora, configurada pelo acesso a seus dados de segurança bancários a terceiro por meio de contato eletrônico não pertencente à ré.

Observa-se ainda, que: **(a)** no que concerne ao boleto bancário juntado a fls. 06, consta do campo "Instruções" a informação de que se refere à parcela "36", e não da parcela "8", como pretendia a autora; e **(b)** a emissão de carta do saldo devedor pela ré junto à seguradora da autora em 20.08.2021, após esta se acidentar com o veículo financiado em X, não caracteriza atraso injustificado, uma vez que a emissão do documento em questão ocorreu quatro dias úteis após a regularização do saldo devedor da parcela "9" junto à ré.

Destarte, como a culpa exclusiva do consumidor autor constitui causa de exclusão de responsabilidade, por fato exclusivo da vítima (CC, art. 945; CDC, arts. 12, § 3º, III, e 14, § 3º, III), uma vez que elimina o nexo de causalidade em relação à parte ré, requisito este indispensável para o acolhimento dos pedidos formulados, pela parte autora, de condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais e materiais, de rigor, a reforma da r. sentença, para julgar improcedente a ação.

Nesse sentido, para casos análogos, mas com inteira aplicação à espécie, a orientação dos julgados extraídos do site deste Eg. Tribunal de Justiça: **(a)** **"BANCÁRIO – Ação de repetição de indébito c/c indenização por danos morais – Sentença de parcial procedência – Contrato de financiamento de motocicleta – Pretensão de quitação de parcelas – Obtenção de boleto bancário via WhatsApp e posterior pagamento a terceiro estranho à relação contratual – Conjunto probatório demonstra que não houve falhas na prestação de serviços por parte da ré, e nem fortuito interno, e sim desídia da autora – Culpa exclusiva da vítima configurada – Excludente do CDC, art. 14, § 3º, II** – Precedentes desta Corte – Sentença substituída – Ação improcedente – Decaimento invertido – Recurso provido. (...). Na análise das mensagens trazidas pela própria autora (fls. 20/27), é possível constatar que ela não acessou o site oficial do banco réu, como deveria, mas sim que trocou mensagens via WhatsApp com pessoa que se passou como preposta do banco réu e por esta via obteve o boleto bancário (fls. 28), o qual, apesar de indicar

Acesso ao Sumário

o nome do réu, traz o código de banco nº 033-7, do Banco Santander (Brasil) S/A, tanto que, no comprovante de pagamento (fls. 29), consta como instituição emissora o referido banco e beneficiário a empresa PAGSEGURO INTERNET S.A., que é estranha à relação jurídica. Resta demonstrado que a autora, ao invés de acessar o site oficial do banco réu para efetuar a quitação das parcelas, obteve boleto bancário fraudulento via WhatsApp e ainda efetuou o pagamento em favor de terceiro, do que resulta afastada a responsabilidade do réu pelos prejuízos suportados, sobretudo porque, no site oficial do banco réu consta o seguinte alerta: "Evite fraudes! Nossos boletos começam com os números 104 e 623. Use o nosso validador de boletos" (fls. 41). **Diante do quadro apresentado e considerando a verossimilhança das alegações, não é caso de se atribuir responsabilidade à instituição financeira, em razão do prejuízo suportado pela autora; constata-se que não houve falha na prestação de serviços por parte do banco e nem fortuito interno, e, sim, desídia da cliente, visto que optou por obter a emissão do boleto por via diversa daquela prevista para pagamento do financiamento que possuía. Desse modo, verifica-se caracterizada hipótese que exclui a responsabilidade civil e consumerista da instituição financeira demandada pelo prejuízo de cunho patrimonial, alegados pela autora, ora apelada, nos termos do disposto no artigo 14, § 3º, inc. II, da Lei nº 8.078/90; a conformação probatória é de culpa exclusiva da vítima".** (37ª Câmara de Direito Privado, Apel. Cível nº 1010808-81.2020.8.26.0637, rel. Des. José Wagner de Oliveira Melatto Peixoto, v.u., j. 12.05.2021, o destaque não consta do original); **(b) "DECLARATÓRIA E INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – Quitação de financiamento de veículo por meio de boleto falsificado – Boleto solicitado e encaminhado via aplicativo "WhatsApp" – Ausência de prova de que tal boleto tenha sido gerado no âmbito da instituição financeira ou tenha ocorrido falha na prestação de serviços – Nexo de causalidade inexistente na hipótese – Elementos nos autos que permitem concluir que houve culpa exclusiva de terceiros e da vítima – Responsabilidade não caracterizada** – Sentença de improcedência mantida – Recurso desprovido. (...). Pois bem. **Mas, na hipótese dos autos, forçoso convir que não há comprovação da falha na prestação de serviços da apelada. Não há prova de que o boleto tenha sido emitido no âmbito dos sistemas operacionais da ré, já que foi encaminhado através de contato do aplicativo "WhatsApp" (fls. 23/30) sem qualquer indício de prova de que aquele telefone (...) pertencia à ré. Apenas há conversa pelo aplicativo (que, aliás, nem sequer foi juntada na íntegra pelo demandante) e emissão de boleto por esta via.** Note-se que o endereço eletrônico constante da parte final de fl. 23 indica a plataforma "gmail", sendo de notório conhecimento sua gratuidade e difícil conceber que uma instituição como a ré utilizasse do endereço eletrônico gratuito para realização de seus negócios. **Acrescenta-se que o autor não apresenta**

Acesso ao Sumário

nos autos qualquer liame entre os meios de contato da ré com este telefone. Noutras palavras, não há indícios de que a adulteração ocorreu a partir do sítio eletrônico da ré, em sua agência ou por qualquer meio a partir do seu sistema informatizado, o que poderia levar à sua responsabilização. Ou seja, não há elemento que demonstra nexo causal entre o dano alegado pelo autor e possível omissão da ré na segurança de seu sistema. Demais, não passa despercebido que o boleto foi emitido tendo como devedor o autor Daniel (fl. 21), mas a conversa pelo aplicativo se refere a "Marcelo" (fls. 24 e 26) e o comprovante de pagamento consta como pagador "Taynara" (fl. 20). **Nesse contexto, sem olvidar que a responsabilidade da ré é objetiva, nos termos do CDC e o teor da súmula 479 do STJ, certo é que para sua responsabilização, necessário fique, pelo menos, comprovado o liame entre sua conduta e o prejuízo experimentado pela vítima (nexo de causalidade) do que não ocorreu. Na verdade, o que se verifica é culpa exclusiva de terceiro e do consumidor que não se cercou de todas as garantias para efetuar de forma adequada o pagamento (art. 14, § 3º, II, do CDC)".** (15ª Câmara de Direito Privado, Apel. Cível nº 109466-42.2020.8.26.0002, rel. Des. Vicentini Barroso, v.u., j. 12.05.2021, o destaque não consta do original); e **(c)** "AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO – PAGAMENTO DE PARCELAS ATRASADAS DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO – **BOLETO FALSO OBTIDO VIA "WHATSAPP" – CULPA EXCLUSIVA DO CONSUMIDOR – EVENTO DANOSO – RESPONSABILIDADE CIVIL NÃO CONFIGURADA – LEI Nº 8.078/90, ART. 14, § 3º, INCISO II** – AÇÃO IMPROCEDENTE – APELAÇÃO IMPROVIDA. (...). **Como decidiu o magistrado, não há qualquer evidência de má prestação do serviço, nem tinha o banco como impedir a fraude, a se considerar que as tratativas e emissão do boleto se deram mediante aplicativo de mensagem "WhatsApp" fora dos ambientes digitais fornecidos pelo réu, isento, assim sendo, de responsabilidade por prejuízos do correntista provocados por culpa exclusiva do consumidor a partir de ato de terceiro (Lei 8.078/90, art. 14, § 3º, II), ausente, assim, nexo de causalidade".** (22ª Câmara de Direito Privado, Apel. Cível nº 1003526-78.2020.8.26.0576, rel. Des. Matheus Fontes, v.u., j. 30.09.2020, o destaque não consta do original).

3. Provido o recurso da parte ré, de rigor, em razão da sucumbência da parte autora, a condenação desta ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios fixados em R$1.320,00, com incidência de correção monetária a partir deste julgamento, por aplicação do disposto no art. 85, § 8º, do CPC/2015.

A verba honorária arbitrada em R$1.320,00, com incidência de correção monetária a partir deste julgamento, atende o disposto no art. 85, § 8º, do CPC/2015, com observância dos parâmetros indicados nos incisos I a IV, do §

Acesso ao Sumário

2º, do mesmo artigo, e o montante fixado se revela como razoável e adequado, sem se mostrar excessivo, para remunerar condignamente o patrono da parte vencedora, em razão do zelo do trabalho por ele apresentado e da natureza e importância da causa.

Provido o recurso da parte ré, com base nos arts. 85, *caput*, §§ 1º e 2º, considerando-se os parâmetros dos incisos I a IV, do § 2º, do mesmo art. 85, em razão da sucumbência, quanto aos pedidos acolhidos, condena-se a parte autora ao pagamento de verba honorária fixada em 10% do valor da causa atualizado, montante este que se revela como razoável e adequado, no caso dos autos.

Em razão da sucumbência, por aplicação do art. 82, § 2º, do CPC, a parte autora arcará com as custas e despesas processuais.

4. Em resumo, respeitado o entendimento do MM Juízo sentenciante, o recurso deve ser provido, para reformar a r. sentença, para: **(a)** julgar improcedente a ação; e **(b)** estabelecer a distribuição dos encargos de sucumbência nos termos *supra* especificados.

O presente julgamento não afronta as normas constitucionais e infraconstitucionais invocadas pelas partes, visto que está em conformidade com a orientação dos julgados *supra* especificados.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1009194-37.2022.8.26.0066, da Comarca de Barretos, em que são apelantes ACEIR SILVEIRA FILHO (JUSTIÇA GRATUITA) e EVALDO SILVEIRO, é apelado BANCO DO BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 49408)**

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

São Paulo, 5 de maio de 2023.

SERGIO GOMES, Relator

Ementa: APELAÇÃO – OBRIGAÇÃO DE FAZER – Demanda proposta pelos herdeiros buscando, junto à instituição bancária, informações sobre movimen-

Acesso ao Sumário

tações suspeitas havidas na conta de titularidade do genitor falecido – Sentença de procedência, reconhecendo o d. Juízo "a quo" o integral cumprimento da obrigação pela requerida – Irresignação dos autores – Argumentos que não convencem – Analisando a documentação apresentada pela instituição bancária, verifica-se ter havido efetivo adimplemento do comando judicial em relação às informações sobre os saques efetuados em "banco 24 horas" e em terminal de autoatendimento (TAA) – Filmagens requeridas se referem a datas longínquas (mais de 1 ano e 5 meses antes da propositura da ação), não sendo a instituição obrigada a armazenar as gravações em vídeo por tão longo período de tempo, a menos que houvesse determinação judicial anterior nesse sentido – Demora dos próprios autores na tomada das providências necessárias – Ausência de sucumbência da requerida, que, embora contestando o pedido, de imediato apresentou nos autos a documentação consoante lhe competia – RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Cuida-se de apelação interposta por **ACEIR SILVEIRA FILHO E OUTRO** contra a r. sentença que extinguiu o feito dando por satisfeita pelo **BANCO DO BRASIL** a obrigação de fazer consistente na apresentação dos documentos postulados na inicial.

Aduz o requerente, em síntese, que: a instituição bancária não forneceu toda a documentação necessária; pleiteou relatório contento a origem, local e especificações dos saques efetuados em "caixa 24 horas", o que não foi entregue pela requerida; pleiteou, ainda, que a requerida apresentasse por qual canal foram gerados os "tokens" ou "QRcodes" para a autenticação das transações de saque no TAA, com informação de qual aparelho celular recebeu tais dados e em quais terminais de autoatendimento foram sacados os valores, além das respectivas filmagens; tais documentos estão na posse exclusiva da instituição bancária e são necessários para a apuração relativa a possível desvio de bens após o falecimento do genitor;

Recurso tempestivo, isento de preparo e sem resposta.

É O RELATÓRIO.

1. Preliminares.

Acesso ao Sumário

Em primeiro lugar, o pedido de antecipação de tutela deduzido no bolo da apelação não comporta conhecimento, pois foi formulado em inobservância aos dispositivos da legislação processual vigente - que exigem a distribuição de feito específico para tal finalidade (o pedido deveria ter sido autuado pelo advogado como "Pedido de Efeito Suspensivo em Apelação").

Mesmo que assim não fosse, considerando o célere julgamento deste recurso, desnecessária a apreciação da tutela de urgência, pois a apelação será, já nesta oportunidade, julgada em caráter definitivo.

No mais, não prospera a alegação trazida pelo banco em contrarrazões de que ausente o interesse de agir dos autores, por aplicação do entendimento pacificado no REsp 1.349.453/MS.

Isso porque a presente demanda não se trata de cautelar de exibição de documentos nos moldes tratados no precedente representativo de controvérsia, razão pela qual não se poderia exigir dos autores a prévia tentativa de solução administrativa da questão nem o pagamento de qualquer tarifa pelo custo do serviço.

2. Mérito.

Tem-se dos autos que o genitor dos autores/apelantes faleceu aos 13/04/2021, ocasião em que os filhos (ora apelantes e seu outro irmão) propuseram a ação de inventário (processo n° 1003713-30.2021.8.26.0066), para que fosse realizada a partilha dos bens deixados pelo "de cujus".

Ocorre que, segundo o alegado, os apelantes tendo conhecimento de que seu genitor possuía um valor em conta bancária junto ao Banco do Brasil e, sem saber a quantia exata, pediram para que fosse enviado ofício junto às instituições bancárias a fim de localizar o patrimônio deixado.

No entanto, os valores que foram localizados eram inferiores aos que acreditavam que o falecido possuía à época, suspeitando, assim, que poderia haver mais valores do que o que foi localizado através dos ofícios, especialmente em relação ao banco apelado.

Por isto, foi postulada, junto ao juízo do inventário, a expedição de ofício junto ao Banco do Brasil para que apresentasse o extrato bancário da conta mantida em nome do falecido relativamente aos últimos 12 meses anteriores à morte. Descobriu-se que havia movimentações atípicas, em momento no qual o genitor encontrava-se acamado, além de outras no dia posterior ao falecimento.

Foi então proposta a presente demanda, constando os seguintes pedidos:

– a apresentação da filmagem referente aos saques TAA nos dias 13/04 e 14/04/2021 realizados na agência do banco requerido;

– a apresentação das faturas/extrato detalhado do cartão do "de cujos", do período de 09/04 a 14/04/2021, constando as origens das compras reali-

Acesso ao Sumário

zadas no cartão, ou seja, quem recebeu, quais os locais que foi utilizado o respectivo cartão, dados específicos (nome/local/identificação bancária);

– a origem dos saques feitos em "banco 24 horas" do período de 12/04 a 14/04/2021, ou seja, quais os locais foram feitos os saques (endereço e identificação específicos onde fica situado os bancos 24 horas, dados para identificação);

– sobre o saque TAA, período 13/04 a 14/04/2021, que o banco apresente por qual canal foi gerado o "token" ou "QRcode", qual aparelho celular ou similar que recebeu tais dados e quais foram os terminais de autoatendimento em que foram sacados tais valores e as respectivas filmagens;

– a microfilmagem do cheque (depositado em 14/04/2021) e a conta bancária e /ou titularidade de quem o recebeu.

Em contestação, nada foi trazido aos autos.

Posteriormente, com a petição de fls. 105, foram juntados diversos documentos (fls. 106/128).

Na réplica (fls. 164/169), os autores apontaram que as peças fornecidas cumpriam apenas em parte a tutela de urgência concedida, pois não teriam sido informados, especificamente: (i) a discriminação do local de cada saque em "banco 24 horas" (4 saques de R$ 1.000,00 cada, realizados nos dias 12 e 14/04/2021 - fls. 165, primeira tabela), (ii) a discriminação do canal responsável por gerar o "token" ou "QRcode" para validar as transações feitas em terminal de autoatendimento (TAA) realizadas em 13 e 14/04/2021 (saques de R$ 2.000,00 e R$ 1.000,00, respectivamente - fls. 165, segunda tabela). Além disso, apontaram a resistência da instituição bancária como fundamento para sua condenação no ônus da sucumbência.

Na sequência, foi proferida a r. sentença, na qual o juízo reconheceu que a documentação fornecida nos autos pela instituição teria satisfeito o pedido inicial, inclusive não fixando honorários advocatícios em face do banco por ausência de resistência.

Acesso ao Sumário

Os autores, contudo, alegam no recurso ora em análise que o pedido não foi integralmente cumprido pela requerida.

Entretanto, não lhes assiste razão.

A uma, porque as informações acerca dos saques em "caixa 24 horas" encontram-se detalhadas nos documentos de fls. 123/125, em que constam especificamente os endereços dos terminais em que foram realizadas as mencionadas operações.

Além disso, no documento de fls. 118 constam os dois saques realizados em TAA (131650350823183 e 140954490823183), com indicação expressa de que ocorreram mediante "o uso de cartão e senha pessoal e intransferível" - ou

seja, não houve necessidade de geração de "tolken" ou "QRcode" por intermédio de aplicativo de celular.

Não bastasse, a prova em vídeo postulada se tornou obrigação impossível diante da demora dos próprios autores para tomar as providências necessárias, já que as transações (saques no TAA) ocorreram entre 13 e 14 de abril de 2021, e a propositura desta ação se deu apenas em 14/09/2022, não havendo obrigatoriedade de que a instituição bancária armazenasse por tanto tempo as imagens de suas câmeras de segurança (a menos que houvesse determinação judicial prévia nesse sentido).

Portanto, é de se reconhecer que os pedidos iniciais foram mesmo adimplidos, sem que tenha havido efetiva resistência pela instituição bancária que, logo após a contestação, apresentou nos autos toda a documentação consoante lhe competia.

Destarte, fica a sentença integralmente mantida.

Frise-se, para se evitarem incidentes desnecessários, que não está o órgão julgador obrigado a tecer considerações acerca de toda a argumentação deduzida pelas partes, senão a decidir e dar os fundamentos para chegar à solução encontrada.

Ademais, para acesso às instâncias extraordinárias é desnecessária expressa menção a todos os dispositivos legais deduzidos pelas partes. De todo modo, registra-se que é pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "*tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais bastando que a questão posta tenha sido decidida*" (ED em RMS nº 18205-SP, rel. Min. Felix Fischer, j. 18.04.2006).

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003676-51.2022.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que são apelantes GUSTHAVO HENRIQUE PESSOA ALVES (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e FERNANDA PESSOA DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado AZUL LINHAS AÉREAS BRASILEIRAS S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43865)**

Acesso ao Sumário

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

São Paulo, 5 de maio de 2023.

JOVINO DE SYLOS, Relator

Ementa: Indenizatória – danos morais – transporte aéreo nacional – sentença de improcedência – alteração programada do voo em decorrência de readequação da malha aérea – prévia comunicação da alteração do horário do voo ao autor – alongamento do tempo de viagem com assistência material de alimentação e hospedagem aos passageiros – alteração e/ou atraso de voo que não denotam, por si só, danos morais – precedentes do STJ – improcedência mantida **– recurso improvido.**

VOTO

1. Cuida-se de ação indenizatória ajuizada por GUSTHAVO HENRIQUE PESSOA ALVES (menor impúbere representado por sua mãe FERNANDA PESSOA DA SILVA), contra AZUL LINHAS AÉREAS, sustentando o autor que adquiriu passagem para o voo no dia 19.01.2022, às 03:00h, no trecho Porto Velho-RO até Bauru-SP, com escalas em Cuiabá-MT e Campinas-SP, e chegada ao destino às 15:25h. Ocorre que 48 horas antes foram surpreendidos com o cancelamento do voo inicial e foram realocados para o voo Porto Velho-RO – Manaus-AM – Belém-PA – Campinas-SP – Bauru-SP do dia 23.01.2022 às 23:00h e chegada às 23:15h do dia 24.01.2022. Novamente foram surpreendidos com o cancelamento do segundo voo, sendo realocados no voo Porto Velho -RO – Cuiabá-MT – Campinas-SP – Bauru-SP, com partida às 13:25h do dia 19.01 e chegada às 15:15h do dia 20.01.2022, ou seja, com duração superior ao dobro do voo inicialmente programado, sendo inclusive necessária a hospedagem em Campinas, pelo que pretende reparação por danos morais estimados em R$10.000,00.

2. Citada, a ré apresentou contestação alegando ausência de ato ilícito de sua parte, houve alteração da malha aérea, tendo reacomodado os passageiros, inclusive com fornecimento de alimentação nos termos da Resolução ANAC 400, ausente o dever de indenizar

3. A r. sentença de fls. 124/130 julgou improcedente a ação, por entender o Magistrado "a quo" não demonstrado o alegado dano moral, inclusive com o fornecimento de hospedagem e alimentação. Condenou o autor ao pagamento da sucumbência de custas e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o

Acesso ao Sumário

valor da causa, observada a gratuidade.

4. Irresignado, recorreu o autor (fls. 135/146), reiterando as alegações de que foi surpreendido com a alteração de seu voo por duas vezes, que passou a ter duração de 26 horas, ou seja, o dobro do inicialmente programado, pelo que insiste na reparação por danos morais até pela perda de tempo útil.

5. O recurso foi recebido e respondido. Os autos subiram ao Tribunal. Havendo interesse de menor, os autos foram encaminhados à D. Procuradoria de Justiça, que deixou de opinar (fls. 184/189).

É o relatório.

6. Pretende o autor, menor impúbere representado por sua mãe, se ver indenizado pela alteração do voo para o trecho entre Porto Velho-RO até Bauru-SP, fazendo com que a viagem durasse mais de 26 horas, o dobro do tempo inicialmente programado.

7. Contudo, reconhece que sua mãe foi previamente avisada das alterações, sendo-lhe prestada a devida assistência material de alimentação e hospedagem, do que se conclui que o único fundamento do pedido indenizatório é o tempo que demorou a viagem.

8. Pela pertinência de seus termos, transcreve-se parte da fundamentação de r. sentença: "Os autores não lograram provar o dano moral sofrido. Frise-se que o dano moral não se presume, mormente em um caso como o presente, e que a mera alegação não dá ensejo à indenização, devendo o mesmo ser provado, não se olvidando possam ter havido aborrecimentos e transtornos decorrentes do alegado atraso no voo. Pela própria narrativa dos autores não houve relato de perda de algum compromisso ou algo mais contundente a provocar um abalo moral. Não obstante, foram tomadas pela companhia aérea as medidas para minimizar o ocorrido, como traslado, acomodação em hotel e refeições. Com efeito, o dano moral é aquele que lesa o patrimônio anímico do indivíduo humano, causando-lhe dissabores em sua honra, objetiva ou subjetiva, e restringindo-lhe a própria normalidade psíquica, eis que vulnerada essa pelos efeitos que o ato danoso produz no âmbito íntimo do ser. Ocorre que nem todos os acontecimentos da vida em sociedade que causam tristeza podem ser configurados como danos morais indenizáveis. Isso porque não se pode confiar a todas as dores e dissabores experimentados pelos indivíduos o caráter de dano moral para fins de indenização civil, sob pena de serem frustrados e até mesmo banalizados os próprios lastros constitucionais e legais que guiam o instituto da indenização, com toda a seriedade e importância que lhes são inerentes."

9. Realmente, extrai-se da recente Apelação n. 1007042-76.2021.8.26.0704, 11ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Marco Fábio Morsello, j. 27.06.2022, a nova orientação do C. STJ: "Observa-se, outrossim, que o Superior Tribunal de Justiça decidiu, em momento recente, que os danos morais em transporte aéreo

Acesso ao Sumário

não mais devem ser considerados in re ipsa. Em outros termos, foi reconhecida, pelo aludido Tribunal Superior, a necessidade de arbitramento dos danos morais em tais eventos com fundamento no concreto sofrimento vivido. De clareza solar é o escólio da eminente Ministra Nancy Andrighi: DIREITO DO CONSUMIDOR E CIVIL. RECURSO ESPECIAL.AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA282/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 (...) 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. (STJ, REsp n. 1.584.465/MG, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 21/11/2018)"

10. Por fim, nem se diga que houve desvio produtivo com as sucessivas idas ao aeroporto para obter informações sobre a alteração dos voos e adequação de compromissos, pois tais alegações dizem respeito tão-somente à mãe do autor, que inclusive já foi indenizada nos autos da ação n. 1003468-67.2022.8.26.0071 que tramitou perante a 1ª Vara do Juizado Especial Cível de Bauru.

11. Ante o exposto, irretorquíveis os termos da sentença, que fica mantida por seus próprios fundamentos em consonância com o art. 252 do Regimento Interno deste Eg. Tribunal, sendo desnecessárias maiores considerações, anotando-se apenas a elevação dos honorários advocatícios para 15% sobre o valor da causa (art. 85, § 11, CPC/15), observada a gratuidade.

12. Com esses fundamentos, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0182441-91.2010.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes RENTAX VAÍCULOS LTDA. e HORIZON VEÍCULOS LTDA., são apelados EUROPCAR INTERNACIONAL S A S U e CIA EC-BR DE FRANQUIAS E LOCAÇAO DE VEICULOS LTDA. (REVEL).

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 as advogadas Carla Tiedemann da Cunha Barreto OAB/RJ 54.923 e Raysa Vital Brazil Freire OAB/RJ 201.635.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29816)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ELÓI ESTEVÃO TROLY (Presidente) e RAMON MATEO JÚNIOR.

São Paulo, 9 de maio de 2023.

MENDES PEREIRA, Relator

Ementa: AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE SUB-FRANQUIA C.C. INDENIZATÓRIA – Falta de fundamentação no julgado a respeito da justificativa para a condenação da corré Europcar às indenizações pretendidas – Inexistência – Imputação de prática de atos próprios pela franqueadora que serve de motivo para atribuição de responsabilidade solidária, questão expressamente analisada na sentença vergastada – Vínculo estabelecido entre as autoras apenas com a corré EC-BR, franqueada-master da Europcar para locação de automóveis – Rescisão de contrato havido entre as corrés que se deu licitamente por ausência de pagamento dos royalties, situação reconhecida em demanda anterior onde figuraram como partes todos os aqui litigantes – Encerramento do vínculo principal ou originário que importa na rescisão das sub-franquias – Impossibilidade de reconhecimento de solidariedade entre a franqueadora inocente e sua master-franqueada em relação aos eventuais prejuízos suportados pelas requerentes – Solidariedade que não se presume e decorre apenas de lei ou contrato, situações estas não verificadas nos autos – Data de encerramento dos vínculos de sub-franquia das ape-

Acesso ao Sumário

lantes que segue a rescisão da franquia principal, esta ocorrida em 23-03-2007 – Despicienda a reanálise do laudo pericial diante do acolhimento integral do pedido autoral em face da corré EC-BR, em virtude da revelia desta parte – Ausência de prejuízo aos recorrentes neste ponto – Apelação desprovida e majorada a honorária sucumbencial devida pelas requerentes ao patrono da corré Europcar, de dez para treze por cento sobre o valor da causa, em virtude do trabalho adicional desenvolvido na esfera recursal (art. 85, §§ 2º e 11, do CPC).

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença proferida às fls. 3393/3402, declarada às fls. 3424 e 3437 que julgou improcedente o pedido em face de Europcar e carreou às autoras o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor atribuído à causa e julgou parcialmente procedente em face da Cia. EC-BR para condena-la ao pagamento de R$ 4.423.346,97 monetariamente corrigidos desde o ajuizamento e com juros de mora de um por cento ao mês desde a citação em favor dos autores, bem como a arcar com o pagamento de 1/6 das custas e despesas processuais, mais honorários advocatícios arbitrados em cinco por cento da condenação.

Inconformados buscam os demandantes, ora apelantes, a reforma do julgado. Para tanto aduzem que em março de 2005 tiveram seus estabelecimentos aprovados diretamente pelos representantes da franqueadora, o que permitiu o início de suas atividades no Brasil. Ocorre que em janeiro de 2007 foram sumariamente desligadas do sistema internacional de franquias pela franqueadora, sem qualquer aviso prévio ou indenização e sem que houvessem dado causa ao desligamento. A consequência foi a perda de faturamento e de credibilidade no mercado, cuja rescisão do contrato se deu por ato unilateral da franqueadora. Tal circunstância ensejaria a condenação da franqueadora solidariamente com sua Master-franqueada à reparação dos danos emergentes e lucros cessantes decorrentes do ato ilícito. Além disso, em março de 2007 teriam recebido uma carta em inglês informando que teriam que cessar imediatamente qualquer uso das marcas franqueadas e demais elementos da franquia, sem direito a indenização ou prazo para adequação dos seus negócios. Após, em 09-08.2007, receberam nova notificação da franqueadora com exigência da cessação do uso da marca e renúncia a qualquer indenização a que tivessem direito. A sentença não teria dirimido a questão relativa à data em que verificada a rescisão dos contratos, se da primeira notificação em inglês ou da segunda, em português. O laudo pericial, quanto aos reembolsos perseguidos, não poderia ser acolhido ao argumento

Acesso ao Sumário

de falta de assinatura das notas fiscais. Isto porque suas emissões eram feitas diretamente no sistema da Master-franqueada e não foi objeto de impugnação pela parte contrária. Daí caberia o afastamento da imputada invalidade de tais documentos pelo perito. O laudo pericial também não poderia prevalecer diante da recusa do perito em receber o assistente técnico da parte para acompanhar os trabalhos e ter, o *expert*, ultrapassado o objeto da perícia ao desqualificar valores não identificados na contabilidade da empresa, os quais poderiam decorrer de pagamentos feitos por terceiros. Além do mais, a sentença seria nula por ausência de fundamentação ao passo que o objeto da ação - pedidos indenizatórios - não tem causa na irregularidade da rescisão da sub-franquia, mas em atos próprios da franqueadora como desligamento unilateral da rede de franquias. Isto teria resultado em quebra de expectativa do negócio e danos de diferentes tipos, inclusive moral, havendo que ser condenada em solidariedade com sua Master-franqueada. Requer, assim, a condenação da franqueadora ao pagamento de perdas e danos, nestes compreendidos os danos emergentes, lucros cessantes e dano moral (fls. 3442/3479).

Vieram as contrarrazões da Europcar às fls. 3511/3558, pelas quais defendeu a manutenção da sentença tal como prolatada. Diz que as questões relativas ao término dos contratos de subfranquia com o propósito de obter indenização por supostos danos já foi objeto de demanda diversa, onde restou decidido que a rescisão do contrato de máster-franquia foi lícita, havendo consequentemente, extinção automática dos vínculos entre as apelantes e a EC-BR. Haveria tentativa de rediscussão de matérias já apreciadas. Os royalties iniciais da relação não foram pagos tempestivamente, o que levou a uma série de tratativas para possibilitar o pagamento. Além disso, a EC-BR teve seu controle acionário passado a terceiro sem prévio consentimento da apelada, o que motivou o a rescisão do contrato. Não teria culpa pela rescisão ocorrida nem pelos danos daí decorrentes. O laudo pericial teria sido elaborado corretamente, pois os apelantes dispuseram de escrituração contábil falha, sendo desnecessária a realização de nova perícia. Os demais fundamentos relativos à indenização seriam relativos à verificação da licitude na rescisão dos contratos de master e subfranquias, já submetidas à apreciação do Judiciário. A responsabilidade seria total da master franqueadora, pois ausente relação contratual entre os apelantes e a ora apelada. Em contrato de franquia não há representação do franqueador, mas licença de uso de direitos de propriedade industrial e seu sublicenciamento. O valor da condenação imposta à outra ré não decorreu da prova dos respectivos dispêndios, mas da revelia daquela parte, tudo a ensejar o desprovimento do recurso.

É o relatório.

Por meio desta demanda os autores pretendem receber indenização dos réus por força do encerramento do contrato de master-franquia então existente entre os corréus, sendo que a EC-BR teria ficado responsável pelo gerenciamen-

Acesso ao Sumário

to das sub-franquias da Europcar.

Quanto à preliminar de ausência de fundamentação, sem razão os apelantes.

Ao contrário do que pretende fazer crer, os apelantes buscam que a mesma situação fática seja examinada sob duas óticas. A alegação de que a corré Europcar deva ser responsabilizada pelos danos alegados decorre, na verdade, de entendimento de que existiria solidariedade entre os demandados, o que foi expressamente examinado na sentença vergastada, inexistindo a propalada falta de fundamentação acerca de tal questão.

Passa-se à análise do mérito.

Cabe esclarecer que não encontra amparo a pretensão dos apelantes em buscar a imposição da solidariedade na condenação à Europcar. Isto porque esta, na condição de franqueadora, tinha vínculo jurídico tão somente com a corré EC-BR, sua master franqueada.

Como consabido, a solidariedade decorre apenas de lei ou de contrato e, no caso em comento, inexistem elementos indicativos de que a franqueadora Europcar tenha assumido tal condição junto à sua master franqueada EC-BR.

Segundo a valiosa lição de Maria Helena Diniz, vigora o princípio "*da não presunção da solidariedade (CC, art. 265), pois nosso ordenamento jurídico-civil não admite a solidariedade presumida, resultando ela de lei (...) ou da vontade das partes (...), por importar um agravamento da responsabilidade dos devedores, que passarão a ser obrigados ao pagamento total. Desse modo, os vários credores ou devedores se encontram unidos ou por força de dispositivo legal ou por ato de vontade para a consecução de um fim comum, e suas obrigações e seus débitos constituem um meio para a obtenção desse objetivo. Se a lei não a dispuser ou o contrato não a estipular, não se terá solidariedade. Se não houver menção expressa no título constitutivo da obrigação ou se a lei for omissa, prevalecerá presunção contrária à solidariedade*"[1].

Aliás, destaca-se que o vínculo das apelantes se deu unicamente com a corré EC-BR, conforme o contrato de franquia acostado às fls. 111/159 e o termo de reconhecimento de vínculo às fls. 161/169.

Dito isso, não há razão para impor à corré Europcar as condenações impostas à EC-BR, uma vez que não se demonstrou a existência de solidariedade entre estas.

Não por outro motivo, conforme já decidido por esta Câmara no julgamento da apelação nº 0210116-34.2007.8.26.0100, demanda entre as mesmas partes em que a franqueadora requereu a proibição do uso de sua marca, *know how* e recebimento de *royalts*, "*a rescisão da franquia principal ou originária*

Acesso ao Sumário

1 Curso de direito civil brasileiro, 2º volume: teoria geral das obrigações – 22. Ed. Ver. E atual. de acordo com a Reforma do CPC – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 160.

implica na rescisão das sub-franquias, seguindo os contratos acessórios a sorte do principal" (fls. 3586/3590).

Ora, reconhecida a licitude da rescisão do contrato de franquia-master diante do não pagamento dos *royaties*, não cabe imputar à franqueadora inocente qualquer responsabilidade por eventuais prejuízos eventualmente experimentados pelos sub-franqueados, os quais, bem por isso, devem buscar sua reparação de quem com eles contratou.

No que pertine a data de encerramento dos contratos das recorrentes, deve ser reconhecida aquela em que extinto o vínculo com da master-franqueada com a Europcar, que no caso, se deu em 23-03-2007 (fls. 186).

No que toca à prova pericial (fls. 1695/1752), diante do acolhimento integral na sentença da pretensão autoral em relação aos danos materiais, no importe de R$ 4.423.346,97, em face da corré EC-BR revel, mostra-se desnecessária a reanálise do trabalho do perito judicial, já que não há prejuízo judicialmente reconhecido às apelantes neste ponto.

Ante o exposto, nega-se provimento à apelação e majora-se a honorária sucumbencial devida pelas requerentes ao patrono da corré Europcar, de dez para treze por cento sobre o valor da causa, em virtude do trabalho adicional desenvolvido na esfera recursal (art. 85, §§ 2º e 11, do CPC).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001046-70.2020.8.26.0595, da Comarca de Serra Negra, em que é apelante J.P. DA S. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado D.R.D.B.

ACORDAM, em 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U. Sustentou oralmente a Dra. Sophia Ismerim Correia.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28392)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FORTES BARBOSA (Presidente) e AZUMA NISHI.

São Paulo, 10 de maio de 2023.

ALEXANDRE LAZZARINI, Relator

Ementa: AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE E EXCLUSÃO DE SÓCIO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. REFORMA. QUEBRA DA AFFECTIO SOCIETATIS QUE IMPLICA NO EXER-

Acesso ao Sumário

CÍCIO DO DIREITO DE RETIRADA, NÃO NA EXCLUSÃO DO OUTRO SÓCIO. ADMINISTRAÇÃO TEMERÁRIA NÃO DEMONSTRADA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. RECONVENÇÃO. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. PRESTAÇÃO DE CONTAS DESCABIDA EM SEDE DA AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE. APURAÇÃO DE HAVERES. APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS. POSSIBILIDADE. APELAÇÃO DO RÉU PARCIALMENTE PROVIDA.

VOTO

A r. sentença (fls. 123/128), cujo relatório adota-se, julgou procedente a "ação ordinária de dissolução parcial de sociedade com exclusão de sócio cumulada com tutela de urgência", ajuizada por D.R.D.B., *para declarar a extinção parcial da sociedade* ***P.R.S.LTDA*** *com relação ao réu, desde o momento que saiu fisicamente da empresa, ou seja, até 15 de dezembro de 2019*, determinando-se a apuração de haveres em liquidação de sentença. A reconvenção foi julgada improcedente.

Sucumbente, o réu foi condenado ao pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês a partir do 16º dia após o trânsito em julgado.

Insurge-se o réu, alegando, preliminarmente, a nulidade da sentença por cerceamento de defesa, ressaltando a necessidade da produção de prova oral. As testemunhas iriam atestar (a) a administração unilateral e temerária do apelado; (b) ausência de abandono do apelante da empresa; (c) tentativa de resolução amigável; (d) investimentos iniciais; e (e) eventual desvio no faturamento.

Quanto ao mérito, sustenta, em síntese, que: a) a simples quebra da *affectio societatis* não justifica a exclusão do sócio; b) houve acordo verbal de que o apelante arcaria com as despesas e receberia os lucros anteriores a 2020, tendo em vista o exercício do direito de retirada em dezembro de 2019; c) não houve abandono da empresa, já que o apelado foi notificado sobre o interesse na dissolução parcial; d) a exclusão de um sócio é medida extrema e somente pode ocorrer mediante a prática de faltas graves pelo mesmo, o que não ocorreu; e) ainda que verídicos os fatos narrados pelo autor, não seriam suficientes para a exclusão do apelante; f) o responsável pela administração e contabilidade era o apelado, que nunca prestou contas ao apelante; g) o pedido reconvencional deve ser julgado procedente, a fim de demonstrar a má administração pelo apelado e prática de falta grave; e h) o apelante nunca recebeu os lucros referentes ao

Acesso ao Sumário

período em que o apelado esteve na administração do negócio.

Recurso regularmente processado.

Contrarrazões às fls. 151/156.

Oposição ao julgamento virtual às fls. 163.

É o relatório.

I) O autor D.R.D.B. e o réu J.P. da S. são os únicos sócios da empresa P.R.S.Ltda., sendo que cada parte possui 50% das quotas sociais.

A presente ação foi ajuizada em 21/10/2020, visando a dissolução parcial da sociedade, com a exclusão do réu.

Consta da inicial que, a partir de dezembro de 2019, o réu abandonou a administração da empresa, bem como deixou de arcar com as despesas que lhe cabiam, restando toda a responsabilidade com o autor.

Ressalta que houve quebra da *affectio societatis*, razão pela qual pleiteia a dissolução parcial da sociedade e a exclusão do sócio J.

O pedido de tutela antecipada foi indeferido às fls. 55, nos

seguintes termos:

"*O procedimento de resolução da sociedade em relação a um sócio reveste-se de duas fases. Na primeira examina-se o mérito da causa da dissolução da sociedade (quebra da affectio societatis) e em segunda fase apuram-se os haveres que caberão ao sócio retirante.*

Contudo, considerando que o pedido inicial, em primeira fase, é de declaração de dissolução de sociedade, impossível, entendo, o pedido antecipatório, uma vez que este não se compreende dentre os pedidos finais. Ora, não há que se antecipar o que não será concedido ao final. Além disso, recomendável a observância do contraditório pelo na hipótese a fim de possibilitar a produção de provas.

Mera quebra de affectio societatis não autoriza a exclusão do sócio de imediato. *Por isso, indefiro o pedido de tutela de urgência.*"

II) Inicialmente, não há que se falar em cerceamento de defesa, pois o magistrado não é obrigado a determinar a realização de outras provas quando entender que a divergência está suficientemente delimitada e comprovada nos autos, como no caso concreto.

Anote-se que discussão travada nos autos deve ser comprovada documentalmente, mostrando-se inócua a produção de prova oral, razão pela qual a não designação de audiência de instrução e julgamento não acarreta a alegada nulidade.

Assim, tendo em vista que os documentos apresentados pelas partes não conduziram o magistrado ao entendimento pretendido pelo réu, não se permitindo a perpetuação do processo em busca de provas que já poderiam ser providen-

Acesso ao Sumário

ciadas pela parte, mostram-se dispensáveis ou descabidas ao processo, afasta-se a preliminar de cerceamento de defesa.

III) A dissolução parcial da sociedade pode ocorrer pela retirada ou exclusão de um dos sócios. Veja-se que a quebra da *affectio societatis* não pode ser utilizada como fundamento para ambos os casos, mas apenas para o exercício do direito de retirada.

No caso, o autor imputou a prática de fatos graves ao réu, todavia, não trouxe elementos necessários para corroborar suas alegações. Além disso, o réu já havia manifestado seu interesse de retirar-se da sociedade, o que afasta a alegação de abandono.

Dessa forma, não há que se falar em exclusão do réu, mas em sua retirada em 15 de dezembro de 2019, sendo esta a data da dissolução da sociedade.

Importante mencionar que eventuais faltas graves, atos praticados em fraude à lei ou ao contrato social, podem ser reclamados pelos interessados, pelas vias próprias, se o caso.

Anote-se, também, que a presente ação não visa a apuração das eventuais irregularidades praticadas pelo administrador, podendo o reconvinte ter ajuizado ação de prestação de contas, visando a colheita de maiores elementos de convicção para o magistrado.

Vale lembrar que foi determinada a apuração dos haveres em sede de liquidação de sentença, o que está em conformidade com os arts. 1.102 e seguintes, do CC, e arts. 604 e 606, do NCPC, e mostra-se necessária diante das próprias alegações do apelante quanto à ausência de consenso nas tratativas extrajudiciais.

É certo, ainda, que as partes poderão ser intimadas oportunamente para a apresentação de documentos necessários à liquidação, conforme redação expressa do art. 510, do NCPC.

Conforme ressaltou o Exmo. Des. Hamid Bdine no julgamento da Apelação n.º 1003149-47.2015.8.26.0006 (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. em 19/07/2017), "*a incidência do passivo na apuração dos haveres é decorrência lógica da apuração da participação do sócio que deixa a sociedade em determinado momento*".

Nesse mesmo sentido:

"Apelação. Dissolução parcial de sociedade empresária. Apuração de haveres. Data-base para liquidação. **Autor que notificou o réu antes do ajuizamento da ação manifestando sua vontade de se retirar da sociedade deve servir de parâmetro para data-base da apuração de haveres da sociedade (art. 1.029 do Código Civil). Vedação ao enriquecimento sem causa**. Responsabilidade do sócio retirante. Não é possível que ele continue responsável por obrigações surgidas depois de

Acesso ao Sumário

sua retirada do quadro societário. Liquidação do passivo da empresa deverá englobar os pagamentos vencidos e vincendos, mas referentes às obrigações constituídas ao tempo da retirada do apelado da sociedade empresária. A contestação por negativa geral, apresentada pela Defensoria Pública, tornou controvertidos os fatos, de modo que não há que se falar em reconhecimento jurídico do pedido, contudo o pleito de dissolução parcial da sociedade mediante a retirada do autor tem por fundamento o exercício da liberdade constitucional de não se manter associado (art. 5º, inciso XX, da CF). Sucumbência mantida. Recurso improvido." (Apelação nº 1003149-47.2015.8.26.0006, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Hamid Bdine, j. em 19/07/2017 – g.n.)

A respeito da apuração de haveres, Fábio Ulhôa Coelho (Curso de Direito Comercial, vol. 2, 14ª ed., Ed. Saraiva, 2010, p. 483, n. 4.3), de maneira simples, explica:

"A apuração de haveres, em outras palavras, é a simulação da dissolução total de sociedade. Por meio de levantamento contábil, que reavalia, a valor de mercado, os bens corpóreos e incorpóreos do patrimônio social, e da consideração do passivo da sociedade, projeta-se quanto seria o acervo remanescente caso a sociedade limitada fosse, naquele momento, dissolvida". Nesse sentido é a lição de Martinho Maurício Gomes de Ornelas, Professor Doutor de Contabilidade na PUC/SP, "tem por finalidade determinar o valor das quotas a ser reembolsado ao sócio desligado ou aos herdeiros do sócio pré-morto", buscando-se "a situação patrimonial da sociedade a valores de mercado em determinado momento da vida societária, caracterizado pela dissidência, exclusão ou morte de um dos sócios" (*in* Avaliação de Sociedades Apuração de Haveres em Processos Judiciais, Ed. Atlas, 2001, p. 120, n.º 6.4)

Com efeito, o método de avaliação de uma empresa, para a hipótese de dissolução parcial é o da realização do balanço especial de determinação. A respeito, veja-se, por exemplo, os Embargos Infringentes n.º 0101528-30.2007.8.26.0003/50000 desta Relatoria, quando integrante da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial (j. em 19/8/2013, v.u.):

"EMBARGOS INFRINGENTES. DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE. MÉTODO PARA APURAÇÃO DE HAVERES.

1- Embargos infringentes interpostos em face de acórdão que, na parte divergente, estabeleceu que o método adequado para apuração de haveres em dissolução parcial de sociedade é o do balanço de determinação e não o método de fluxo de caixa descontado.

2- O balanço especial de determinação fixa o valor da empresa no momento do fato (dissolução parcial ou total), enquanto a avalição pelo fluxo de caixa descontado aponta o valor que a empresa pode gerar no futuro, ou seja, projeta um valor para momento em que o sócio que se retira já não é mais sócio.

Acesso ao Sumário

3- Embargos infringentes conhecidos e não providos".

Portanto, não sendo acolhida a pretensão de exclusão do sócio, não há que se falar da integral procedência da ação.

IV) Concluindo, o recurso deve ser provido em parte, a fim de reconhecer o exercício do direito de retirada, afastando-se a pretensão do autor de excluir o apelante da sociedade, julgando-se, por conseguinte, a ação parcialmente procedente.

Decaindo o autor de parte do pedido, impõe-se o reconhecimento da sucumbência recíproca, arcando cada parte com metade das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios da parte contrária fixados em 10% sobre o valor da causa.

Isso posto, **dá-se parcial provimento à apelação do réu.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1004287-90.2022.8.26.0010, da Comarca de São Paulo, em que é apelante RODOBENS ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIOS LTDA., é apelado RAINAJA KAANY VITÓRIA DE LIMA RAMOS (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 848)**

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

São Paulo, 22 de maio de 2023.

LUÍS H. B. FRANZÉ, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO. CONSÓRCIO. DECLARATÓRIA. RESCISÃO CONTRATUAL. RESTITUIÇÃO DE VALORES. DESISTÊNCIA DO CONSORCIADO. 1. Procedência parcial. 2. Insurgência da parte ré quanto ao afastamento das disposições contidas nas cláusulas penais, previstas nos incisos I e II, do art. 31 do Regulamento do Consórcio. 3. Alegação de prejuízos sofridos pelo grupo. 4. Prejuízos não presumíveis, devendo a administradora demonstrar o efetivo prejuízo causado pela desistência do consor-

ciado. 5. Possibilidade de reposição da cota parte por outra pessoa. 6. Taxa de administração que é devida sendo proporcional ao período em que a autora fez parte do grupo. 7. Restituição dos valores na forma dos artigos 22, 30 e 31 da Lei nº 11.795/08, ou seja, no caso, no prazo de até 60 dias do encerramento do grupo. 8. Sentença mantida. 9. Majoração da verba honorária de 10% para 15% sobre o valor da condenação, nos termos do § 11, do art. 85, do CPC/15. 10. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de ação de rescisão contratual cc. restituição de valores que RAINAJA KAANY VITORIA DE LIMA RAMOS move em face de RODOBENS ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIO LTDA., julgada PARCIALMENTE PROCEDENTE para rescindir o contrato e declarar a nulidade do art. 31, I e II, do Regulamento do Consórcio, no tocante à estipulação de cláusula penal, e determinar que a taxa de administração e o seguro sejam proporcionais ao período em que a autora fez parte do grupo, nos termos da fundamentação da sentença. Em razão da sucumbência recíproca, as partes foram condenadas a arcar com 50% das custas e despesas do processo, e verba honorária fixada em 10% sobre o valor da causa, vedada a compensação, observado o disposto no § 3º, do art. 98 do CPC/15.

Apelo da ré pretendendo a reforma da sentença, sob o argumento de que é devida a cobrança da cláusula penal por prejuízos causados ao grupo de consórcio, bem como pela quebra de contrato com a administradora, em razão da expressa demonstração em sede de contestação quanto ao prejuízo causado ao grupo pela desistência antecipada por parte da autora, já que foi frustrada a arrecadação do fundo comum em 97,7084%, conforme plano anexado. Dessa forma, entende que deve ser aplicada a regra do inciso I, do art. 31, do Regulamento do Consórcio, quanto à prefixação das perdas em 10%, a incidir sobre o valor a ser ressarcido à título de restituição. Invoca o § 2º, do art. 53 do CDC. Assim, afirma que o prejuízo ao grupo é do montante de R$ 537.796,32. Ainda, requer a incidência da cláusula penal por quebra contratual prevista no inciso II, do art. 31 do Regulamento, diante da rescisão antecipada, como cláusula penal compensatória, estipulada no percentual de 28,50% idêntico ao da taxa de administração, conforme disposições contratadas e regulamento geral. Esclarece que o valor relativo à desistência antecipada pela falta de arrecadação da taxa de administração no montante de 20,5306% é de R$ 113.002,37, porque o consorciado até a desistência contribuiu com 7,9694% de referida taxa.

Acesso ao Sumário

Houve contrarrazões.

É o relatório.

Pretende o autor obter a declaração de rescisão do contrato de consórcio firmado com a parte ré, com pedido de restituição dos valores pagos, em razão de sua desistência.

A parte ré, em sua defesa, sustentou que a ação deve ser analisada sob a égide da Lei 11.795/2008. Observou que a restituição de valores deve ser feita dentro de 60 dias da data da realização da última assembleia de contemplação do grupo, ou quando da contemplação da cota excluída. Asseverou que a autora efetuou o pagamento de R$ 44.219,68, constituindo o percentual de 2,2819% sobre o valor do bem pretendido, o qual deve ser devolvido. Defendeu a legalidade da devolução do valor pago ao fundo comum do grupo, com desconto da taxa de administração, seguro prestamista e cláusulas penais. Invocou a Súmula 538 do C.STJ.

1. Relação de consumo

Inicialmente, cumpre lembrar que a presente relação jurídica é de consumo, portanto, deve ser analisada sob os auspícios do Código de Defesa do Consumidor, legislação protetiva especial da parte considerada hipossuficiente técnica e economicamente.

Na hipótese, a parte autora é parte hipossuficiente porque o "*fornecedor que por sua posição de monopólio, fático ou jurídico, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõe sua superioridade a todos que com ele contratam*" (CLÁUDIA LIMA MARQUES, "Contratos no Código de Defesa do Consumidor", São Paulo: Editora RT, 3ª edição, páginas 147/149).

Já a parte ré está na condição de fornecedora dos serviços, como se vê do art. 3º do mesmo Código, assim redigido:

> "*Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestações de serviços.*"

2. Mérito

No caso em comento, é incontroverso que a parte autora aderiu ao contrato de consórcio, adquirindo a cota 0506-01 do grupo 001830, visando a obtenção de carta de crédito para aquisição de bem imóvel durável, no valor de R$ 600.000,00, sendo estipulado o prazo de 216 meses, importando a taxa de administração total em 28,5000% (fls. 28/29).

Acontece que as partes litigantes divergem quanto à incidência das cláu-

Acesso ao Sumário

sulas penais estipuladas no contrato, diante da rescisão antecipada da avença, pela desistência por parte da autora.

Pois bem.

Dispõe o § 2º, do art. 53 do CDC que: "*nos contratos do sistema de consórcio de produtos duráveis, a compensação ou a restituição das parcelas quitadas, na forma deste artigo, terá descontada, além da vantagem econômica auferida com a fruição, os prejuízos que o desistente ou inadimplente causar ao grupo*".

Isso quer significar, pois, que deve o consorciado repor os prejuízos causados ao grupo em razão de sua eventual desistência, sob pena de impor descompensação e desequilíbrio financeiro ao próprio grupo. E tal é devido dada a finalidade do consórcio, que é a constituição de um fundo comum para aquisição de bens pelos participantes, o que é somente é atingido pelo adimplemento da cota parte de cada participante.

Acontece que os prejuízos causados pelo desistente não são presumíveis, devendo ser demonstrados nos autos, sendo ônus probatório que incumbe à administradora do consórcio.

Aliás, o C. STJ tem o entendimento de que "*A possibilidade de se descontar dos valores devidos percentual a título de reparação pelos prejuízos causados ao grupo (art. 53, § 2º, do CDC) depende da efetiva prova do prejuízo sofrido, ônus que incumbe à administradora de consórcio*" (REsp 871.421, Relator Ministro SIDNEI BENETI, 3ª Turma, julgado em 11/3/2008).

Ver, ainda, do C. STJ:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO CONTRA DECISÃO DE INADMISSÃO DO RECURSO ESPECIAL. CONSÓRCIO. DESISTÊNCIA. COBRANÇA DE CLÁUSULA PENAL. NECESSIDADE DE PROVA DO PREJUÍZO AO GRUPO. PROVA. INEXISTÊNCIA. SÚMULA 7/STJ. (4ª Turma, Rel. Min. Raul Araújo, AgRg no Resp 56425/RS, data do julgamento: 02.02.2012).

Na hipótese, a administradora, com amparo nas disposições dos incisos I e II, do art. 31 do Regulamento do Consórcio, afirma que a desistência da autora importou em prejuízos da ordem de R$ 537.796,32 ao grupo, já que foi frustrada a arrecadação do fundo comum em 97,7084%, conforme plano anexado à defesa, além do valor correspondente a R$ 113.002,37, pela falta de arrecadação da taxa de administração no montante de 20,5306%.

Eis a redação dos incisos I e II, do art. 31 do Regulamento do Consórcio estabelecem:

> "*Art. 31º - O CONSORCIADO excluído não contemplado terá direito à restituição da importância paga ao fundo comum do grupo, quando da contemplação da cota nos termos do artigo 13 cujo valor será apurado*

Acesso ao Sumário

aplicando-se o percentual amortizado sobre o valor do bem vigente na data da assembleia de contemplação, acrescido dos rendimentos da aplicação financeira obtida entre a data da contemplação referida e o dia anterior ao efetivo pagamento, observado que:

I - do valor apurado será deduzida importância equivalente a 10% (dez por cento) a título de ressarcimento de prejuízos e danos causados ao grupo, conforme disposto no artigo 53, parágrafo 2º, da lei nº 8.079 de 11.09.90 (Código de Defesa do Consumidor).

II - do valor a ser devolvido será deduzido, também, a título de penalidade por quebra contratual para com a ADMINISTRADORA, como ressarcimento de perdas e danos prefixados, importância em percentual idêntico àquele ajustado para a taxa de administração total fixada na proposta, na forma da lei 11.795/2008." (fl. 131 dos autos).

Há de se notar que o contrato discutido é posterior à edição da Lei 11.795/2008, já que firmado em 06/10/2020 (fls. 115/123).

A disposição contida no contrato está de acordo com a Lei 11.795/2008, a qual, ademais, em seu art. 30 dispõe:

"*Art. 30. O consorciado excluído não contemplado terá direito à restituição da importância paga ao fundo comum do grupo, cujo valor deve ser calculado com base no percentual amortizado do valor do bem ou serviço vigente na data da assembleia de contemplação, acrescido dos rendimentos da aplicação financeira a que estão sujeitos os recursos dos consorciados enquanto não utilizados pelo participante, na forma do art. 24, § 1°".*

"Art. 31. Dentro de 60 (sessenta) dias, contados da data da realização da última assembleia de contemplação do grupo de consórcio, a administradora deverá comunicar:

I - aos consorciados que não tenham utilizado os respectivos créditos, que os mesmos estão à disposição para recebimento em espécie'.

Observa-se, quanto aos prejuízos alegados, que os documentos juntados com a peça de defesa, que são unilaterais, demonstram que a autora efetuou o pagamento de 14 parcelas, no total de R$ 44.219,88, havendo um saldo devedor de R$ 550.225,40 (fl. 134). Além disso, o relatório de plano de cobrança juntado demonstrou que está em aberto 99,7537 pelas parcelas não pagas (fls. 135/137).

Contudo, tal documentação em si mesma não é suficiente para demonstrar o efetivo prejuízo do grupo.

Ou seja, ao contrário do sustentado, não logrou a ré demonstrar o efetivo prejuízo ao grupo para sustentar a imposição da multa de 10%, mesmo porque há de se lembrar que a cota parte do consorciado poderá ser eventualmente reposta em revenda, quando novo componente vier a aderir também ao grupo já

Acesso ao Sumário

formado.

Isso quer significar que não se pode admitir que o consorciado causou lesão ao grupo tão somente pela sua desistência, visto que, ocorrendo desistência ou exclusão, a administradora pode negociar a cota com outra pessoa.

Nesse sentido, já decidiu esta C. Câmara:

> CONTRATO DE CONSÓRCIO. DESISTÊNCIA DE CONSORCIADO. CLÁUSULA PENAL. Invalidade. Impossibilidade de presunção dos prejuízos causados pela desistência do consorciado. Inexistência de prova quanto aos danos efetivamente suportados com a saída da autora do consórcio. Cláusula penal indevida. PRAZO PARA RESTITUIÇÃO DAS PARCELAS PAGAS. Contrato assinado na vigência da Lei 11.795/2008. Restituição devida quando da contemplação do excluído ou no prazo de até sessenta dias do encerramento do grupo. Sentença reformada nesse ponto. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível nº 0015664-96.2021.8.26.0564, rel. Des. AFONSO BRÁZ, julgada em 07/07/2022).
>
> APELAÇÃO – Ação de rescisão contratual de consórcio c.c. restituição de valores pagos – Consórcio de bem imóvel – Sentença de parcial procedência – Inconformismo recursal apenas da autora – Pretendida nulidade da cláusula penal – Cláusula penal indevida – Recurso provido (Apelação Cível 1004087-15.2021.8.26.0529, rel. Des. IRINEU FAVA, julgada em 06/12/2022).
>
> Contrato – Consórcio – Desistência – Cláusula penal – Ausência de provas quanto aos danos efetivamente suportados com a saída da autora do consórcio – Incidência indevida – Correção monetária – Pretensão de que seja calculada pelo INCC – Inviabilidade – Aplicação da tabela prática do TJSP – Recurso improvido. (Apelação Cível nº 1002645-17.2020.8.26.0604, rel. Des. SOUZA LOPES, julgada em 15/08/2022).

De igual modo, e por igual motivo, a alegação de prejuízo pela disposição contida no inciso II, do art. 31 do Regulamento do Consórcio, relativamente a cláusula penal pela taxa de administração, não pode vingar.

Embora devida a taxa de administração, deve ser paga proporcionalmente ao período em que a autora fez parte do grupo, como constou da sentença.

Anote-se, ademais, que a restituição das parcelas pagas pela autora deve ser feita nos termos do disposto nos arts. 22, 30 e 31 da Lei nº 11.795/08, ou seja, no prazo de até 60 dias do encerramento do grupo.

3. Dispositivo

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

Acesso ao Sumário

Em razão do trabalho recursal acrescido, majora-se a verba honorária de 10% para 15% sobre o valor da condenação (valores a serem restituídos), nos termos do § 11, do art. 85, do CPC/15.

Posto isso, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1025114-18.2022.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante DANIEL URBINO GOUVEIA DA SILVA, é apelado ALGAR TELECOM S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 31560)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ EURICO (Presidente) e SÁ DUARTE.

São Paulo, 30 de maio de 2023.

ANA LUCIA ROMANHOLE MARTUCCI, Relatora

Ementa: Apelação. Telefonia. Ação de obrigação de não fazer cumulada com indenização por danos morais. Princípio da dialeticidade recursal devidamente observado na espécie. Alegação do autor de que a ré efetuou exagerado número de ligações oferecendo produtos e serviços. Autor que, por diversas vezes, solicitou a exclusão de seu número dos cadastros e, também, valeu-se de medidas administrativas diversas para fazer cessar as ligações. Ré que, porém, continuou a realizar as ligações. Dano moral configurado. Quantum indenizatório fixado em valor condizente com os danos sofridos, sem causar enriquecimento ilícito da vítima. Sentença parcialmente reformada. Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a respeitável sentença (fls. 183/188), cujo relatório se adota, que, nos autos de ação de obrigação de não fazer cumulada com pedido de indenização por danos morais, julgou par-

cialmente procedente o mérito da demanda, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, para determinar que a ré cesse imediatamente as ligações dirigidas a número de telefone de titularidade do autor, sob pena de multa de quinhentos reais, por ato de comunicação indevida, sem prejuízo de condenação por má-fé processual e apuração de responsabilidade pelo crime de desobediência, nos termos do art. 536, § 3º, do CPC.

Inconformado, apela o autor. Defende, em síntese, a necessidade de parcial reforma da sentença. Alega que experimentou danos morais indenizáveis. Argumenta que tem sido incomodado por insistentes e excessivas ligações telefônicas realizadas pela ré. Alega que tal circunstância ocasiona imensos contratempos e transtornos, tanto em seus horários de trabalho, quanto nos momentos de descanso. Argumenta que sempre requisitou que as ligações parassem e que seu número fosse excluído do sistema da ré. Argumenta que se valeu de todos os procedimentos administrativos para tanto, mas sem sucesso. Destaca, assim, que a situação vivenciada está longe de configurar mera circunstância inerente ao dia-a-dia, de modo que é passível de indenização. Doravante, impugna a forma como os encargos sucumbenciais restaram distribuídos no caso concreto. Pleiteia, pois, seja dado provimento ao recurso, conforme razões aduzidas (fls. 193/208).

Houve resposta (fls. 214/220).

É o relatório.

O recurso interposto comporta provimento.

De proêmio, não há que se falar em violação ao princípio da dialeticidade recursal, haja vista que o recurso de apelação interposto desafia os fundamentos expostos pela sentença de forma satisfatória para fins de conhecimento e apreciação da matéria devolvida à instância recursal.

Ultrapassado o óbice técnico, verifica-se que foi reconhecida, na r. sentença recorrida, a obrigação de a ré fazer cessar imediatamente as ligações dirigidas a número de telefone de titularidade do autor, sob pena de multa de quinhentos reais, por ato de comunicação indevida, sem prejuízo de condenação por má-fé processual e apuração de responsabilidade pelo crime de desobediência, nos termos do art. 536, § 3º, do CPC. Nota-se, ainda, que a ré não interpôs recurso contra a sentença.

Assim, não mais há de se discutir sobre a falha da ré ao fazer inúmeras ligações ao autor para oferecer produtos e serviços, restringindo-se o presente julgamento a analisar a ocorrência ou não de danos morais.

Dito isso, ressalta-se que o autor sofreu, de fato, dissabores que excedem os do cotidiano.

Como bem se sabe, "*existe um piso de inconvenientes que o ser humano tem de tolerar, sem que exista o automático dano moral*" (Antônio Jeová San-

Acesso ao Sumário

tos, em Dano Moral Indenizável, 3ª Edição, Método, São Paulo, 2001). E, nesse contexto, no caso dos autos, verifica-se que a situação vivenciada pelo autor ultrapassou tal piso mínimo e ingressou, efetivamente, na seara do dano moral indenizável.

Não se ignora que a mera existência de ligações insistentes oferecendo produtos e serviços, sem maiores repercussões, embora seja causa de aborrecimento, não enseja dano moral indenizável.

Todavia, a situação dos autos possui notórias peculiaridades, de modo a permitir a realização de distinção (*distinguishing*) e reconhecer que, realmente, há danos patrimoniais experimentados pelo autor. Com efeito, a insistência da ré no oferecimento de produtos e serviços, o exagerado número de ligações e, sobretudo, a ausência de providência pela ré para fazer cessar os contatos, mesmo após as inúmeras tentativas do autor mediante a utilização de vários canais administrativos, efetivamente, ultrapassam o mero aborrecimento e justificam a condenação de indenização por danos morais.

No que tange ao valor, o arbitramento dos danos morais deve ser feito guardando proporcionalidade com o grau de culpa do infrator e com a pretensão e situação retratada nos autos, sendo certo que o valor dos danos morais, que têm natureza punitiva e ao mesmo tempo reparadora, deve ser estimado em termos razoáveis, não se justificando imposição que possa implicar enriquecimento ilícito e nem aquela que não exerça função reparadora.

Portanto, à luz dos critérios supracitados e levando-se em consideração as peculiaridades do caso concreto, o grau de culpa das rés, bem como os julgados desta C. 33ª Câmara de Direito Privado, reputa-se adequada a fixação em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), suficiente para causar repreensão à parte ré, evitando a reiteração da conduta ilícita e, no que tange à vítima, para compensar e atenuar os danos morais experimentados, sem, contudo, representar enriquecimento imotivado.

O valor da indenização deve ser acrescido de correção monetária a partir da data do arbitramento neste julgado (Súmula 362 do STJ) e de juros de mora de 1% ao mês a contar da data do evento danoso (Súmula 54 do STJ), o qual seja, a data da primeira ligação indevida feita ao autor.

Em razão do acolhimento integral da pretensão inicial, a ré deverá arcar com a integralidade das custas e das despesas processuais corrigidas, bem como com os honorários advocatícios, arbitrados em 20% sobre o valor da condenação atualizada.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1019501-73.2021.8.26.0005, da Comarca de São Paulo, em que é apelante LEVIR DA SILVA MONTINO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado MARABRAZ COMERCIAL LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 53.430)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO AYROSA (Presidente sem voto), ADILSON DE ARAUJO e ROSANGELA TELLES.

São Paulo, 30 de maio de 2023.

ANTONIO RIGOLIN, Relator

Ementa: COMPRA E VENDA. MÓVEIS DE COZINHA. ALEGAÇÃO DE QUE OS PRODUTOS FORAM ENTREGUES EM MATERIAL DIVERSO DAQUELE QUE FOI INFORMADO NO MOMENTO DA COMPRA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. VENDEDORA QUE, POR OUTRO LADO, NÃO ERA RESPONSÁVEL PELA MONTAGEM DOS MÓVEIS, DE MODO QUE NÃO RESPONDE POR EVENTUAIS DANOS DECORRENTES DAQUELE SERVIÇO. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO, COM OBSERVAÇÃO. 1. Embora se trate de relação de consumo, cabia à compradora provar que os móveis adquiridos foram confeccionados e entregues com material divergente daquele que havia sido informado no momento da compra, posto que não se pode impor à vendedora o ônus de comprovar um fato negativo (probatio diabolica), ainda mais quando já havia decorrido tempo considerável entre a entrega do produto e o ajuizamento da ação, sem prova da existência de qualquer reclamação anterior. 2. O autor também não logrou comprovar que os móveis teriam sido montados pela vendedora, a despeito do contrato prever, de maneira ostensiva, que ela não mantém serviço de montagem, o qual deveria ser pro-

Acesso ao Sumário

videnciado pelo próprio comprador ou por profissional de sua confiança, de modo que não se pode imputar a ré eventuais danos que tenham sido ocasionados no processo de instalação. 3. Em atenção à norma do artigo 85, § 11, do CPC, diante do improvimento do apelo, impõe-se elevar o montante da verba honorária sucumbencial para 12% do valor atualizado da causa, prevalecendo, naturalmente, a inexigibilidade decorrente da gratuidade judicial.

VOTO

Visto.

1. Trata-se de ação de obrigação de fazer, cumulada com indenização por danos morais, proposta por LEVIR DA SILVA MONTINO em face de COMERCIAL DE MÓVEIS JORDANÉSIA SOCIEDADE LTDA. ("LOJAS MARABRAZ").

A r. sentença, cujo relatório se adota, julgou improcedentes os pedidos, condenando o autor a arcar com o pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios de 10% sobre o valor atualizado da causa.

Inconformado, apela o autor, alegando que a responsabilidade da ré é objetiva, e que a prova documental demonstra a péssima qualidade do material empregado na confecção dos móveis. Afirma que foi a própria ré quem efetuou a montagem, deixando inúmeras avarias no bem. Aduz que diligenciou pessoalmente na loja para tentar resolver o problema, porém sem sucesso. Foi enganado e sofreu dano moral, ressaltando que os móveis foram entregues em aglomerado, e não MDF, como prometido por ocasião da compra, de modo que houve violação ao princípio da lealdade contratual.

Recurso tempestivo e bem processado, tendo decorrido *in albis* o prazo para resposta. Há isenção de preparo.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

2. Segundo a petição inicial, em 15 de agosto de 2020, o autor adquiriu junto à ré um KIT COZINHA LILIAN 7 PT, 2G 2,03 VAN/PEROLA 03; BASE RET. TULIPA 1,10 2001 + 4CD05 CR PR/LI 02; PEDRA P/ MESA RET. 1,10 X 0,70 GRANITO OCRE 01, no valor de R$ 1.490,00, tendo sido informado, no momento da compra, que os referidos móveis eram confeccionados em material MDF. Os móveis foram entregues e instalados pela ré, porém, desde logo notou a existência de defeitos na montagem do armário, tais como parafusos à mostra, lascas no móvel, colas onde não deveria existir, tendo o montador dito que pediria a troca das peças e retornaria, o que, todavia, não ocorreu. Ao guardar seus utensílios de cozinha, notou, além de novos danos decorrentes do processo de

montagem, que o material empregado na confecção do móvel não correspondia àquele que lhe foi informado pelo vendedor, afirmando que "*era de material de aglomerado, com partículas que se desmancham, e não MDF*", sendo que, passados alguns dias, uma das portas caiu. Alega, ainda, que se dirigiu pessoalmente à loja da ré, que não solucionou o problema.

A ré, em sua contestação, apresentou defesa de mérito no sentido de que o produto entregue foi exatamente aquele que adquirido pelo autor, que não efetuou qualquer reclamação, sendo que também não foi ela a responsável pela montagem dos móveis.

A r. sentença julgou improcedente o pedido.

De plano, deve-se observar que a relação que vincula as partes é de consumo, o que a submete ao regime da Lei nº 8.078/90, onde predomina a facilitação da defesa do consumidor, inclusive com a inversão do ônus da prova.

Ocorre que a referida facilitação não se traduz em isentar o consumidor de comprovar os fatos constitutivos do direito, nos termos do artigo 373, inciso I, do CPC, notadamente quando não há verossimilhança em suas alegações, e a inversão implicaria impor à parte adversa a demonstração de um fato negativo (*probatio diabolica*).

No caso em apreço, não existe qualquer evidência de que os móveis teriam sido entregues em desacordo com o que foi pactuado entre as partes no momento da contratação e, tampouco, que teria ocorrido qualquer falha no dever de informação ao consumidor.

O documento de fls. 27/32 não indica que se tratava de um móvel confeccionado em madeira MDF, um pouco mais caro com relação à MDP, sendo certo também que a narrativa constante da exordial permite concluir que a compra foi efetuada em loja física, onde o autor, em tese, pôde examinar o produto que estava adquirindo, não havendo qualquer indício de que teria sido induzido em erro pelo vendedor da ré-apelada.

Note-se que o autor, embora não seja especialista em móveis, como afirmou em suas razões recursais, afirma que constatou a suposta divergência de material assim que guardou seus utensílios de cozinha no móvel adquirido. No entanto, e embora alegue que uma das portas tenha caído logo nos dias seguintes, veio a ajuizar a presente ação mais de um ano depois, o que revela a ausência de verossimilhança em suas alegações.

Não existe nos autos a comprovação da existência de qualquer reclamação anterior à presente ação, com relação aos defeitos e divergência de materiais informados na exordial, nada havendo que possibilite concluir tenham as fotografias constantes daquela peça processual sido tiradas logo após a instalação dos móveis. E, mesmo que se considere que os danos revelados tenham realmente decorrido do processo de montagem, é certo que o demandante também

Acesso ao Sumário

não logrou comprovar que a instalação teria sido procedida pela ré ou por profissional por ela indicado.

Aliás, o mesmo documento de fls. 27/32 revela, de forma ostensiva, que a ré não possui o serviço de montagem, o qual deve ser efetuado pelo próprio comprador ou por profissional de sua confiança.

Portanto, sobre qualquer prisma que se analise a questão posta em juízo, o conjunto probatório não permite atribuir à ré a responsabilidade pelos danos reclamados na petição inicial, de modo que a improcedência da ação foi bem decretada, devendo a sentença permanecer tal como lançada.

Em razão do resultado deste julgamento e em atenção à norma do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, considerando a atuação acrescida, impõe-se elevar o montante da verba honorária sucumbencial a 12% sobre o valor atualizado da causa, persistindo, naturalmente, a inexigibilidade decorrente da gratuidade judicial.

3. Ante o exposto, nego provimento ao recurso, com observação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1061873-12.2022.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SAINT PAUL RESIDENCE, é apelado GC LOCAÇÃO DE EQUIPAMENTOS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.818)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HUGO CREPALDI (Presidente sem voto), JOÃO ANTUNES e ALMEIDA SAMPAIO.

São Paulo, 31 de maio de 2023.

CARMEN LUCIA DA SILVA, Relatora

Ementa: APELAÇÃO. LOCAÇÃO DE EQUIPAMENTOS PARA OPERACIONALIZAÇÃO DE PORTARIA VIRTUAL. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE LOCAÇÃO C/C COBRANÇA DE ALUGUEIS. Sentença de procedência do pedido. Apelação do réu. Preliminar de cerceamento de defesa rejeitada. Embora a questão posta nos autos esteja fundada em relação de consumo, a inversão do ônus

da prova não se opera automática e indistintamente, devendo ficar demonstrada, para tanto, a verossimilhança dos argumentos sustentados pelo consumidor ou sua hipossuficiência no que diz respeito à produção de provas. Inadimplência incontroversa. Ausência de comprovação da alegada má prestação de serviços. O fato de o apelante ter enfrentado dificuldades financeiras em razão da pandemia da Covid-19 é irrelevante, pois não se pode rechaçar que a crise atingiu ambas partes em proporção igual, e no momento em que se depara com a onerosidade excessiva do contrato, caberia ao Condomínio apelante a tomada de medidas cabíveis para a rescisão do pacto e o não alongamento da dívida. RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença proferida a fls. 192/196, que julgou procedente o pedido formulado na ação de rescisão de contrato de locação cumulada com cobrança de alugueis, "*para (i) declarar a rescisão do contrato celebrado entre as partes; (ii) condenar o requerido no pagamento dos alugueis vencidos e vincendos, estes com incidência até a data da publicação desta sentença, acrescidos de correção monetária e juros de mora desde o inadimplemento de cada prestação; (iii) condenar o réu no pagamento dos encargos contratuais (multa contratual e juros moratórios de 1% ao mês). Face à sucumbência, condeno a requerida no pagamento de custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios, os quais arbitro em 10% sobre o valor total da condenação, a ser apurado na fase de cumprimento da sentença*".

Embargos de declaração opostos pela autora (fls. 199/201) foram acolhidos para integrar à sentença embargada "*a condenação do requerido na obrigação de fazer, consistente em devolver os equipamentos locados à requerente, no prazo de 15 (quinze) dias após o trânsito em julgado, autorizando o representante da autora a adentrar nas dependências do condomínio para que o próprio interessado faça a remoção dos objetos que lhe pertencem. A inobservância da obrigação de devolver os equipamentos acarretará a fixação de multa diária pelo descumprimento. Eventual dano causado ao requerido quando do desmonte dos equipamentos será de responsabilidade da requerente*" (fls. 202).

Inconformado o Condomínio demandado apela (fls. 205/212), suscitando preliminar de cerceamento do direito de defesa pelo julgamento antecipado da lide. Afirma ser necessária a instrução probatória, para comprovação da má prestação de serviços. No mérito, defende a aplicabilidade do Código de Defesa

Acesso ao Sumário

do Consumidor ao caso em julgamento.

Recurso preparado e contrarrazoado (fls. 371/379 e 218/226).

É o relatório.

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

Como constou da r. sentença, "*GC LOCAÇÃO DE EQUIPAMENTOS LTDA ajuizou ação de rescisão contratual c/c cobrança de alugueis contra SAINT PAUL RESIDENCE, esclarecendo, inicialmente, que é uma empresa atuante no setor de locação de equipamentos de informática, equipamentos médicos e de segurança para sociedade empresariais e empresários individuais. Menciona que, com a requerida, foi celebrado contrato de locação de equipamentos CFTV, para operacionalização de portaria virtual no condomínio réu. Afirma que o contrato foi firmado pelo período de 72 meses, pelo valor mensal de R$ 1.817,36. Apesar de estar ciente das obrigações contratuais, a requerida permanece inadimplente desde março de 2021, havendo um débito de R$ 27.620,04. Assevera que os encargos contratuais totalizam o valor de R$ 48.160,04. Salienta que o fato de permanecer inadimplente é suficiente para motivar a rescisão do contrato. Sustenta que não é obrigada a permanecer cumprindo o contrato quando há inexecução contratual por parte da contratante. Requer a procedência da ação com a declaração da rescisão contratual e a devolução dos equipamentos alugados, além da condenação da ré no pagamento de R$27.260,04 referente às locações vencidas, mais as vincendas a serem verificadas ao longo do processo, além da multa contratual, no valor de R$ 48.160,04. Citado, o condomínio requerido apresentou contestação (fls. 79/88), alegando, em síntese, que, em virtude da pandemia, muitos moradores não conseguiram cumprir suas obrigações perante o condomínio. Consequentemente, o condomínio também não conseguiu honrar com suas obrigações. Nesse panorama, o síndico do réu buscou a realização de acordo junto à autora, o qual fora devidamente cumprido, quitando todos os débitos até março de 2021. Sustenta que os equipamentos locados apresentaram diversos problemas ao longo da contratação. Concorda com a rescisão contratual, mas entende que os encargos cobrados são abusivos. Requer a improcedência da ação. Foi apresentada réplica (fls. 119/128). A requerida, intimada, regularizou sua representação processual (fls. 191).* É o breve relatório".

O pedido foi julgado procedente, nos termos do relatório.

Com razão o d. Juízo sentenciante.

A alegação de cerceamento de defesa deve ser rejeitada, porquanto a decisão recorrida tratou a matéria suficientemente, de forma a elucidar as questões

Acesso ao Sumário

debatidas pelas partes, o que se coaduna com o princípio do livre convencimento do Magistrado, motivado à luz das provas documentais constantes dos autos.

A propósito, THEOTÔNIO NEGRÃO, in "CPC e legislação processual em vigor", ed. Saraiva, 35ª ed., nota nº 1, ao art. 330, pg., 409, expõe que: "*Presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da causa, é dever do juiz, e não mera faculdade, assim proceder*" (STJ-4ª Turma, REsp. 2.832-RJ, rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO, j. 14.8.90, negaram provimento, v.u., DJU 17.9.90, p. 9.513).

Vale ainda registrar que falta amparo ao pedido genérico de produção de prova, uma vez que "*descabe confundir o protesto pela produção de prova com o requerimento específico, quando a parte interessada deve justificar a necessidade da prova pretendida*" (STF Pleno, AÇOR 445-4-ES-AgR, rel. Min Marco Aurélio, j.4.6.98, negaram provimento, v.u, DJU 28.8.98, séc 1e, p.3).

Com relação à aplicação da Lei Consumerista ao caso em julgamento, embora a questão posta nos autos esteja fundada em relação de consumo, a inversão do ônus da prova não se opera automática e indistintamente, devendo ficar demonstrada, para tanto, a verossimilhança dos argumentos sustentados pelo consumidor ou sua hipossuficiência no que diz respeito à produção de provas, conforme destaca Theotônio Negrão:

> "*A chamada inversão do ônus da prova, no Código de Defesa do Consumidor, deve ser compreendida no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada ao 'critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência' (art. 6º, VIII). Vai daí não ser automática a inversão do ônus da prova. Para que ocorra, necessita ela de circunstâncias concretas que serão apuradas pelo juiz no contexto da 'facilitação da defesa' dos direitos do consumidor (RT 783/332, a citação é do voto do relator, juiz Amorim Cantuária). Ou seja, 'a regra do art. 6º, VIII, relativa à inversão do ônus da prova, não há de ser considerada aplicável a priori, ou utilizada sem análise individual e pormenorizada da quaestio' (JTAERGS 100/381).*" (In Código de Processo Civil Anotado, Saraiva, 42ª ed., nota 2 ao artigo 333, p. 446).

Passando adiante, incontroverso que o Condomínio réu firmou com a autora contrato de locação de equipamentos CFTV, para operacionalização de portaria virtual (fls. 37/43).

Incontroversa também sua inadimplência.

Apesar dos esforços na sua argumentação, o fato de ter enfrentado dificuldades financeiras em razão da pandemia da Covid-19 é irrelevante, pois não se pode rechaçar que a crise atingiu ambas partes em proporção igual, e no momento em que se depara com a onerosidade excessiva do contrato, caberia ao

Acesso ao Sumário

Condomínio apelante a tomada de medidas cabíveis para a rescisão do pacto e o não alongamento da dívida.

Além disso, não há prova nos autos de que o inadimplemento do locatário decorreu diretamente dos efeitos da pandemia causada pelo Corona Vírus, muito menos da alegada má prestação dos serviços da autora.

Por fim, no que diz respeito ao pedido de designação de audiência de conciliação, consigno que as partes podem transigir a qualquer momento, ainda que o juízo não designe audiência para tal finalidade.

Por tudo quanto exposto, qualquer acréscimo que se pretenda fazer aos sólidos fundamentos da sentença caracterizará desnecessária redundância.

Não sendo provido o recurso, e tendo a parte adversa apresentado contrarrazões, incide a hipótese do § 11, do artigo 85 do Código de Processo Civil. Assim sendo, mostra-se coerente com a disposição legal a majoração dos honorários de sucumbência recursal para 15% sobre o valor da causa, sopesado o trabalho realizado em ambas as fases do processo.

Finalmente, apenas para evitar futuros questionamentos desnecessários, observa-se que se tem por expressamente ventilados, neste grau de jurisdição, todos dispositivos legais e constitucionais citados em sede recursal.

Salienta-se ainda que a função do julgador é decidir a questão posta nos autos de modo fundamentado e objetivo, portanto, desnecessário o enfrentamento exaustivo de todos os argumentos elaborados pelas partes.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1049218-08.2022.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante HDI SEGUROS S.A., é apelado COPEL DISTRIBUIÇÃO S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26310)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS DIAS MOTTA (Presidente), MARIA DE LOURDES LOPEZ GIL e VIANNA COTRIM.

São Paulo, 1º de junho de 2023.

CARLOS DIAS MOTTA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: ENERGIA ELÉTRICA. Ação regressiva de seguradora contra a distribuidora de energia elétrica, por danos elétricos causados a segurados e indenizados por ela. Sentença de improcedência. Apelo da autora. Ré que teve o seu direito de produzir provas suprimido pela inexistência de guarda, por parte da autora, dos aparelhos danificados. Autora que não notificou a ré para que pudesse verificar os equipamentos, também administrativamente. Embora aplicável o CDC por sub-rogação (art. 786 do Código Civil), é inviável, no caso concreto, a inversão do ônus da prova, pela impossibilidade de a ré produzi-la (distribuição dinâmica do ônus probatório). Autora que não provou o fato constitutivo de seu direito, ou seja, a falha na prestação do serviço. Laudos genéricos e superficiais, que não comprovam a origem dos danos. Pedido regressivo improcedente. Sentença mantida. Apelo desprovido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta em razão da r. sentença de fls. 170/174, que julgou improcedente a ação movida por Hdi Seguros S.A. em face de Copel Distribuição S.A., na qual pretende a condenação da ré ao pagamento do valor de R$ 5.407,00. Impôs à autora os encargos da sucumbência, arbitrando os honorários de advogado em 15% do valor da causa.

Irresignada, apela a autora (fls. 177/207), sustentando, em síntese, que: comprovou o nexo de causalidade; não houve caso fortuito ou força maior; as medidas utilizadas pelas companhias de energia são ineficientes para contenção de descarga elétrica; é desnecessária a prova pericial e manutenção dos bens sinistrados; trata-se de relação de consumo, aplicando-se a inversão do ônus da prova; a responsabilidade da ré é objetiva. Espera a procedência da demanda, com juros e correção monetária a partir do desembolso.

Intimada, a apelada apresentou contrarrazões (fls. 214/239).

O recurso é tempestivo e foi preparado (fls. 208/209).

Não foi apresentada oposição à realização do julgamento virtual (Resolução nº 549/2011 do Órgão Especial deste Tribunal, alterada pela Resolução nº 772/2017).

É o relatório.

Decido.

Acesso ao Sumário

Com efeito, da análise dos autos, vê-se que a ré não foi notificada administrativamente para o reparo ou verificação dos itens danificados.

O requerimento administrativo certamente não constitui uma condição da ação, porque entender de tal modo seria restringir direito fundamental da autora. Ademais, o fato de a ré ter deduzido defesa de mérito faz com que a pretensão da autora seja resistida, o que preenche o interesse processual.

No entanto, embora não seja requisito para o ajuizamento da ação, a ausência desta providência, em feitos como o presente, gera efeitos práticos que impossibilitam o direito de defesa da ré, o que não se pode admitir.

Neste contexto, era preciso que a autora a notificasse, não por mera formalidade, mas para que ela pudesse verificar os aparelhos danificados, os danos ocorridos e vistoriar suas possíveis causas.

Assim, não pode a autora, sem comunicar a ré, indenizar seus segurados, ao mesmo tempo, não manter sequer a guarda dos objetos, impedindo-a de exercer seu direito de defesa e produzir contraprova.

Ora, não deve recair sobre a ré o ônus da prova que se tornou impossível de produzir por conduta da autora. Assim, se a autora não manteve a guarda dos bens, tal fato não pode prejudicar a ré.

A distribuição dinâmica do ônus da prova impõe ao julgador a observância da capacidade de produção da prova por cada uma das partes, para que o dever de produzir a prova não recaia sobre aquele que não tem condições de fazê-lo.

Assim, embora aplique-se ao caso concreto o CDC, por sub-rogação da autora nos direitos dos segurados, consumidores (art. 786 do Código Civil), não é possível, no caso concreto, inverter o ônus probatório.

Isto não apenas porque a autora deixou de notificar a ré, mas também porque, ao seu alvedrio, não manteve a guarda dos equipamentos sobre os quais a produção de eventual prova incidiria, impossibilitando a defesa da ré.

Ora, como falar em inversão do ônus da prova se à ré sequer foi facultado o direito de requerer perícia judicial ou analisar os equipamentos?

Assim, ante a ausência de provas de que a ré causou os danos nos aparelhos, pela sua ausência e de prova produzida em juízo, sob o crivo do contraditório, não deve a ré indenizá-la.

Os laudos juntados pela autora com a finalidade de comprovar a falha na prestação de serviços da ré (fls. 28 e 42) não são capazes de comprovar o nexo de causalidade. Isto porque os documentos são genéricos e atécnicos.

Os pretensos laudos trazem apenas ilações da causa dos danos, afirmando laconicamente, por exemplo, que estes se deram por "*oscilação de energia elétrica*" e "*descarga*".

Acesso ao Sumário

Trata-se de meras inferências, sem demonstração técnica e, portanto, sem comprovação da origem dos danos.

Não há prova consistente da existência, nos laudos acostados, de nexo de causalidade de forma a ensejar a responsabilização civil da ré.

Neste ínterim, não está a ré obrigada a indenizar por danos que não são comprovadamente decorrentes da sua falha na prestação de serviço, sob pena de desvirtuamento do instituto da responsabilidade civil.

Dessa forma, a ação deve ser julgada improcedente.

Pelo desprovimento do recurso, majoro os honorários de sucumbência devidos pela apelante de 15% para 17% do valor da causa (R$ 5.407,00).

Por fim, considera-se prequestionada toda a matéria constitucional e infraconstitucional ventilada nos autos, evitando-se, com isso, a oposição de embargos de declaração para este fim.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1029758-97.2016.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante ADRIANA ROCHA DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado CLÍNICA DENTÁRIA SANTO ANTONIO LTDA..

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 40.670)**

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

São Paulo, 12 de maio de 2023.

GIFFONI FERREIRA, Relator

Ementa: ERRO MÉDICO – ODONTOLOGIA – NEXO ETIOLÓGICO AFASTADO ENTRE O ATENDIMENTO E OS DANOS – INEXISTÊNCIA DE INCOMPATIBILIDADE ENTRE LAUDOS – ATENDIMENTO EXATO PROPICIADO POR CLÍNICA – NÃO OCORRÊNCIA DE MALPRACTICE IRROGÁVEL AO APELADO – ESCORREITO

Acesso ao Sumário

COMPORTAMENTO MEDICATRIZ – SENTENÇA CONFIRMADA – RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Cuida-se de Apelação Cível, exprobrando a R. sentença de fls. 337/343, que deu pela improcedência de Ação de Indenização movida pela parte Autora contra a Ré, havido por exato o comportamento medicatriz da Requerida, faltante nexo etiológico entre o tratamento e os danos suportados, corretamente medicinada a parte A. e conclusivo o Laudo, não restando comprovada imperícia relatada na inicial, eis que não houve encontro entre a prótese de implante e a raiz de nenhum dos dentes da Autora.

Inconformada, insurge-se a Apelante aduzindo do cerceamento de defesa, uma vez que o Laudo Pericial fora incoerente, havendo necessidade de nova Perícia. Relata a insurgente que falhou a decisão com afastar a pretensão, presente responsabilidade objetiva e evidenciado o nexo causal, equivocada a visão do decisório, responsabilizando-se a empresa pelos danos decorrentes das dores e infecção durante o tratamento, submetida a A. a descaso e humilhações na clínica, perdendo seu emprego, ânimo e autoestima, causando abalo moral.

Apelo com processamento bastante; contrariado a fls. 369/378.

Esse o breve relato.

Com efeito, vê-se que o H. Magistrado de Primeiro Grau desenvolveu sua tese à luz dos Laudos acostados, e nada existe a infirmar a correção desse entendimento; ver que a prova revela da inexistência de nexo causal entre o atendimento da Ré e os danos suportados pelo Requerente.

Notar que o Laudo Pericial, da lavra do benemérito IMESC, sob o contraditório e equidistante dos litigantes, concluiu que não restara comprovada a imperícia relatada na inicial; o erro de procedimento descrito resumia-se à recolocação dos implantes de forma a danificar os dentes que a parte Autora ainda havia, em razão da proximidade; no entretanto, o Laudo do exame de tomografia afastou essa conclusão, apontando que não houve encontro entre a prótese/implante e a raiz de nenhum dente da parte Autora.

Acesso ao Sumário

De fato, como bem observou o MM. Juiz, *"Nem se questione que a conclusão pericial seguia em uma direção e se alterou completamente, porque a apresentação de exame detalhado e moderno justificou a alteração de posicionamento do perito. Observo que no primeiro laudo o perito justificou sua conclusão na imagem radiográfica. Embora mencionasse tomografia computadorizada comprovando o contato íntimo entre cilindro do implante e a raiz do dente vizinho, essa tomografia não se encontrava nos autos. Na complementação de fls. 184/188, ao responder os quesitos das partes, o perito observa necessidade de tomografia computadorizada (quesitos 9 e 10 fls. 188). Sobrevindo referido*

exame aos autos, a perícia concluiu pela inexistência de nexo causal porque não restou comprovada a imperícia relatada na inicial...”

A procedência de um feito se não paga do solo movediço do possível ou do provável – senão do terreno firme da certeza; aqui nada e nada se produziu em termos de prova, para atestar da culpabilidade dos profissionais que atenderam a Autora na clínica, dentista ou protético, seja na escolha do tratamento, ou na execução de suas etapas, não havendo que se cogitar da falha da Requerida; bem por isso o Laudo derruiu o nexo etiológico entre a MALPRACTICE irrogada, e os danos – ressaltando-se que tratamentos como o dos autos dependem também das particularidades de cada organismo, inexistindo possibilidades de prever todas as situações e reações do corpo humano, tendo em vista que cada organismo responde à intervenção médica de maneira diferente, na forma apontada pela r. sentença – e com alqueires de razão.

Pelo que, em verdade, nenhum reparo merece a sédula decisão, cujos fundamentos acatam-se-nos expressamente para fins de mantença, à luz do Artigo 252 do Regimento Interno desta Relação.

NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso. Majora-se a verba honorária para 17% do valor da causa, nos termos do Art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, observada a gratuidade de justiça.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000794-04.2022.8.26.0270, da Comarca de Itapeva, em que é apelante E.F.R.C. (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), são apelados F.O.R.C. (MENOR REPRESENTADO), J.V.O.R. (MENOR REPRESENTADO) e S.M.O. (REPRESENTANDO MENOR).

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 Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 2.544)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANA ZOMER (Presidente), ANA MARIA BALDY e MARIA DO CARMO HONÓRIO.

São Paulo, 20 de maio de 2023.

ANA ZOMER, Relatora

Ementa: ALIMENTOS. Pensão alimentícia fixada em valor adequado, considerando a ausência de elemen-

Acesso ao Sumário

tos que comprovem a real impossibilidade do pai de versar referida quantia. Desemprego que não exime do tanto, diante da necessidade dos menores. Princípio da paternidade responsável que há de ser observado. Duas crianças cujas carências estão muito além do *quantum* arbitrado. Dever dos pais de dividirem as despesas dos filhos devidamente respeitado na fixação. Sentença bem lançada. Aplicação do artigo 252 do Regimento Interno desta E. Corte. Parecer da D. Procuradoria pelo não provimento do inconformismo. Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação manejado contra a r. sentença de fls. 110/113, que julgou procedente o pedido inicial para (i) conceder a guarda definitiva dos filhos menores à autora; (ii) regulamentar o direito de visitas do requerido; e (iii) fixar os alimentos, em favor dos infantes, no valor correspondente a 50% (cinquenta por cento) do salário mínimo.

Insurge-se o requerido, ora apelante, apenas com relação ao capítulo da sentença que arbitrou os alimentos. Segundo narra, encontra-se desempregado, conforme comprovado nos autos pelo ofício resposta enviado pelo INSS, de modo que o valor fixado na r. sentença ultrapassa em muito a sua possibilidade financeira atual, o que inevitavelmente gerará inadimplência.

Pugna pela reforma do *decisum* para ver reduzido o importe da verba alimentar sublinhada para 30% do salário mínimo.

Recurso tempestivo, e recorrente beneficiário da gratuidade processual.

Foram apresentadas contrarrazões nas fls. 130/133.

Parecer do i. membro do Parquet nas fls. 151/152 pelo improvimento deste.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Fundamento e decido.

O recurso não merece provimento.

Cediço que os gastos com duas crianças superam, em muito, o *quantum* desenhado na r. sentença vergastada, bem como explícito está que a genitora também irá colaborar com as necessidades dos filhos, na medida em que o pensionamento foi fixado em diminuto valor.

Observando-se o binômio necessidade/possibilidade, não há elementos

no todo que comprovem que o pai não possa pagar a quantia estabelecida, razão pela qual a r. sentença vergastada, que enfrentou pontualmente a questão que envolve a fixação da obrigação alimentícia em testilha, deve ser preservada por seus próprios fundamentos.

Com efeito, o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo dispõe, em seu artigo 252, que *"nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la".*

Aludido dispositivo tem sido utilizado reiteradamente nesta Corte para evitar a morosidade processual, em atenção ao princípio da razoável duração do processo, pois *"em algumas situações, a demora, causada pela duração do processo e sistemática dos procedimentos, pode gerar total inutilidade ou ineficácia do provimento requerido".*[1]

Ademais, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que também é possível se adotar os fundamentos do parecer do Ministério Público para solucionar a lide, conforme decisão do eminente Ministro José Antônio Dias Toffoli:

> *"Acompanho na íntegra o parecer da douta Procuradoria-Geral da República, adotando-o como fundamento desta decisão, ao estilo do que é praxe na Corte, quando a qualidade das razões permite sejam subministradas pelo relator.* (Cf. ACO 804/RR, Relator Ministro Carlos Britto, DJ 16/06/2006; AO 24/RS, Relator Ministro Maurício Corrêa, DJ 23/03/2000; RE 271771/SP, Relator Ministro Néri da Silveira, DJ 01/08/2000). (Resp. nº 591.797 e nº 626.307 Rel. Min. Dias Toffoli 1ª Turma j. 26.08.10).
>
> *In casu*, a D. Procuradora de Justiça assentou que:
>
> *"O recurso não comporta provimento, devendo a r. sentença ser mantida por seus próprios fundamentos.*
>
> *O dever do apelante de prestar alimentos a favor de seus filhos é inquestionável nos autos.*
>
> *A instrução processual foi encerrada sem que se produzisse prova alguma da alegada incapacidade contributiva do alimentante, de sorte que a sentença não merece reforma, mesmo porque a verba alimentar foi fixada até mesmo em patamar inferior às reais necessidades dos infantes.*
>
> *Fixar os alimentos nos termos pretendidos pelo recorrente significa ignorar sua capacidade de ajudar no sustento dos dois filhos, ônus esse que vem recaindo com mais intensidade sobre os ombros da guardiã. Ademais, a oferta é irrisória, mormente se considerarmos que o agente é*

Acesso ao Sumário

1 LENZA, Pedro. Teoria Geral da Ação Civil Pública. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 318

apto para exercer trabalho remunerado.

De resto, o desemprego não desonera os genitores da obrigação de sustento da prole.

Portanto, entendemos que a sentença está correta, devendo ser mantido o valor dos alimentos.

Posto isso, o parecer é pelo desprovimento do recurso."

Destarte, **NEGO PROVIMENTO** ao inconformismo, nos termos da fundamentação.

Nos termos do artigo 85, § 11, do CPC, levando em conta o trabalho adicional em grau recursal exercido pelo advogado da parte vencedora, majoro os honorários advocatícios para 11% (onze por cento) do valor dado à causa, observada a gratuidade de justiça concedida ao apelante.

Para evitar a oposição de Embargos de Declaração meramente protelatórios, considera-se, desde já, prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional debatida, desnecessária a menção aos dispositivos de lei respectivos, bastando que a questão jurídica tenha sido abordada e decidida, conforme entendimento do E. STF (RT 703/226, Min. Marco Aurélio) e C. STJ (AgRg no REsp 1.417.199/RS, Relª. Minª. Assusete Magalhães).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005499-50.2019.8.26.0270, da Comarca de Itapeva, em que é apelante ASSOCIAÇÃO SABESP, é apelado MUNICÍPIO DE ITAPEVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.386)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEXANDRE MARCONDES (Presidente), AUGUSTO REZENDE e ENÉAS COSTA GARCIA.

São Paulo, 31 de maio de 2023.

ALEXANDRE MARCONDES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Usucapião extraordinária. Ação julgada improcedente. Pretensão da autora à usucapião. Laudo pericial produzido que confirmou se tratar de área originalmente pública. Bem de domínio público in-

suscetível de aquisição por usucapião. Aplicação da Súmula nº 340 do STF. Posse então exercida pela SABESP – Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo por força de comodato ou de transferência de uso, posteriormente transferida à Associação SABESP, manteve sua natureza precária. Sentença de improcedência mantida. Recurso desprovido.

VOTO

A r. sentença de fls. 448/454, de relatório adotado, ***julgou improcedente*** ação de usucapião extraordinária movida por **Associação SABESP**, condenando a autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa.

A autora apela, sustentando, em síntese, que mantém a posse mansa, pacífica, ininterrupta, com *animus domini* do imóvel há mais de 20 anos, onde realizou investimentos de interesse social e econômico. Defende que a posse exercida nunca foi precária, tanto que a municipalidade de Itapeva sempre teve conhecimento e nunca interveio em seu exercício. Alega que seu pedido de abertura de cadastro de IPTU foi aceito pela Municipalidade, que deu início à cobrança do imposto, recebeu o respectivo pagamento durante todos esses anos. Alega ter comprovado que desde 1.991 o município de Itapeva, concedeu emplacamento do imóvel para a Associação Sabesp, o que evidencia a posse desde então. Sustenta, por fim, que a apelada não provou de forma alguma sua propriedade. (fls. 457/462).

Contrarrazões a fls. 472/481.

Não há oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

A autora ajuizou a presente ação visando à declaração judicial de domínio sobre o imóvel situado na Avenida Dona Paulina de Morais, nº 438, Centro, no Município de Itapeva.

Sustentou, em síntese, que se encontra na posse mansa, pacífica, ininterrupta e de boa-fé do bem desde a gestão de 1993, onde realizou investimentos de interesse social e econômico, tendo transcorrido, portanto, lapso temporal superior a 20 anos.

Em sua contestação o Município de Itapeva se opôs à pretensão autoral, aduzindo tratar-se o imóvel usucapiendo de bem público de sua propriedade, insuscetível de usucapião. Refere que a titularidade municipal do imóvel restou atestada no processo administrativo nº 916/2020 pela Secretaria Municipal de Obras. Sustenta necessária observância à Súmula nº 340 do Supremo Tribunal

Acesso ao Sumário

Federal (fls. 174/176).

Instaurada a controvérsia, o MM. Juiz *a quo* determinou a realização de perícia (fls. 278/281), cujo respectivo laudo veio aos autos a fls. 391/402.

Oportunizada a manifestação às partes, o feito foi finalmente julgado improcedente.

A sentença deve ser integralmente mantida, pois corretamente proferida em conformidade com os apontamentos trazidos na perícia.

Como bem se extrai de fl. 397, em resposta ao quesito nº 20, em que questionado *"Quem está na posse do imóvel? Desde quando? Como foi adquirida esta Posse? Quais foram seus Antecessores? Qual o período de posse de cada um deles?"*, esclareceu o perito que:

"O atual detentor da Posse sobre o referido imóvel é a Autora, denominada "ASSOCIAÇÃO SABESP".

A Antecessora do imóvel foi "SABESP – COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DE SÃO PAULO", que por sua vez teve como Antecessora a "PREFEITURA MUNICIPAL DE ITAPEVA – SP".

No local onde se situa o imóvel usucapiendo, existia uma bomba d´água de recalque que lançava e elevava a água tratada para o consumo, sob pressão através de adutoras, em sentido à população da Vila Floriana, atual Vila Nossa Senhora de Fátima / Vila Nova. Tal operação era de responsabilidade da Prefeitura de Itapeva SP, pois tinha um Departamento de Águas incumbido de tal tarefa.

Depois, entre os anos 1979/1980, a "SABESP – Companhia de Saneamento Básico de São Paulo" assumiu o sistema operacional e adequou as operações de abastecimento de água e coletas de esgoto, pois desativou a Estação elevatória de água, como também desativou a bomba d'água de recalque lá existente no imóvel usucapiendo. Foi assinado no ano 1980, entre a Prefeitura de ITAPEVA – SP e a "SABESP – Companhia de Saneamento Básico de São Paulo", um "Contrato de Concessão" de tais serviços de coleta e abastecimento de água, com prazo longo de anos de vigência e duração até o período atual.

As primeiras edificações foram lá iniciadas na década de 1980, pela Antecessora "SABESP – Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo", e depois essas edificações foram reformadas, e principalmente.",

Ora, como bem se infere de tal esclarecimento prestado pelo perito, a posse originária do imóvel em tela era do Município de Itapeva e foi transferida inicialmente à SABESP – Companhia de Saneamento Basco do Estado de São Paulo, no contexto de outorga de concessão para a exploração dos serviços de abastecimentos de água e de coletas e destino final de esgotos sanitários do Município de Itapeva, conforme Lei Municipal nº 55/76 (fls. 217/224).

Acesso ao Sumário

Confirma o perito, ainda, que *"onde se situa o imóvel usucapiendo, existia uma bomba d'água de recalque que lançava e elevava a água tratada para o consumo(...) em sentido à população da Vila Floriana, atual Vila Nossa Senhora de Fátima / Vila Nova. Tal operação era de responsabilidade da Prefeitura de Itapeva – SP, pois tinha um Departamento de Águas incumbido de tal tarefa"*.

Ainda que não haja registro da matrícula no Cartório de Registro de Imóveis local, é indiscutível que tal imóvel se trata de área originalmente pública, afetada inicialmente à prestação de serviço público.

Consigne-se que artigo 5º de referida Lei Municipal nº 55/76 dispõe que *"Fica o Poder Executivo autorizado a participar do capital social da concessionária, mediante a conferência de bens móveis ou imóveis e direitos vinculados aos serviços de água e esgotos do Município, os quais serão incorporados ao patrimônio daquela, na forma prescrita no Decreto-Lei nº 2.627 (...)"* (fl. 218).

O artigo 7º da mesma lei, por sua vez, prevê a possibilidade de transferência do uso dos bens e o exercício dos direitos vinculados aos serviços de água e esgotos do Município, ao passo que o artigo 8º autoriza o Poder Executivo *"a ceder, em comodato, bens vinculados aos serviços de água e esgotos que não foram incorporados ao capital da concessionária na forma do disposto no artigo 5º"*. (fl. 219)

Como se vê, não tendo havido comprovada incorporação do imóvel em tela ao patrimônio da concessionária à época e incontroversa a afetação do bem à prestação de serviço público previamente à concessão para a exploração dos serviços de abastecimentos de água à SABESP – Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo, a utilização do imóvel por esta, nos termos de referida lei, só pode ter se dado por força de *transferência de uso* ou por *comodato*, a título precário, portanto.

Nesse sentido, a posse então exercida pela SABESP – Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo por força de comodato ou de transferência de uso, posteriormente transferida à Associação SABESP, manteve sua natureza precária.

Nem se alegue que as benfeitorias realizadas no imóvel teriam o condão de transmudar a posse precária em posse *ad usucapionem* no presente caso, uma vez tratar-se, como referido acima, de imóvel originalmente público.

A proteção específica do patrimônio público está prevista no artigo 102 do Código Civil *("Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião")*, nos artigos 183, § 3º, e 191, parágrafo único, da Constituição Federal *("Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião")* e também no enunciado da Súmula nº 340 do E. Supremo Tribunal Federal, segundo o qual *"Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião"*.

Acesso ao Sumário

Pela mesma razão, por se tratar de bem público, o pagamento de IPTU no presente caso não constitui prova de *animus domini*.

A tal respeito, insta consignar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 601.720/RJ (Tema 437), em regime de repercussão geral, fixou a seguinte tese: *"Incide o IPTU, considerado imóvel de pessoa jurídica de direito público cedido à pessoa jurídica de direito privado, devedora do tributo"*.

Diante disso, fica preservada a sentença que julgou improcedente a ação, elevados os honorários advocatícios para 15% sobre o valor da causa.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002239-61.2022.8.26.0010, da Comarca de São Paulo, em que é apelante C. 0 E. I. LTDA., são apelados G.C.L. (MENOR ASSISTIDO), J.C.L. (MENOR REPRESENTADO), R.C.L. (MENOR REPRESENTADO), S.P.G.C. (REPRESENTANDO MENOR) e M.C.L..

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 42.053)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores J.L. MÔNACO DA SILVA (Presidente sem voto), MOREIRA VIEGAS e EMERSON SUMARIVA JÚNIOR.

São Paulo, 2 de junho de 2023

JAMES SIANO, Relator

Ementa: EMBARGOS DE TERCEIROS. Sentença de improcedência.

Apela a embargante, alegando ter havido cautela quando da aquisição do imóvel do devedor alimentar; inocorrência de fraude à execução; solvência do devedor; houve permuta do bem com unidade futura. Cabimento.

A teor do que dispõe a Súmula 375 do STJ, nesta ação de embargos de terceiro, não há como manter o reconhecimento da fraude à execução, ante a inexistência

do registro anterior da penhora e ausência de prova de ter a embargante agido de má-fé. Houve permuta do bem com unidade futura, de modo que podem os credores se utilizar dos meios cabíveis a fim de assegurar a quitação da dívida, tal como buscando a penhora dos direitos do devedor em relação ao bem. Em razão da existência da permuta e dos direitos do devedor à unidade futura, não se pode falar na sua insolvência. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a decisão de f. 364/366, que julgou improcedente a ação de embargos de terceiro, movida por C 0 E. I contra G.C.L. (menor representado) e outros, condenando a embargante nos ônus da sucumbência, fixados os honorários em 10% do valor da causa.

Apela a embargante, alegando: (i) ter havido cautela quando da aquisição do imóvel do devedor alimentar; (ii) inocorrência de fraude à execução; (iii) solvência do devedor; (iv) houve permuta do bem com unidade futura (f. 371/388).

Recurso respondido (f. 395/414).

Parecer ministerial pelo não provimento do recurso (f. 434/436).

É o relatório.

Procede o inconformismo.

Depreende-se dos autos ter a embargante contratado com o genitor das embargadas – devedor alimentar – a permuta de bem imóvel, de modo que por ocasião da realização do empreendimento o devedor teria direito à unidade no lugar do bem cedido para a embargante, a fim de que possa levar a construção do empreendimento a cabo.

Ocorre que a contratação firmada entre eles se deu no decorrer do trâmite de ação de execução de alimentos, por meio da qual buscam as embargantes receber verba alimentar devida pelo genitor há anos.

Sobreveio sentença que julgou improcedente os embargos opostos pela apelante, nos seguintes termos (f. 365/366):

"Com efeito, conforme já salientado em decisão que indeferiu o pedido de tutela (fls.136/138), a aquisição do bem feita pela embargante se deu em fraude à execução. A venda pelo executado se deu em 16/12/2020. O executado foi intimado para pagamento em execução de alimentos em março de 2018. A dívida diz respeito a pensões alimentícias devidas de janeiro de 2015 a fevereiro de 2017. Até o momento a dívida não foi paga, pelo que se presume que o executado continua insolvente. Apesar de ter

Acesso ao Sumário

feito depósito judicial, o valor não é suficiente para pagamento integral da dívida. A embargante, que atua no ramo imobiliário, certamente providenciou as certidões negativas dos vendedores, não as juntando neste feito, o que demonstra que tinha plena ciência da existência da execução. Isto porque tal providência é feita pelo homem médio, que dirá uma empresa que atua no ramo e negociou o imóvel, efetuando o pagamento com a entrega de unidades de apartamento. Assim, não se pode aceitar a alegação de que agiu de boa fé por não haver registro da penhora na matrícula do imóvel. Deste modo, não ocorrendo o pagamento da dívida ou ao menos a sua garantia com a penhora de outro bem em substituição, incabível o levantamento da constrição".

Respeitado o entendimento do juiz sentenciante, data venia, é caso de reformar a decisão.

Não se nega a relevância da dívida alimentar, nem tampouco o fato de o devedor ter realizado a permuta do bem enquanto havia execução em trâmite contra si. Todavia, ainda que tenha sido reconhecida fraude à execução no cumprimento de sentença, importa observar que tal decisão não faz coisa julgada em relação ao terceiro, que se encontra de boa-fé, já que não havia registro anterior de penhora na matrícula do imóvel, como bem destacado no parecer ministerial de 1º grau (f. 362/363):

"Inicialmente, anoto já foi reconhecida a fraude à execução à referida alienação, conforme fls. 2292/2295 da ação de cumprimento de sentença, Processo nº 1007906-04.2017.8.26.0010. No caso em tela, verifica-se que o devedor alimentar, que alienou o bem à embargante, tem sofrido ação de execução movida por seus filhos há anos, tendo alienado o imóvel no curso do processo executivo (março de 2021 – fls. 48/51). Além disso, não se tem notícia dele ter quitado a dívida, o que permite concluir pelo estado de insolvência, ao menos até o momento, tendo havido inúmeras tentativas de se encontrar bens para saldar o valor devido. No mais, pese ***não haver registro anterior da penhora na matrícula do imóvel, nem averbação da existência do cumprimento de sentença*** *(...)".* (gn)

A teor do que dispõe a Súmula 375 do STJ – *O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente* –, nesta ação de embargos de terceiro, não há como manter o reconhecimento da fraude à execução, ante a inexistência do registro anterior da penhora e ausência de prova de ter a embargante agido de má-fé.

Por fim, com vistas ao interesse dos credores alimentares, importa lembrar ter havido permuta do bem com unidade futura, de modo que poderão os credores se utilizar dos meios cabíveis a fim de assegurar a quitação da dívida, tal como buscando a penhora dos direitos do devedor em relação ao bem.

Acesso ao Sumário

Não obstante, em razão de tal permuta e dos direitos do devedor à unidade futura, não se pode falar em insolvência da parte do devedor, embora não pague a dívida que perdura há anos.

É caso, portanto, de reformar a sentença em relação à constrição do bem, invertidos os ônus da sucumbência.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1011244-30.2022.8.26.0068, da Comarca de Barueri, em que é apelante AZUL LINHAS AÉREAS BRASILEIRAS S.A., são apelados JOANA CLEIDE ASSUNÇÃO PINHEIRO e ORLANDO ALVES LIMA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.831)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MATHEUS FONTES (Presidente) e ROBERTO MAC CRACKEN.

São Paulo, 7 de junho de 2023.

HÉLIO NOGUEIRA, Relator

Ementa: Apelação Cível. Transporte aéreo nacional de passageiros. Ação de conhecimento. Sentença de parcial procedência. Inconformismo da ré. Cancelamento de voo. Autores que foram realocados para voo no dia seguinte, no mesmo horário, chegando ao seu destino com 24 horas de atraso. Autor que é paciente renal e perdeu sessão de hemodiálise, em razão do cancelamento do voo. Cancelamento do voo devido à manutenção não programada da aeronave. Fortuito interno inescusável. Falha na prestação do serviço. Responsabilidade da companhia aérea. Dano moral configurado. Autores que se programaram para um voo de duração de uma hora com compromissos agendados para o mesmo dia da chegada e foram frustrados em seus propósitos, inclusive com a perda de sessão de hemodiálise do autor. Indenização devida.

Acesso ao Sumário

Quantum indenizatório mantido. Proporcionalidade e razoabilidade. Sentença mantida. Recurso não provido, com majoração da verba honorária de sucumbência.

VOTO

Cuida-se de Apelação Cível que objetiva a reforma da respeitável sentença de fls. 110/115, que, em ação ordinária, julgou parcialmente procedente o pedido inicial para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 4.000,00 para cada autor, com correção monetária pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça, e acrescidos de juros de 12% ao ano, desde a sentença, e extinguiu o processo com julgamento do mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do CPC.

Em razão da sucumbência, condenou a ré ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 15% sobre o valor da condenação.

A ré, não conformada com a decisão, apela (fls. 118/137).

Alega que o voo, inicialmente adquirido pelos autores, foi cancelado em decorrência de motivos operacionais, sendo que foi prestada a devida assistência, como hospedagem, transporte e reacomodação em voo seguinte, o que foi aceito por eles.

Afirma que se tratando de evento imprevisível e invencível, verifica-se a ocorrência de excludente de responsabilidade civil decorrente de caso fortuito/força maior.

Argumenta que sua conduta está plenamente amparada pela excludente de responsabilidade por motivo de força maior/caso fortuito, previstos nos artigos 393, parágrafo único, e 737 do Código Civil, os quais excluem a responsabilidade da transportadora.

Aponta a falta de comprovação efetiva dos supostos danos suportados, sendo que estes não podem ser presumidos, nos termos do artigo 251-A do CBA, devendo a condenação ser afastada.

Acesso ao Sumário

Sustenta que é necessária a efetiva comprovação do dano extrapatrimonial bem como sua extensão, e que no caso, da análise da petição inicial e dos documentos a ela juntados não é possível observar qualquer dano moral efetivamente sofrido pelos autores, e a mera alegação de que o dano ocorreu em virtude de falha na prestação dos serviços não é suficiente para a condenação em danos morais.

Alternativamente, pleiteia a redução do *quantum* indenizatório fixado, em vista a não representar enriquecimento sem causa, levando-se em consideração o prejuízo causado no ânimo dos autores, bem como a intensidade da culpa.

Pugna pelo integral provimento do recurso, para reformar a respeitável sentença a fim de que seja julgado totalmente improcedentes os pedidos.

O recurso é tempestivo e foi preparado (fls. 138/139).

Em contrarrazões, os apelados postulam seja negado provimento ao recurso e mantida na íntegra a r. sentença (fls. 140/149).

O recurso foi recebido no seu regular efeito.

É o relatório.

Versam os autos ação de ordinária, na qual os autores buscam compensação pelos danos morais sofridos, decorrente de cancelamento de voo, do dia 14/06/2022, com realocação em outro no dia seguinte, chegando ao seu destino com 24 horas de atraso, o que fez com que o coautor perdesse sessão de hemodiálise.

De início, ressalta-se que, tratando-se de ação indenizatória decorrente de responsabilidade da transportadora pelo fato do serviço de transporte aéreo de passageiros, ao caso aplicam-se as disposições do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido, já se solidificou a jurisprudência do STJ:

"Agravo regimental no agravo instrumento ausência de prequestionamento. Transporte aéreo. Defeito na prestação do serviço. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Indenização valor. Razoabilidade. Agravo regimental não provido. Aplicação de multa. (...). 2. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de prevalência do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) em relação à Convenção de Varsóvia, com suas posteriores modificações (Convenção de Haia e Convenção de Montreal), e ao Código Brasileiro de Aeronáutica, nos casos de responsabilidade civil decorrente de má prestação dos serviços pela Companhia aérea". (AgRg no Ag 1409204/PR, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 25/09/2012).

Nesse contexto, nos termos artigo 14 do CDC, a responsabilidade da ré transportadora é objetiva, e decorre do risco por ela assumido no contrato de transporte, que encerra obrigação de resultado. Logo, responde independentemente de culpa pelos vícios de qualidade de seu serviço.

Extrai-se da instrução dos autos que os autores adquiriram passagens aéreas de voo operado pela ré, partindo de Imperatriz com destino a São Luís, com saída prevista para o dia 14/06/2022, às 03h40min, e chegada às 04h40min

Entrementes, minutos antes do embarque foram surpreendidos com o cancelamento do voo, sem qualquer aviso prévio.

Informaram que o autor é paciente renal crônico e precisava estar em São Luís, no dia 14/06/2022, para realizar sessão de hemodiálise agendada para as 7h, e com o cancelamento do voo o mesmo perdeu a realização do procedimen-

Acesso ao Sumário

to.

A ré, por sua vez, admitiu o cancelamento do voo. Alegou que este ocorreu em razão da necessidade de manutenção não programada na aeronave, por motivos de segurança operacional, configurando evento imprevisível, excludente de responsabilidade ao caso fortuito, força maior, mas sustentou a inexistência de dano moral, e que teria prestado assistência, bem como teria realocado os autores no próximo voo.

Pois bem.

No caso em análise, tem-se que a ré busca se eximir do fato ilícito pelo argumento de que o voo somente foi cancelado em razão de uma inesperada necessidade de manutenção da aeronave, e que os autores receberam a devida assistência.

Todavia, como se sabe, as manutenções em aeronaves são eventos previstos na dinâmica dos transportes aeroviários, e o incidente narrado nestes autos não é suficiente para eximir a companhia aérea de sua responsabilidade, inclusive porque ela também não juntou provas de que tenha prestado a devida assistência aos autores, uma vez que a acomodação em outro voo acarretou um atraso de 24 h na chegada ao destino.

O oferecimento de acomodação, conforme comprovado pelo *print* do voucher apresentado à fl. 121, também não é suficiente a comprovar a prestação da adequada assistência.

Em resumo, não restou provado que o cancelamento do voo teve amparo em força maior, caso fortuito ou qualquer outro fato excludente da responsabilidade da requerida, que permanece, por isso, hígida.

Portanto, de rigor reconhecer a ocorrência de falha na prestação de serviços por parte dela, a ensejar também danos morais passíveis de reparação, diante das provas que circundam o litígio no mais.

Isto sem ignorar que houve mudança na interpretação do Colendo Superior Tribunal de Justiça sobre casos de atrasos de voo, no sentido de que o dano moral, agora, deve estar demonstrado nos autos.

Confira-se a ementa representativa desse novo entendimento:

"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. 2. Ação ajuizada em 03/06/2011. Recurso especial concluso ao gabinete em 26/08/2016. Julgamento: CPC/73. 3. O propósito recursal é definir i) se a companhia aérea recorrida deve

Acesso ao Sumário

ser condenada a compensar os danos morais supostamente sofridos pelo recorrente, em razão de atraso de voo internacional; e ii) se o valor arbitrado a título de danos morais em virtude do extravio de bagagem deve ser majorado. 4. A ausência de decisão acerca dos argumentos invocados pelo recorrente em suas razões recursais impede o conhecimento do recurso especial. 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. 7. Na hipótese, não foi invocado nenhum fato extraordinário que tenha ofendido o âmago da personalidade do recorrente. Via de consequência, não há como se falar em abalo moral indenizável. 8. Quanto ao pleito de majoração do valor a título de danos morais, arbitrado em virtude do extravio de bagagem, tem-se que a alteração do valor fixado a título de compensação dos danos morais somente é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada, o que não ocorreu na espécie, tendo em vista que foi fixado em R$ 5.000,00 (cinco mil reais). 9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido.". (REsp 1584465 / MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 13/11/2018, DJe 21/11/2018).

De fato, os fatores apontados permitem concluir que, concretamente, houve inadequada prestação do serviço, com quebra da justa expectativa dos passageiros, que, diante do cancelamento do voo e sua remarcação, chegaram no seu destino 24 horas após o horário incialmente previsto, além de não chegarem a tempo da realização da sessão de hemodiálise do coautor, agendada para as 7h do dia 14/06/2022 (fl. 27).

E não se constituiu para eles uma frustração absorvível, natural, de algo rotineiro de sua vida, eis que era uma viagem curta, de uma hora de voo, que se transformou em uma viagem de 1 dia e ainda causou a perda de tratamento de hemodiálise do coautor.

Acesso ao Sumário

Dessa forma, o cancelamento ocorrido não pode ser considerado como mero aborrecimento, eis que consequência de inadimplemento contratual grave e gerador de donos morais aos autores.

No magistério de Yussef Said Cahali, "o que configura o dano moral é aquela alteração no bem-estar psicofísico do indivíduo; se ato de outra pessoa resultar alteração desfavorável, aquela dor profunda que causa modificações no estado anímico, aí está o início da busca do dano moral; o que define o dano moral é a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída à palavra o mais largo significado. Na advertência da doutrina e jurisprudência, salvo situações excepcionais e bem demarcadas, não seria uma simples frustração que se indeniza, mas sim a ofensa a direitos da personalidade, ou sofrimento intenso e profundo, a ser demonstrado em cada caso". (in Dano moral – 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 52-53).

É o caso dos autos.

A respeito da quantia indenizatória, na ausência de parâmetros legais objetivos, fica ao julgador a difícil tarefa de quantificar o abalo psíquico gerado por condutas ilícitas, e a doutrina e jurisprudência acabaram por estabelecer critérios que auxiliam na apuração de um valor razoável e proporcional, sendo de rigor considerar a extensão do dano, grau de culpa do ofensor e qualidade das partes para que se atinja um valor condizente com o abalo vivenciado.

Neste sentido, o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"Na fixação do dano moral, deve o Juiz orientar-se pelos critérios recomendados 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". (REsp. nº 85.205 – RJ, in RSTJ 97/280).

Deste modo, em consideração às circunstâncias do caso em apreço, tem-se que o montante indenizatório fixado em R$ 4.000,00 para cada autor atende aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade e deve ser mantido.

Fica mantida, também, a incidência dos juros moratórios desde a sentença, ante a falta de insurgência dos autores e a proibição de *reformatio in pejus*.

Assim, permanece inalterada a r. sentença, com majoração dos honorários advocatícios de sucumbência para 16% do valor da condenação, nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, por meu voto, nega-se provimento ao recurso, nos termos da fundamentação acima.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005517-13.2020.8.26.0278, da Comarca de Itaquaquecetuba, em que é apelante BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A, é apelado AUTO POSTO BAGUÁ LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.264)**

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

São Paulo, 1º de junho de 2023.

AFONSO CELSO DA SILVA, Relator

Ementa: Apelação – Ação de reparação de danos – Sentença que julgou procedente a ação para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos materiais – Recurso do banco.

Autor que efetuou atualização de aplicativo, repassando os dados da conta para terceiros, sem participação do réu – Transferências realizadas que não fogem do seu perfil – Boletim de ocorrência, outrossim, lavrado por pessoa estranha, cujo vínculo com a pessoa jurídica autora não restou esclarecido – Situação que não evidencia negligência da instituição financeira ou ocorrência de fortuito interno (Sumula n° 479, do STJ) – Culpa exclusiva da vítima e de terceiro configurada – Aplicação do art. 14, §3º, inciso II, do CDC – Sentença reformada.

Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta pelo réu contra a r. sentença que julgou procedente a ação para condená-lo ao pagamento de indenização por danos materiais fixados em R$ 127.500,00, bem como ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa, adotado o relatório do r. *decisum*, constou do dispostivo:

Acesso ao Sumário

Diante do exposto, e por tudo o mais que dos autos consta, com fulcro no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado por Auto Posto Bagua Ltda contra Banco Santander (Brasil) S/A. e, consequentemente, condeno o requerido ao pagamento da indenização por danos materiais de R$ 127.500,00 (cento e vinte e sete mil, e quinhentos reais), incidindo correção monetária (tabela do TJSP) a partir de evento danoso (agosto/2020) e juros mora legais (1% ao mês) desde a citação.

Arcará o sucumbente com as custas processuais e com os honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, nos termos do artigo 85, §4º, do Código de Processo Civil.

Embargos de declaração acolhidos para sanar erro material (fls. 375).

Apela o réu aduzindo que as transações foram validadas pelo dispositivo móvel de uso habitual do cliente, com uso de senha secreta; acrescenta que houve autorização pelo usuário master Antônio Adão Ferreira, de modo que houve culpa exclusiva da vítima.

Foram apresentadas contrarrazões, argumentando-se que a r. sentença merece ser mantida.

Determinou-se o complemento do preparo (fls. 381), o que foi devidamente cumprido (fls. 384/386).

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

Trata-se de ação de indenização por danos materiais, alegando a parte autora, em síntese, que após conversa com representante da ré em razão de bloqueio ocorrido em sua conta corrente, recebeu ligação do suposto setor de segurança que lhe passou diversas orientações para efetuar o desbloqueio, mas foi surpreendido com a realização de 9 transferências feitas indevidamente de sua conta, no valor total de R$ 127.500,00.

Requereu, assim, a indenização pelos danos materiais sofrido, no importe das transferências realizadas.

Acesso ao Sumário

Citado, o réu contestou afirmando, em síntese, que as transações foram realizadas pelo aplicativo Santander Empresarial, com o dispositivo móvel de uso habitual do cliente e através do usuário Master e aposição de senha secreta.

Em réplica, limitou-se a parte autora a afirmar que as transações fogem do seu perfil econômico.

O conjunto probatório dos autos é desfavorável à tese sustentada pelo autor.

Por primeiro, tem-se que a alegação contida na contestação, dando conta de ter sido utilizado o mesmo dispositivo móvel de uso habitual do cliente, com

utilização de sua senha pessoal, por meio do usuário Master, não foi expressamente negada em sede de réplica.

Mas, para além disso, observa-se que o Sr. Antônio Adão Ferreira, usuário master da conta, sócio da empresa e responsável pelas ligações telefônicas dando conta do golpe, conforme áudios anexados às fls. 217 e 298, não foi aquele que lavrou o boletim de ocorrência, dele constando como declarante o Sr. Claudinei Alessandro Neves, pessoa desconhecida neste feito (fls. 34/38), o que já não corresponde ao *id quod plerumque accidit*.

Ademais, observa-se dos extratos anexados que as transferências não fogem do perfil econômico do cliente, pois constam transações habituais de elevada monta (fls. 126 e ss.).

A título exemplificativo:

- no dia 22.06.2020, houve cinco transferências e pagamentos, totalizando mais de R$ 74.000,00 (fls. 129);

- no dia 26.06.2020, outras nove, ultrapassando os R$ 150.000,00 (fls. 131/132);

- em 29.06.2020, transferências que somam R$ 163.000,00 (132);

- em 14.07.2020, transferências e pagamentos que ultrapassam os R$ 66.000,00 (fls. 141);

- em 20.07.2020, pagamentos e transferências na ordem de R$ 69.000,00 (fls. 144);

- em 23.07.2020, R$ 87.500,00 (fls. 146);

- no dia 30.07.2020, mais de R$ 97.000,00 (fls. 150);

- em 13.08.2020, mais de R$ 122.000,00 (fls. 156/157).

Outrossim, o apelado sequer demonstrou que realmente estava em ligação com a preposta do banco antes da ligação dos golpistas, ou mesmo a efetiva ocorrência desta ligação em que se requereu a atualização do aplicativo.

Portanto, no caso em comento, o que se verifica é que, em que pese o autor possa efetivamente ter sido vítima de golpe, o conjunto probatório colhido não evidencia qualquer falha da instituição financeira na prestação de serviços ou a ocorrência de fortuito interno a incidir a Súmula n° 479 do STJ; tarta-se, em meu sentir, de fortuito externo caracterizado pelo golpe noticiado, configurando culpa exclusiva da vítima, nos termos do art. 14, § 3º, inciso II, do CDC.

Destaca-se que a apelante se desincumbiu do seu ônus probatório, demonstrando inexistir vícios em seu sistema de segurança, tampouco falha na prestação do serviço.

Em casos semelhantes, assim vem decidindo esta C. Câmara:

BANCÁRIOS – Ação declaratória de inexistência de débito c.c. indenização por danos materiais e morais – Transferências bancárias –

Acesso ao Sumário

Alegação de fraude – Sentença de improcedência – Golpe da falsa "central de atendimento" – Recebimento de telefonema de suposto funcionário da instituição financeira, que informa a realização de operações não reconhecidas pela parte e pede ao cliente que entre em contato com a casa bancária através do telefone indicado pelo próprio golpista – ***Vítima direcionada à falsa "central de atendimento", que seguindo orientações do falso preposto disponibiliza informações sigilosas, acessa aplicativo e confirma as operações, ao invés de cancelá-las – Conjunto probatório demonstra que não houve falhas na prestação de serviços por parte do banco, e nem fortuito interno, e sim desídia da apelante na guarda das informações bancárias*** *– A culpa exclusiva da autora é manifesta, já que ao primeiro contato de terceiro não cuidou de acionar a agência bancária para certificar-se da regularidade do proceder a que fora direcionada, somente o fazendo após a realização das transferências – Culpa exclusiva da vítima configurada – Excludente do CDC, art. 14, § 3º, II – Inaplicabilidade da Súmula STJ 479 – Precedentes desta Corte – Indenização indevida – Ação improcedente – Sentença mantida – Recurso desprovido, e majorados os honorários advocatícios (CPC, art. 85, § 11), observada gratuidade de justiça e a condição suspensiva do CPC, art. 98, §3º.* (TJSP; Apelação Cível 1005352-98.2022.8.26.0664; Relator (a): José Wagner de Oliveira Melatto Peixoto; Órgão Julgador: 37ª Câmara de Direito Privado; Foro de Votuporanga - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/03/2023; Data de Registro: 29/03/2023 – grifo nosso).

Apelação. Ação de reparação de danos. Prestação de serviços bancários. Golpe realizado por ligação telefônica. ***Transferência realizada com a utilização de dados fornecidos pela autora. Ausência de falha na prestação de serviços. Culpa exclusiva da vítima.*** *Ressarcimento de valores e pagamento de indenização por danos morais. Inadmissibilidade. Sentença de improcedência mantida. Majoração da verba honorária. Aplicação do §11 do artigo 85 do CPC de 2015. Recurso desprovido.* (TJSP; Apelação Cível 1002401-40.2022.8.26.0565; Relator (a): Pedro Kodama; Órgão Julgador: 37ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Caetano do Sul - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 14/12/2022; Data de Registro: 15/12/2022 grifo nosso).

Assim, deve ser reformada a r. sentença para a ação seja julgada improcedente.

A parte autora arcará com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios, ora fixados em 12% do valor da causa, já considerada a sucumbência recursal.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1014715-74.2017.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante/apelado SEPROTEC COMÉRCIO PRODUTOS E TÉCNICA DE SEMENTES LTDA., é apelado/apelante COOPERATIVA CENTRAL DE PESQUISA AGRÍCOLA-COOCENTRAL (ATUAL RAZÃO SOCIAL).

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso da ré e deram provimento em parte ao recurso da autora. V.U. Sustentaram oralmente os Drs. Eduardo Benini (OAB: 184.647/SP) e Mauricio Baptistella Bunazar (OAB: 234.812/SP).", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.256)**

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

São Paulo, 6 de junho de 2023.

ANGELA MORENO PACHECO DE REZENDE LOPES, Relatora

Ementa: AÇÃO INDENIZATÓRIA – Autora que busca indenização por lucros cessantes e por lesão à honra objetiva, e multa, devido à propositura de ação de busca e apreensão julgada improcedente, com acusação de pirataria genética – Sentença de parcial procedência, com acolhimento do pleito de lucros cessantes – Recursos das partes – Ré que alega cerceamento de defesa e falta de fundamentação – Rejeição – Perícia que utilizou as notas fiscais dos autos da ação de busca e apreensão, disponibilizadas pela serventia judicial, garantindo o contraditório – Sentença ora recorrida que fundamentou a responsabilidade da ré e o nexo causal com a queda de faturamento da autora – Recurso da ré admitido – Preparo corretamente recolhido – Mérito – Responsabilidade objetiva decorrente da efetivação de tutela de urgência de busca e apreensão, posteriormente revogada (art. 302, I, do CPC) – Diligência que envolveu o emprego de força policial na sede da empresa autora e coletou documentos físicos, informações digitais e amostras de sementes comercializadas – Prova oral que confirma as circunstân-

Acesso ao Sumário

cias da abordagem dos policiais que, do ponto de vista de um observador externo, poderiam levantar sérias suspeitas sobre a idoneidade da conduta comercial da autora – Trâmite daquela demanda em segredo de justiça e ausência de clientes no interior da fábrica na ocasião da diligência, que não afastam, em absoluto, a divulgação do episódio e lesão à honra objetiva da autora – Perícia contábil que atestou a brusca queda (mais de 80%) do volume de compra e venda das sementes – Nexo causal corroborado pelos depoimentos colhidos em juízo – Indenização por danos materiais que não comporta redução – Litigância de má-fé não vislumbrada – Ausência de abuso do direito de defesa e de adulteração da verdade dos fatos – Danos morais configurados – Fatos que, inegavelmente, abalaram a honra objetiva da empresa autora – Indenização fixada em R$ 40.000,00, razoável para reparar os prejuízos imateriais, observando-se o poder econômico das partes – Atribuição dos ônus sucumbenciais em 50% para cada parte, à luz das pretensões acolhidas e sua relevância econômica – Sentença parcialmente reformada – Honorários recursais devidos pela ré – PRELIMINARES REJEITADAS. RECURSO DA RÉ DESPROVIDO E RECURSO DA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Trata-se de ação proposta por SEPROTEC – COMÉRCIO PRODUÇÃO TECNOLOGIA DE SEMENTES em face de COOPERATIVA CENTRAL DE PESQUISA AGRÍCOLA – COOCENTRAL, objetivando a condenação da ré ao pagamento de (i) R$ 200.000,00, a título de indenização por danos morais, (ii) R$ 1.377.110,09, a título de indenização por lucros cessantes "pela expressiva diminuição do volume financeiro das vendas das sementes de soja e trigo Codetec", (iii) indenização por lucros cessantes a ser fixado pelo Juízo "baseado no volume total de quilos de sementes que a Requerente deixou de vender" e (iv) 250% do valor das vendas, a título de multa prevista no art. 43, parágrafo único, da Lei 10.711/03.

Sobreveio sentença de fls. 1189-1212, de relatório adotado, que julgou parcialmente procedentes os pedidos, para condenar a ré ao pagamento de R$ 1.210.168,06, a título de indenização exclusivamente pelos lucros cessantes relativos à redução da receita obtida com as sementes de soja adquiridas dos

Acesso ao Sumário

intermediadores da ré. Foram rejeitados os demais pleitos indenizatórios e a cobrança de multa prevista na legislação especial. Os ônus sucumbenciais foram repartidos da seguinte forma: a autora e a ré arcarão com 75% e 25% das despesas processuais e dos honorários advocatícios, fixados no total em 15% da condenação.

Apela a autora a fls. 1237-1249, sustentando, em síntese, que restou evidenciada a lesão à honra objetiva da pessoa jurídica a partir da própria queda de faturamento experimentada após a ação cautelar infundada movida pela cooperativa ré (autos n° 0032639-96.2009.8.26.0506). Frisa que, ao acusá-la de praticar pirataria genética e violar a legislação de cultivares, bem como promover diligência de grande repercussão em sua fábrica, a autora praticou ato ilícito que atinge sua esfera extrapatrimonial. Contesta a fundamentação da sentença de o segredo de justiça no outro processo e a ausência de clientes na sede da empresa durante a busca e apreensão de sementes afasta o abalo moral. Argumenta que as testemunhas corroboraram a natureza truculenta da medida, com uso desnecessário de força policial e armas de fogo, à semelhança de um assalto. Acrescenta que sua sede se localiza em região com diversos agentes no setor do agronegócio, a confirmar a lesão à honra objetiva no mercado. Frisa que há diversas expressões injuriosas na inicial do processo cautelar e que a diligência pericial naqueles autos exigiu a cópia de diversas informações sigilosas de seu servidor eletrônico. Defende que os ônus sucumbenciais devem ser modificados, pois o pedido de maior expressão pecuniária foi acolhido em significativa extensão, não se podendo proceder a mera contagem dos pedidos formulados. Pugna pela limitação a, no máximo, 50% dos ônus sucumbenciais.

Também apela a ré a fls. 1253-1296, arguindo, preliminarmente, a violação da ampla defesa pelo fato de que, na perícia contábil realizada nos autos, os documentos relativos ao faturamento da autora no período de 2005-2009 foram emprestados do processo cautelar anteriormente ajuizado. Defende que esses documentos deveriam ter acompanhado a inicial e que, como só foram considerados durante a perícia, houve tolhimento de seu direito de impugná-los. Também suscita nulidade da sentença por falta de fundamentação quanto à configuração da conduta ilícita e do nexo de causalidade com a queda de faturamento da autora no tocante à venda da soja. No mérito, defende que não foi evidenciada a relação de causalidade entre a diligência de busca e apreensão da soja e a redução do faturamento, notadamente porque, como também constatou o magistrado de origem, não há prova de abalo no mercado. Aduz que a falta de causalidade se verifica pela continuidade dos ganhos com as sementes de trigo, que também foram alvo da diligência cautelar *sub judice*. Pontua ainda que no próprio ano de 2009 houve bom volume de venda de soja, embora a busca e apreensão tenha ocorrido em julho desse ano. Insiste que a expectativa de lucro da autora não constitui prejuízo indenizável. Destaca que sequer houve qualquer

Acesso ao Sumário

recusa na comercialização de sementes com a autora. Pugna, subsidiariamente, pela redução do *quantum* indenizatório para que sejam desconsideradas as sementes em que a autora consta como fornecedora (em vez de revendedora), pois não possui autorização para tal produção.

Contrarrazões da ré a fls. 1305-1320 e da autora a fls. 1323-1346, com requerimento de condenação da ré por litigância de má-fé.

Ambas as partes se opuseram ao julgamento virtual (fls. 1352 e 1357).

É o relatório.

De início, não assiste razão à ré quanto à insuficiência do preparo recolhido pela autora, conforme arguiu em petição de fls. 1360-1364.

Isso porque a autora recorreu exclusivamente do pedido relativo aos danos morais e da fixação de ônus sucumbenciais, de modo que a taxa judiciária deve ser calculada sobre tais valores, por melhor refletir o proveito econômico.

Por outro lado, como a ré recorreu da condenação líquida fixada pelo Juízo *a quo*, a base de cálculo refere-se a tal importe e é, assim, superior à relevante para o apelo da autora.

Passa-se à análise dos recursos.

Na exordial, a autora afirma que, em 30/06/2009, a ré propôs ação cautelar (autos n° 0032639-96.2009.8.26.0506), sob o fundamento errôneo de que ela estaria comercializando seus cultivares sem autorização. Narra que foi deferida a liminar de busca e apreensão das sementes supostamente contrafeitas, em operação que foi realizada de maneira "repleta de exageros e truculenta", com uso de força policial. Destaca que, naqueles autos, a perícia não constatou qualquer irregularidade e, em 15/04/2016, foi prolatada sentença de improcedência em desfavor da ora ré. Frisa que a acusação injusta e a divulgação da diligência a prejudicou no mercado, com redução de suas vendas de sementes.

Em contestação, a ré alega que agiu em exercício regular de direito de ação, de modo que não pode ser responsabilizada por qualquer prejuízo padecido pela autora. Defende que não houve lesão à honra, pois o processo cautelar tramitou em segredo de justiça. Nega a ocorrência dos lucros cessantes.

Pois bem.

Extrai-se dos autos que a ré propôs ação de busca e apreensão de supostas cultivares contrafeitas pela autora (autos n° 0032639- 96.2009.8.26.0506), tendo sido deferida liminar para "*vistoriar e ao mesmo tempo apreender produtos supostamente utilizados com violação ao direito de propriedade intelectual*" (fls. 80).

Posteriormente, essa demanda cautelar foi julgada improcedente, com trânsito em julgado, pois a prova produzida afastou integralmente "*a hipótese inicial relativa à prática de pirataria por parte da ré* [ora autora]" (fls. 336).

Acesso ao Sumário

Isso considerado, em primeiro lugar, o recurso da ré não comporta provimento.

Cumpre rejeitar explicitamente as preliminares de nulidade da sentença por cerceamento de defesa e por falta de fundamentação.

A uma, ao contrário do que aduziu a ré, a utilização pela perita contábil de notas fiscais juntadas nos autos (físicos) da demanda cautelar para fixar o faturamento no período de 2005 a 2009 não configura violação ao contraditório.

Com efeito, o *expert* possui o poder de solicitar documentos suplementares às partes e inclusive a terceiros (art. 473, §3°, do CPC), com o objetivo de esclarecer as questões de fatos que justificaram a produção da diligência técnica.

Ademais, a perita fotografou as notas fiscais em questão e depositou a mídia em *pen drive* na serventia judicial, conforme certidão de fls. 910, de modo que a parte tinha pleno acesso à documentação relevante para se manifestar sobre o laudo pericial.

Em segundo lugar, a sentença recorrida explicitamente assentou a responsabilidade objetiva da ré pelo dano na efetivação de tutela cautelar e considerou que estava demonstrado o nexo de causalidade entre as medidas processuais e o prejuízo patrimonial da autora. Assim, eventual desacerto das considerações do Juízo *a quo* configura *error in judicando*, não havendo violação ao dever de motivação judicial.

No mérito, tampouco assiste razão à ré.

Cinge-se a controvérsia ao nexo de causalidade entre a conduta da ré e a queda do faturamento na venda de sementes de soja.

Impende salientar que o fundamento da responsabilidade civil da ré se dessume do art. 302, I, do CPC, que consagra hipótese de responsabilidade objetiva por ato lícito consistente na efetivação de tutela urgência que, em sede de cognição exauriente, se mostrou incorreta.

Com efeito, a sistemática processual civil impõe ao litigante a escolha de pleitear a obtenção provisória do bem da vida sobre o qual recai a controvérsia, porém o condiciona à assunção do risco de ter de indenizar todos os prejuízos à contraparte causados pela efetivação da tutela, caso ocorra algumas das hipóteses do referido artigo 302 da lei processual.

A esse respeito, convém conferir os dizeres de Cândido Rangel Dinamarco:

> *Constitui também um fator de equilíbrio no sistema das tutelas provisórias a serem concedidas com fundamento em uma simples probabilidade emergente de uma cognição sumária a imputação de uma* responsabilidade civil objetiva *ao beneficiário dessa tutela. Pelo disposto no art. 302 e seus incisos, sempre que por algum motivo o seu direito ao*

Acesso ao Sumário

bem da vida pretendido não venha a ser reconhecido como existente, ele "responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa". É pacífico em doutrina e jurisprudência que essa responsabilidade independe do elemento subjetivo da culpa ou dolo ou da má-fé daquele que houver postulado e obtido a medida urgente – sendo, pois, uma responsabilidade objetiva*. Responderá o beneficiário da medida tanto pelas despesas que o adversário houver feito para cumprir o que esta houver determinado quanto pelas diminuições patrimoniais que houver suportado, pela recomposição do status quo ante em caso de alterações por ela impostas, etc.* (*Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 3, São Paulo: Malheiros, 2017, pp. 867-868)

Por isso, independentemente da autorização judicial da diligência de busca e apreensão no processo de autos n° 0032639-96.2009.8.26.0506, todos os prejuízos causalmente ligados com tal evento, devem ser integralmente indenizados pela ré.

À luz desse fundamento legal, verifica-se que a referida diligência constituiu ato processual chamativo e potencialmente desabonador à imagem da empresa autora, notadamente entre os integrantes do setor agrícola que lhe vendiam e compravam sementes. Senão vejamos.

Com efeito, as testemunhas ouvidas pelo Juízo *a quo* narraram as circunstâncias impactantes da abordagem, que contou com emprego de força policial e ocorreu na sede da empresa autora.

A Sra. Cleide afirmou que "*entrou um monte de gente vestido de preto, de terno, guarda armado, sabe assim, e já entrou assim com todo o respeito entraram assim falando gritando conosco que era para tirar a mão de telefone, não usar telefone e ninguém se mexia na mesa*" (fls. 806) e que os auxiliares do Juízo foram "*revirar a sala do meu diretor, é mexer em tudo quanto é papel, depois sentaram nos computadores, depois foram para a sala da minha diretora, sabe, aí depois eles entraram lá pra dentro da UBS lá no estoque*" (fls. 807).

Já o Sr. André assentou que "*eu estava sentado numa mesinha com o meu microcomputador e o pessoal entrou na porta, bateu, eu vi que entrou um policial militar e, a hora que entrou, começou uma gritaria, falar alto, eu achei que fosse alguém, é achei na verdade que fosse um assalto porque começou a gritar, (...) aí uma pessoa, que não sei dizer, que gritou pra mim não por a mão [em meu notebook que estava na mesa], me afastar, eu levantei e me afastei do equipamento, aí ficamos num cantinho aguardando durante um tempo até que pudesse ser liberado*" (fls. 813).

Por fim, a Sra. Vera também contou que "*eu só escutei alguém gritando e falando, gritou, tava gritando, eu achei que a gente estava sendo assaltado, quase que eu morro, quase que levantei a mão, porque tava gritando falando*

Acesso ao Sumário

"tira a mão do computador, ninguém atende telefone" (...) *nós ficamos em pé num canto da sala lá, ficou o policial, aí não lembro quantos se foi um ou dois, eu não me lembro, aí muito tempo depois voltaram pra sala e começaram a mexer nos documentos, copiaram todos os arquivos de todos computadores, desmontaram o servidor nosso*" (fls. 821).

Por outro lado, os oficiais de justiça que acompanharam a abordagem não forneceram maiores detalhes sobre o ocorrido, pois afirmaram não se lembrar com muita vividez do episódio (Marcelo – fls. 828; Luiz – 833), porém não contraditaram as informações dos demais depoentes.

Assim, depreende-se que a diligência judicial envolveu uma atuação assertiva da Polícia Militar, no interior de empresa que não havia cometido qualquer ilícito, e a busca em diversos documentos físicos e digitais da empresa, bem como coleta de amostragem das sementes comercializadas, como também se vê do auto circunstanciado (fls. 460).

Ora, não há dúvida de que, diante dos fatos evidenciados nos autos, um observador externo poderia cogitar da prática de graves irregularidades pela autora e, consequentemente, perder a confiança em sua conduta no mercado, tão essencial para as práticas comerciais no setor de vendas.

Nesse ponto, o mero fato de o processo cautelar ter tramitado por segredo de justiça e de não haver clientes no interior do galpão naquela ocasião não tem o condão de impedir de forma absoluta o conhecimento de terceiros da ocorrência de tal diligência e, por conseguinte, a existência do abalo da imagem da autora perante os demais agentes econômicos.

Na realidade, a prova dos autos aponta que há significativo decréscimo da venda das sementes de soja e trigo após o ano de 2009, a corroborar as alegações autorais sobre as repercussões negativas do episódio para seu modelo de negócio.

Como foi demonstrado pelo laudo pericial, a partir da análise dos documentos contábeis da autora, "*a perícia constatou que houve redução nas vendas de soja COODETEC entre o período de 2004/2009 e 2010/2015 no valor total de R$ 1.270.168,06*" (fls. 865).

Em que pesem os esforços argumentativos da ré nessa questão, a autora preencheu o *standard* probatório necessário para a comprovação da relação de causalidade entre a queda nas vendas das sementes e a busca e apreensão, com repercussões negativas em sua imagem perante o mercado.

Isso porque, embora não tenha havido orientação específica da cooperativa ré para que os multiplicadores de suas sementes se recusassem a vendê-las para a autora, é notável a diminuição do volume de negócios desta. De acordo com as informações do laudo pericial, houve a aquisição de 3.534.390 kg de sementes de soja no período entre 2004 a 2009 e, no quinquênio posterior, essa

Acesso ao Sumário

cifra caiu para 673.440 kg (fls. 868), um declínio de mais de 80%.

Em relação às sementes de trigo, conquanto não tenha havido análise apartada pela experta por não se enquadrarem no objeto da perícia, também se verifica considerável redução no volume de sementes adquiridas pela autora em 2009 e 2010 (fls. 342), em relação ao período anterior à diligência *sub judice*.

Por isso, não se pode acolher a alegação da ré de que os prejuízos indicados na inicial se devem a circunstâncias específicas do mercado de soja, pois, embora em graus de intensidade diversos, as relações negociais acerca de ambas as modalidades de sementes COODETEC, denunciadas indevidamente como contrafeitas, experimentaram resultados negativos logo após a busca e apreensão em questão.

Ademais, as empregadas da autora ouvidas na condição de testemunha atestaram a reação negativa dos clientes, a confirmar que houve abalo de sua credibilidade no mercado.

Tanto a testemunha Cleide atestou que a empresa "*perdeu cliente porque nós perdemos o time* (sic), (...) *então a gente perdeu mercado e não foi pouco, porque como aconteceu em julho, quer dizer, uma época assim que já estava engrenando as vendas de soja*" (fls. 810) quanto a Sra. Vera disse que "*a maior parte dos produtos que a gente vendia era soja, na ocasião caiu drasticamente, não vendemos quase nada*" (fls. 823).

Assim, à luz de todo o acervo probatório dos autos, é de rigor reconhecer que está suficientemente demonstrado o nexo causal entre a medida processual analisada e a vertiginosa queda de compra e vendas de soja da autora.

Sabe-se que, para a prova da relação de causalidade, muitas vezes não se pode exigir uma comprovação matemática e de precisão científica entre os fatos, senão um juízo de probabilidade e razoabilidade para identificação da causa preponderante e exclusão da relevância das demais concausas.

Por isso, no caso concreto, não se vislumbra outra explicação a partir dos elementos constantes dos autos para que a autora experimentasse tão drástica redução de suas relações comerciais com os multiplicadores de sementes produzidas pela cooperativa ré.

O período de 5 anos após o ocorrido considerado pelo Juízo *a quo* também deve ser prestigiado, porque é compatível com a permanência de prejuízos à imagem comercial da autora e sua recuperação, que ocorre de forma gradual no contexto do mercado.

Tampouco merece acolhida a pretensão recursal subsidiária para redução da indenização para excluir o cômputo de notas fiscais em que a autora aparecia como "fornecedora" das sementes em vez de mera revendedora, denunciando o não pagamento de *royalties*.

As notas fiscais foram utilizadas apenas para calcular a perda de receita

por parte da autora, de modo que eventual irregularidade administrativa deve ser apurada na via própria e não afeta o dever de indenizar da ré. Da mesma forma, eventual pagamento de *royalties* pelo uso de seus cultivares também deve ser analisada em eventual demanda autônoma, pois não guarda relação com a perda de receita ora discutida.

Noutro giro, o recurso da autora comporta parcial provimento.

Em que pese o entendimento do Juízo *a quo*, a prova dos autos indica que a diligência de busca e apreensão realizada na sede da empresa efetivamente abalou a honra objetiva da sociedade autora.

Como já largamente fundamentado acima, as circunstâncias da medida processual foram suficientes para que, do ponto de vista de um observador externo, surgissem suspeitos sobre a idoneidade da atuação comercial da autora.

Como também já se destacou, o mero fato de o processo ter corrido sobre segredo de justiça e de não haver clientes presentes no interior da fábrica durante a busca e apreensão não exclui absolutamente a possibilidade de conhecimento dos demais agentes do setor sobre o episódio.

Como bem pontuou a autora em suas razões recursais, a queda significativa de suas vendas com os multiplicadores de sementes produzidas pela ré indica para a perda de sua credibilidade no setor, sem que qualquer outra explicação plausível tenha sido levantada no processo.

Em relação ao *quantum* indenizatório, tem-se como pressuposto que a indenização deve se ater à quantia que não enriquece nem avilta quem recebe, mas que seja suficiente para reparar os danos morais causados à vítima e para reprimir a prática de novos atos.

Assim, tendo-se em vista a gravidade das suspeitas que a diligência em questão levantou sobre a sociedade autora em relação à idoneidade de sua prática comercial e o poder econômico das partes, a quantia de R$ 40.000,00 é compatível com as circunstâncias do caso concreto e razoável para o desempenho da dúplice função da indenização por danos morais.

No que tange à fixação dos ônus sucumbenciais, verifica-se que, com o acolhimento do pedido relativo aos danos morais, cada parte deve arcar com metade das despesas processuais e honorários advocatícios fixados pelo Juízo *a quo*.

Frise-se que a relevância econômica de cada pedido foi devidamente considerada na repartição dos ônus de sucumbência, porquanto a multa pretendida pela autora (250% do valor de vendas) também revelava conteúdo patrimonial relevante.

Por derradeiro, rejeita-se a condenação da ré por litigância de má-fé, porquanto não houve qualquer adulteração da verdade dos fatos, senão exercício do direito de defesa em salientar as circunstâncias que favoreciam sua tese.

Acesso ao Sumário

Em suma, reforma-se a sentença para (i) condenar a ré ao pagamento de R$ 40.000,00 a título de indenização por danos morais, com juros de mora de 1% ao mês, a contar do evento lesivo (art. 398 do Código Civil), isto é, a data da realização da diligência que maculou a imagem da autora, e correção monetária pela Tabela Prática do TJSP, a contar da publicação deste Acórdão (súmula 362 do STJ); e (ii) repartir os ônus sucumbenciais fixados em sentença em 50% para cada parte.

Diante do desfecho dado ao recurso da ré, ficam os honorários advocatícios em favor dos patronos da autora fixados em metade de 17% do valor da condenação, considerada a sucumbência recursal, o que atende ao disposto no art. 85, §§ 2º e 11, do CPC.

Ficam as partes intimadas desde logo que, havendo interposição de embargos de declaração contra o presente acórdão, que se **manifestem no próprio recurso sobre eventual oposição ao julgamento virtual**, nos termos do artigo 1º da Resolução nº 549/2011, com a redação alterada pela Resolução nº 772/2017 do Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça. **No silêncio, os autos serão automaticamente incluídos no julgamento virtual.**

Do exposto, pelo meu voto, **nego provimento ao recurso da ré e dou parcial provimento ao recurso da autora.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1004036-83.2019.8.26.0299, da Comarca de Jandira, em que é apelante ASSOCIAÇÃO NOVA JANDIRA - RESIDENCIAL NOVA PAULISTA, é apelado MARCELO RICARDO GRANISO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 1407)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PASTORELO KFOURI (Presidente sem voto), LIA PORTO e JOSÉ RUBENS QUEIROZ GOMES.

São Paulo, 7 de junho de 2023.

FERNANDO REVERENDO VIDAL AKAOUI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Cobrança – Associação de moradores visando ao recebimento de taxas

de manutenção e serviços vencidas de 10/02/2017 em diante – Improcedência, ao fundamento da não condição de associado, uma vez que o período cobrado é posterior ao requerimento, feito pelo proprietário réu, de exclusão dos quadros associativos – Irresignação da autora – Acolhimento – Vigência da Lei nº 13.465/17 (12/07/2017) que autoriza, por si só, a cobrança de taxa em desfavor do proprietário, ainda que não associado, conforme interpretação exarada no AgReg no RE 1.337.075/DF, em remate à tese fixada no Tema 492 do STF – No que toca ao período anterior à vigência da Lei nº 13.465/17 (isto é, de fevereiro a julho de 2017), também correta a cobrança porque a aquisição do lote se deu sob a vigência de ato municipal, dispensando, assim, adesão à entidade e bastando mero registro perante o Cartório de Imóveis, fielmente realizado – Pedido que, portanto, merece acolhida – RECURSO PROVIDO PARA JULGAR PROCEDENTE O PEDIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta contra sentença proferida por Sua Excelência, a Dra. Juliana Moraes Corregiari Bei, MM. Juíza de Direito da 2ª Vara da Comarca de Jandira que, às p. 216/219 destes autos, ação de cobrança ajuizada por **ASSOCIAÇÃO NOVA JANDIRA – RESIDENCIAL NOVA PAULISTA** contra **MARCELO RICARDO GRANISO**, julgou improcedente o pedido.

Recorre a autora, asseverando que o contrato padrão do loteamento encontra-se arquivado no Cartório de Registro de Imóveis, autorizando a cobrança, cuja natureza e validade o apelado sempre teve conhecimento. Sustenta que não é admissível a desassociação, ato unilateral, e que os serviços são disponibilizados ao réu de forma incontroversa, razão pela qual justa a remuneração. Pugna pelo provimento do recurso para ser julgado procedente o pedido (p. 241/254).

Recurso tempestivo e preparado.

Contrarrazões às p. 266/273, pelo desprovimento do recurso. Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

O caso em tela refere-se à cobrança de taxa de manutenção de loteamento, em desfavor de proprietário de lote que não é filiado à associação de morado-

Acesso ao Sumário

res, abrangendo períodos vencidos anterior e posteriormente à vigência da Lei nº 13.465/17 (12 de julho de 2017).

A especial relevância do diploma em questão decorre da previsão do seu art. 78, que inseriu na Lei nº 6.766/79 o art. 36-A com a seguinte redação:

> Art. 36-A. As atividades desenvolvidas pelas associações de proprietários de imóveis, titulares de direitos ou moradores em loteamentos ou empreendimentos assemelhados, desde que não tenham fins lucrativos, bem como pelas entidades civis organizadas em função da solidariedade de interesses coletivos desse público com o objetivo de **administração, conservação, manutenção, disciplina de utilização e convivência**, visando à valorização dos imóveis que compõem o empreendimento, tendo em vista a sua natureza jurídica, vinculam-se, por critérios de afinidade, similitude e conexão, à atividade de administração de imóveis.
>
> Parágrafo único. A administração de imóveis na forma do caput deste artigo **sujeita seus titulares à normatização e à disciplina constantes de seus atos constitutivos, cotizando-se na forma desses atos para suportar a consecução dos seus objetivos.**

Contextualiza-se que, independentemente da leitura temporal que se dê aos casos concretos a partir da vigência da Lei nº 13.465/17 (isto é, se a entrada em vigor do texto obriga, automaticamente, a todos os proprietários de lotes desde então, associados ou não – vamos tratar adiante), no tocante às prestações mensais vencidas anteriormente à vigência da novel legislação, a jurisprudência muito se fiou no argumento da vedação ao enriquecimento sem causa para, ainda assim, e anteriormente à inovação legislativa, referendar a cobrança das taxas em desfavor do titular de lote que não tivesse aderido à associação de moradores respectiva.

A intenção, por certo, era dirimir aparente vazio jurídico que, com a norma recém-editada, parecia se afigurar relativamente às prestações anteriores à Lei nº 13.465/17, notadamente no que diz respeito às ações que se encontravam em curso e cujos pedidos contemplavam meses muito distantes de tal termo.

Acesso ao Sumário

Todavia, com o sopesar do princípio constitucional da liberdade associativa, e do princípio da legalidade, a controvérsia se encorpou e foi submetida ao Excelso Supremo Tribunal Federal, no Tema 492 da sistemática da repercussão geral, com o seguinte verbete: "**Cobrança, por parte de associação, de taxas de manutenção e conservação de loteamento imobiliário urbano de proprietário não-associado**".

Por ocasião do julgamento da questão, sob a relatoria do Ínclito Ministro Dias Toffoli, no RE 695911/SP, fixou-se a seguinte tese, com trânsito em julgado em 07 de maio de 2022:

É **inconstitucional** a cobrança por parte de associação de taxa de manu-

tenção 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.

Tal julgamento repeliu, de forma inequívoca, o argumento da vedação ao enriquecimento sem causa como fundamento para referendar cobrança pretérita, por fazer constar, expressamente, que **"não cabe à associação, a pretexto de evitar vantagem sem causa, impor mensalidade a morador ou a proprietário de imóvel que não tenha a ela se associado"** (item 1 da ementa).

Ou seja, sob essa construção, não é possível a cobrança de "taxa" ou mensalidade a título de manutenção e conservação de loteamento em desfavor de proprietário não associado, anteriormente à Lei nº 13.465/17; havendo exceção a este caso, somente, se houver lei municipal disciplinando a questão, em tal hipótese pendendo os demais requisitos que expõe.

Ainda que pareça incômoda a percepção de que tal desfecho implica anistia aos débitos pretéritos à vigência da Lei nº 13.465/17, ressalte-se inexistir um vazio jurídico a esse respeito. Tudo está claramente disposto no julgado.

De forma eloquente, a intenção da Corte Suprema foi, e é, de inequivocamente afastar essa cobrança, como se extrai do voto convergente do Ínclito Ministro Marco Aurélio, nos seguintes termos: "A partir do momento em que se diz compelida a proprietária a satisfazer despesas arcadas pela associação, tem-se o desrespeito ao ditame constitucional. **O fato de direta ou indiretamente beneficiar-se de serviços prestados não a torna devedora de cota referente ao rateio de despesas**. Prevalece o direito de propriedade". Logo, não há espaço para complementação daquilo que está claramente dito.

Portanto, não há se falar em cobrança de taxa ou mensalidade, indistinta e previamente calculada, a proprietário de lote que não seja voluntariamente filiado à associação de moradores do loteamento, ou a respeito do qual não haja lei municipal instituindo a possibilidade de cobrança, anteriormente à vigência da Lei Federal nº 13.465/17.

No que concerne ao **período posterior à vigência da Lei nº 13.465/17**, este Relator, num primeiro momento, à luz da **literalidade** da tese fixada por ocasião do julgamento do já referido tema 492, antes entendeu que a novel legislação não seria termo autorizador automático da cobrança.

Isto porque a redação da tese fixada, salvo melhor juízo, **dentro do esforço exegético que a sua literalidade franqueia**, parecia estabelecer que o ad-

Acesso ao Sumário

vento da Lei nº 13.465/17 (**ou** de lei municipal que assim discipline) deflagraria a possibilidade de **cotização dos proprietários** de imóveis que **(*i*) já possuindo lote na vigência da lei nova, adiram** ao ato constitutivo das entidades ou **(*ii*) sendo novos** adquirentes de lotes, **o ato constitutivo** da obrigação **esteja registrado** no competente Registro de Imóveis.

Ou seja, *a contrario sensu*, estaria a dizer que, mesmo depois da Lei nº 13.465/17, **se o proprietário antigo não houver aderido ao ato constitutivo, ou se o novo proprietário não tiver contra si o ato constitutivo devidamente registrado**, não seria possível, igualmente, a cobrança da mensalidade associativa.

Sob esse ângulo, em outras palavras, segundo a tese firmada, a cobrança por ocasião do advento da Lei nº 13.465/17, ou de lei municipal, estaria igualmente condicionada aos requisitos da adesão ao ato ou o registro perante o cartório de imóveis.

Mas, no **posterior** julgamento do AgReg no RE 1.337.075/DF, em **29 de novembro de 2021**, sob a relatoria do Ínclito Ministro Alexandre de Moraes, alumiou-se essa interpretação.

A Corte Suprema estabeleceu que "é inconstitucional apenas a cobrança referente ao período que antecede a vigência da Lei 13.465/2017, sendo permitida a cobrança das taxas de manutenção que venceram após a vigência da norma regulamentadora, nos termos do Tema 492 da repercussão geral", vale dizer, sem nada ressalvar com as condicionantes que – **agora melhor se compreende** – apenas se aplicam à hipótese de legislação municipal.

Destaque-se, por fidelidade do raciocínio, que o julgamento foi composto pelos Ministros Dias Toffoli (Presidente), Cármen Lúcia, Rosa Weber, Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes, isto é, **o Ministro Dias Toffoli, relator do acórdão que fixou a tese do tema 492, convergiu com o entendimento do Ministro Alexandre de Moraes**, o que – quer institucionalmente (afinal, o posicionamento é o do Excelso Pretório), quer processualmente falando – só nos permite concluir que o entendimento do Supremo Tribunal Federal é mesmo no sentido de que **a Lei nº 13.465/17, por si só, autoriza a cobrança da taxa**.

Assim, no que respeita a **mensalidades associativas**, as possibilidades de cotejo fático e jurídico limitam-se ao seguinte:

A) A partir da vigência da Lei nº 13.465/17, o proprietário de lote, qualquer tenha sido a data da compra do imóvel, pode ser cobrado por taxas de manutenção do loteamento, independentemente de ter aderido à associação, ou de qualquer outra formalidade;

B) Antes da vigência da Lei nº 13.465/17, naturalmente, o proprietário do lote poderá ser cobrado em caso de adesão à associação;

C) Também poderá ser cobrado antes da Lei nº 13.465/17 se houver lei

> municipal disciplinando a questão, observado o seguinte: **(i)** para os já proprietários à época da promulgação da lei municipal, a lei local não basta e se exige adesão à associação; **(ii)** para os que adquirirem o lote com a lei municipal em vigor, não se exige a adesão para possibilidade de cobrança, desde que o ato constitutivo da obrigação esteja registrado no Cartório de Imóveis. Neste caso, sem o registro, a norma municipal não bastará.

Releva destacar que todas essas ponderações – **e até mesmo à tese fixada no julgamento do RE 695911/SP** – se limitam à cobrança de "taxas" ou mensalidades para **manutenção e conservação de áreas do loteamento**, ou obrigações **decorrentes do vínculo associativo**.

Logo, o julgamento não acomete **produto** ou **serviço que seja perfeitamente individualizável** e que reverta, distintamente, a certo morador, seja ele associado ou não; **e ao qual ele possa renunciar**.

Veja-se que o Ínclito Ministro Dias Toffoli, ao discorrer sobre o sopesar da vedação ao enriquecimento sem causa *versus* princípios da legalidade e da liberdade de associação, grafou:

> Assim, eventual reconhecimento da possibilidade de se exigir daquele que não deseja se associar o pagamento de taxas ou encargos cobrados em função dos serviços prestados por uma associação a determinada coletividade significaria, na prática, obrigar o indivíduo a se associar, por imposição da vontade coletiva daqueles que, expressamente, anuíram com a associação e seus encargos.

Ora, está claro que a interpretação dada pela Corte Suprema é no sentido de inadmitir a exigência de pagamento de taxa **em função dos serviços prestados à coletividade**, bem porque, por não se tratar de condomínio, prevalece o direito à propriedade do lote que não se condiciona ao pagamento de taxa mercê de **certa associação, feita por outras pessoas, ter optado por incluir alguns melhoramentos.**

É dizer: melhoramentos como portaria, ronda de vigilância, limpeza de ruas, são serviços prestados à coletividade, **que atingem a todos os proprietários do lote**, mas que somente hão de ser custeados por aqueles que anuíram à sua consecução.

Afinal, impossível que uma pessoa opte, *v.g.*, por passar ou não pela portaria, e neste caso a dicção da Corte Suprema é a de não tarifar aquele que não é associado (ainda que beneficiado indiretamente pelo melhoramento).

No entanto, **nada se diz**, **tampouco se veda**, sobre serviços prestados de forma individualizável, quantificável, e aos quais o proprietário **não associado** possa renunciar. Essa hipótese repousa no espectro civil, e não no constitucional, distinção que o Insigne Ministro relator igualmente cuida de fazer:

Acesso ao Sumário

No caso dos autos, todavia, não vislumbro de que modo se poderia identificar princípio constitucional que fosse substrato das regras apontadas. Vedação ao enriquecimento ilícito, obrigações *propter rem* e dever de eticidade são todos instrumentos civilistas de enorme importância, mas não deitam suas bases em princípios constitucionais aptos a serem sopesados em face da liberdade de associação.

Dito de outro modo, os vetores de linhagem civil sequer guardam espectro analisável dentro da controvérsia justamente porque sua aplicação não tem como fonte associar ou não se associar, mas sim a tomada de serviços individualizáveis, quantificáveis e renunciáveis.

Assim, se a associação, em que pese perante um **não associado** não possa emitir, contra ele, a mesma cobrança que **genérica e indistintamente** emite a todos os demais, **certamente** pode cobrar pelos benefícios que em caráter individual lhes proporciona.

A justificativa nada de associativa tem. É viés da boa-fé objetiva.

Inadmite-se, por óbvio, cobrança abrupta, surpreendente e desarrazoada sobre elemento que o proprietário do lote sequer teve a oportunidade de se opor. Por exemplo, se a associação resolver, da noite para o dia, instalar nas calçadas do loteamento adereços de mármore, com custo elevado, por evidente surpresa iníqua **não poderá cobrar do não associado o custo correspondente ao da sua fachada, ainda que seja perfeitamente individualizável, e quantificável**.

No entanto, serviços como fornecimento de água, coleta de esgoto e coleta de lixo são perfeitamente individualizáveis, quantificáveis **e a eles o morador não associado pode renunciar**, inclusive substituindo por outras formas de prover que não aquelas realizadas pela associação.

Veja-se, no exemplo do fornecimento de água. É possível quantificar a metragem cúbica consumida. Também é possível individualizar o serviço, já que cada lote é dotado de instalação própria. De semelhante modo, pode o associado renunciar a tal serviço, optando pela utilização de poço artesiano, contratação de caminhão-pipa ou até mesmo a aquisição de água envasada no varejo.

A par dessa situação, efetivamente, não se revela justo que a água consumida pelo não associado seja gratuita (ou, pior, seu custo declinado ao rateio de todos os demais).

Em um contexto no qual haja, tal como no exemplo, fornecimento de água a um lote cujo proprietário não seja associado, estará o loteamento autorizado a manejar cobrança autônoma por ocasião desse fornecimento, corolário, enfim, da boa-fé objetiva.

Isto porque o proprietário, **sabedor de que não é associado**, e sabedor de que está utilizando o serviço individualizável e tarifável, **sem a ele renunciar**, consuma o fenômeno da *surrectio*, dando à associação o direito de cobrar **pelo**

fornecimento (o que nada tem a ver com as cobranças fixas de mensalidades).

A propósito, o acórdão que deu ensejo ao julgamento do *leading case* do Tema 492 (RE 695911/SP) é oriundo deste Egrégio Tribunal, tirado da apelação nos autos nº 0098619-24.2007.8.26.0000, da Colenda 9ª Câmara de Direito Privado, sob relatoria do Ínclito Desembargador GRAVA BRAZIL, no qual expressamente se consigna que o autor da demanda "não utiliza os serviços por esta prestados e não anuiu com sua realização, **pretendendo apenas pagar pelo consumo de água fornecida**, serviço efetivamente prestado e com o qual anuiu".

Consta do referido julgado que o autor "discordando das cobranças realizadas pela associação ré, em função dos serviços realizados em prol dos moradores do loteamento, moveu ação cautelar, com pedido liminar, **para pagamento unicamente da taxa de fornecimento de água - único serviço que alega usufruir**".

Note-se que essa delimitação de pedido foi compreendida pelo Ínclito Ministro Dias Toffoli, tanto que em seu acórdão relata que o autor da demanda originária questiona "ao contrário, sua submissão ao pagamento da taxa da associação (e não apenas da taxa de água, a única com a qual concorda pagar)", **sem nada ressalvar que a cobrança de água, também, não poderia ser realizada**, o que corrobora com a tese no sentido de que serviços mensuráveis e destacáveis podem ser cobrados.

Numa analogia singela, o ordenamento não veda que uma pessoa possa usufruir de serviços prestados por uma determinada associação, mesmo sem ser associado. Pagará, a esse ensejo, **o preço respectivo**, **e não taxa associativa**. Logo, em nada lhe aflige o princípio da liberdade de associação, porquanto não se está a tratar de cobrança associativa, mas sim de **contrapartida a fornecimento individualizável, quantificável e do qual poderia renunciar, mas não o fez**.

A propósito, sabido que, dentre suas várias funções, a boa-fé objetiva serve, justamente, para obstar o que Menezes Cordeiro chama de exercício inadmissível de posições jurídicas (Da Boa-fé no Direito Civil, Almedina, 1.984, vol. II, p. 661), a cujo conceito se subsumem hipóteses em que alguém age, inclusive criando certa expectativa em outrem, depois comportando-se de maneira com isso contraditória (*venire contra factum proprium*), ainda que os dois comportamentos, isolados, sejam lícitos **(cf. Judith Martins-Costa, A Boa-fé no Direito Privado, RT, 1a ed., p. 469)**.

Mais: por vezes até certo comportamento, por suas características, leva à crença de que algum direito subjetivo não venha mais a ser exercido (a denominada *supressio*, na lição de Menezes Cordeiro, op. cit., p. 797) ou, ao revés, **como na hipótese telada**, certo comportamento leva mesmo ao surgimento de

Acesso ao Sumário

um novo direito (a *surrectio*, na esteira da mesma lição).

Daí o coadunar com o já assinalado pela Ínclita Ministra Maria Isabel Gallotti, do Colendo Superior Tribunal de Justiça, por ocasião de seu voto vista no julgamento do REsp 1439163/SP, de relatoria do Ínclito Min. Villas Bôas Cueva, j. 11.03.2015, que, apesar do julgamento proclamado pela Corte Suprema em data posterior, não lhe teve retirada a lógica e juridicidade:

> "(…) **O que não podem as associações é cobrar uma taxa que foi fixada unilateralmente pelos participantes e exigir que não associados a paguem**. Diversamente, a taxa de condomínio propriamente dito, legalmente instituído, obriga a todos os condôminos e deve ser fixada de acordo com as regras regulamentares e legais pertinentes, especialmente o quorum de deliberação. **A associação não pode impor taxas, sob qualquer nome ou título, para pagamento pelos não associados.**
>
> Mas nada obsta, mesmo que aprovada essa tese repetitiva, que uma determinada associação ajuíze ação contra um determinado morador de condomínio, loteamento, bairro, e alegue: faço serviço de limpeza, tenho uma guarita para segurança, entrego a correspondência na casa de todos. **Nesta ação, ele seria cobrado não do valor de taxa estipulada pela associação, mas apenas daquilo que o beneficia e na medida do benefício. A causa de pedir não seria a mera inadimplência de uma taxa imposta unilateralmente pela associação**, não se sabendo se na medida do benefício proporcionado ao morador réu".

Postas tais premissas, de rigor seja delimitada a impossibilidade de cobrança de taxa ou mensalidade a não associado, antes do advento da Lei nº 13.465/17, salvo se existente lei municipal disciplinando a questão, observados os requisitos antes descritos; e, bem assim, a possibilidade de cobrança de taxa ou mensalidade genérica após a Lei nº 13.465/17, independentemente de formalidade ou evento outro; e, em qualquer hipótese, a cobrança de serviços individualizáveis, quantificáveis e sobre os quais não se tenha operado a renúncia por parte do proprietário não associado (água, esgoto e coleta de lixo), mediante ação própria.

Acesso ao Sumário

Por consequência, uma vez que o proprietário renuncie à prestação de referidos serviços, fica ele sujeito à interrupção por parte da associação, sem que a esta se possa inquinar de prática de qualquer tipo de ilegalidade, tal como ocorre com concessionárias de serviços públicos, papel que esta se presta perante os proprietários de imóveis do referido loteamento.

É de rigor, portanto, acolher o pedido no que concerne às mensalidades associativas vencidas a partir de **julho/2017**, correspondente, como visto, à vigência da Lei nº 13.465/17.

As mensalidades compreendidas no interregno entre fevereiro e março

de 2017 também comportam acolhida na particularidade dos autos. Isto porque o convênio firmado entre o loteamento e Prefeitura de Jandira data de **12 de março de 2003** (p. 53). Já a aquisição dos lotes ocorreu em **1 de abril de 2004** (p. 198) e **16 de setembro de 2013** (p. 202), de modo que, por ser a aquisição posterior à vigência da lei, basta o mero registro perante o Cartório de Imóveis, cuja existência está comprovada às p. 139/141.

Por fim, registre-se que o fato de o apelado ter se desassociado da associação de moradores é irrelevante, uma vez que a sua responsabilidade, aqui reconhecida, decorre da vigência da lei. E, justamente por isso, evidente que o aqui declarado produz efeitos ulteriores, **no sentido de que o réu/apelado continua a ser responsável pelas prestações vincendas.**

A fim de evitar manejo de embargos de declaração voltados unicamente ao prequestionamento, e de modo a franquear acesso às instâncias extraordinária e especial, considera-se prequestionada toda a matéria constitucional e infraconstitucional debatida nos autos, porquanto apreciadas, neste Colegiado, as questões relacionadas à controvérsia, ainda que sem expressa menção ou individualização dos argumentos ou dispositivos legais invocados pelas partes.

Nessa linha, já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça que o prequestionamento "pressupõe debate e decisão prévios pelo colegiado, ou seja, emissão de juízo sobre o tema" **(EDcl no AgRg no REsp 1.172.919/PE)**; contentando-se com a sua forma implícita, tal como disposto, por exemplo, no AgRg 572.737/RS, REsp 365.079/SP, EDcl no Resp. 688.698/PR, EDcl no REsp. 855.181/SC, entre outros.

Diante do exposto, pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso, nos termos da fundamentação, para **JULGAR PROCEDENTE** o pedido, conforme o art. 487, *caput*, inc. I, do Código de Processo Civil, condenando o apelado ao pagamento das mensalidades associativas descritas na petição inicial, vencidas desde fevereiro/2017, bem como as vencidas no curso da lide, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de 1% (um por cento) ao mês, tudo contado de cada vencimento (a mora é *ex re*).

O apelado reembolsará as custas processuais, despesas, e pagará honorários advocatícios que fixo em 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da condenação, nos termos do art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000952-39.2016.8.26.0280, da Comarca de Itariri, em que é apelante/apelada M.C.P. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante M.C. DE J.

Acesso ao Sumário

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 a advogada Angela da Silva Mendes Caldeira Dalla Marta", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31641)**

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

São Paulo, 7 de junho de 2023.

SILVÉRIO DA SILVA, Relator

Ementa: Apelação Civel – Ação de reconhecimento de união estável post mortem com pedido contraposto – Disputa entre as partes acerca de quem mantinha união estável com o falecido que, por ocasião da morte, mantinha relacionamento com ambas – Impossibilidade de reconhecimento de união estável concomitante – A preexistência de união estável de um dos **conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período – Tese firmada pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.045.273/SE, com repercussão geral (tema 529) – Prova dos autos que é no sentido de que a ré mantinha união estável com o falecido, sendo a da autora considerada concubinato – Uniões descritas como iniciadas em 1986 – Autora que tinha entre 11 e 12 anos na ocasião, o que impossibilita o reconhecimento neste período – Dinâmica e documentos juntados que indicam ser a ré a companheira – Falecido que residia junto com a autora, durante a semana, e com a ré, durante os finais de semana, feriados, férias e datas festivas – Ré que trouxe maiores provas documentais acerca da união – Sentença mantida – Recurso improvido.**

Acesso ao Sumário

VOTO

A sentença de págs. 399/410, cujo relatório se adota, JULGOU IMPROCEDENTES os pedidos da petição inicial e PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido contraposto para reconhecer a constituição e dissolução de união estável entre a ré M.C.J. e M.M.P. no período do 12/05/1986 até a data do óbito

em 12/05/2016.

CONDENOU a parte autora ao pagamento de 50% das custas, e honorários advocatícios de R$ 1.000,00 e, diante da parcial procedência do pedido contraposto, a parte ré ao pagamento de 50% das custas, e honorários advocatícios de R$ 1.000,00, ambas, suspensas em razão da gratuidade.

Inconformada apela a autora, págs. 413/429, pugnando pela reforma da sentença para reconhecer a união estável dela com o falecido M. desde 1986 até a data do óbito e demais pedidos da inicial.

Foram apresentadas contrarrazões, págs. 433/437.

É o relatório.

Trata-se de ação de reconhecimento de união estável post mortem promovido por M.C.P. que pretende comprovar a sua união com M.M.P.

A ação foi proposta contra M.C.J., que também alegou possuir união estável com o falecido no mesmo período.

A ação foi julgada, inicialmente, parcialmente procedente, reconhecida a união entre a autora e o falecido, com extinção do pedido contraposto, sem julgamento do mérito, págs. 294/296.

O acórdão de págs. 335/345 anulou a sentença para que fossem julgados, concomitantemente, o pedido inicial e o pedido contraposto.

Ante nova sentença, reconhecendo a união do falecido com a ré, apela a autora.

Alega, em síntese, que demonstrada a união entre ela e M. desde 1986 até sua morte sendo a sentença contrária à prova dos autos.

Destaca, os bilhetes reproduzidos na pág. 425, a conta conjunta no Banco do Brasil, onde ela e M. declararam o mesmo endereço, fotos (pág. 20/25), contas de consumo (págs. 17/19, 33/40, 42, 49)

Ainda a sua posse dos holerites e outros documentos relacionados ao trabalho (págs 26/30,), Notas fiscais de alfaias em nome de M., com o endereço da residência do casal e assinatura da apelante como a pessoa que recebeu a mercadoria.

Sustenta que no dia do acidente que causou a morte constou na ficha de entrada do Hospital o endereço por ela declinado como residência do casal.

Fala que M. vivia com ela, como marido e mulher, durante 5 dias por semana e se ausentava nos finais de semana a trabalho.

Aduz que as testemunhas corroboraram a prova documental.

Afirma que não tinha conhecimento da relação extraconjugal relatando que o relacionamento era monogâmico.

Entende pela possibilidade de reconhecimento de uniões simultâneas.

Acesso ao Sumário

Respeitadas as razões recursais, o caso é de se negar provimento ao recurso.

Com efeito a prova nos autos é que o falecido por ocasião da morte mantinha relação simultânea tanto com a apelante como com a apelada.

Tal fato se tem como incontroverso e é corroborado pelas testemunhas e documentos dos autos.

Nenhuma das partes conseguiu demonstrar de forma convincente o início da união.

O reconhecimento de duas uniões estáveis, concomitantes não é admitida no nosso ordenamento, conforme já assentado na jurisprudência do STF que vedou sua existência no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.045.273/SE, com repercussão geral, que firmou a seguinte tese (tema 529):

> Tema 529 - A preexistência de casamento ou união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento juridico-constitucional brasileiro.

E neste sentido julgados desta corte:

> UNIÃO ESTÁVEL – Ações de reconhecimento e dissolução de união estável post mortem – **Reconhecimento da existência de duas uniões estáveis distintas, paralelas e concomitantes – Impossibilidade** – Vedação expressamente prevista no §1º do art. 1.723 do Código Civil – Tema 529 do C. STF – Precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça – Pedido formulado pela autora que não recorreu da sentença improcedente – Reconhecimento da união estável estabelecida pela apelante que, por si só obsta o reconhecimento de outra – Recurso provido. (TJSP; Apelação Cível 0001107-87.2014.8.26.0358; Relator (a): Rui Cascaldi; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro de Mirassol – 2ª Vara; Data do Julgamento: 24/10/2022; Data de Registro: 24/10/2022)

> AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. **CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL. Reconhecimento concomitante. Impossibilidade, ressalvada a exceção do artigo 1.723, § 1º, do Código Civil**. V. Acórdão firmado em consonância com o decidido no E. STF no Recurso Extraordinário nº 1.045.273/SE (tema 529). Decisão mantida. RECURSO DESPROVIDO. (TJSP; Agravo Interno Cível 1014936-66.2016.8.26.0482; Relator (a): Beretta da Silveira (Pres. da Seção de Direito Privado); Órgão Julgador: Câmara Especial de Presidentes; Foro de Presidente Prudente – 2ª Vara de Família e Sucessões; Data do Julgamento: 12/09/2022; Data de Registro: 12/09/2022)

Acesso ao Sumário

UNIÕES ESTÁVEIS SIMULTÂNEAS. Sentença pela qual foi julgado procedente o pedido para reconhecer a existência de união estável entre a autora e o falecido no período de 2015 a 27.04.21. Insurgência dos herdeiros do de cujus. Existência de união estável anterior mantida entre o falecido e a genitora dos apelantes. **Impossibilidade do reconhecimento de uniões estáveis no mesmo período**. Entendimento consagrado pelo E. Supremo Tribunal Federal. Precedentes do E. Superior Tribunal de Justiça e desta C. Corte. "A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro" (Tema 529 do E. STF). Declaração firmada em cartório comprovando a união estável mantida entre o de cujus e M.U.S., genitora dos réus há mais de vinte e um anos, ou seja, desde 1984. Necessidade de delimitação temporal da união estável mantida entre a autora e o falecido. Sentença reformada. Recurso parcialmente provido.(TJSP; Apelação Cível 1001915-68.2021.8.26.0572; Relator (a): Christiano Jorge; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Joaquim da Barra – 2ª Vara; Data do Julgamento: 23/08/2022; Data de Registro: 23/08/2022)

Pelo que se viu o falecido vivia durante a semana com a autora, Em (...) e aos finais de semana com a ré, em (...).

Como a prova é que ambas as relações entre o falecido e as partes poderiam, em tese, ser reconhecidas como união estável, a questão passou a ser qual delas mais se assemelha à condição de casados ou qual se iniciou em primeiro lugar, ficando a outra com a condição de concubinato.

E neste sentido, andou bem a sentença por entender que os elementos dos autos são no sentido de que a relação com M.C. deve ser considerada união estável e que a com M.C. concubinato.

O primeiro ponto a se destacar é que ambas alegam que a relação se iniciou em 1986.

Mas a autora não poderia ser declarada companheira do falecido desde esse período.

Isso porque nesta época a apelante, nascida em 28/10/1974, (pág. 10) tinha entre 11 e 12 anos.

Quanto a requerida, nascida em 10/03/1953, não havia esta restrição.

O fato de passar os dias de trabalho, durante a semana, com a autora e os finais de semana, feriados e férias com a ré também é indício de que a relação que tinha como união estável era a com M.C.

Acesso ao Sumário

Esta também trouxe maior quantidade de documentos nos quais o falecido indicou como sua residência o da ré e posse de documentos pessoais como titulo de eleitor, RG, Pasep, CTPS, pág. 109/113.

As fotos trazidas, embora poucas de ambas as partes, são mais numerosas e em momentos diversos da ré sendo de um único evento pela autora.

Embora na ficha de entrada no hospital onde faleceu constou o endereço da autora, pág. 46/48, constou na certidão de óbito que mantinha união estável com M.C., pág. 86. Veja que apesar do acidente ocorrer na cidade da autora quem declarou o óbito foi o filho da ré, pág. 107/108.

O endereço cadastrado junto ao empregador, DER, era o da ré pág. – 136, o mesmo que foi declinado no CAT – pág. 88/89

Vale ainda repetir trecho do acórdão desta relatoria que anulou a primeira sentença:

> "....Assim, não produziu prova oral neste sentido, neste processo. No entanto, os demais documentos trazidos são muito fortes a sustentar suas alegações, em especial a certidão de óbito na qual consta a anotação de que o falecido convivia em união estável com a apelante, págs. 86, a conta conjunta, págs. 103, correspondências em nome do falecido da Vivo, da CEF e IPVA, págs. 115/,106/117 e cartão de identificação do funcionário, págs. 136, nos quais constam o endereço da apelante, rua (...). Quanto à ação com a de nº (...), foi proposta pela apelada contra o INSS. Naquela ação se julgou que a M.C. fazia juz aos benefícios do INSS, porque lá se entendeu haver demonstrado a sua condição de companheira e dependente. Mas ali foi determinado que **o benefício (pensão por morte) fosse rateado entre a apelada e a apelante que já o recebia do INSS que a reconheceu como companheira e dependente de M.**, para liberação do valor. Vale ainda ressaltar que na ação contra o INSS foram ouvidas testemunhas que confirmaram a União entre a apelante e M., confira-se: "***M. afirmou*** *que conheceu M. em 1983, porque comprou um terreno do pai acrescentando que ele passava todos os finais de semana e feriados em (...) e que perante a sociedade, M. e M.C. eram um casal. Contou que foi ao velório de M., mas não se recorda de ter visto M.C.* ***S. relatou*** *que conheceu M. e que foi ao seu velório. Havia muitos parentes no local, tanto de M., quanto de M.C.D.J.. Assegurou que M. era como um pai para os filhos de M.C.D.J. e que ele passava todos os finais de semana e feriados com ela. Em todos os eventos, eles estavam juntos, como um casal*" pág. 318/322. "

Os elementos dos autos são no sentido de que M.C. é que era, para o falecido, sua companheira, ocupando M.C. a condição de concubina.

Assim, se mantém a sentença, na forma como lançada.

Ante o desprovimento do recurso, majoram-se os honorários devidos pela apelante para R$ 1.500,00, nos termos do art. 85, § 11º do CPC, ressalvada a gratuidade.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1008214-88.2022.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante AYMORÉ CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S/A, é apelado DJALMA DO NASCIMENTO ANTONIO FILHO.

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 00369)**

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

São Paulo, 14 de junho de 2023.

PEDRO PAULO MAILLET PREUSS, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Ação revisional de contrato de financiamento de veículo. Cédula de crédito bancário. Sentença de parcial procedência. Irresignação. Seguro prestamista. REsp 1.578.526/SP. Tema 972 do STJ. Consumidor que não pode ser compelido a contratar seguro com a instituição financeira ou com seguradora por ela indicada. Abusividade, na espécie. Indícios de venda casada. Prática vedada pelo art. 39, I, do CDC. Ausência de oferecimento de outras opções de seguradora. Cobrança que deve ser expurgada. Restituição do valor cobrado que é medida de rigor. Sentença mantida. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 150/155 que, nos autos da ação revisional de contrato de financiamento de veículo, julgou parcialmente procedentes os pedidos para condenar a Apelante ao ressarcimento

Acesso ao Sumário

de R$ 1.813,64 (mil oitocentos e treze reais e sessenta e quatro centavos) cobrados a título de seguro prestamista, acrescido de correção monetária desde o desembolso e juros de mora a partir da citação.

No tocante aos ônus sucumbenciais, assim determinou: "*arcará o autor com o pagamento das custas e despesas processuais na ordem de 80% e o réu com 20% destas verbas. Com relação aos honorários advocatícios, fixo em 10% do valor da causa, os quais deverão ser pagos pelo réu ao patrono do autor, na ordem de 20% e pagos pelo autor, ao patrono do réu, na ordem de 80% do valor*".

A Apelante argumenta que: (i) "as cobranças feitas por essa Apelante em face do Apelado ocorreram de acordo com as informações fornecidas no contrato, inclusive do seguro mencionado no dispositivo da sentença, não havendo nenhum valor diverso do estipulado"; (ii) devem ser observados os termos do contrato livremente estipulado; (iii) o seguro é opcional; (iv) as condições de contratação foram esclarecidas; (v) o seguro foi contratado em termo apartado; e (vi) não há que se falar em cobrança indevida ou ressarcimento de valores.

Recurso tempestivo e regularmente processado. Dispensado do preparo ante a gratuidade da justiça. Contrarrazões às fls. 179/182.

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

É o relatório.

Cuida-se de ação revisional de cédula de crédito bancário firmada para financiamento de veículo no valor total de R$ 33.900,00 (trinta e três mil e novecentos reais), acostada às fls. 31/34, que previu o pagamento de R$ 1.813,64 (mil oitocentos e treze reais e sessenta e quatro centavos) a título de seguro prestamista.

No que tange à pactuação do seguro prestamista, a questão foi objeto de análise no julgamento do Recurso Especial nº 1.578.526/SP (Tema 972), de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 12.12.2018:

> "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. [...]" (destaquei)

In casu, a parte autora alegou abusividade na cobrança em decorrência da ilicitude da prática da venda casada, em clara ofensa ao que determina o art. 39 do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*: "É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: I – condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos. (...)".

Acesso ao Sumário

O referido Recurso Repetitivo delimitou a controvérsia segundo o aspecto da liberdade contratual, conforme trecho em destaque: "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".

A partir dos documentos carreados aos autos, infere-se que a Apelante não se desincumbiu de comprovar ter oportunizado ao Apelado a opção de contratação de seguro com empresas diversas que não a imposta pela instituição financeira cedente do empréstimo, assim como não há ressalva, em Termo de Adesão próprio, de forma clara e em destaque, quanto à possibilidade de não contratação, o que sinaliza a prática da venda casada (fls. 35/36).

Desta forma, devida a restituição ao autor do valor cobrado a título de seguro prestamista, de forma simples, vez que ausente má-fé da instituição financeira.

Ante o exposto, **nego provimento ao recurso.** Majoro os honorários advocatícios devidos pela Apelante para 12% do valor da causa, nos termos do art. 85, §11, do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1015709-69.2018.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é apelante IRMANDADE DA SANTA CASA DE MISERICIRDIA DE MARILIA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado MARTINHO ALVES DOS SANTOS (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43589)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARY GRÜN (Presidente) e LUIS FERNANDO NISHI.

São Paulo, 15 de junho de 2023.

ANDRADE NETO, Relator

Ementa: AÇÃO MONITÓRIA – COBRANÇA DE SERVIÇOS MÉDICO-HOSPITALARES – CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA DEVI-

Acesso ao Sumário

DOS DESDE A DATA DA ALTA HOSPITALAR DO RÉU – RECONHECIMENTO – CITAÇÃO EDITALÍCIA E NOMEAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO CURADORA ESPECIAL – CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO AFASTA O DEVER DO RÉU DE ARCAR COM O PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – REMUNERAÇÃO ARBITRADA EM FAVOR DA AUTORA

APELAÇÃO PROVIDA

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença que julgou parcialmente procedente a ação monitória versando sobre a cobrança de serviços médico-hospitalares, condenando o réu ao pagamento da importância discriminada pela autora – R$ 213,24 -, porém, com incidência de correção monetária do ajuizamento da ação e juros de mora da citação, e não a partir da data do atendimento prestado ao requerido como pretendido pela requerente, o que resultaria no valor de R$ 422,49, calculado até 12/09/2018, um mês antes do ajuizamento. Além disso, deixou a sentença que fixar honorários advocatícios em favor da autora em função da defesa dativa prestada ao réu.

Em síntese, a apelante afirma incidir na hipótese a norma do art. 397 do CPC, uma vez que o réu assinou termo de responsabilidade pelo pagamento dos valores devidos na data do seu atendimento, conforme, inclusive, vem sendo decidido em diversos outros processos. Defende também o desacerto da sentença ao isentar o réu dos ônus sucumbenciais, haja vista que a sua representação dativa pela Defensoria Púbica se deu em razão da sua citação por edital, não tendo havido concessão das benesses da justiça gratuita.

Recurso recebido e regularmente processado, com contrarrazões.

É o relatório.

O apelo deve ser provido.

A apelante Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Marília ajuizou a presente ação monitória para objetivando a cobrança de R$ 213,24 gasto com o atendimento médico-hospitalar prestado ao réu em 30 de abril de 2014, com alta hospitalar no mesmo dia, ocasião em que o paciente assinou termo de responsabilidade se comprometendo a quitar os valores devidos no ato da apresentação da conta.

Nessa perspectiva, aplicável à espécie o disposto no art. 397 do Código Civil, segundo o qual, *O inadimplemento da obrigação positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor*.

Acesso ao Sumário

Além disso, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, atuando na função de curadora especial do réu citado por edital, optou por contestar a ação por negativa geral, deixando de impugnar o termo inicial da correção monetária e dos juros de mora indicado pela autora em seus cálculos, não se olvidando da possibilidade de fazê-lo, haja vista cuidar-se de questão meramente de direito.

Em assim sendo, há que se acolher a pretensão da autora, reputando-se correta a aplicação da correção monetária e dos juros de mora a partir da data do atendimento/alta hospitalar do réu, conforme indicado em seus cálculos.

Outrossim, a nomeação de curador especial ao réu não afasta o seu dever de arcar com os ônus sucumbenciais, ressaltando-se que a ele sequer foram concedidos os benefícios da justiça gratuita.

Cabível, portanto, a condenação do réu ao pagamento de honorários advocatícios em favor do patrono da apelante, os quais, com fulcro no art. 85, § 8º-A, do CPC, arbitro, por equidade, em R$ 5.511,73, porquanto é este o valor mínimo estipulado pela Tabela de Honorários Advocatícios 2023 da OAB/SP, item 4.1 – Procedimento ordinário: proposição ou defesa.

Isto posto, pelo meu voto, **dou provimento à apelação** para determinar que a correção monetária e os juros de mora sejam calculados a partir da data de 30/04/2014, nos termos da fundamentação, bem como condenar o réu ao pagamento de honorários advocatícios no valor apontado acima.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1094085-83.2022.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante GEIZA MARIA BOMTEMPO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado TAM LINHAS AÉREAS S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.497)**

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

São Paulo, 7 de junho de 2023.

SPENCER ALMEIDA FERREIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Transporte aéreo de pessoas. Atraso de voo. Sentença de parcial procedência. Recurso da parte autora. DANOS MORAIS. Pleito de majoração da indenização. Cabimento. Atraso de voo superior a 50 (cinquenta) horas, sem qualquer assistência material da companhia aérea ré, inclusive alimentação e hospedagem, se vendo obrigada a se hospedar em moradia de conhecidos, além de ter perdido consultas médicas. Indenização por danos morais majorada para o montante de R$ 12.000,00. Sentença reformada. RECURSO PROVIDO.

VOTO

1.– A sentença de fls. 168/171, cujo relatório é adotado, julgou parcialmente procedente o pedido, para condenar a ré a pagar à autora a quantia de R$ 4.000,00, a título de indenização por danos morais. Pela sucumbência, condenou a ré no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 20% sobre o valor da condenação.

Apela a autora às fls. 174/199. Requer, em síntese, a majoração do valor da indenização por danos morais, para o montante inicialmente pleiteado de R$ 12.000,00, tendo em vista que a apelante, além de ter sofrido com atraso de 50 (cinquenta) horas, não recebeu assistência material como alimentação e hospedagem, e não foi reacomodada no primeiro voo disponível.

Recurso tempestivo, preparado (fls. 200/201) e respondido (fls. 205/212). Valor da causa: R$ 12.000,00 (doze mil reais).

É o relatório.

2.– Razão assiste à apelante.

A sentença foi proferida nos seguintes termos:

"Trata-se de ação de indenização por danos morais proposta por GEIZA MARIA BOMTEMPO em face de TAM LINHAS AEREAS S/A (LATAM AIRLINES BRASIL). Alega que contratou os serviços da ré para realização de viagem aérea, em 03/07/2022, de Bruxelas a Goiânia, com conexões em Madri e Guarulhos, com saída às 18h50 e chegada ao destino final prevista para às 09h15 do próximo dia. Ocorre que, ao realizar os procedimentos para embarque, a autora foi surpreendida com a notícia de que o voo havia sido cancelado. A autora foi informada que só seria realocada para novo voo no dia 05/07/2022 e, após muitas tentativas de tentar ser realocada para voo mais cedo, a autora foi obrigada a aceitar a proposta da ré, o que contribuiu para o atraso de aproximadamente 50 horas na chegada ao destino final. Argui que a ré não prestou nenhuma assistência. Por isso, pleiteia a condenação da ré ao pagamento da importância de R$ 12.000,00

Acesso ao Sumário

para cada autor, a título de danos morais. Com a inicial vieram documentos (fls. 60/91).

A ré apresentou contestação (fls. 111/124). Argui a necessária aplicação da convenção de Montreal, por se tratar de voo internacional. Sustenta que o cancelamento do voo se deu pela necessidade de readequação da malha aérea, caracterizando caso fortuito/força maior, excluindo sua responsabilidade. Alega que prestou a devida assistência à autora, como também reacomodou a requerente no próximo voo disponível, cumprindo, portanto, a Resolução n° 400 da ANAC. Sustenta a ausência de danos morais, visto que houve mero aborrecimento e não há qualquer prova de que a requerente tenha suportado consequências danosas, decorrentes do atraso do voo. No mais, aduz que o quantum indenizatório deve seguir os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, evitando assim, o enriquecimento ilícito. Pugna pela improcedência da ação.

Réplica a fls. 128/167.

É o relatório. Fundamento e decido.

Possível o julgamento antecipado da lide, com fulcro no artigo 355, I, do CPC, pois desnecessária a produção de outras provas, além da prova documental já coligida aos autos.

É incontroverso o atraso de aproximadamente 50 horas na chegada da autora ao destino, por conta de cancelamento do voo originariamente contratado.

Alega a ré que o cancelamento do voo se deu por conta de reestruturação da malha aérea.

O artigo 734 do Código Civil prescreve que a responsabilidade que deriva do contrato de transporte independe de efetiva comprovação de culpa, sendo elidível em face de força maior.

Contudo, o cancelamento do voo em razão de reestruturação da malha aérea não pode ser considerado caso fortuito externo a fim de elidir a responsabilidade da ré, pois é atrelado ao risco do serviço prestado, configurando o chamado fortuito interno.

[...]

Estabelecida a responsabilidade da ré, de rigor sua condenação à reparação dos danos suportados pela autora.

O dano moral é evidente ante a quebra de expectativa em chegar no horário ao destino, sem que a ré comprovasse ter prestado assistência adequada. Evidenciado, portanto, o dano moral, resta a fixação do quantum indenizatório.

Nesse ponto, os doutrinadores mencionam como padrão do legitimado à indenização o homo medius, devendo ser analisados os elementos do caso concreto, ou seja, gravidade do dano, comportamento do ofensor e do ofendido (dolo ou culpa), posição econômica, repercussão do fato, etc.

No caso em tela, o valor arbitrado para ressarcir o dano moral deve atender a reparação do mal causado e a coação para que o infrator do dano não volte a repetir o fato.

Em outras palavras, deve ter funções compensatória, punitiva e pedagógica da

Acesso ao Sumário

> indenização pelo dano extrapatrimonial, mas não deve ser estabelecida de tal modo que venha a significar enriquecimento indevido ao ofendido.
>
> Em razão disso, verifico ser justo, razoável, proporcional e adequado fixa-los em R$ 4.000,00. O montante sugerido na inicial, a meu ver, é por demais exacerbado e desproporcional ao agravo, especialmente porque a empresa-ré realocou a autora em um novo voo, demonstrando boa-fé e intenção de minorar o incômodo causado pela falha na prestação de seus serviços."

No caso em análise, a autora sofreu atraso em voo de Bruxelas a Madrid, ocasionando perda de conexão e chegada ao destino com um atraso superior a 50 (cinquenta) horas, sem qualquer assistência material da companhia aérea ré, inclusive alimentação e hospedagem, se vendo obrigada a se hospedar em moradia de conhecidos, além de ter perdido consultas médicas, o que ocasionou evidente abalo emocional e psíquico, caracterizando os danos morais.

O valor da reparação dos danos morais deve se pautar pelos critérios de equidade, que levem em consideração a posição social do ofendido, 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 que a paga.

Sopesando os fatos narrados e em atenção aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade e, tendo em vista a reprovabilidade da conduta ilícita, intensidade e duração do sofrimento experimentado pela autora, bem como a capacidade econômica da requerida causadora do dano, mostra-se razoável majorar a indenização para R$ 12.000,00 (doze mil reais).

A correção monetária sobre o valor ora arbitrado a título de indenização por danos morais incidirá a partir da publicação da sentença, nos termos da Súmula 362 do STJ, a saber:

> "Súmula 362. A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento."

Merece, portanto, a sentença ser reformada para majorar o valor da indenização por danos morais para o valor pleiteado de R$ 12.000,00 (doze mil reais), corrigidos monetariamente pela Tabela Prática do TJSP a partir da publicação da sentença e acrescidos de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a partir da citação, nos termos do art. 405 do Código Civil.

Por fim, descabida a majoração de honorários advocatícios recursais, vez que a verba foi fixada em patamar máximo na sentença.

3.– Ante o exposto, **dá-se provimento** ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001845-83.2022.8.26.0356, da Comarca de Mirandópolis, em que é apelante/apelada MARIA LUCIA DE OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante BANCO ITAÚ CONSIGNADO S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso da autora e negaram ao recurso do banco. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.877)**

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

São Paulo, 12 de junho de 2023.

MAIA DA ROCHA, Relator

Ementa: CONTRATO – Serviços bancários – Empréstimo consignado declarado inexistente – Restituição do indébito devida pela forma simples 30/03/2021 e, após tal data, em dobro – Tema nº 929 do C. STJ (EAREsp 676.608/RS) – Observância da modulação temporal dos efeitos – Dano moral in re ipsa – Indenização extrapatrimonial fixada em R$ 3.000,00 – Valor irrisório – Determinada a majoração para R$ 10.000,00 – Honorários advocatícios – Valor fixado na r. sentença que se revelou irrisório – Determinada a majoração, nos moldes do art. 85, § 2º do CPC – Sentença parcialmente reformada – Recurso da autora provido e do banco não provido.*

VOTO

Trata-se de recursos de apelação interpostos contra a r. sentença, cujo relatório se adota, que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, para: i) DECLARAR a inexistência do negócio jurídico entre as partes, consubstanciado no contrato de empréstimo consignado n. 617676585 (fls. 134/135), e, em consequência, a inexigibilidade dos débitos na conta do(a) autor(a) concernentes a esta operação; (II) CONDENAR o requerido em danos materiais, mediante restituição à parte autora em dobro dos descontos indevidos ocorridos a partir de 30.03.2021 e restituição de forma simples dos descontos anteriores a essa data. Os valores deverão ser apurados em sede de cumprimento de sentença e corrigidos monetariamente pela Tabela do TJ desde a data do desconto (Súmula

Acesso ao Sumário

43, STJ), com juros de mora de 1% ao mês desde a citação (art. 405, CC); (III) CONDENAR o requerido em danos morais, no valor de R$3.000,00 (três mil reais), com atualização e juros de mora a partir da publicação desta sentença atualizados e com juros legais de 1% ao mês, contados da data do arbitramento. Fica autorizada a compensação de eventual valor disponibilizado pelo requerido e recebido pela parte autora, referente ao contrato de empréstimo consignado, sendo que a disponibilização do valor na conta da parte autora deve ser comprovada pela parte requerida e apurada em fase de cumprimento de sentença. Em razão da sucumbência mínima do(a) autor(a), condenou o requerido, ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados, por equidade, em R$1.000,00 (mil reais), com fundamento no art. 85, § 8.º, do Código de Processo Civil.

Aduz a autora para a reforma do julgado, em apertada síntese, que deve ser elevado o valor da indenização por danos morais. Requer, ainda, a majoração dos honorários advocatícios para 20% sobre o valor da condenação.

Apela o banco requerendo que seja afastada: i) a restituição em dobro do indébito, devendo ocorrer de forma simples; ii) a condenação ao pagamento de indenização por danos morais e, subsidiariamente, reduzido o valor fixado.

Recursos tempestivos, respondidos, preparado somente pela casa bancária, em virtude da requerente ser beneficiária da assistência judiciária gratuita.

É o relatório.

A autora ajuizou a presente ação alegando não ter contratado o empréstimo consignado que ensejou os descontos mensais realizados em seu benefício previdenciário, pretendendo a inexigibilidade da dívida junto ao demandado, a restituição em dobro dos valores descontados indevidamente, bem como a condenação da instituição financeira ao pagamento de indenização por danos morais.

O réu, em apertada síntese, alegou que o débito é legítimo, não havendo mácula na contratação, sendo regulares os débitos efetuados no benefício previdenciário da requerente. Discorda veementemente sobre as teses de rescisão contratual, restituição em dobro e danos morais a serem indenizados.

O d. juízo originário, diante da prova pericial grafotécnica que concluiu ser falsa a assinatura lançada no contrato, julgou ação parcialmente procedente para: declarar a inexistência da dívida; condenar o banco, em danos materiais, mediante restituição à parte autora em dobro dos descontos indevidos ocorridos a partir de 30.03.2021 e restituição de forma simples dos descontos anteriores a essa data; condenação da casa bancária em danos morais, no valor de R$ 3.000,00. Autorizou a compensação de eventual valor disponibilizado pelo requerido e recebido pela parte autora, referente ao contrato de empréstimo consignado, sendo que a disponibilização do valor na conta da parte autora

Acesso ao Sumário

deve ser comprovada pela parte requerida e apurada em fase de cumprimento de sentença.

Ressalte-se que não houve impugnação específica pela instituição financeira em relação à declaração de inexigibilidade da dívida, razão pela qual tal questão não será apreciada nesta oportunidade, em observância do princípio tantum devolutum quantum apellatum.

Assim sendo, o recurso deve ser apreciado no limite especificado pelo recorrente.

Nesse sentido:

"A apelação transfere ao conhecimento do tribunal a matéria impugnada – tantum devolutum quantum appellatum – nos limites dessa impugnação, salvo matérias examináveis de ofício" (RSTJ 128/366 e RF 359/236). No mesmo sentido: (RSTJ 145/479; STJ – 1ª Turma, Resp 7.143-0-ES, rel. Min. César Rocha, j. 16.6.93, v.u, DJU 16.8.93, p. 15.955).

Ressalta-se que a relação jurídica estabelecida entre as partes sofre a incidência do Código de Defesa do Consumidor (Súmula 297, do Colendo Superior Tribunal de Justiça).

Com relação à repetição do indébito, a devolução deve ser ajustada à tese fixada pelo C. STJ no julgamento do EAREsp nº 676.608/RS (Tema Repetitivo nº 929/STJ):

> *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. (...) A modulação incide unicamente em relação às cobranças indevidas em contratos de consumo que não envolvam prestação de serviços públicos pelo Estado ou por concessionárias, as quais apenas serão atingidas pelo novo entendimento quando pagas após a data da publicação do acórdão. (EAREsp nº 676.608/RS, relator Ministro Og Fernandes, Corte Especial, julgado em 21/10/2020, DJe de 30/3/2021).*

Na espécie, o contrato foi firmado em 07 de maio de 2020. (fls. 135). Em observância à parcial modulação temporal dos efeitos, a restituição deve ser de forma simples até 30/03/2021 e, após tal data, em dobro. Logo, não carece de reparos o r. *decisum* neste aspecto.

Insta salientar que, albergada a relação pelas normas consumeristas, deve ser reconhecida a incidência do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, que enuncia: *"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".*

Acesso ao Sumário

Aplicando-se a responsabilidade objetiva é da casa bancária o ônus de comprovar a ausência de falha na prestação do serviço ao consumidor ou a culpa exclusiva da vítima ou de terceiros (artigos 6º e 14, § 3º, II do Código de Defesa do Consumidor), tendo a instituição financeira claudicado em tal mister.

Na hipótese, resta caracterizado o fortuito interno, devendo ser observada a súmula 479 do C. 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."

Destarte, presente o dano moral *in re ipsa*, em virtude da falha na prestação do serviço, desguarnecido da segurança que o consumidor espera e assim é devida a indenização pelo dano moral, bem como a restituição dos valores descontados indevidamente.

Os descontos efetuados em benefício previdenciário, verba de caráter alimentar extrapolam o mero aborrecimento, violando a integridade psicológica e, impondo inquestionável desgaste ao consumidor.

Neste sentido:

DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA C.C. REPETIÇÃO DE INDÉBITO E INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. Parcial procedência. Apelo da ré. Contratação de empréstimo mediante fraude. Assinatura constante no contrato apresentado pelo requerido impugnado pelo autor. Perícia comprovou a falsidade. Falha na prestação dos serviços reconhecida. Nulidade do contrato. Dano moral 'in re ipsa'. Responsabilidade objetiva. Risco do negócio. Indenização majorada para R$ 10.000,00. RECURSO DA RÉ DESPROVIDO E PARCIALMENTE PROVIDO O DO AUTOR. (TJSP; Apelação Cível 1000215-22.2020.8.26.0498; Relator (a): Paulo Alcides; Órgão Julgador: 21ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ribeirão Bonito – Vara Única; Data do Julgamento: 12/12/2022; Data de Registro: 12/12/2022)

A indenização por dano moral foi arbitrada em R$ 3.000,00, sendo que a autora busca sua majoração e o banco sua redução.

Para elucidar a questão quanto ao valor fixado a título de indenização por danos morais se traz à baila os ensinamentos de Antonio Jeová dos Santos:

"O problema da avaliação da quantia do ressarcimento constitui uma dificuldade comum e geral do dano moral; também se requerem soluções comuns e gerais no que concerne, ao menos, ao esqueleto primário do assunto. Não pode nem deve pretender-se uma concepção matemática totalizadora da questão, o que, além de impossível, prenderia a Justiça em prol de uma cega e inamovível segurança; porém, tampouco a fluidez e arbítrio irrestritos, que significaria uma completa liberdade para fazer justiça, porém a liberdade do

Acesso ao Sumário

náufrago".

"Por isso, na motivação da sentença, deve especificar claramente quais foram as pautas tomadas em conta para chegar ao montante determinado, as provas que se ponderaram e os precedentes jurisprudenciais, sobre os quais o juiz adaptou a solução ao caso concreto" (Dano moral indenizável, 2ª edição, p. 165/167).

Portanto, em razão da eclosão do evento sopesando-se os fatos e sabendo-se que a compensação moral é antes de uma obrigação de pagar, uma sanção, a condenação no valor de R$ 3.000,00 (três mil reais) se mostrou inadequada, porquanto seu valor é irrisório, sem o condão de reprimir novas atitudes neste sentido.

Reputa-se suficiente para indenizar o dano moral experimentado o valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), pois *"a reparação pecuniária não pode ser fonte de enriquecimento e tampouco inexpressiva"*. (RT 742/320).

Por derradeiro, levando-se em conta a complexidade da causa, o grau de zelo do profissional, local da prestação e tempo exigido para o serviço, e invocando-se, ainda, o art. 85, § 2º, do CPC, mostra-se suficiente o pagamento de honorários advocatícios arbitrados em 20% sobre o valor da condenação, reajustados a partir da publicação do v. acórdão pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Desta forma é reformada em parte a r. sentença para: i) majorar o montante da indenização pelo dano moral para R$ 10.000,00, atualizados conforme determinado na r. sentença e ii) elevar a verba honorária a 20% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, § 2º do CPC, reajustados a partir da publicação do v. acórdão pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Ficam as partes advertidas de que a oposição de embargos de declaração protelatórios ensejará a aplicação da penalidade prevista no art. 1.026, § 2º do CPC. Consideram-se prequestionados todos os artigos de lei e as teses deduzidas pelas partes neste recurso.

Isto posto, dá-se provimento ao recurso da autora e nega-se ao do banco.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1065916-20.2017.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante BANCO DAYCOVAL S/A, é apelado EDIMILSON BISPO DAMASCENO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça

Acesso ao Sumário

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 38.263)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO RANGEL DESINANO (Presidente) e MARCO FÁBIO MORSELLO.

São Paulo, 15 de junho de 2023.

MARINO NETO, Relator

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÍVIDA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA – APELAÇÃO DO RÉU

– Alegação de descontos indevidos no benefício previdenciário do autor – Responsabilidade objetiva – Cabe ao banco a prova da regularidade das transações – Inteligência do art. 6º, inc. VIII, do CDC – Precedente do STJ – Laudo pericial que concluiu que as assinaturas apostas nos contratos discutidos nos autos não foram efetuadas pelo autor – Portabilidade ao banco réu sem autorização contratual – Sentença que julgou parcialmente procedente a ação para declarar inexistentes os débitos oriundos dos empréstimos fraudulentos, determinar a restituição dos valores indevidamente descontados e condenar o réu ao pagamento de indenização por danos morais – Sentença mantida.

– Indenização por danos morais – Sentença que condenou o réu ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 52.250,00 – Insurgência do réu – Cabimento – Montante indenizatório reduzido para R$ 10.000,00 em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade – Sentença reformada.

– Juros moratórios – Sentença que fixou a sua incidência a partir da citação – Alteração de ofício para a partir do evento danoso – Inteligência do art. 398 do CC e da Súmula 54 do STJ.

– Compensação de valores – Ainda que tenha sido objeto de fraude as contratação, beneficiou-se o autor, não podendo esquivar-se do pagamento dos valo-

Acesso ao Sumário

res contratados, que poderão ser compensados com o quantum a ser restituído e/ou indenizado – Sentença reformada.

Recurso provido em parte.

VOTO

Trata-se de apelação de sentença (fls. 213/217) que julgou parcialmente procedente a *"ação declaratória de inexigibilidade de dívida c/c indenização por danos morais"*[1] ajuizada por **Edmilson Bispo Damasceno** em face de **Banco Daycoval S/A**, para i) declarar inexistentes os débitos oriundos dos empréstimos fraudulentos, os quais devem ser baixados; ii) condenar o réu a restituir todos os valores descontados do autor que excederem o contrato firmado com o Banco Santander, no valor de R$ 17.946,44, com correção monetária e juros de mora desde cada desconto; iii) condenar o réu, ainda, ao pagamento de indenização por danos morais, no importe de R$ 52.250,00, corrigido monetariamente e acrescido de juros desde esta data.

Condenado o réu ao pagamento das custas, despesas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação.

O pedido reconvencional foi rejeitado e o reconvinte foi condenado ao pagamento das custas, despesas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atribuído à causa na inicial.

Narra o autor, na petição inicial, que recebe benefício previdenciário do INSS e firmou contrato de empréstimo consignado junto ao Banco Santander em 22.08.2012, no valor de R$ 17.946,44 (dezessete mil, novecentos e quarenta e seis reais e quarenta e quatro centavos), a ser pago em 60 (sessenta) parcelas de R$ 540,00 (quinhentos e quarenta reais) com início em 07.09.2012 e término em 07.09.2017.

Afirma que, no mês de outubro de 2017, novamente a parcela foi descontada e, ao questionar o Banco Santander sobre o ocorrido, o autor foi informado que a dívida tinha sido comprada pelo banco réu em fevereiro de 2014. Em seguida, o autor foi surpreendido com a informação de que, sem autorização, foram realizados dois refinanciamentos da dívida.

Requer seja julgada procedente a ação a fim de: i) declarar a nulidade dos contratos números 51-2251869/14 e 55-2894015/14, realizados de forma fraudulenta, com a devolução dos valores descontados indevidamente do benefício previdenciário do autor; e ii) condenar o réu ao pagamento de indenização por danos morais.

Citado, o réu contestou a ação alegando, em síntese, a regularidade das

Acesso ao Sumário

1 Valor da causa: R$ 1.000,00, em novembro de 2017. Sentença disponibilizada no DJE de 03.08.2021.

contratações. Afirma que: i) *"o contrato nº 51-2251869/14 foi formalizado em 28/02/2014, sendo o valor emprestado pago da seguinte forma: a quantia de R$ 2.725,61 (dois mil setecentos e vinte e cinco reais e sessenta e um centavos) através de TED diretamente em conta corrente da parte autora e a quantia de R$ 14.832,51 (quatorze mil oitocentos e trinta e dois reais e cinquenta e um centavos) utilizada para quitação de dívida anterior da parte autora com outra instituição financeira, qual seja, o Banco Santander; e ii) "o contrato nº 55-2894015/14 foi formalizado em 31/10/2014, sendo o valor emprestado pago da seguinte forma: a quantia de R$ 2.209,34 (dois mil duzentos e nove reais e trinta e quatro centavos) através de TED diretamente em conta corrente da parte autora e a quantia de R$ 16.883,40 (dezesseis mil oitocentos e oitenta e três reais e quarenta centavos) utilizada para quitação de dívida anterior da parte autora com esta instituição financeira (51-2251869/14)"*. Pede a improcedência da ação.

O réu apresentou pedido reconvencional e requereu a condenação do autor a devolver todos os valores recebidos decorrentes dos empréstimos celebrados.

Laudo pericial às fls. 153/191.

Sobreveio a sentença de parcial procedência da ação.

Recorre o réu buscando a reforma da decisão para que seja julgada improcedente a ação. Alternativamente, pede a redução do montante indenizatório e a compensação entre os valores disponibilizados na conta bancária do autor com o *quantum* a ser restituído ou indenizado.

É o relatório.

Cuida-se de responsabilidade objetiva imposta aos estabelecimentos bancários em casos como o presente, de sorte que incumbia ao réu demonstrar a regularidade da transação.

Isso porque, aplicam-se as disposições do Código de Defesa do Consumidor, de acordo com a Súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça. Assim, a prova da regularidade da operação deveria ter sido produzida pelo banco, fornecedor dos serviços, conforme dispõe o artigo 6°, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, até porque é impossível a produção de prova negativa.

Registre-se que o laudo pericial de fls. 153/191 concluiu que: *"As análises revelaram que as assinaturas questionadas em nome de Edimilson Bispo Damasceno, lançadas nos documentos Cédula de Crédito Bancário nº 51-2251869/14; Autorização para Pagamento de Empréstimo Consignado; Cédula de Crédito Bancário nº 55-2894015/14 e Autorização para Pagamento de Empréstimo Consignado – fls. 79/86, quando comparadas com os padrões naturais e fornecidos pelo mesmo (Edimilson Bispo Damasceno), NÃO possuem indícios de terem sido produzidas pelo seu punho escritor; assim, não se tratam de as-*

sinaturas autênticas".

Vale destacar que, nestes casos, é perfeitamente cabível a condenação do banco réu ao pagamento de indenização por dano moral, pois presentes todos os pressupostos, quais sejam, o ato ilícito culposo do réu, o dano moral e o nexo causal entre ambos.

Assim também restou decidido por esta Colenda 11ª Câmara de Direito Privado, em caso semelhante ao dos autos, conforme decisão proferida na Apelação nº 0034283-56.2011.8.26.0554, Rel. Gilberto dos Santos, J. 27/10/2012, *in verbis*:

> "CONTRATO BANCÁRIO. Conta corrente. Saques fraudulentos. Responsabilidade objetiva reconhecida. Obrigação do banco de restituir os valores indevidamente sacados ou debitados na conta. Danos morais. Ocorrência em face da angústia gerada com a subtração dos recursos. Valor que deve ser fixado com razoabilidade. Recurso parcialmente provido."

Em atendimento aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, com o intuito de cumprir com os propósitos de reparação, punição e desestímulo à prática de novos atos ilícitos, sem gerar enriquecimento ilícito do autor, a verba indenizatória, a título de dano moral deve ser reduzida para dez mil reais (R$ 10.000,00).

Faz-se necessária pequena correção, de ofício, na r. sentença, para constar que os juros de mora de 1% ao mês devem incidir a partir do **evento danoso**, por se tratar de responsabilidade civil extracontratual, nos termos do artigo 398 do Código Civil e da Súmula 54 do STJ.

Por fim, o pedido de compensação de valores merece guarida.

Em réplica, o autor se manifestou nos seguintes termos: *"Resta inconteste que o mesmo foi vítima de fraude. No entanto, tendo em vista que o reconvindo não reconhece os contratos, obviamente não se recorda dos valores que o banco afirma ter sido creditado na sua conta. Porém, caso isso tenha ocorrido, após confirmação pelo Juízo através de oficio ao banco e seja julgada procedente o processo principal, para que seja considerado válido apenas o contrato do Santander, o reconvindo não se opõe a devolução do valor cobrado desde que seja descontado o valor debitado indevidamente em sua conta".*

Anote-se a ausência de qualquer negativa do autor quanto à titularidade da conta na qual depositadas as quantias dos dois contratos de empréstimos que questiona.

Ainda que tenha sido objeto de fraude a contratação, beneficiou-se o autor, não podendo esquivar-se do pagamento do valor contratado.

Neste passo, eventual valor disponibilizado pela instituição financeira na conta bancária do autor poderá ser compensado com o *quantum* a ser restituído ou indenizado, para que haja o retorno das partes ao estado anterior à contrata-

Acesso ao Sumário

ção.

Posto isso, **dá-se parcial** provimento ao recurso do réu, nos termos explicitados.

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Embargos de Declaração Cível nº 2005729-70.2023.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que são embargantes ADM. COMÉRCIO DE ROUPAS LTDA, AMD COMÉRCIO DE ROUPAS LTDA, APJM PARTICIPAÇÕES S.A., SPA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS SPE LTDA., COLOMBO FRANCHISING EIRELI, Q1 SERVIÇOS E RECEBIMENTOS LTDA, Q1 COMERCIAL DE ROUPAS S. A, HAP PARTICIPAÇÕES LTDA, Q1 COMERCIAL DE ROUPAS DA AMAZÔNIA LTDA. e A3M4P PARTICIPAÇÕES LTDA, são embargados PALHANO FOMENTO COMERCIAL LTDA e BRISOLLA PARTICIPAÇÕES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram os embargos. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.706)**

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

São Paulo, 19 de junho de 2023.

WALTER BARONE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. V. Acórdão que, por votação unânime, deu provimento ao recurso de Agravo de Instrumento. Irresignação da parte agravada. Descabimento. Omissão inocorrente. Questões relevantes devidamente analisadas pela Turma Julgadora no r. 'decisum' embargado. Inequívoco caráter infringente. Via eleita inadequada para a alteração do julgado. Impertinência do prequestionamento. Embargos rejeitados.

VOTO

Trata-se de embargos de declaração opostos contra o V. Acórdão de fls.364/370 que, por votação unânime, deu provimento ao recurso de Agravo de Instrumento.

A parte agravada, ora embargante, inconformada com o resultado do julgado, sustenta que o *decisum* restou omisso, uma vez que não considerou que a agravante jamais apresentou qualquer elemento capaz de caracterizar e atender os requisitos do artigo 50 do Código Civil. Prequestiona, por fim, a matéria.

Recurso tempestivo.

É o relatório.

Os embargos de declaração destinam-se a desfazer obscuridade, a afastar contradições, a suprimir omissões e a sanar erro material, que eventualmente o 'decisum' proferido possa registrar, e nenhuma destas hipóteses se verifica nos autos, na medida em que o julgado apreciou todos os pontos deduzidos no recurso.

Sobre o tema, cumpre colacionar os ensinamentos da doutrina:

"Os casos previstos para manifestação dos embargos declaratórios são *específicos*, de modo que somente são admissíveis quando se apontar a existência de erro material, obscuridade, contradição ou omissão em questão (ponto controvertido) sobre a qual deveria o juiz ou o tribunal pronunciar-se necessariamente. Os embargos de declaração são, por isso, espécie de recurso de *fundamentação vinculada*." **(DIDIER JR., Fredie – Curso de Direito Processual Civil: O processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal – 13ª ed. reform. – Salvador: Ed. JusPodivm – 2016 – pág.248**

Não se vislumbra no V. Acórdão embargado qualquer omissão a ser declarada, na medida em que a omissão consiste na ausência de análise de questão de fato ou de direito relevantes para o julgamento da demanda

Nesse sentido, os ensinamentos do professor ARRUDA ALVIM:

"A omissão, explica Barbosa Moreira, passível de embargos de declaração, refere-se **às questões de fato e de direito relevantes para o julgamento que não tenham sido apreciadas pelo magistrado, sejam aquelas suscitadas pelas partes ou examináveis de ofício.**" **(EDUARDO ARRUDA ALVIM – Direito Processual Civil – 2ªed. reform., atual. e ampl. – São Paulo: Editora RT, 2008 – p. 831 – realces não originais).**

O V. Acórdão expôs devidamente os motivos pelos quais considerou cabível o acolhimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica na hipótese dos autos – consignando que *"Os fatos narrados nos autos configuram a realização de atos com desvio de finalidade em relação ao patrimônio das diversas empresas do reconhecido grupo econômico, com intuito de fraudar*

Acesso ao Sumário

credores. Evidente, ademais, o estado de insolvência da executada, haja vista as tentativas frustradas de localização de bens passíveis de penhora. Com esse quadro fático, presente prova concreta de que os sócios se utilizaram da empresa executada como meio para abuso de direito, desvio de finalidade e/ou fraude, requisitos necessários para autorizar a pleiteada desconsideração." (fls.369) – não comportando alteração ou integração.

Note-se, aliás, que o *decisum* está em sintonia com a jurisprudência deste E. Tribunal em caso análogo envolvendo a mesma parte embargante, conforme o julgado colacionado às fls. 369.

Na verdade, os presentes embargos de declaração possuem inequívoco caráter infringente, não sendo, porém, o meio processual hábil à pretendida reforma do julgado.

Por fim, impertinente o prequestionamento formulado, posto não ter se verificado, 'in casu', nenhuma negativa de vigência de lei federal ou decisão contrária à Constituição.

Assim já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> "Não viola o art. 535 do Código de Processo Civil o Acórdão que decide a questão por inteiro, sendo desnecessário que o Tribunal desafie todos os dispositivos legais e constitucionais desejados pelo recorrente" **(Resp. nº 286.176-0-SP, Terceira Turma, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, j. 18/10/2001, BSTJ 01/2002, Pág. 37 e RSTJ 170/306).**

Ante o exposto, pelo meu voto, **REJEITAM-SE** os embargos de declaração.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Ações Rescisórias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2246192-46.2018.8.26.0000, da Comarca de Rosana, em que são autores PERCILIO RIBEIRO DA SILVA e ELISABETH CARDOSO DOS SANTOS, é réu ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Grupo Especial de Câmaras de Direito Ambiental do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Determinaram a correção do julgado, para que seja observada a orientação do C. Superior Tribunal de Justiça proferida no Recurso Especial nº 1877883/SP, nos termos do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.488)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO (Presidente sem voto), MIGUEL PETRONI NETO, NOGUEIRA DIEFENTHALER, MARCELO BERTHE, TORRES DE CARVALHO, ROBERTO MAIA e ISABEL COGAN.

São Paulo, 8 de maio de 2023.

LUIS FERNANDO NISHI, Relator

Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA – JUÍZO DE RETRATAÇÃO – APLICAÇÃO DO ART. 1.030, II, DO CPC/2015 – Adequação do julgado ao quanto decidido pelo C. Superior Tribunal de Justiça – Honorários arbitrados pelo v. Acórdão por apreciação equitativa – Descabimento – Aplicação do REsp nº 1877883/SP **– Reexame da matéria pela Turma Julgadora – Arbitramento das verbas sucumbenciais em percentual sobre o valor da causa – Reapreciação do recurso originário, com retratação do julgado e adequação do Acórdão ao entendimento do STJ, para determinar a aplicação do entendimento consolidado no Recurso Especial 1877883/SP.**

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

I – Trata-se de ação rescisória movida por **PERCILIO RIBEIRO DA SILVA** contra **ESTADO DE SÃO PAULO**, pretendendo a rescisão do Acórdão que, nos autos de Ação anulatória 0002580-59.2013.8.26.0515, manteve a improcedência do pedido de anulação de autos de infração ambiental.

Sobreveio o **v. Acórdão de fls. 850/855**, com embargos de declaração rejeitados a **fls. 945/948** e **978/980** que, por unanimidade, indeferiu a petição inicial e julgou extinto o processo, condenando a parte autora ao pagamento de honorários em favor do patrono do réu, arbitrados por apreciação equitativa em R$1.000,00.

As partes interpuseram **recursos especiais** (fls. 890/903 e fls. 951/963) que, inadmitidos, culminaram na interposição de Agravos (fls. 1012/1017 e fls. 1020/1037).

O Estado de São Paulo teve seu agravo provido pelo **v. Acórdão de fls. 1068/1069**, no qual o C. STJ determinou o retorno dos autos a este órgão julgador para que proceda à fixação da verba honorária em conformidade com o entendimento consolidado no julgamento dos Recursos Especiais 1906623/SP e 1906618/SP, em regime de recursos repetitivos, tema 1.076, oportunidade em que se entendeu pela impossibilidade de fixação de honorários advocatícios por apreciação equitativa quando a base de cálculo for elevada.

Impõe-se, assim, a reapreciação do julgado, nos termos do artigo 543-C, §7º, inciso II, do CPC/1973 (art. 1.030, inciso II, do CPC/2015).

É o relatório, passo ao voto.

Esta C. Turma Julgadora, no julgamento da ação rescisória, indeferiu a petição inicial e arbitrou honorários em favor do réu por apreciação equitativa.

Nos autos do **Recurso Especial nº 1877883/SP**, **Relator** o D. Ministro Og Fernandes, pelo V. Acórdão publicado em 31.05.2022, foi fixada, em regime de recursos repetitivos, a seguinte tese a respeito do arbitramento de honorários sucumbenciais:

> ***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 art. 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.***

Necessário, portanto, em juízo de retratação, proceder ao novo arbitramento da verba honorária sucumbencial, nos moldes determinados pela tese

acima consolidada.

No caso, trata-se de ação rescisória de julgado proferido em ação anulatória de auto de infração ambiental, na qual também pretende o autor a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais, materiais e lucros cessantes, que correspondem ao benefício econômico, por ele indicado, da ordem de R$69.799,10, sendo este o valor dado à causa na petição inicial e que deve, portanto, servir de base de cálculo da verba honorária.

Assim, considerando o trabalho realizado pelo advogado, o tempo exigido para o seu serviço, a natureza e a importância da causa, e já considerado o trabalho adicional desenvolvido em sede recursal, arbitro a verba honorária em 11% sobre o valor atualizado da causa.

Ante o exposto, e pelo meu voto, em juízo de retratação, nos termos do artigo 1.030, inciso II, do Código de Processo Civil, **determino a correção do julgado, para que seja observada a orientação do C. Superior Tribunal de Justiça proferida no Recurso Especial nº 1877883/SP, nos termos acima alinhavados.**

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2068612-53.2023.8.26.0000, da Comarca de Paulínia, em que são agravantes ELZA TIZIANI NUCCI, IRINEU NUCCI FILHO, DARCILENE MEDRADO DE SOUSA NUCCI, FABIO SALLASAR NUCCI, FERNANDO SALLASAR NUCCI e MICHELE HARUMI WATANABE NUCCI, é agravado CONCESSIONÁRIA ROTA DAS BANDEIRAS S/A.

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 47.315)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente) e MARIA OLÍVIA ALVES.

São Paulo, 15 de maio de 2023.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: IMISSÃO NA POSSE

Desapropriação. Depósito inicial do valor apurado em trabalho técnico provisório sem considerar a alteração da área a ser desapropriada. Razoável completar a avaliação prévia para incluir a área posteriormente acrescentada. Possível condicionar a imissão na posse à avaliação prévia (Sumula nº 30 do TJ/SP). Necessária prévia e justa indenização, ainda que calcada em laudo provisório.

Recurso provido.

VOTO

1. Trata-se de **agravo de instrumento** de interlocutória (fls. 15) deferindo imissão provisória na posse em ação de desapropriação para implantação das vias marginais norte e sul nos trechos entre os km 114+000m e 121+120m da Rodovia Professor Zeferino Vaz (SP-332) nos municípios de Campinas e Paulínia (fls. 38/44).

Sustentaram, em resumo, estar equivocada a decisão. Não comprovada urgência ou perigo de demora. Valor depositado é incerto e coincide com o apurado por perito destituído por incompetência técnica. Prudente aguardar nova avaliação. Valor não abrange a área posteriormente incluída na expropriação. Expropriante aceitou tacitamente os valores apresentados ao não se manifestar oportunamente. Necessário depósito do valor integral apurado em perícia válida. Daí o efeito suspensivo e reforma (fls. 01/14).

Concedido o efeito pretendido (fls. 99/100) respondeu-se (fls. 104/113), com documentos (fls. 114/249).

É o relatório.

2. Fundada a pretensão recursal.

Em expropriatória para implantação das vias marginais norte e sul nos trechos entre os km 114+000m e 121+120m da Rodovia Professor Zeferino Vaz (SP-332) nos municípios de Campinas e Paulínia (fls. 38/44), o MM. Juiz a quo, diante do depósito do valor integral apurado no laudo preliminar, deferiu a imissão provisória na posse.

Com o seguinte teor a r. decisão impugnada:

"I. Fls. 508/510: Nas desapropriações por interesse público, é possível a emenda da petição inicial mesmo após a citação do requerido e sem a sua anuência para o fim de ajustar o seu objeto, modificando a área poligonal a ser desapropriada, notadamente por não haver nenhum prejuízo às partes, primando pela aplicação dos princípios da suprema-

Acesso ao Sumário

cia do interesse público, da instrumentalidade do processo, da menor onerosidade e da economia processual."

"Anote-se e observe-se, corrigindo-se o valor atribuído à causa."
"Intime-se o senhor perito, com urgência, para a devida adequação do laudo apresentado."

"II. Diante da notícia de depósito do montante integral apontado no laudo de avaliação prévia, defiro a imissão na posse do imóvel expropriado pela expropriante."

"Expeça-se o necessário."

"III. Prossiga-se na decisão de fls. 496/497."

"Intime-se." (fl. 15).

Daí o inconformismo dos expropriados.

Com razão.

Como já adiantado, consta do pleito inicial a expropriação de uma área de **994,47 m²** (fl. 40), com a oferta do valor de **R$ 614.603,46** (fl. 43). Realizada perícia técnica provisória, o ***expert*** nomeado pelo Juízo apurou o valor de **R$ 777.228,22** (fls. 57/80).

Contudo, expropriante após revisar seu projeto, apurou a necessidade de aumentar a área a ser desapropriada totalizando, assim, **1.032,62 m²**, ofertando para tanto, o valor de **R$ 628.464,87** (fls. 508/510 do principal), apurado por Perito particular (fls. 611/649 do principal).

Inobstante, a fim de viabilizar a imissão na posse, depositou o valor de **R$ 777.228,22** apurado no trabalho técnico oficial (fl. 74).

Pois bem.

Como é sabido, aferida a urgência e efetuado o depósito do valor apurado em perícia provisória, **viável** a imissão, conforme dispõe o **art. 15** do **Decreto -lei nº 3.365/1941.**

Todavia, a avaliação oficial **não** compreendeu a totalidade da área a ser expropriada, considerando o acréscimo requerido e deferido na emenda à inicial.

Assim, razoável se afigura avaliar, ainda que provisoriamente, a área total **objeto da desapropriação**, para, após o depósito do valor total apurado, se o caso, viabilizar a imissão provisória na posse.

Em nome inclusive do **princípio da moralidade administrativa**, a **avaliação provisória** é medida que se justifica e se impõe. Providência viabiliza, de outra parte, documentar real situação do imóvel e eventuais benfeitorias, fornecendo melhores elementos para se fixar a indenização.

Consagrado o **princípio da justa** e **prévia indenização** para os casos de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social (art. 5º, XXIV, da CF).

Acesso ao Sumário

Segura orientação jurisprudencial da **Colenda Seção de Direito Público deste Egrégio Tribunal de Justiça**, como decorre do **Enunciado nº 06 – CADIP** ("*Cabível sempre avaliação judicial prévia para imissão na posse nas desapropriações*", aprovado em 12.11.08 e publicado no DOE de 06.07.09) e, convertido em Súmula deste **Eg. Tribunal de Justiça** (**Súmula nº 30**, DOE de 07.12.10 – fls. 105).

Não se nega que o contraditório deve ser formado posteriormente, com a vinda do laudo definitivo, ocorre que há **inequívoco** perigo de perecimento da prova com eventual imissão na posse.

Daí, à luz dos elementos existentes, a necessidade de **condicionar** imissão na posse a eventual depósito complementar do valor a ser apurado quanto ao acréscimo referido.

Mais não é preciso acrescentar.

3. Dou provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2108409-36.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes TECNOCOMERCIAL ENGEX LTDA. e MAÇAHICO TISAKA, é agravado FUNDAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO - FDE.

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 ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.180)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANA LIARTE (Presidente sem voto), RICARDO FEITOSA e OSVALDO MAGALHÃES.

São Paulo, 2 de junho de 2023.

FERREIRA RODRIGUES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Decisão que deferiu a desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada. Pretensão de reforma. Admissibilidade. Decisão agravada que deferiu a medida com base exclusivamente no resultado negativo das diligências realizadas para encontrar bens penhoráveis, ou seja, considerou que esse fato (a inexistência de bens), por si só, autoriza a presunção de que

houve confusão patrimonial ou de que a empresa foi utilizada com o propósito de lesar credores e para prática de atos ilícitos. Solução, entretanto, incompatível com a regra do artigo 50 do Código Civil. Conforme jurisprudência do STJ, "a inexistência ou não localização de bens da pessoa jurídica não é condição para a instauração do procedimento que objetiva a desconsideração, por não ser sequer requisito para aquela declaração, já que imprescindível a demonstração específica da prática objetiva de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial" (Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.812.292/RO, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 18/05/2020). Recurso provido.

VOTO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por TECNOCOMERCIAL ENGEX LTDA. e MAÇAHICO TISAKA contra decisão que, nos autos do incidente n. 0009400-49.2018.8.26.0053, instaurado por FUNDAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO, **desconsiderou a personalidade jurídica da empresa**, determinando a inclusão dos sócios no polo passivo da ação. Alegam que a medida é descabida, porque ausentes os requisitos exigidos pelo artigo 50 do Código Civil.

Contraminuta a fls. 45/52, defendendo a validade da decisão agravada.

É o relatório.

A questão deve ser examinada com enfoque na disposição do artigo 50 do Código Civil:

> Art. 50. Em caso de **abuso da personalidade jurídica**, caracterizado pelo **desvio de finalidade** ou pela **confusão patrimonial**, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica **beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.**
>
> § 1º. Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza.
>
> § 2º. **Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios**, caracterizada por:
>
> I - cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa;

Acesso ao Sumário

II - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e

III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.

Vê-se, daí, que a **desconsideração de personalidade jurídica**, longe de representar mera etapa do incidente de cumprimento de sentença, ou **faculdade do credor**, em caso de não localização de bens penhoráveis, **constitui medida excepcional** que só pode ser deferida em casos específicos envolvendo **abuso da personalidade jurídica**, o que, entretanto, não está caracterizado no presente caso.

Na verdade, a decisão agravada (transcrita a fls. 16/22) **desconsiderou a personalidade jurídica da empresa executada**, com base **exclusivamente** no resultado negativo das diligências realizadas para encontrar **bens penhoráveis**, ou seja, considerou que esse fato (a inexistência de bens), por si só, **autoriza a presunção de que houve confusão patrimonial** ou de que **a empresa foi utilizada com o propósito de lesar credores e para prática de atos ilícitos**.

Tal solução, entretanto, é incompatível com a regra do aludido artigo 50 do Código Civil, que prevê a medida somente quando houver demonstração de fraude para lesar credores, conforme tem decidido este E. Tribunal de Justiça em casos semelhantes:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. Desconsideração da personalidade jurídica. Associação dos Renais Crônicos de Várzea Paulista. Rejeição. Requisitos do art. 50 do Código Civil não comprovados. O encerramento irregular e a inexistência de bens não justificam a adoção da medida Precedentes. Decisão mantida. Recurso desprovido" (Agravo de Instrumento n. 2089081-23.2023.8.26.0000, Rel. Desª Ana Liarte, 4ª Câmara de Direito Público, j. 12/05/2023).

"Agravo de instrumento. Cumprimento de sentença. Pretensão de desconsideração da personalidade jurídica da AMANDRA - Associação Mário de Andrade dos Artistas e Amigos do Coral Paulistano do Theatro Municipal de São Paulo. Desacolhimento. Encerramento irregular das atividades da empresa e o fato de ela não ter reservado patrimônio para saldar suas dívidas não constituem circunstâncias suficientes para autorizar a desconsideração da personalidade jurídica. Jurisprudência reiterada do STJ. Decisão mantida. Recurso desprovido" (Agravo de Instrumento 2234773-24.2021.8.26.0000, Rel. Des. Fernão Borba Franco, 7ª Câmara de Direito Público, j. 11/11/2021).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO em face de decisão que rejeitou o pedido de instauração de desconsideração de personalidade jurídica e determinou a liberação de veículo penhorado nos autos principais. Desconsideração de personalidade jurídica de associação. Penhora de veículo de propriedade do agravado, indicado como presidente da associação Medida excepcional, "ultima ratio", autorizada mediante elementos que evi-

Acesso ao Sumário

denciem o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial, em verdadeiro abuso da personalidade jurídica Elementos nos autos evidenciam mera insuficiência patrimonial da associação, sem prova inequívoca e robusta de abuso de personalidade jurídica, fraude e/ou confusão patrimonial, de modo a autorizar o direcionamento da execução ao patrimônio dos seus dirigentes, notadamente em se tratando de associação sem fins econômicos, cuja Diretoria Executiva e Conselheiros não percebem qualquer tipo de remuneração pelas atividades exercidas na associação. Decisão de 1º grau mantida. AGRAVO DESPROVIDO" (Agravo de Instrumento 3000651-49.2021.8.26.0000, Rel. Desª Isabel Cogan, 13ª Câmara de Direito Público, j. 28/05/2021).

Trata-se de posicionamento alinhado à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "**a desconsideração da personalidade jurídica é medida de caráter excepcional que somente pode ser decretada após a análise, no caso concreto, da existência de vícios que configurem abuso de direito, caracterizado por desvio de finalidade ou confusão patrimonial, requisitos que não se presumem em casos de dissolução irregular ou de insolvência**", ou seja, "**a inexistência ou não localização de bens da pessoa jurídica não é condição para a instauração do procedimento que objetiva a desconsideração, por não ser sequer requisito para aquela declaração, já que imprescindível a demonstração específica da prática objetiva de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial**" (Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.812.292/RO, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 18/05/2020).

Ante o exposto, **dou provimento ao recurso** para cassar a decisão agravada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2099746-35.2022.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é agravante MUNICÍPIO DE CAMPINAS, são agravados ASSOCIAÇÃO MÉDICA DA REGIÃO METROPOLITANA DE CAMPINAS, PAULO SÉRGIO ALESSI BUENO DE CAMPOS e MARIA ELISA BARBOSA BUENO DE CAMPOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, negaram provimento ao recurso, vencido o Relator sorteado, que declara.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.044)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OCTAVIO MA-

Acesso ao Sumário

CHADO DE BARROS, vencedor, JOÃO ALBERTO PEZARINI, vencido, OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente) e MÔNICA SERRANO.

São Paulo, 1º de junho de 2023.

OCTAVIO MACHADO DE BARROS, Relator Designado

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Execução Fiscal – Pedido de inclusão dos sócios no polo passivo – Encerramento irregular da sociedade não demonstrado – Devolução negativa da carta com aviso de recebimento "AR" que, por si só, não configura dissolução irregular da sociedade – Art. 135, do CTN – Citação por edital – Nulidade da citação ficta porque não esgotados os meios necessários à localização da executada – Decisão mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão que acolheu objeção prévia de executividade para excluir os antigos sócios do polo passivo da execução fiscal, bem como desbloquear os valores constritos via Sisbajud, sob o fundamento de que os excipientes não integram o quadro societário da empresa que está ativa e localizada em novo endereço.

A agravante alega, em síntese, a responsabilidade solidária dos antigos diretores que foram incluídos no polo passivo da ação, eis que houve encerramento irregular da pessoa jurídica, já que não exerce mais atividades no seu domicílio fiscal, sem que tenha comunicado ao fisco o encerramento das atividades, possibilitando a responsabilização dos sócios, nos termos do art. 135, do CTN, além de insistir na validade da citação editalícia, daí propugnando pela reforma da decisão. Recurso regularmente processado e respondido.

Relatado.

Acesso ao Sumário

O recurso não merece provimento porque a responsabilidade tributária, prevista no art. 135, III, do CTN, só pode ser atribuída no caso de dissolução irregular da sociedade ou se comprovada essa prática por parte dos sócios gerentes, de atos de gestão considerados abusivos, com violação da lei e do contrato.

Entretanto, nenhuma dessas hipóteses se observa no presente caso, pois o fato de a citação por AR não ter se efetivado não significa que a empresa tenha encerrado suas atividades de forma irregular. Ademais, cabe à exequente comprovar, estreme de dúvida, que a dissolução da empresa foi irregular, por meio de documentos ou da certidão do Oficial de Justiça, o que não é o caso dos autos.

Importante asseverar que o disposto Súmula 435, do STJ, deve ser soma-

do a, no mínimo, outro elemento fático que acene ao possível encerramento irregular da pessoa jurídica, já que, no caso, há apenas a devolução do "AR" com a anotação de "mudou-se", restando prematuro o redirecionamento da ação. E, nesse sentido, já decidiu este Tribunal em recurso envolvendo a Municipalidade de Várzea Paulista:

> *AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – Insurgência da Municipalidade exequente contra o indeferimento do pedido de redirecionamento da execução em face dos sócios da empresa executada – Descabimento – Ausência de elementos que indiquem eventual dissolução irregular da sociedade – Precipitação de redirecionamento da execução aos sócios constatada – Determinação de pesquisas por meio de sistemas integrados ao Poder Judiciário que se impõe – Decisão mantida – Recurso desprovido* (A.I. 2206379-12.2018.8.26.0000, 18ª Câm. de Dir. Público, Rel. Wandeley José Federigui, j. 24/10/2.018).
>
> *AGRAVO DE INSTRUMENTO – Execução Fiscal – Citação por edital – Não foram esgotadas as possibilidades de citação pessoal do executado – RECURSO PROVIDO.* (TJSP; Agravo de Instrumento 2188566-98.2020.8.26.0000; Relatora: MÔNICA SERRANO; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Foro de Osasco - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 14/12/2020; Data de Registro: 14/12/2020).

Por fim, a expedição de edital de citação somente se justifica em último caso, depois de frustradas todas as formas disponíveis e menos gravosas para localização do réu, por se tratar de modalidade presumida e, portanto, excepcional de chamamento, de maneira que os elementos trazidos são insuficientes para justificar a citação por edital, ressentindo-se de diligências a órgãos públicos para confirmar ou não o atual endereço da executada, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça no AgRg no AREsp 290.988/ES, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, j. 05/08/2014.

E, neste sentido:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO – Execução Fiscal – Citação por edital – Não foram esgotadas as possibilidades de citação pessoal do executado – RECURSO PROVIDO. (TJSP; Agravo de Instrumento 2188566-98.2020.8.26.0000; Relatora: MÔNICA SERRANO; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Foro de Osasco - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 14/12/2020; Data de Registro: 14/12/2020).

No caso, as tentativas de citação por carta com aviso de recebimento no endereço da pessoa jurídica indicado no cadastro de contribuinte são insuficientes à realização da citação ficta, porque não tentada a pesquisa de endereço através de ferramentas colocadas à disposição da exequente.

Daí porque, **nega-se provimento ao recurso.**

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 40.663)

Divirjo da maioria.

A controvérsia cinge-se ao reconhecimento da responsabilidade pessoal dos agravados Paulo Sérgio Alessi Bueno de Campos e Maria Elisa Barbosa Bueno de Campos, a fim de reinclusão no polo passivo da execução.

Com razão o Município.

Trata-se de execução fiscal ajuizada em face da Associação Médica da Região Metropolitana de Campinas para cobrança de ISS da competência de janeiro de 2006 a fevereiro de 2009 cobrados por meio do auto de infração n.º 001528/2009[1] (fls. 21).

Após decisão final do processo administrativo pela manutenção da autuação (fls. 52) foi ajuizada execução fiscal em 27/11/2012.

A primeira tentativa de citação no endereço cadastrado perante o Município foi infrutífera (certificado no aviso de recebimento que a associação "mudou-se" – fls. 58).

Seguiu-se citação por edital e apresentação de exceção de pré-executividade pela Defensoria Pública (fls. 64/70) que foi rejeitada, afastando tese da prescrição (fls. 79/80).

Houve tentativa negativa de penhora *on line* do patrimônio da executada, situação que fez com que a Fazenda diligenciasse sobre a situação da empresa perante a Receita Federal, descobrindo que se encontrava INAPTA, em 18/12/2018, em razão da "omissão de declarações" (CNPJ – fls. 93), quando foi requerida a inclusão dos sócios **Paulo** e **Maria Elisa**, no polo passivo da execução.

A inclusão foi deferida (fls. 100) com fundamento no disposto na Súmula 435 do STJ:

"Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competente, legitimado o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente."

Expedida carta de citação aos diretores, retornou positiva e foi requerida penhora *on line* de valores, além de pesquisa RenaJud (fls. 111/115).

A penhora via Sisbajud foi positiva, obtendo-se êxito na constrição total de R$ 498.132,03 (fls. 120/135).

Então, os agravados opuseram exceção de pré-excutividade alegando: (i) nulidade da citação por edital; (ii) ausência de reponsabilidade dos sócios, pois

Acesso ao Sumário

1 Autuação decorrente do recolhimento a menor de ISS na condição de responsável tributária pela administração de planos de saúde.

deixaram o quadro societário em 28/03/2018; (iii) situação ATIVA da sociedade atualmente e, (iv) suposto protocolo de "REFIS" junto ao Fisco Municipal (fls.173/176).

A exceção foi acolhida nos seguintes termos:

"Ante a documentação apresentada demonstrando que os excipientes não fazem mais parte do quadro societário da empresa, assim como que a empresa está ativa e localização em novo endereço, torno sem efeito a decisão de fls. 74, excluindo os excipientes do polo passivo da ação."

Ocorre que a decisão deveria ter enfocado o quadro societário no momento em que se caracterizou a infração, conforme previsto no art. 135, III, do CTN, e não o atual estado societário da associação.

À época das infrações os agravados eram diretores e respondiam pela executada, situação confirmada pelos próprios executados e confirmada pelo cadastro municipal. Tanto é assim que a CDA inclui os agravados como responsáveis pela executada (fls. 19).

Ademais, em dezembro de 2018 a situação cadastral no CNPJ era INAPTA.

Pontuo ainda que os agravados permaneceram na diretoria com mandato interino entre 31/03/2011 até 31/03/2017, considerando-se estendida a gestão da diretoria anterior, conforme Ata da Assembleia Geral Extraordinária de 28/03/2018 (fls. 152/171).

Na mesma ocasião os agravados retiraram-se da associação, houve eleição de uma nova diretoria e alterou-se o endereço da sede, que passou a ter domicílio na Rua Engenheiro Monlevade, 98, Vila São Jorge.

Destaca-se, ademais, como bem pontuado pelo Município que:

"(...) **frisa-se que a ata da assembleia geral de 28/03/2018 evidencia as infrações à lei praticadas durante a gestão dos agravados Paulo Sérgio Alessi Bueno de Campos e Maria Elisa Barbosa Bueno de Campos, no sentido de corroborar a incidência do art. 135, III, do CTN**. Isso porque a referida diretoria havia sido eleita, inicialmente, com mandato até 31/03/2011. Porém, houve a vacância do período de 31/03/2011 até 31/03/2017, sendo estendida a gestão dos referidos agravados.

Nota-se que a própria ata reconheceu, em 2018, que os agravados Paulo Sérgio Alessi Bueno de Campos e Maria Elisa Barbosa Bueno de Campos atuaram interinamente na gestão da pessoa jurídica de 31/03/2011 em diante. Assim, esse contexto evidencia que eles são responsáveis por todas as infrações praticadas, notadamente as que deram ensejo à posterior inaptidão do CNPJ perante a Receita Federal (ainda que se a data da situação cadastral seja de poucos meses adiante)." – grifei –

Acesso ao Sumário

Quanto ao alegado "REFIS" (fls.173/176), segundo esclarecido e comprovado pela |Fazenda após intimação nesta sede recursal (fls.349/351), trata- se de mero requerimento de transação tributária apresentada pelo contribuinte, já sob a nova diretoria da associação, e que até o momento não foi aceito.

Logo, ausentes as causas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário previstas no art. 151, do CTN.

Por fim, razão ainda assiste ao Município de Campinas quanto à legalidade da citação da Associação por edital.

Os agravados insistem na tese de que após a primeira tentativa frustrada por carta com aviso de recebimento deveriam ter sido esgotados os outros meios citatórios, a teor do enunciado da Súmula 414 e Tema 102 (REsp 1103050/BA), todos do STJ, antes de se efetivar a citação por edital.

Ocorre, como destacou a Fazenda Municipal, ainda que não tenham se esgotados os meios, as demais modalidades de citação estavam fadadas ao insucesso, como se pode concluir dos fatos que acabaram por ensejar a responsabilidade pessoal dos agravados, Paulo e Maria Elisa, pois: (i) a pessoa jurídica não foi localizada no endereço cadastrado, à Rua Marechal Carmona, 634, Vila São Jorge (fls. 58); (ii) o cadastro perante a Receita Federal constava como empresa INAPTA e (iii) houve vacância na diretoria e exercício interino dos agravados entre 2011 e 2017, tudo a corroborar a legalidade da citação, pois a possibilidade de localizar a empresa no endereço originário era mínima.

O STJ sob o rito dos recursos repetitivos julgou a matéria de direito dos Recursos Especiais 1645333/SP, 1643944/SP e 1645281/SP afetados nos termos do art. 1.036, *caput*, §1º, do Código de Processo Civil - Tema 981, quando ficou decidido que:

"O redirecionamento da Execução Fiscal, quando fundado na dissolução irregular da pessoa jurídica executada ou na presunção de sua ocorrência, pode ser autorizado contra o sócio ou o terceiro não sócio com poderes de administração na data em que configurada ou presumida a dissolução irregular, ainda que não tenha exercido poderes de gerência quando ocorrido o fato gerador do tributo não adimplido, conforme art. 135, III, do CTN".

Acesso ao Sumário

O art. 135 do CTN dispõe:

"Art. 135. **São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei**, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III **- os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de**

direito privado." – grifei –

De tudo quanto exposto, observa-se que o caso em questão adequa-se às disposições do art. 135, III do CTN, Súmula 435 e Tema 981, ambos do STJ, a permitir o direcionamento da execução fiscal aos sócios.

Nesse sentido, destaco, ainda, julgado do STJ:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 489 E

1.022 DO CPC. INOCORRÊNCIA. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. SÚMULA N. 435/STJ. REQUISITOS PARA O REDIRECIONAMENTO PREENCHIDOS. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DESNECESSIDADE. ACÓRDÃO EMBASADO EM PREMISSAS FÁTICAS. REVISÃO. SÚMULA N. 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO ENTRE OS JULGADOS CONFRONTADOS. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

I - (...).

II - A Corte de origem apreciou todas as questões relevantes apresentadas com fundamentos suficientes, mediante apreciação da disciplina normativa e cotejo ao posicionamento jurisprudencial aplicável à hipótese. Inexistência de omissão.

III - **Nos termos da Súmula n. 435/STJ: "Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos** órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente".

IV - É firme a orientação deste Superior Tribunal de que, na execução fiscal, a ocorrência de algumas das hipóteses descritas nos **arts. 134 e 135 do CTN autoriza o redirecionamento do processo executivo, sem a necessidade de instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica.**

V - In casu, rever o entendimento do Tribunal de origem, com o objetivo de acolher a pretensão recursal de reconhecer a inocorrência da dissolução irregular da empresa, bem como a necessidade da instauração do Incidente da Desconsideração da Personalidade Jurídica da sociedade empresária, demandaria necessário revolvimento de matéria fática, o que é inviável em sede de recurso especial, à luz do óbice contido na Súmula n. 7/STJ.

VI a VII (...).

Acesso ao Sumário

VIII - Agravo Interno improvido."[2]

Posto isso, pelo meu voto, dá-se provimento ao agravo para reincluir os sócios no polo passivo.

JOÃO ALBERTO PEZARINI, Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2051529-24.2023.8.26.0000, da Comarca de Valinhos, em que são agravantes VILA HÍPICA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA. e ELIZABETH CAVALCANTE SALLES, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO 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.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.164)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO DIP (Presidente) e AROLDO VIOTTI.

São Paulo, 6 de junho de 2023.

AFONSO FARO JR., Relator

Ementa: CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – EXECUÇÃO DE MULTA – Alegação de perda do direito de exigir multa prevista em termo de compromisso de ajustamento de conduta pelo seu não exercício no tempo – *Supressio* – Inércia do exequente não configurada – Decisão que acolheu parcialmente impugnação para reduzir o valor fixado Juízo de equidade realizado pelo juízo *a quo* – Inteligência do art. 413 do CC – Insurgência das agravantes – Descabimento – Decisão mantida.

NEGA-SE PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

VOTO

Vistos.

2 (AgInt no REsp n. 2.009.977/RJ, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 22/11/2022, DJe de 24/11/2022.).

Acesso ao Sumário

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por VILA HÍPICA EMPREENDIMENTOS PARTICIPAÇÕES LTDA. e ELIZABETH CAVALCANTE SALLES contra a r. decisão reproduzida às fls. 54/57, proferida nos autos originais de cumprimento de sentença sob o nº 0000904-78.2021.8.26.0650, que acolheu em parte a impugnação apresentada pelas executadas e reduziu em 50% o montante cobrado a título de multa, perfazendo quantia de R$ 737.500,00.

Pugnam as agravantes pela reforma da decisão e consequente acolhimento da impugnação ao cumprimento de sentença para reconhecer a inexigibilidade do título. Subsidiariamente, requerem a redução do valor exigido para R$ 1.947,00.

De início, as agravantes estabelecem que, de fato, por fatores externos, houve atraso no cumprimento das obrigações firmadas; as obras que não foram entregues no prazo se referiam à pequena parte das obrigações do compromisso; tratava-se de obras a serem realizadas em propriedades de terceiros; o *parquet* tinha conhecimento da impossibilidade do cumprimento da totalidade das obras; durante o acompanhamento das obras, o promotor de justiça não alertou as agravantes de que o descumprimento importaria em execução da multa; em que pese o exíguo descumprimento das executadas, a multa foi cobrada na integralidade, afrontando o princípio da razoabilidade; violação da legítima expectativa das agravantes (fls. 03).

Em síntese, sustentam, invocando o instituto da *supressio*, a perda do direito de exigir o título em razão de conduta omissiva do agravado, que causou legítima expectativa de que a multa não seria executada. Aduzem, ainda, que todas as obrigações pactuadas foram cumpridas, conforme documentalmente demonstrado. Por fim, alegam que a multa exigida afronta os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, pois, se considerado que as obrigações foram cumpridas, o valor executado é excessivo.

Preparo recolhido às fls. 270/271.

O pedido de efeito suspensivo em antecipação de tutela recursal foi indeferido às fls. 273/274.

Contrarrazões às fls. 278/284, pugnando pelo improvimento do recurso, ressalvando que houve a interposição de agravo de instrumento contra a mesma a decisão guerreada nestes autos.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo improvimento do recurso (fls. 300/301).

É uma síntese do necessário.

Verifica-se, no caso, que o TAC em questão foi firmado no bojo da ação civil pública nº 1000797-22.2018.8.26.0650, ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO em face do MUNICÍPIO DE VALINHOS e da VILA HÍPICA EM-

Acesso ao Sumário

PREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA., em março de 2018, visando à completa regularização do loteamento "Residencial Ecovilla Boa Vista", com realização de todas as obras devidas, sob pena de multa diária.

Colhe-se daqueles autos que VILA HÍPICA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA. e ELIZABETH CAVALCANTE SALLES firmaram termo de compromisso de ajustamento de conduta, em 19/04/18 (fls. 18/24), com MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. O acordo e o pedido de desistência em relação ao MUNICÍPIO DE VALINHOS foram homologados por sentença proferida em 06/11/18 a fls. 463.

Segundo VILA HÍPICA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA. e ELIZABETH CAVALCANTE SALLES, em reunião realizada no dia 18/07/19, o MINISTÉRIO PÚBLICO foi informado da impossibilidade de cumprimento da totalidade das obrigações assumidas por fatores alheios à vontade das compromissárias. Ressalta que, naquela oportunidade, o órgão de execução externou a hipótese de prorrogação do prazo, após alguns esclarecimentos a serem prestados pela SMA.

Asseveram, ainda, que durante o processo administrativo de acompanhamento, instaurado em 09/06/20, ou seja, quando o prazo avençado no TAC (31/07/19) já havia se esvaído, o MINISTÉRIO PÚBLICO, em nenhum momento, externou que executaria a multa fixada.

Em que pesem as alegações das agravantes, o recurso não comporta provimento.

A *supressio* é instituto com origem conhecida no direito alemão e sem previsão legal expressa no ordenamento jurídico pátrio, porém reconhecido e empregado pela jurisprudência. Tal instituto refere-se a um conceito parcelar da boa-fé objetiva, definido tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência como a perda de um direito ou de uma posição jurídica pelo seu não exercício no tempo, exemplificando como uma hipótese de *supressio* a previsão do art. 330 do CC[1] em que o pagamento feito reiteradamente em outro local presume renúncia tácita do credor quanto ao estabelecido no contrato. [2]

> "CIVIL. CONTRATOS. DÍVIDA DE VALOR. CORREÇÃO MONETÁRIA. OBRIGATORIEDADE. RECOMPOSIÇÃO DO PODER AQUISITIVO DA MOEDA. RENÚNCIA AO DIREITO. POSSIBILIDADE. COBRANÇA RETROATIVA APÓS A RECISÃO DO CONTRATO. NÃO CABIMENTO. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. TEORIA DOS ATOS PRÓPRIOS. SUPRESSIO. 1. Trata-se de situação na qual, mais do que simples renúncia do direito à correção monetária, a recorrente abdicou do reajuste para evitar a majoração da parcela mensal paga pela recorrida, assegurando, com isso, a manutenção do contrato. (...) **4.** O princípio da boa-fé

Acesso ao Sumário

1 CC, art.330: "O pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato."

2 TARTUCE, Flávio; Manual de Direito Civil – volume único, São Paulo, Método, 2019, pg. 551.

> objetiva exercer três funções: (i) instrumento hermenêutico; (ii) fonte de direitos e deveres jurídicos; e (iii) limite ao exercício de direitos subjetivos. A essa última função aplica-se a teoria do adimplemento substancial das obrigações e a teoria dos atos próprios, como meio de rever a amplitude e o alcance de deveres contratuais, daí derivando os seguintes institutos: tu toque, venerie contra facutm proprium, surrectio e supressio. **5. A supressio indica a possibilidade de redução do conteúdo obrigacional pela inércia qualificada de uma das partes, ao longo da execução do contrato, em que exercer direito ou faculdade, criando para a outra legítima expectativa de ter havido a renúncia àquela prerrogativa**. 6. Recurso especial a que se nega provimento" (STJ; REsp 1.202.514/RS; Relatora: Ministra Nancy Andrighi; Órgão julgador: 3ª Turma, Data do julgamento: 21/06/11; Data da publicação: 30/06/11)

Ao contrário do querem faz crer as agravantes, não houve violação de legítima expectativa por comportamento contraditório do agravado. Da análise dos autos da ação civil pública depreende-se que a instauração do procedimento administrativo de acompanhamento deu-se para acompanhar o cumprimento das obrigações avençadas e apurar as circunstâncias do alargamento do termo firmado, inclusive, consignando expressamente que ingressaria com cumprimento de sentença em autos apartados, caso apurado o descumprimento do compromisso.

> "Conforme informado na cota ministerial de fls. 552/553, o Ministério Público instaurou o Procedimento Administrativo de Acompanhamento (PAA) Nº 62.0466.000269-2020-3 (SEI 29.0001.0112376.2020-10) para apurar o cumprimento total ou parcial do TAC, sendo que, conforme último despacho proferido no expediente em questão (cópia em anexo), há diverso elementos que dependem de comprovação para que se entenda cumprido o TAC.
>
> (...)
>
> Caso o Ministério Público apure o descumprimento do TAC, ingressará com cumprimento de sentença em autos apartados, ou pedirá a este Juízo o reconhecimento do cumprimento integral do TAC." (fls. 570 – dos autos da ação civil publica 1000797-22.2018.8.26.0650)

Além disso, registrou-se na portaria de instauração do procedimento administrativo de acompanhamento que, após as diligências da peça inaugural, seriam feitas as deliberações cabíveis, caso aferida a mora das compromissárias. (fls. 03 – dos autos 0000904-78.2021.8.26.0650).

De toda sorte, embora as agravantes sustentem a ausência de advertência da cobrança multa pactuada, a cláusula penal foi expressamente aceita pelas partes no bojo de negócio jurídico ilibado de vícios do consentimento. Outrossim, poderiam socorrer-se do instituto da novação e não fizeram, conforme exposto na cláusula 9 do referido compromisso e previsto também em ato normativo que disciplina a celebração do ajustamento de conduta no âmbito do agravado.[3]

Acesso ao Sumário

3 Resolução n. 1.342/21 – CPJ.

> "9. O prazo referido na cláusula 8 poderá ser prorrogado ou ajustado em consenso com o COMPROMITENTE no caso de demonstração comprovada, tempestiva e antecedência, de obstáculos, embaraços ou qualquer conduta passível de ser atribuídas aos agentes públicos responsáveis pela emissão dos documentos públicos." (fls. 36 dos autos de cumprimento de sentença)

Nesta oportunidade, importante pontuar que as agravantes apenas informaram os embaraços ao órgão de execução no dia 18/07/19, ou seja, restando menos de 15 (quinze) dias para o termo final. Além de sequer solicitarem novo prazo ao agravado quando peticionaram nos autos da ação civil pública em 29/07/19.

Destarte não que se há falar em *supressio*, porquanto não se verifica inércia do exequente que tenha causado a perda do direito de exigir o título judicial.

De igual maneira, não encontra amparo o argumento de que a multa estipulada não é inexigível, pois cumpriram com todas as obrigações do aludido compromisso e de que a intempestividade se refere à exígua parcela das obrigações. Ora, se fosse assim, não haveria o porquê da estipulação de cláusula penal na espécie multa moratória, já que o devedor poderia, em tese, não cumprir a obrigação no prazo estipulado e após se evadir do adimplemento da multa sob ao argumento de que cumpriu a obrigação principal, embora intempestivamente.

A cláusula pela qual se estipula pena possui justamente o propósito de evitar o descumprimento dos termos aventados ou o retardamento do cumprimento das obrigações pactuadas. Portanto, deve ser aplicada quando configurado o atraso no cumprimento da obrigação, situação que é incontroversa nos autos, inclusive afirmada pelas agravantes.

Na lição de Antunes Varela, a cláusula penal "*Consiste na convenção pela qual o devedor, no caso de não cumprimento da obrigação, de mora no cumprimento ou de outra violação do contrato, se obriga para com o credor a efetuar uma prestação, diferente da devida, por via de regra em dinheiro, com caráter de uma sanção civil*." (Direito Civil Brasileiro, vol. II, pág. 382, Saraiva, 2005)

Acesso ao Sumário

No que toca à argumentação de afronta ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, também não assiste razão às executadas. De maneira oposta ao alegado, a r. decisão recorrida já observou em seu juízo de equidade a redução do montante pelo cumprimento da obrigação, nos termos do art. 413 do CC.[4]

Acertadamente apontou a r. decisão do juízo *a quo*:

> "Todavia, como o próprio Ministério Público se levantou na exordial do feito executivo, não estamos diante de absoluto descumprimento, com inércia total da parte requerida, de sorte que, enquanto negócio jurídico o Termo de Ajustamento de Conduta, cabível aplicação analógica do artigo

4 "Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio."

413 do Código Civil.

Assim, e sendo atribuição do juízo o equilíbrio entre a punição e o descumprimento, reduzo a multa executada em 50 %, perfazendo R$ 737.500,00 (setecentos e trinta e sete mil e quinhentos reais), valor que deverá ser observado a exação doravante."

É certo que a fixação da multa não deve caracterizar confisco ou enriquecimento sem causa a quem favorece, sendo prudente sopesar o comportamento do destinatário da ordem no dimensionamento do valor no caso concreto.

Por outro lado, como é cediço, não pode o juiz reduzir o patamar fixado em cláusula ao ponto de desnaturar os fins para os quais foram previstas, considerando a natureza e a finalidade do negócio jurídico.

Na hipótese, deve ser considerado o fato de que a finalidade do ajuste firmado entre as partes foi devidamente alcançada, porém inegável que incorreram em mora, eis que pactuaram como termo final 31/07/19 e apenas concluíram as obras em 26/11/20, com emissão do Termo de Verificação e Conclusão das Obras em 02/12/20.

Por isso, também não comporta o acolhimento do pedido das agravantes para reduzir a multa à quantia de R$ 1.947,00 (fls. 07).

Com efeito, mostra-se justa a cobrança do montante reduzido em 50%, como determinado na r. decisão vergastada.

No mesmo sentido, já decidiu esta C. Câmara:

"Embargos à Execução. Termo de Ajustamento de Conduta. Sentença de improcedência. Recurso da embargante buscando a inversão do julgado. Inadmissibilidade. Prefeitura que confessa o inadimplemento. Inexistência de vícios que invalidem o acordo firmado entre o Município e o "Parquet". Embargante, porém, que cumpriu parcialmente as obrigações. Redução da multa para valor razoável e proporcional. Recurso parcialmente provido." (TJSP; Apelação Cível 1002349-77.2016.8.26.0428; Relator: Aroldo Viotti; Foro de Paulínia - 1ª Vara; Data do Julgamento: 22/12/2017; Data de Registro: 22/12/2017)

Por conseguinte, não obstante o inconformismo das agravantes, não há elementos hábeis a possibilitar o acolhimento de suas pretensões.

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

Eventuais recursos que sejam interpostos deste julgado estarão sujeitos ao julgamento virtual. No caso de discordância, esta deverá ser apresentada no momento da interposição de referidos recursos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2096276-59.2023.8.26.0000, da Comarca de Sorocaba, em que é agravante MUNICÍPIO DE SOROCABA, são agravados ALLESSON HENRIQUE CABRAL FRANCO e ALEX PAULO CABRAL FRANCO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.887)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OSWALDO LUIZ PALU (Presidente), CARLOS EDUARDO PACHI e REBOUÇAS DE CARVALHO.

São Paulo, 5 de junho de 2023.

OSWALDO LUIZ PALU, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Obrigação de fazer. Antecipação da tutela deferida. Serviço de 'home care' 24 horas por dia. Descabimento da pretensão.

1. Agravado portador de tetraplegia e traumatismo craniano (CID 10 G82.4) ocasionado por acidente automobilístico ocorrido em agosto de 2017. Demandante que é acamado e dependente de terceiros para trocas posturais e todas as atividades de autocuidado. Impossibilidade de acompanhamento diário e ininterrupto do paciente mediante o atendimento de 'home care'. Carência de profissionais na rede pública de saúde. Ausência de razoabilidade em se exigir do Poder Público, que preste serviço médico domiciliar nos moldes requeridos. Pretensão que não se insere nas obrigações emanadas do art. 196, da Constituição Federal.

2. Dever de cuidado com o doente, excluída a hipótese de internação médica, recai sobre a família, salvo quando comprovada a impossibilidade do núcleo familiar.

3. Autor que pode valer-se do Serviço de Atendimento Domiciliar (SAD) ofertado pelo Município de Sorocaba, que realiza assistência domiciliar a pessoas aca-

Acesso ao Sumário

madas e a pacientes crônicos com agravamento ou em situação pós-cirúrgica.

4. Decisão reformada. Agravo de instrumento provido.

VOTO

I. RELATÓRIO

Cuida-se de **agravo de instrumento**, **com pedido de efeito suspensivo**, interposto em confronto à r. decisão de **fls. 72/73 dos autos principais** que, nos autos da ação de rito comum ajuizada por **ALLESSON HENRIQUE CABRAL FRANCO (representado por seu curador ALEX PAULO CABRAL FRANCO**) em face do **MUNICÍPIO DE SOROCABA**, deferiu a antecipação da tutela para determinar que a **Secretaria Municipal de Saúde**, no prazo de 30 (trinta) dias, forneça ao autor os serviços de "home care" de forma mitigada, disponibilizando os serviços e insumos de suporte de enfermagem/técnico de enfermagem 24h por dia, 7 vezes por semana, para realização de cuidados específicos como banho no leito, troca de fraldas, administração de dieta e medicamentos, bem como terapia ocupacional, fonoaudiologia, fisioterapia, dieta industrializada, e fraldas geriátricas. **Inconformado, o MUNICÍPIO DE SOROCABA interpõe o presente recurso (fls. 01/04)** e sustenta que, embora o autor esteja acamado, não faz uso de nenhum dispositivo invasivo que demande cuidados especializados de enfermagem, como traqueostomia ou ventilação mecânica. Diz que os cuidados do demandante não são compatíveis com o atendimento em sistema de "home care", procedimento de alto custo e alta complexidade, que rotineiramente alcança valores mensais de R$ 40.000,00 (quarenta mil reais). Afirma que o agravado já recebe atendimento de equipe multiprofissional de seu convênio médico, sendo assistido pelo Serviço de Atenção Domiciliar da Unimed (Programa Mais em Casa), recebendo visitas médicas, de enfermagem e equipe de reabilitação, nas especialidades terapia ocupacional e fisioterapia, duas vezes por semana. Salienta que o autor já é assistido pela Rede Municipal de Saúde, com fornecimento de dieta enteral, medicamentos, fraldas e insumos. Requer a concessão do efeito suspensivo, e, ao final, o provimento do presente agravo, cassando-se a tutela antecipada no que tange ao fornecimento de serviço de 'home care'.

Recebido o recurso e deferida a medida jurisdicional postulada **(fls. 6/10)**, sobreveio contraminuta **(fls. 14/22).** Parecer da d. Procuradoria de Justiça pelo provimento do recurso **(fls. 31/34). É o relatório.**

II. FUNDAMENTO E VOTO.

1. O recurso comporta provimento, pelo meu voto.

2. Limita-se o recurso em analisar o preenchimento dos requisitos inser-

Acesso ao Sumário

tos no art. 300 para que seja antecipada a tutela recursal em cognição preliminar. Neste aspecto o artigo 300 do CPC é expresso ao estabelecer como pressupostos cumulativos à concessão da tutela de urgência a **probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo**.

3. Conforme se depreende da inicial tem-se que o agravado é portador de **Tetraplegia Não Especificada e Traumatismo Intracraniano** (CID 10 G82.4) ocasionado por acidente automobilístico ocorrido em agosto de 2017. O autor é acamado, dependente de terceiros para trocas posturais e todas as atividades de autocuidado e faz uso de gastrostomia, pelo qual recebe dieta enteral. Ingressou com a presente ação objetivando a concessão de estrutura domiciliar com equipe multidisciplinar "*home care*", pois necessita suporte de enfermagem /técnico e enfermagem 24h por dia, 7 vezes por semana, para realização de cuidados específicos como por exemplo: banho no leito, troca de fraldas, administração de dieta e medicamentos, necessita também de terapia ocupacional, fonoaudiologia, fisioterapia, dieta industrializada, e fraldas geriátricas, conforme relatório médico juntado a **fls. 21/22**. O MM. Juiz houve por bem deferir a tutela de urgência, no entanto, em cognição preliminar ela deve ser cassada.

4. Com efeito, a **Carta Constitucional afirma o direito à saúde e à vida com dignidade**. Por sua vez, cabe ao ente público garantir aos cidadãos acesso aos tratamentos que conservem esses bens supremos, inclusive medicamentos. **Entretanto**, ainda assim, a disponibilização do serviço de ***'home care'*** vindicada pelo agravado não pode ser acolhida. Tenha-se presente que a pretensão do autor ultrapassa a obrigação do agravante, à luz do artigo 196, da Constituição Federal. Inolvidável a carência de profissionais na Rede Pública de Saúde, não se mostrando razoável exigir do **Poder Público, especificamente no caso do agravante**, que preste serviço médico domiciliar com a disponibilização de enfermeiro/técnico em enfermagem 24 horas por dia, 7 vezes na semana, fisioterapeuta, fonoaudiólogo, terapeuta ocupacional, além de tratamento médico e fornecimentos de insumos nos moldes pretendidos para atendimento exclusivo a um único paciente, em detrimento dos demais cidadãos.

Acesso ao Sumário

5. A alegação de que o agravante necessita de 'home care' por 24 horas por dia para atendimento de suas necessidades não se sustenta. No caso, não demonstrado que a condição de saúde do recorrente demande cuidados específicos de enfermeiros, sendo factível que as tarefas de cuidado, alteração das posições no leito, higiene pessoal e indução de dieta, troca de fraldas, banhos de leito e ministração de medicação possam ser realizadas por pessoa não qualificada, desde que receba a instrução adequada do profissional de enfermagem.

6. A prescrição médica de **fl. 19/20 dos autos principais** é genérica, relatando apenas que o paciente é dependente de terceiros para a trocas posturais e todas as atividades de autocuidado, e que necessita de acompanhamento de fisioterapia, terapia ocupacional e fonoaudióloga de manutenção, além de auxiliar

de enfermagem para ajudar nos cuidados diários.

7. Ademais, ainda que caiba ao profissional da medicina a escolha e/ou indicação do tratamento mais indicado à hipótese clínica que se lhe apresenta, não cabendo ao Judiciário se imiscuir em questões técnicas da medicina para determinar medidas desejadas ou mais convenientes ao paciente e/ou familiares, não se pode olvidar que o dever de cuidado com o doente, excluída a hipótese de internação médica, recai à família, salvo quando comprovada a impossibilidade do núcleo familiar, o que aqui não se alegou, tampouco comprovou.

8. Ressalte-se que o autor pode valer-se do **SERVIÇO DE ATENÇÃO DOMICILIAR (SAD)**, fornecido pelo Município de Sorocaba que, por meio do programa 'Melhor em Casa', oferece atendimento às pessoas que necessitem de reabilitação motora, idosos, pacientes crônicos com agravamento ou em situação pós-cirúrgica e é composto por profissionais da área da saúde, que realizam atendimento no domicílio de pacientes que necessitem de cuidados específicos.

9. Observa-se ainda, que conforme informações prestadas à equipe da Secretaria de Saúde em visita técnica à residência, o autor possui convênio médico e está sendo amparado pelo Serviço de Atenção Domiciliar da Unimed (Programa Mais em Casa), com tratamento fisioterápico e terapia ocupacional na residência, além de visita médica e de enfermagem ofertada pelo convênio.

10. Obtempere-se, outrossim, que não se trata de invasão, pelo julgador, da seara médica, mas sim de se reconhecer que a prescrição clínica aventada não pode ser cumprida em sua totalidade pelo agravante, conforme pleiteado, pelo menos nesta fase preliminar, sendo de rigor a reforma da decisão agravada.

11. Nesse sentido, confira-se a jurisprudência da E. Corte Paulista:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. Saúde. Home care. IAMSPE. Tutela de urgência concedida na origem para compelir a autarquia ao fornecimento de serviços de enfermagem em tempo integral e sessões de fonoaudiologia e fisioterapia duas vezes por semana. Insurgência da ré. Parcial acolhimento. Circunstâncias que justificam a cassação da medida quanto ao fornecimento de serviços de enfermagem por 24 horas. Ausência de expressa indicação médica neste sentido que, somadas às circunstâncias do caso concreto, revelam a necessidade de dilação probatória para aferir as necessidades da agravada. Prazo assinalado e importe fixado de multa diária que comportam redução. Decisão parcialmente reformada. Recurso provido em parte. "(TJSP; Agravo de Instrumento 3003816-07.2021.8.26.0000; Relator: Jose Eduardo Marcondes Machado; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro de Jales – 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/01/2022; Data de Registro: 27/01/2022);

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação de obrigação de fazer. Pretensão para que o Município disponha de tratamento "home care". Tutela provisória de urgência concedida, e, posteriormente revogada. Pedido de res-

Acesso ao Sumário

tabelecimento negado. Novo pedido de concessão de tutela provisória. Ausência dos requisitos para concessão da medida nos termos em que pleiteados pela agravante Precedentes. R. decisão mantida. Recurso improvido." (TJSP; Agravo de Instrumento 2271424-55.2021.8.26.0000; Relator: Carlos Eduardo Pachi; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro de Barueri – Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 21/01/2022; Data de Registro: 21/01/2022);

"Obrigação de fazer. Pretensão de obter o fornecimento de serviços 'home care' a paciente idoso, portador de diversos males. Insurgência contra tutela de urgência deferida. Ausência dos pressupostos legais autorizadores da antecipação pretendida. Decisão reformada. Agravo de instrumento provido." (TJSP; Agravo de Instrumento 2239952-36.2021.8.26.0000; Relator: Antonio Celso Aguilar Cortez; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro de Santa Fé do Sul – 1ª Vara; Data do Julgamento: 11/01/2022; Data de Registro: 11/01/2022);

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. Pretensão do agravado de fornecimento de serviços "home care". Decisão impugnada que concedeu a antecipação de tutela. Impossibilidade. Questão controversa, que será dirimida nos autos principais, após contraditório. Não há comprovação de que o autor necessite de cuidados médicos 24 horas por dia. Ausência dos pressupostos processuais autorizadores da antecipação pretendida. Inteligência do art. 300 do NCPC. Decisão reformada. Recurso provido." (TJSP; Agravo de Instrumento 2236570-35.2021.8.26.0000; Relator: Claudio Augusto Pedrassi; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de Santa Fé do Sul – 3ª Vara; Data do Julgamento: 07/01/2022; Data de Registro: 07/01/2022).

12. Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2030593-75.2023.8.26.0000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é agravante CARBONO DISTR PROD PETROQ DER PETRÓLEO LTDA., é agravado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50.651)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores KLEBER LEYSER DE AQUINO (Presidente sem voto), MARREY UINT e CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 6 de junho de 2023.
JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento e Agravo Interno – Ação de execução fiscal – A exceção de pré-executividade só será acolhida na hipótese da irregularidade ou vícios perceptíveis de imediato, que não deixem dúvidas. Caso isso não se verifique prima facie e seja necessária a produção de provas, o deslinde da controvérsia deverá ser objeto de embargos à execução, meio processual mais adequado – No caso sub judice, a aferição do alegado pela agravante na exceção de pré-executividade demanda dilação probatória. A matéria não é típica desse tipo de defesa de restrita cognição – Escorreita, portanto, a decisão que rejeitou a exceção oposta – Recurso improvido, prejudicada a análise do agravo interno.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento apresentado por **Carbono Distr Prod Petroq Petróleo Ltda.** contra ato que considera ilegal do **MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Bernardo do Campo**, Dr. *Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho*, e consistente em rejeitar a exceção de pré-executividade.

O efeito suspensivo foi indeferido (fls. 27/28). Recurso tempestivo e contrariado às fls. 39/41.

É o relatório.

Trata-se de agravo de instrumento retirado de decisão (fls. 158/159 – 1g) proferida nos autos da ação de execução fiscal ajuizada pela Fesp que rejeitou a exceção de pré-executividade apresentada pela agravante, o que desafiou o presente recurso.

O recurso não comporta provimento.

Alega a agravante que a exigibilidade do crédito estaria suspensa em razão do deferimento de tutela antecipada na ação anulatória que ajuizou anteriormente (Processo nº 1057744-39.2121.8.26.0053, em curso perante a 9ª Vara da Fazenda Pública da Capital) para "adequar os juros de mora de acordo com a Taxa Selic, bem como para reduzir a multa punitiva no patamar de até 100% do valor do tributo".

Mas a decisão dada na ação anulatória não determinou a suspensão do

Acesso ao Sumário

crédito suspenso, mas a suspensão até que os juros fossem recalculados à base da Selic e a multa fosse limitada a 100% do valor do tributo cobrado.

Não se justifica, por isso, a pretensão do provimento da exceção para a extinção da execução.

A agravante fala que os juros foram irregularmente calculados e a multa não obedeceu ao teto máximo. Mais que isso, multas antes fixadas em percentual inferior foram aumentadas.

A agravada, por sua vez, alega que realizou o recálculo do crédito dentro dos parâmetros definidos antes do ajuizamento da ação de execução fiscal.

Embora pareça ter razão a agravante, especialmente em relação à multa, a questão exige dilação probatória, o que inviabiliza a exceção de pré-executividade.

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou quanto ao tema em voga, conforme decisão do eminente Ministro SÉRGIO KUKINA:

> TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉEXECUTIVIDADE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 393/STJ. ILEGITIMIDADE PASSIVA. CONCLUSÃO DA CORTE DE ORIGEM NO SENTIDO DA NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA PARA O JULGAMENTO DA QUESTÃO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. 1. Este Superior Tribunal de Justiça possui entendimento assente, consignado na Súmula 393, no sentido de que a exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória. 2. A alteração da conclusão adotada pela Corte de origem de que a aferição da ilegitimidade passiva na espécie demandaria dilação probatória encontra óbice previsto na Súmula 7/STJ. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 289365/AL AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 013/0020826-7, T 1 Primeira Turma, J. 10/6/2014).

Acesso ao Sumário

A exceção de pré-executividade só pode ser acolhida na hipótese de irregularidade ou vícios perceptíveis de imediato, que não deixem dúvidas. Caso isso não se verifique *prima facie* e seja necessária a produção de provas, o deslinde da controvérsia deverá ser objeto de embargos à execução, meio processual mais adequado, ou de ação anulatória, como já ocorre.

A continuidade da execução mais se justifica quando se tem percebido ser harmônico o entendimento no sentido de que simples erros no cálculo não afastam a certeza do título. O valor exato pode ser apurado na própria execução.

No caso sub judice, a aferição do alegado pela agravante na exceção de pré-executividade demanda dilação probatória, como se disse. As apontadas in-

congruências da CDI exigem possibilidade de ampla defesa, como, por exemplo, realização de perícia. A matéria não é típica de defesa em procedimento de cognição restrita.

Correta, portanto, a decisão que rejeitou a exceção oposta.

Dessarte nega-se provimento ao recurso.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Cível nº 1039655-36.2019.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - PROCON, é apelado/apelante TIM S/A.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso da autora e julgaram prejudicado o recurso da ré. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.943)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO DIP (Presidente) e OSCILD DE LIMA JÚNIOR.

São Paulo, 11 de abril de 2023.

JARBAS GOMES, Relator

Ementa: AÇÃO ANULATÓRIA. Multa imposta pelo Procon. Pretensão destinada a afastar a imposição de multa decorrente da suspensão dos serviços de internet em aparelhos celulares após o término da franquia, já que o padrão anterior era somente a diminuição da velocidade. Inexistência de violação aos direitos do consumidor. Contrato de prestação de serviços de telefonia e internet podem ser unilateralmente alterados por expressa previsão do Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações - RGC, o que se dá em decorrência da rápida evolução tecnológica da área. Comunicação das alterações realizadas de maneira adequada. Igual desfecho reconhecido na ação civil pública ajuizada pelo

Acesso ao Sumário

PROCON contra as operadoras de telefonia Vivo, Tim, Claro e Oi (autos nº 0151853-92.2016.8.19.0001). Sentença de improcedência reformada para anular o auto de infração e sua respectiva multa. RECURSO DA AUTORA PROVIDO, PREJUDICADO O DA RÉ.

VOTO

Trata-se de ação anulatória proposta por *TIM S.A.* em face da *FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - PROCON* objetivando a declaração de nulidade do Auto de Infração nº 14160-D8, assim como a multa arbitrada em R$ 6.648.653,33 (seis milhões, seiscentos e quarenta e oito mil, seiscentos e cinquenta e três reais e trinta e três centavos), decorrente de prática lesiva a direitos do consumidor.

A r. sentença de fls. 1438-1451, cujo relatório se adota, julgou parcialmente procedente a ação "*apenas determinar que a ré proceda ao recálculo do AIIM nº14160-D8, com a aplicação da taxa SELIC, para efeitos de juros de mora e correção monetária, excluindo-se incidência da Lei nº 13.918/09*.".

Em razão da sucumbência mínima da ré, condenou a autora ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios fixados em R$ 8.000,00 (oito mil reais).

Inconformadas, apelam as partes pleiteando a reforma do *decisum*.

Em suas razões recursais, a Fundação PROCON sustenta a o descabimento da aplicação da Taxa SELIC para correção da multa, uma vez que não se trata de débito tributário; e a necessidade de fixação dos honorários advocatícios nos termos do artigo 85, § 3º, do Código de Processo Civil (fls. 1462-1476).

A autora, por sua vez, sustenta a ocorrência de erro de premissa na r. sentença, pois a multa foi aplicada em razão da prática de duas condutas diversas, só tendo sido analisada uma delas. No mais, reproduz os mesmos fundamentos apresentados em sua petição inicial, insistindo na integral procedência da ação (fls. 1510-1545).

Devidamente processados, os recursos foram respondidos (fls. 1558-1569 e 1574-1593).

A autora se opôs ao julgamento virtual.

É o breve relato.

Conforme se verifica dos autos, o cerne da questão é a suspensão dos serviços de internet em aparelhos celulares após o término da franquia, já que o padrão anterior era somente a diminuição da velocidade.

Consta do auto de infração nº 14160-D8 (fls. 75-76) a prática das seguin-

Acesso ao Sumário

tes infrações pela autora:

"1. A autuada não comunicou a descontinuidade de hábito de consumo gerado ao longo de anos, qual seja, que deixaria de permitir o acesso à internet móvel com velocidade reduzida após o esgotamento de franquia contratada, substituindo esse procedimento por bloqueio de acesso total até novo pagamento de franquia, contratação de pacote individual ou aquisição de novos créditos para os planos alternativos tipo pré-pagos; pela magnitude da mudança, que simplesmente derruba verdadeiro hábito de consumo, frise-se, criado pela própria autuada, a comunicação deveria ter sido condizente com a amplitude da medida, infringindo assim o artigo 31, caput, da Lei Federal nº 8.075/90 Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

2. Conforme Auto de Notificação nº 03236-D8, resposta correlata, reclamações registradas na Fundação Procon sob os nº 0315-068.746-6 e nº 0315-111.514-6 e "Regulamento Infinity Web", a autuada passou a bloquear o fornecimento do serviço de internet aos consumidores contratantes de pacote pré-pago, após a utilização da quantidade de "megabytes" convencionada, alterando unilateralmente contratos celebrados com consumidores que previam a diminuição da velocidade do sinal de internet e não o seu bloqueio, conforme disposição prevista em cópia do contrato de prestação de serviços "Regulamento Infinity web", anterior à referida alteração, que determina:

'6.2 Com o objetivo de garantir o uso não nocivo da rede, foram definidos limites de uso para a promoção Infinity web: a velocidade máxima de acesso será de 300 kbps e volume de consumo de referência de 10 MB diários ou 300 MB mensais. Após atingir o consumo de referência diário, a velocidade de conexão será reduzida para até 50 kbps até o mês consecutivo.'

Tal medida constitui-se em alteração unilateral da forma de prestação do serviço ao consumidor, com aumento da onerosidade do contrato, uma vez que o consumidor é parte hipossuficiente do contrato de adesão, cujas cláusulas lhe foram impostas, sem a possibilidade de negociação. Dessa forma, alterar unilateralmente o que foi pactuado pelas partes na celebração dos contratos fere o princípio da segurança jurídica e o direito do consumidor de conhecimento prévio das condições contratuais pactuadas, determinado no artigo 3º, IV da Resolução 632/14 da ANATEL, infringindo-se, assim, o artigo 51, XIII da Lei Federal 8.078/90 Código de Proteção e Defesa do Consumidor, uma vez que são nulas as alterações unilaterais que dispõem diversamente do que foi contratado entre as partes."

Os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor tidos por infringi-

Acesso ao Sumário

dos assim dispõem:

> ***"Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores."***
>
> ***"Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:***
>
> ***(...)***
>
> ***XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;"***

De fato, se faz necessário impedir que o consumidor seja induzido em erro por práticas enganosas ou abusivas, coibindo tais comportamentos, mediante a imposição de sanções exemplares, a fim de que não se repitam.

Não obstante essa sintonia no plano teórico, não é possível reconhecer ilicitude na conduta da autora.

Isto porque o contrato de prestação de serviços de telefonia e internet é um contrato de adesão atípico em que expressamente se admite a alteração de suas cláusulas, conforme prevê o artigo 52 do Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações - RGC, Resolução nº 632/2014 da ANATEL - Agência Nacional de Telecomunicações:

> ***"Art. 52. As Prestadoras devem comunicar com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, preferencialmente por meio de mensagem de texto ou mensagem eletrônica, a alteração ou extinção de Planos de Serviço, Ofertas Conjuntas e promoções aos Consumidores afetados, sem prejuízo das regras específicas aplicáveis ao STFC."***

Neste ponto, é de se ressaltar que o PROCON não questionou a ausência de comunicação da alteração contratual pela autora, mas considerou que esta "*deveria ter sido condizente com a amplitude da medida*".

Acesso ao Sumário

Porém, a ANATEL determina o envio de mensagem de texto ou mensagem eletrônica como meio preferencial de notificação dos usuários atingidos por alteração contratual, não podendo as operadoras serem punidas ao proceder desta forma.

Inclusive, o envio de mensagens diretamente aos aparelhos de seus clientes se mostra a forma mais eficaz de comunicação.

Ademais, no processo administrativo foram juntadas diversas notícias de jornais (fls. 115-138) que indicam a ocorrência de amplo debate na sociedade sobre o tema e que a questão foi tratada de maneira condizente.

Não se cogita, pois, violação ao artigo 31 do Código de Defesa do Con-

sumidor.

Prosseguindo, com relação à possibilidade de alteração unilateral dos contratos de prestação de serviços de telefonia e internet, ela se dá porque a exploração dos serviços de telecomunicações, nos termos do artigo 127, da Lei nº 9.472/97, destina-se a garantir os seguintes direitos:

> ***"Art. 127. A disciplina da exploração dos serviços no regime privado terá por objetivo viabilizar o cumprimento das leis, em especial das relativas às telecomunicações, à ordem econômica e aos direitos dos consumidores, destinando-se a garantir:***
>
> ***I - a diversidade de serviços, o incremento de sua oferta e sua qualidade;***
>
> ***II - a competição livre, ampla e justa;***
>
> ***III - o respeito aos direitos dos usuários;***
>
> ***IV - a convivência entre as modalidades de serviço e entre prestadoras em regime privado e público, observada a prevalência do interesse público;***
>
> ***V - o equilíbrio das relações entre prestadoras e usuários dos serviços;***
>
> ***VI - a isonomia de tratamento às prestadoras;***
>
> ***VII - o uso eficiente do espectro de radiofreqüências;***
>
> ***VIII - o cumprimento da função social do serviço de interesse coletivo, bem como dos encargos dela decorrentes;***
>
> ***IX - o desenvolvimento tecnológico e industrial do setor;***
>
> ***X - a permanente fiscalização."***

Se considerarmos que os aparelhos celulares chegaram no Brasil em 1990[1] como meros telefones portáteis e, passados menos de 35 anos, o país está implantando a tecnologia 5G de comunicação sem fio enquanto já se discute a tecnologia 6G, os contratos precisam acompanhar tais evoluções em prol dos interesses dos próprios consumidores.

Admitir a tese do PROCON de que as cláusulas destes contratos não podem ser alteradas relegaria os consumidores aos serviços e tecnologias desatualizados e, considerando toda a evolução ocorrida na área, obsoletos.

Como bem decidido na ação civil pública ajuizada pela ré para questionar a mesma alteração contratual – autos nº 0151853-92.2016.8.19.0001 em trâmite perante a 5ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro/RJ – julgada improcedente em 13.06.2022:

> ***"(...) Com efeito, as relações de consumo no setor de telecomunicações, embora de longa duração, são extremamente dinâmicas em razão do constante e veloz aprimoramento tecnológico***

Acesso ao Sumário

1 Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/geral/audio/2021-01/do-tijolao-ao-smartphone-historia-dos-30-anos-do-celular-no- brasil Acesso em 02.02.2023.

do setor, afigurando-se absolutamente inadmissível cogitar-se de imutabilidade, pois o serviço de telefonia móvel está em constante evolução, a exigir ocorram alterações periódicas de determinadas condições nas quais o serviço é prestado. Nesse contexto, não parece mesmo razoável exigir-se das rés a prestação do serviço com todas as condições que se encontravam presentes no ato da contratação, convindo assinalar, que o dinamismo dessas tecnologias muitas vezes pode tornar obsoleto o serviço e até impossível o seu cumprimento. As Rés, portanto, ao interromperem o serviço de internet, após o exaurimento da franquia de dados ou de créditos no serviço de telefonia móvel, agiram com respaldo da legislação fiscalizatória e reguladora, não se reconhecendo ilicitude em sua conduta, porquanto, a princípio, parecem ter atuado nos limites das cláusulas contratuais acima mencionadas, impondo-se admitir, até prova em contrário, que os consumidores foram notificados das alterações com a antecedência de 30 (trinta) dias estabelecida no regramento legal.".

Assim, também não se cogita violação ao artigo 51, inciso XIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Descaracterizadas as infrações, julga-se procedente o pedido inicial para anular o Auto de Infração nº 14160-D8, bem como a multa arbitrada em R$ 6.648.653,33 (seis milhões, seiscentos e quarenta e oito mil, seiscentos e cinquenta e três reais e trinta e três centavos).

Nesse sentido:

"RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – SERVIÇO DE TELEFONIA MÓVEL – PROCON – AUTO DE INFRAÇÃO E IMPOSIÇÃO DE MULTA – BLOQUEIO DE INTERNET MÓVEL – PRETENSÃO À NULIDADE DO AIIM E DA RESPECTIVA MULTA – POSSIBILIDADE. 1. A questão preliminar arguida pela parte autora, referente à nulidade da r. sentença ora impugnada, em razão da inobservância dos limites objetivos da demanda, confunde-se com o mérito da lide e será apreciada juntamente com a matéria de fundo. 2. No mérito, abusividade, relacionada à forma de comunicação dos usuários, a respeito do bloqueio do acesso à "internet" móvel, após o consumo da franquia contratada, não caracterizada. 3. Possibilidade de alteração ou extinção, pela operadora de telefonia móvel, de planos de serviço, ofertas conjuntas e promoções, mediante a comunicação com antecedência mínima de 30 dias, preferencialmente, por meio de mensagem de texto ou eletrônica. 4. Inteligência do artigo 52 da Resolução ANATEL nº 632/14 (Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações RGC). 5. Legalidade do bloqueio do serviço de "internet", reconhecida pela C. 6ª Câmara Cível, do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em sede de embargos de de-

Acesso ao Sumário

claração, por ocasião do julgamento da ação civil pública, Processo nº 0151853-92.2016.8.19.0001, ajuizada pelo PROCON, contra as Concessionárias de Telefonia (Vivo; Tim; Claro; Oi). 6. Arbitramento dos honorários advocatícios decorrentes da sucumbência, por equidade, remunerando com dignidade, moderação, razoabilidade e proporcionalidade o profissional que participou da lide. 7. Ação de procedimento comum, julgada improcedente, em Primeiro Grau de Jurisdição.

8. Sentença recorrida, reformada. 9. Ação, julgada procedente, invertido o resultado inicial da lide, para o seguinte: a) reconhecer a nulidade da multa administrativa aplicada; b) reconhecer a nulidade do processo administrativo nº 3.922; c) arbitrar os ônus decorrentes da sucumbência, por equidade, com fundamento no artigo 85, § 8º, do CPC/1. 10. Recurso de apelação, apresentado pela parte autora, provido." (Apelação Cível 1035394-28.2019.8.26.0053; Relator: Francisco Bianco; Data do Julgamento: 10/05/2021)

Em razão do quanto decidido, restam prejudicados os pleitos recursais da ré.

Procedente o pedido inicial, condeno a ré ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios, os quais fixo nos percentuais mínimos das alíneas do artigo 85, § 3º, do Código de Processo Civil, atentando-se à regra do § 5º, considerando o proveito econômico obtido pela autora, qual seja, o valor da multa ora anulada.

Como se vê, mais não é preciso dizer.

Isto posto, dá-se provimento ao recurso da autora, prejudicado o recurso da ré.

Eventual insurgência apresentada em face deste acórdão estará sujeita a julgamento virtual, nos termos da Resolução nº 549/2011 do Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça, ressaltando-se que as partes poderão, no momento da apresentação do recurso, opor-se à forma do julgamento ou manifestar interesse no preparo de memoriais. No silêncio, privilegiando-se o princípio da celeridade processual, prosseguir-se-á o julgamento virtual, na forma dos §§ 1º a 3º do artigo 1º da referida Resolução.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0001003-14.2019.8.26.0587, da Comarca de São Sebastião, em que são apelantes RENATO MANICA, RICARDO MANICA e RUBENS MANICA, são apelados COMISSÃO DE DEFESA E PRESERVAÇÃO DA ESPÉCIE E DO MEIO

AMBIENTE - CDPEMA e MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitada a preliminar, negaram provimento ao recurso. V.U. Declarará voto convergente o 2º Juiz", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 48.370)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO (Presidente), NOGUEIRA DIEFENTHALER e MARCELO BERTHE.

São Paulo, 13 de abril de 2023.

RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO, Presidente e Relator

Ementa: APELAÇÃO EM IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – Não configurada hipótese de ilegitimidade ativa da associação autora – Realização de empreendimento consistente em marina ou garagem náutica – O V. Acórdão impôs obrigação de não fazer, a qual estava adstrita aos termos da inicial da ação, atrelada à inexistência de licenças ambientais cabíveis – Uma vez obtidas as licenças, deve-se permitir a construção – A evolução legislativa não é entrave para a construção, devendo a lei vigente disciplinar o pedido de licença perante o órgão ambiental – Cabível a extinção do incidente de cumprimento de sentença, ausente informação de descumprimento do julgado – Mantida a sentença por fundamentação diversa – REJEITADA A PRELIMINAR ARGUIDA PELO RÉU, NEGA-SE PROVIMENTO AO APELO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta por Renato Manica e outros, tendo como apelados o Ministério Público do Estado de São Paulo e outro, em face da r. sentença de fls. 901/906 que rejeitou a impugnação e julgou extinto o incidente nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Nas razões recursais a fls. 909/927 requer a reforma da sentença *extra petita*, já que não observou os limites do Acórdão Exequendo; aduz que não foram proibidos de construir a marina/garagem náutica, mas a construção somente foi suspensa enquanto não tivessem as licenças ambientais pertinentes, sendo o caso de permitir a obtenção delas.

Invocam a aplicação da Lei nº 12.651/2012 e sustentam a possibilidade de adoção das atuais manifestações do órgão ambiental, que declara a possibilidade de construção da marina. Destaca que a CETESB já emitiu Licença Prévia.

As contrarrazões regularmente apresentadas (fls. 932/940 e 943/949). Houve oposição ao julgamento virtual (fls. 968). A douta Procuradora de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 55/57).

Manifestação do apelante a fls. 999/1016.

É O RELATÓRIO.

Inicialmente, não há razão para acolher a ilegitimidade argüida pelo apelante a fls. 999/1016. Ora, os fatos narrados na petição tratam de situação que está sendo submetida à análise judicial em outro processo, cabendo ali serem melhor esclarecidos, com adoção das medidas pertinentes. A atribuição de conduta irregular não prejudica a legitimação no presente caso até porque não há condenação judicial contra a associação.

Ademais, nada impede que o apelante provoque o judiciário com a ação que entender pertinente, sendo incabível nesta ação civil pública a investigação sobre tal conduta, até porque foge ao objeto da ação.

No mais, pelas razões recursais, observo que há interesse recursal do apelante, especialmente porque o tema trazido foi controverso durante o processamento do incidente de cumprimento de sentença.

Nos autos da ação civil pública nº 0000425-76.2004.8.26.0587, os apelantes foram condenados a não fazer a marina (ou garagem náutica), por força do V. Acórdão de fls. 312/335.

Em razão da decisão em Segunda Instância, o MP ajuizou o incidente de cumprimento de sentença para que a executada "dê início ao cumprimento da sentença condenatória ou comprove já tê-lo feito voluntariamente, consistente na obrigação de não fazer a marina, caso não consiga trazer a estes autos provas de estar com a documentação exigida pela legislação ambiental, totalmente regularizada" (fls. 1).

Pois bem. Conquanto o V. Acórdão de fls. 312/335 tenha dado provimento aos apelos do MP e da CDPMA para não fazer a marina, obviamente, essa decisão esteve adstrita ao pedido inicial da ação civil pública, de que "... seja o Requerido condenado na obrigação de não fazer a marina, caso não consiga trazer a estes autos provas de estar com a documentação exigida pela legislação ambiental, totalmente regularizada; que o Requerido, ao final, seja condenado a abster-se da realização do ato danoso aos interesses da comunidade e do meio ambiente e a pagar as custas e honorários de advogado" (fls. 18/19).

Ou seja, na inicial restou evidente que a obrigação negativa estava atrelada à inexistência das licenças ambientais cabíveis. Assim, caso estejam presentes as licenças, o empreendimento é viável.

Acesso ao Sumário

Ainda, quanto ao V. Acórdão executado, embora tenha afirmado que a área é de preservação permanente, não proibiu qualquer tipo de construção no local, mas com caráter preventivo proibiu construção sem a licença ambiental adequada, descartando aquelas já obtidas.

O pronunciamento judicial ocorreu com base na Lei nº 4.771/65, revogado pela Lei nº 12.651/2012. Quanto à Resolução CONAMA nº 303/2002, não foi revogada pelo atual Código Florestal.

Nesse contexto, é permitido ao interessado que requeira as licenças ambientais, cabendo ao órgão ambiental aplicar as normas vigentes a fim de averiguar a viabilidade ou não da obra.

Pela forma como se deu o provimento jurisdicional, entendo que não cabe ficar discutindo, neste momento, se a área de preservação permanente se descaracterizou em razão das alterações legislativas da Lei nº 12.651/2012. O que cabe é, uma vez concedida a licença e entendendo o exequente que houve violação ao julgado, provocar incidente judicial para a análise da legalidade.

Por outro lado, a extinção do incidente de cumprimento de sentença está correto, posto que não há interesse de agir do Ministério Público pela ausência de informação de descumprimento do julgado.

Ora, o próprio exequente entende que não há descumprimento que autorize o prosseguimento do incidente.

Ressalto que essa situação não impede que os ora apelantes busquem, na via administrativa, as licenças ambientais pertinentes.

Portanto, mantenho a sentença impugnada, mas por outros fundamentos já expostos, afastando a conclusão no sentido de que o local é área de preservação permanente e impassível de intervenção, de forma absoluta.

Ante o exposto, REJEITADA A PRELIMINAR ARGUIDA PELO RÉU, NEGA-SE PROVIMENTO ao apelo por outros fundamentos, como posto no Acórdão.

DECLARAÇÃO DE VOTO CONVERGENTE

(Voto nº 42.366)

Vistos;

Adotado o bem elaborado Relatório do DD. Desembargador Relator **RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO**, tomo a liberdade de inserir considerações a par das tomadas pelo Excelentíssimo Relator Sorteado.

Conquanto que, mediante outras razões, hei de acompanhar o desate dado ao recurso de RENATO MANICA E OUTROS, especialmente no tocante à improcedência da pretensão veiculada na apelação.

Com efeito, o Ministério Público de São Paulo, ajuizou o pedido de cumprimento de sentença relativamente à ação civil pública 0000425-76.2004.8.26.0587, então pelo *parquet* ajuizada contra as mesmas partes, incluída na lide a Municipalidade de São Sebastião.

O processo atingiu a cumeada por meio da solução definitiva lavrada nesta Câmara Ambiental, em acórdão proferido pelo eminente Desembargador Renato Nalini datado de 28 de abril de 2011 (p. 314 e seguintes). Naquele v. Aresto, *in litteris* constou o seguinte dispositivo sentencial:

> (...)
>
> Existe sim, consistente ameaça direcionada contra o meio ambiente da já deteriorada orla de São Sebastião. A intensificação do parcelamento de solo mais insano, a ganância que multiplica a ocupação urbana é densifica demograficamente o litoral não se apercebe de que desvaloriza a área e compromete a qualidade de vida do morador e do turista.
>
> O **empreendimento é irregular**, pois **está inserido numa área considerada de preservação permanente, e apenas isso seria suficiente para a procedência do pedido da CDPEMA e do Ministério Público no sentido de condenar os requeridos à obrigação de não fazer a marina.**
>
> **Mais seria desnecessário.**
>
> Para efeito de eventual prequestionamento, consideram-se explicitadas todas as invocações normativas das partes, nenhuma delas suficiente para dar à demanda desfecho diverso.
>
> Por estes fundamentos, confere-se provimento aos apelos, condenados os réus a suportar as custas e despesas processuais, além da honorária advocatícia fixada em R$ 2000,00 (dois mil reais). (fl. 335 – ***grifei***)

Pois bem, como lemos acima, a Douta Turma que prolatou o v. Acórdão rematou a ação civil pública impondo aos aqui apelantes, Renato Manica e outros, a coima de não fazer a marina.

Explico-me: a pano de fundo tanto do interesse ambiental titularizado pelo Ministério Público e assistido pela CDPMA, arrosta o interesse contraposto dos apelantes acima referidos que pretendem construir uma marina em terreno alegadamente designado como que de ***preservação permanente***. Esta marina inseriu-se como parte do capítulo fundamental da ação civil pública no qual proveio a ordem de proibição da instalação e, consequentemente, de operação da marina.

Aliás, **nada poderia ser feito**, pois o aresto transitou em julgado, e, claro, opera efeitos constantes. E mais, o mesmo acórdão lembrou que, embora a área esteja em espaço de preservação permanente, como já dissemos acima, no qual ocorre intenso fenômeno de urbanização, nada disso altera a qualificação legal que onera quaisquer atividades em APP(s). Trata-se de terreno inserido em tre-

Acesso ao Sumário

cho de máxima proteção ambiental. E a ele se aplicam instantemente as resoluções 303 e 369 do CONAMA – esta última regra estabelece que as intervenções nesta área têm que responder aos **pressupostos de utilidade pública, interesse social e baixo impacto.**

Sem embargo dos registros acima, estou de acordo com a asserção de ser viável à parte interessada postular junto à Administração ambiental estadual, federal ou municipal, as licenças requeridas para intervenções no meio ambiente.

Assento que as inovações legislativas que posteriormente modifiquem condições ou pressupostos mais gravosos ou não, suscitam medidas novas correlativas às inovações introduzidas.

Esta Câmara tem admitido por exemplo, que o conteúdo de um ato administrativo que negue uma licença ambiental, não se comunique com outro processo administrativo cujas balizas normativas são diversas, mais ou menos severas. Isso em nível do trato administrativo.

Porém, quando temos adiante uma decisão transitada em julgado, a pretensão que condiga com inovações se arrosta no Acórdão, não se admite que de pronto seja desnaturada ou esvaziada.

Neste sentido, vide o exemplo iluminado pela jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DOS ARTS. 1º, II E III, E 59 DA LEI N. 12.651/12. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 211/STJ. DIREITO AMBIENTAL. IRRETROATIVIDADE DA NOVA CODIFICAÇÃO FLORESTAL. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. ONEROSIDADE EXCESSIVA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. INCIDÊNCIA. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.
>
> I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.
>
> II - A ausência de enfrentamento da questão objeto da controvérsia pelo tribunal a quo, não obstante oposição de Embargos de Declaração, impede o acesso à instância especial, porquanto não preenchido o requisito constitucional do prequestionamento, nos termos da Súmula n. 211/STJ.
>
> III - Esta Corte Superior possui o entendimento de que o novo Código Florestal não pode retroagir para atingir o ato jurídico perfeito, os direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada, tampouco para reduzir de tal modo e sem as necessárias compensações ambientais o patamar de proteção de ecossistemas frágeis ou espécies ameaçadas de extinção,

Acesso ao Sumário

a ponto de transgredir o limite constitucional intocável e intransponível da incumbência do Estado de garantir a preservação e a restauração dos processos ecológicos essenciais.

IV - In casu, rever o entendimento do Tribunal de origem, no sentido de reconhecer a onerosidade excessiva do Termo de Ajustamento de Conduta, demandaria necessário revolvimento de matéria fática, o que é inviável em sede de recurso especial, à luz do óbice contido na Súmula n. 7/STJ.

V - Não apresentação de argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

VI - Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero improvimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.

VII - Agravo Interno improvido.

(AgInt no REsp n. 1.676.786/SP, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 12/6/2018, DJe de 18/6/2018.)

O acórdão executado foi claro e repiso: o empreendimento é irregular, está inserido em APP e reconheceu a procedência do pedido do MP no sentido de condenar os recorrentes à obrigação de não fazer a marina. Não encontramos nas questões decididas no corpo sentencial registro algum de ser possível no futuro modificação do *status quo* contido no *decisum*.

Contudo, voltemos ao tema dos limites da obrigação ou de seus contornos.

Ora, **a parte estava obrigada a não fazer**. O aresto de páginas 315 categoricamente afirma que:

(...)

Assiste razão aos apelantes ao salientarem que as autorizações concedidas pelo Poder Público Estadual e municipal foram relativas a projeto apresentado por RENATO MANICA (e OUTROS), o qual efetivamente não atende à necessidade física exigida para a real construção do empreendimento. Tal prática costuma ser feita com a finalidade de evitar o licenciamento ambiental necessário. Essa asserção foi delineada pelo próprio perito judicial na confecção de seu laudo, conforme já explicitado acima, mas que deve ser repisada para que não subsistam dúvidas quanto à questão fulcral destes autos:

> ***"Se adotado o tamanho de rampa que de fato deveria ter sido adotado, a classificação do empreendimento perante a resolução SMA 04 de 2002 seria outra, o que determinaria um trâmite administrativo diferente do adotado a um grau de exigência maior para o licenciamento ambiental do empreendimento".*** (fls.330)

Acesso ao Sumário

O apelante **não tem título hábil** para prosseguir no intento de erguer a marina.

A licença constante a fls. 703 e seguintes foi produzida a partir de uma já vintenária autuação a qual gerou um AIA nº 39931/2003. Em razão desta infração a autoridade administrativa negou licenciamento prévio.

E para que era o licenciamento? Exatamente para os mesmos objetivos de hoje: autorizar a marina; ou seja, finalidades intensamente conhecidas, mas largamente objetadas ao longo do processo judicial da ação civil pública.

O venerando acórdão de que tanto falamos, tratou disso iterativamente, e, sobre o assunto fez expressa referência, inclusive ao parecer do Ministério Público de segundo grau que correspondia ao recurso de apelação tirado em mandado de segurança que os aqui apelantes interpuseram.

Referido parecer faz menção ao itinerário administrativo, e à falta de EIA(s) RIMA(s), para o projeto. Também se fala – e isso concorda com o voto do Relator, que a área é qualitativamente uma APP de modo que eventual intervenção depende de licenciamento específico, amparado por perícias etc.

De mais a mais, a autoridade administrativa não poderia de forma alguma ter por cumpridos os pressupostos para o licenciamento prévio, ***sit et quando***, repiso o registro: o Acórdão de fls. 312 e seguintes fora taxativamente claro no sentido de proibir-se o empreendimento.

Em resumo: a licença de 2020 nº 68000070 (fls. 707) emitida pela CETESB provém de **debate administrativo completamente desobediente** ao julgado sobre o qual cansativamente analisamos. Dizendo de outro modo, ressalvando a boa-fé da autoridade administrativa, **desobedeceu-se ao comando do acórdão** e se o interpretou de forma incompleta.

O parecer final do DD. Procurador de Justiça faz alusão exata sobre estas contradições.

Em resumo, pode o interessado postular junto à Administração ambiental, mas não tem como valer-se do documento de fls. 707 ou tê-lo como cumprimento do *non facere* do aresto encimado *infra*.

Portanto, o paradoxo é que a obrigação foi desatendida e pretende-se às meias, como que adimplida.

No mais, deixei de analisar a preliminar de vez que a Turma investiu na cognição do tema substancial da demanda.

Por estas razões, pelo meu voto, **convirjo** com o voto do eminente Relator, anotada a fundamentação que acima consta e o faço outrossim para manter a respeitável sentença proferida pelo culto Magistrado Matheus Amstalden Valarini.

NOGUEIRA DIEFENTHÄLER, 2º Juiz

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000736-57.2020.8.26.0080, da Comarca de Cabreúva, em que é apelante JOÃO APARECIDO DE CARVALHO, são apelados MUNICÍPIO DE CABREÚVA e EMAE - EMPRESA METROPOLITANA DE ÁGUAS E ENERGIA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª 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 40.218)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente), SOUZA MEIRELLES e J. M. RIBEIRO DE PAULA.

São Paulo, 18 de abril de 2023.

EDSON FERREIRA, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Danos. Indenização. Inundação. Município de Cabreúva. Abertura das comportas da Barragem de Pirapora do Bom Jesus, pela Empresa Metropolitana de Água e Energia - EMAE, devido ao grande volume de água decorrente de intensas chuvas. Falta de aviso ou qualquer serviço de evacuação dos moradores sob risco. Pedido de ressarcimento dos móveis perdidos na lama das águas que invadiram a residência e gastos com limpeza do carro e do poço. Inundação ocasionada pela abertura das comportas, fortes chuvas e prejuízos. Fatos incontroversos. Plano de Ação de Emergência da Barragem de Pirapora, parte integrante do plano de segurança de barragens, não acionado na data dos fatos com relação ao Município de Cabreúva. Nenhum alerta emitido ou comunicado à Defesa Civil do Município de Cabreúva. Legitimidade passiva do Município de Cabreúva. Dever de executar serviços imprescindíveis em virtude de causa preexistente à abertura das comportas e que contribuiu de maneira decisiva para a inundação. Administração municipal que deixou de zelar pelo bem-estar da população ribeirinha. Alegação do município que o bairro do Bananal, onde reside o autor, foi fortemente atingido pelas águas e que muitas pessoas ali construíram sem projeto aprovado. Não de-

Acesso ao Sumário

monstrado a efetiva fiscalização ou providências para reduzir as consequências da inundação, tampouco adotado qualquer medida preventiva ou meios para alertar a população em perigo. Localização do autor em área de preservação permanente. Fato que não exime a responsabilidade da concessionária de serviço público. Fortes chuvas e grande volume de água. Fato previsível. Ocorrência normal no período das chuvas. Barragem construída para reter as águas da chuva com vistas à exploração das correspondentes atividades. Alto índice pluviométrico em breve trato de tempo. Fato previsível e não excludente de responsabilidade. Responsabilidade objetiva e pelo próprio fato do serviço. Constituição Federal, artigo 37, § 6º. Incúria do poder público municipal em relação a área afetada. Dever de Indenizar. Responsabilidade solidária dos réus. Danos materiais. Total de R$ 21.974,27. Correção monetária e juros de mora a partir do evento danoso. Dano moral. Valor de dez mil reais. Correção monetária a partir deste julgamento, Superior Tribunal de Justiça, Súmula 362, e juros de mora a partir do evento danoso, Código Civil, artigo 398, e Superior Tribunal de Justiça, Súmula 54. Correção monetária pelo IPCA-E e juros de mora pela Lei 11960/2009, conforme Supremo Tribunal Federal, Tema 810, e Superior Tribunal de Justiça, Tema 905, e ambos pela taxa SELIC, conforme EC 113/2021, artigo 3º, a partir da sua vigência. Recurso provido para acolhimento da pretensão, com inversão da sucumbência e condenação dos réus em honorários advocatícios, também pelo trabalho e sucumbência em grau de recurso, à razão de quinze por cento sobre o valor da condenação.

Acesso ao Sumário

VOTO

Sentença, proferida em 20 de outubro de 2022, pela eminente magistrada, Doutora Alexandra Lamano Fernandes, julgou improcedente demanda de indenização por danos materiais e morais decorrente de alagamento em residência, fixados honorários advocatícios em dez por cento sobre o valor da causa, histórico de R$ 126.874,27, observando-se o benefício da gratuidade, fls. 23, 182 e 385/389.

Apelação do autor pela inversão do resultado, alegando ter sofrido danos decorrentes da inundação provocada pelo transbordamento do rio Tietê, que foi provocado pela abertura repentina das comportas da barragem administrada pela EMAE; afirma se tratar de responsabilidade objetiva com fundamento no risco administrativo; a inundação está comprovada por ampla cobertura jornalística, fotografias e boletins de ocorrência; por se tratar de pessoa idosa e diabética, foi socorrido por helicóptero da Policia Militar.

Ainda, não houve nenhum plano para conter a calamidade pública, tanto pela EAME quanto pelo município, que sequer demonstrou que o Plano de Ação de Emergência foi observado quando da abertura das comportas; não se trata de caso fortuito ou força maior porque as chuvas ocorridas na data do fato não eram imprevisíveis; não foram as chuvas que ocasionaram a inundação, mas a abertura repentina das comportas da barragem pela EMAE; seja por responsabilidade objetiva ou subjetiva, as rés devem ser condenadas à justa reparação; a EMAE não comprovou ter enviado notificação ao Município de Cabreúva ou à Defesa Civil sobre a possível abertura das comportas; a inundação era previsível, tanto que a EMAE confirma a adoção de medias prévias, como a emissão de alertas sobre o aumento da vazão provocada pelas chuvas, para outros locais; sendo a concessionária do serviço público responsável pelos serviços prestados aos usuários, responde de forma objetiva, independente da culpa, na forma do Código de Defesa do Consumidor; demonstrado o nexo de causalidade; não existe prova que o imóvel do apelante esteja dentro de área de preservação permanente.

Recurso respondido.

É o relatório.

Pretensão de indenização por danos morais e materiais, porque no dia 10 de fevereiro de 2020, o autor teve a moradia inundada por águas do rio Tietê, que transbordaram em virtude da abertura das comportas da Barragem de Pirapora do Bom Jesus, administradas pela Empresa Metropolitana de Água e Energia S.A. - EMAE, com alegação de impossibilidade de retirar os móveis da residência, tendo tempo apenas para salvar a própria vida, permanecendo trinta e quatro horas em pé, suportando a chuva, o frio, a fome e sede, agravado por se tratar de idoso com problemas cardíacos, hipertensão arterial e diabetes, perdendo todos os pertences, inclusive seus medicamentos, sendo resgatado pelo helicóptero Água da Polícia Militar no final da tarde do dia 11 de fevereiro.

Esclarece não ter ocorrido nenhum aviso aos moradores sob risco, tampouco que a comporta da barragem seria aberta, deixando de promover qualquer espécie de serviço de evacuação da área em que reside.

Busca o ressarcimento dos móveis perdidos na lama das águas que invadiram sua residência, que para adquirir outros desembolsou a quantia de R$

Acesso ao Sumário

19.784,43, ainda ter suportado o gasto de R$ 2.189,84, com a limpeza do carro e do poço que foi contaminado, afirmando que o fato também lhe causou dano moral, em especial porque, com a chegada repentina da água, nenhuma providência pôde tomar para evitar a perda de seus bens e o agravamento de sua saúde, postulando indenização de cem salários-mínimos.

As fotografias de fls. 32/110 demonstram os prejuízos sofridos com a casa, os móveis, o poço e o veículo, tendo ainda o autor elaborado boletim de ocorrência, fls. 29/30.

São fatos incontroversos a inundação ocasionada pela abertura das comportas da Barragem de Pirapora do Bom Jesus e as fortes chuvas ocorridas na região, como também os prejuízos sofridos pelo autor, cujo imóvel está localizado às margens do rio Tietê, no limite do município de Cabreúva, em frente à foz do Ribeirão Mombaça.

Empresa Metropolitana de Água e Energia S.A. - EMAE, que explora recursos hidro energéticos para geração de energia elétrica, mediante concessão da ANEEL, informou que em época de cheia as comportas são abertas de forma gradativa, mas diante da chuva excepcional que caiu na região, nos dias 9 e 10 de fevereiro de 2020, foi necessário abrir as comportas das estruturas do rio Tietê, para que o nível d'água do reservatório de Pirapora não ultrapassasse os limites estruturais de sua barragem, com o risco de ruptura ou galgamento (quando a água passa sobre o barramento), alegando que a ação de abertura das comportas estava de acordo com o Plano de Ação de Emergência, fls. 187/204.

Anexou extensa documentação sobre o Plano de Ação e Emergência da Barragem de Pirapora, como parte integrante do plano de segurança de barragens, como determinado pela Lei nº 12334/2010, que estabelece as diretrizes necessárias para atuação em situações emergenciais que tenham potencial para causar repercussões tanto internas, como externas aos limites da Barragem de Pirapora, fls. 269/296.

Todavia, não comprovou ter emitido alerta para o Município de Cabreúva, a despeito deste fazer parte da lista de notificação para o Plano e Ação de Emergência-PAE, tampouco comunicou a Defesa Civil do Município de Cabreúva, que confirma ter ocorrido aumento repentino de água da área atingida.

Acesso ao Sumário

Diz a concessionária que no Município de Cabreúva foram identificadas oito Zonas de Impacto Direto (ZID), com 332 edificações, onde necessário *planeamento para a realização de uma evacuação emergencial, que deve ser feito por meio de um Plano de Contingência Municipal, que é de responsabilidade das Defesas Civis Municiais e Estaduais*, fls. 276.

No entanto, a alegação de que foi efetivamente comunicado o Município de Cabreúva, no dia 10 de fevereiro de 2020, está destituída de prova, anexando documentos com respeito ao período de março a maio e agosto de 2019, bem

como a relação mencionada em sua contestação, não especifica o município onde reside o autor, fls. 194 e 297/320.

O município é parte legítima na medida em que deve executar o serviço de manutenção dos bens de uso comum do povo em seu território, respondendo pelas falhas que ocorrem na sua prestação.

No caso analisado a responsabilidade do Município não pode ser considerada objetiva, sob a modalidade de risco administrativo, como previsto no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, uma vez que o dano decorre de sua omissão, gerando a responsabilidade subjetiva, que exige a comprovação da culpa do ente público, nas modalidades de negligência, imperícia ou imprudência, embora possível de forma genérica, decorrente da doutrina francesa conhecida de "faute de service", para caracterizar sua responsabilidade.

A prova dos autos evidencia de forma clara que o Município de Cabreúva realmente se omitiu que tange às providências imprescindíveis com respeito à causa preexistente à abertura das comportas e que contribuiu de maneira decisiva para a inundação pegar todos os moradores de surpresa, deixando a administração municipal de zelar pelo bem-estar da população ribeirinha.

Segundo o Município de Cabreúva, primeiro a ser atingido em caso de abertura das comportas, não recebeu qualquer notificação, nem mesmo a Coordenadoria de Defesa Civil Municipal, havendo um repentino aumento do nível da água, sem que pudesse tomar as medidas emergenciais para retirada dos moradores da área atingida.

Ainda segundo o município, o bairro Bananal, onde reside o autor, foi *fortemente atingido pelas águas, está sendo objeto de regularização fundiária, ou seja, muitas pessoas construíram casas em áreas de risco, sem projeto aprovado, apesar da fiscalização efetiva*, fls. 326.

Por seu turno, o município, ciente da possibilidade de inundação, não demonstrou ter adotado qualquer medida preventiva ou adotado meios para alertar a população ribeirinha sobre o perigo, em caso de eventual abertura ou rompimento das barragens próximas, com identificação de rota de fuga e zona de salvamento, por meio de placas indicativas, recomendado pelo Plano de Emergência e que lhe competia, comportamento omisso que gera sua responsabilização.

A prova dos autos permite concluir que o município deixou de adotar medidas para mitigar os riscos decorrentes da inundação da região, que era previsível e estava ciente de possível abertura de comportas, deixando de prover o local com sistema adequado e eficiente de desocupação do imóvel e meios para resguardar seus bens móveis, descumprindo seu poder-dever de atendimento ao interesse público e promover a adequada ocupação do solo rural e urbano, nos termos do artigo 30, V e VIII, da Constituição Federal.

Não cuidou, ademais, de anexar qualquer documento que evidencie a

Acesso ao Sumário

efetiva fiscalização ou qualquer regularização dos moradores daquele bairro, que foi fortemente atingido, conforme admitido e sobejamente evidenciado nos autos.

Observa-se que sequer demonstrado ter o autor recebido ajuda após o trágico alagamento da região, que ao ser socorrido pelo helicóptero Águia da Polícia Militar, foi atendido na Santa Casa de Misericórdia de Cabreúva, tendo todos seus móveis destruídos, cobertos de lama, conforme evidenciado pelas inúmeras fotografias anexadas, matéria jornalística e relatório da Polícia Militar, sem qualquer impugnação, fls. 32/110, 111/122, fls. 123/124 e 150.

De acordo com EMEA, as aberturas das comportas *foram feitas de forma gradativa e bem espaçadas entre elas, objetivando atenuar e suavizar a onda gerada para jusante, servindo como alerta e afastando a população ribeirinha das proximidades do leito do rio Tietê*, fls. 193, sem, contudo, emitir qualquer alerta aos moradores ou à Defesa Civil do Município de Cabreúva para evacuação da área.

O fato da concessionaria afirmar que o imóvel do autor se encontra em área de preservação permanente, embora sem a efetiva prova, e que ele tinha conhecimento do risco, não tem o condão de elidir sua responsabilidade, que decorre da própria atividade desenvolvida, ocorrendo evidente falha no serviço prestado.

EMAE, sociedade de economia mista, concessionária de serviços públicos de água e energia, localizada no município de Pirapora do Bom Jesus, não cumpriu a sua obrigação de comunicar à Coordenadoria de Defesa Civil de Cabreúva, primeiro município a ser afetado, acerca da abertura de suas comportas, acarretando aumento repentino do nível da água, sem tempo hábil para serem tomadas as medidas emergenciais, fls. 325.

Diz o município que o bairro Bananal, onde localizado o imóvel do autor, está sendo objeto de regularização fundiária e que muitas pessoas construíram casas em áreas de risco, sem projeto aprovado, apesar da sua fiscalização, não demonstrada em nenhum momento, fls. 327.

Os próprios elementos produzidos pelos requeridos revelam ter ocorrido grande volume de chuva, fato previsível, ainda mais em época de verão, quando ocorre acentuado ciclo chuvoso, mas a barragem é construída exatamente para reter as águas dessas chuvas para permitir o desenvolvimento de suas atividades, afastando, portanto, situação de imprevisibilidade e inevitabilidade. Se a requerida tivesse providenciado a comunicação sobre abertura das comportas, o dano aos moradores de áreas próximas poderia ter sido evitado ou minimizado.

Ainda que se reconheça a possível incidência pluviométrica excessiva e em breve trato de tempo, não se tem como excluir a responsabilidade da Administração Pública, diante da manifesta omissão antecedente à tragédia.

Não se questiona a necessidade de serem abertas as comportas da barragem, mas sim a falta de providência para conter a vazão escalonada e gradativa, para que os imóveis da região não fossem inundados.

Por outro lado, a requerida presta seus serviços diretamente aos consumidores finais de água e energia elétrica e o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal é expresso quando estende a responsabilidade objetiva do Estado às pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços públicos, por força das funções que assumem.

Portanto, a responsabilidade da requerida, no caso, é objetiva, pelo próprio fato do serviço, independentemente de defeito, equiparando-se ao consumidor todos aqueles vitimados pelo evento, consumidor por equiparação, conforme disposto no artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor.

Ressalte-se que de acordo com a regra do artigo 14, § 1º, do citado Código de Defesa do Consumidor, o fornecedor de serviços responde pela reparação dos danos causados aos consumidores, decorrentes de defeitos na prestação, de sorte que se a adutora precisou ser aberta, isto se deve à ação ou omissão dos prepostos da concessionaria, que ainda tinha o dever de expedir comunicado em caso de emergência, mas no caso, permaneceu inerte.

Em se tratando de dano causado por concessionária de serviço público, a exoneração da responsabilidade só se dá desde que feita prova de que o evento foi provocado por caso fortuito ou força maior, culpa de terceiro ou exclusiva da vítima, sendo que para a configuração da responsabilidade, hábil a ensejar a indenização, basta a demonstração da ação ou omissão da concessionária, do resultado lesivo e do nexo causal entre ambos.

O conjunto probatório não deixa dúvidas de que o Município de Cabreúva deveria agir por imposição legal, se omitindo quanto às medidas antecedentes e imprescindíveis, para evitar ou minimizar os efeitos da inundação.

Assim, a falta de providências tendentes a evitar a inundação e permitindo que lá permanecessem moradores sem qualquer planejamento adequado e eficaz, caracteriza incúria do poder público e da concessionária em relação à área afetada, que implica no dever de indenizar, sendo solidária a responsabilidade dos réus.

Os danos materiais estão configurados e documentalmente comprovados, seja mediante a juntada de diversas fotografias, boletim de ocorrência e relato da mídia sobre a dimensão dos acontecimentos, seja porque em nenhum momento impugnados pelas requeridas.

Os valores apresentados, de R$ 19.784,43 e R$ 2.189,84, se mostram razoáveis, chegando a ser módico para recompor o prejuízo material sofrido, à deterioração causada pela inundação, limpeza, conserto e reforma no poço e no veículo, além do agravamento do quadro de saúde do autor, fls. 32/110, 111/112,

Acesso ao Sumário

125/142, 143/147 e 148/149.

Ademais, no tocante ao dano material, com relação aos bens móveis que se encontravam no interior das residências, não se podia exigir do autor maior prova, pois a inundação, além de ter danificado os bens que guarneciam os imóveis, também teria destruído os comprovantes de tais bens.

Nesse contexto, o Superior Tribunal de Justiça já adotou o entendimento no sentido de que, em caso de residência invadida por enchente em razão da qual o morador teve seus bens danificados, não se mostra razoável a exigência de comprovação efetiva e rigorosa dos danos materiais suportados, pois a calamidade torna inexequível a rigorosa comprovação documental (AgRg no AREsp n. 500.618/PB; REsp 1.274.615/PB e AgRg no AREsp 521.850/PB).

Com respeito ao dano moral, não se pode negar que a inundação da residência, por evidente falha na prestação do serviço público, causa tristeza, sofrimento, angústia acentuada, ainda mais em se tratando de pessoa idosa com a saúde fragilizada, é por isso passível de indenização, que fica arbitrada em dez mil reais. O pedido maior, de cem salários-mínimos, não interfere na distribuição dos ônus da sucumbência, conforme Superior Tribunal de Justiça, Súmula 326.

Para os danos materiais, correção monetária e juros de mora desde o evento danoso e, para os danos morais, correção monetária a partir deste julgamento e juros de mora desde o evento danoso, conforme Código Civil, artigo 398 e Superior Tribunal de Justiça, Súmulas 362, 54 e 43.

Correção monetária pelo IPCA-E e juros de mora pela Lei 11960/2009, conforme Supremo Tribunal Federal, Tema 810, e Superior Tribunal de Justiça, Tema 905, e ambos pela taxa SELIC, conforme EC 113/2021, artigo 3º, a partir da sua vigência.

Destarte, **DÁ-SE** provimento ao recurso para acolhimento da pretensão, nos termos da fundamentação, com inversão da sucumbência e condenação dos réus em honorários advocatícios, também pelo trabalho e sucumbência em grau de recurso, à razão de quinze por cento sobre o valor da condenação.

Se as partes não manifestarem oposição, eventuais embargos de declaração serão julgados em ambiente virtual, na forma da Resolução 549/2011 desta Corte.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Cível nº 1023079-60.2022.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ASSOCIA-

ÇÃO DOS LABORATÓRIOS FARMACÊUTICOS NACIONAIS - ALANAC, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Recurso provido para afastar a ilegitimidade ativa. No mérito, segurança denegada. V.U. (Sustentou oralmente a Dra Roberta de Amorim Dutra, OAB/SP 235.169", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.595)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores AROLDO VIOTTI (Presidente) e AFONSO FARO JR.

São Paulo, 25 de abril de 2023.

OSCILD DE LIMA JÚNIOR, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO – ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – Base de cálculo do ICMS-ST de medicamentos – Alegação de ilegalidade da Portaria SER 17/2022, de 28/03/2022, ao proceder à elevação da base de cálculo do ICMS-ST de medicamentos, em suposta violação ao devido processo administrativo, bem como inconstitucionalidade, por ofensa ao princípio da anterioridade tributária – Sentença que extinguiu o feito sem resolução do mérito (art. 485, VI, CPC), em virtude da ilegitimidade ativa da Associação para impetrar mandado de segurança coletivo – Legitimidade ativa caracterizada – Hipótese de legitimação extraordinária da associação, prevista no art. 5º, inciso LXX, alínea b, da CF – Ausência de autorização dos associados que não constitui óbice à impetração de mandado de segurança coletivo em defesa dos interesses de seus associados – Inteligência do art. 21 da Lei nº 12.016/2009 – Não aplicação, na espécie, da exigência prevista no art. 2º-A da Lei nº 9.494/97, uma vez que o mandado de segurança é regido por lei específica (Lei nº 12.016/2009) – Ilegitimidade ativa, reconhecida pela sentença, afastada – Causa madura – Aplicação do art. 1.013, §3º, I, do CPC – No mérito, denegação da segurança que se afigura de rigor – Portaria SER nº 17/2022, que procedeu ao reajuste do "Preço Médio Ponderado Fiscal a Consumidor Final - PMPF", tendo como base o IPCA acumulado de abril de 2020

Acesso ao Sumário

a fevereiro de 2022, em observância ao disposto na Lei Federal nº 10.742/2003 (art. 4º, §2º) e baseada no permissivo constante da Resolução CM-CMED nº 01/2021 e da Resolução CM-CMED nº 02/2022 – Instrumento levado a efeito pelo Fisco Estadual, após pedido formulado por associação do setor de drogarias e farmácias, para evitar grande defasagem do "Preço Médio Ponderado a Consumidor Final - PMPF" (base de cálculo) em relação aos preços praticados no mercado, uma vez que a pesquisa de preços até então realizada não contemplou o reajuste anual feito pela indústria farmacêutica em março de 2021, bem como a inflação acumulada do período subsequente – Levantamento de preços, para fins de composição da base de cálculo do ICMS-ST, que pode ser feito por amostragem, de modo que permitido o ajuste linear ora combatido, cuja prova da suposta incorreção depende de dilação probatória não admitida em sede de mandado de segurança – Inteligência do art. 8º, inciso II e §4º, da LC nº 87/96 – Ausente violação ao devido processo administrativo, eis que inexiste dispositivo legal que imponha o procedimento específico para levantamento de preços, com abertura do contraditório, descrito pela impetrante, eis que a regra estipulada no §4º do art. 8º da LC nº 87/96 remete apenas à necessidade da denominada pauta fiscal refletir a realidade dos preços do mercado, ainda que por amostragem ou por indicação dos preços pelas associações do setor – No mais, ausente violação ao princípio da anterioridade tributária – Ausência de majoração de tributo, por meio da modificação da base de cálculo – Mera adequação do preço médio ponderado fiscal ao consumidor final aos preços reais praticados na economia – Base de cálculo, no regime de substituição tributária, que apresenta um valor variável, justamente por tratar-se de uma situação peculiar na qual o ICMS é recolhido antes que a operação ocorra e antes que se tenha a certeza acerca do valor pelo qual a operação será praticada – Aumento da carga tributária que, nesse caso, decorre tão somente do aumento do próprio preço do produto praticado nas operações finais

Acesso ao Sumário

– Ausente violação a direito líquido e certo – Precedentes deste Egrégio Tribunal.

Recurso provido para afastar a ilegitimidade ativa. No mérito, segurança denegada, nos termos do art. 487, I, do CPC.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança coletivo com pedido de liminar impetrado pela Associação dos Laboratórios Farmacêuticos Nacionais - ALANAC contra ato do Secretário da Fazenda e Planejamento do Estado de São Paulo, alegando que é entidade associativa que congrega a categoria econômica das indústrias farmacêuticas nacionais, o que justifica a sua legitimidade ativa. Sustentou que as empresas associadas estão sujeitas à tributação pelo ICMS na modalidade de substituição tributária, cabendo à autoridade coatora fixar a base de cálculo do ICMS-ST de medicamentos, que deve corresponder à média ponderada de preços ao consumidor final (PMPF - Preço Médio Ponderado Fiscal), aferindo, mediante processo administrativo, os preços usualmente praticados no mercado, por meio de levantamento de preços, por amostragem ou de dados fornecidos pelas entidades representativas dos setores respectivos. Após tal apuração e análise pelo órgão fazendário, foi prevista uma segunda fase, na qual a autoridade coatora deveria enviar, para as empresas do setor, os dados apurados a título de PMPF, com a listagem dos medicamentos e a minuta da portaria que instituirá os preços, para análise e apontamentos necessários pelas empresas associadas da impetrante. Em caso de eventuais correções necessárias, as empresas apresentariam seus apontamentos e, então, seria realizada nova análise interna pela SEFAZ, de acordo com a legislação em vigor, ocasião em que editado o ato administrativo pelo órgão oficial do Estado, dando publicidade à norma. Assim foi feito quando da edição da Portaria CAT 40/2021, de 23/06/2021, na qual se apurou o PMPF, por meio da média de preços praticados em mais de 8 mil medicamentos, nos meses de setembro de 2020 a abril de 2021.

Afirmou que, ao editar a Portaria SER 17/2022, publicada no DOE em 29/03/2022, a autoridade coatora, de forma arbitrária e ilegal, majorou a base de cálculo do ICMS-ST, sem procedimento de apuração prévia junto às entidades setoriais, deixando de observar os critérios legais que está adstrita, nos termos do artigo 8º da LC 87/86, para definir a margem da base de cálculo do ICMS-ST. Relatou que houve majoração proporcionalmente idêntica (16,2%) da base de cálculo do ICMS-ST de quase 8.500 medicamentos, com aplicação de percentual cuja origem é desconhecida e inobservância do devido processo legal na seara administrativa (*ausência de definição da base de cálculo mediante processo administrativo*), violando, também, o princípio da anterioridade tributária

Acesso ao Sumário

nonagesimal - a aplicação imediata da alteração no Anexo I da Portaria CAT 40/2021, promovida pela Portaria SER 17/2022, ao alterar a base de cálculo do ICMS- ST, importou em manifesta majoração do tributo sem observância dos critérios previstos no art. 150, III, "c" da CF.

Requereu, pois, em virtude da ilegalidade da Portaria SER 17/2022, e inconstitucionalidade decorrente de violação ao princípio da anterioridade tributária nonagesimal e da não surpresa ao contribuinte, a concessão da segurança para não ser compelida ao reajuste promovido no PMPF para fins de cálculo do ICMS-ST sobre medicamentos.

A liminar foi indeferida a fls. 174/175.

A impetrante interpôs agravo de instrumento contra referida decisão (fls. 221/241), com o indeferimento do efeito ativo, e posterior não conhecimento do recurso, em razão da perda do objeto (fls. 311/316).

A r. sentença de fls. 259/261acolheu a preliminar de ilegitimidade ativa e, consequentemente, julgou extinto o feito, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, inciso VI, do CPC.

A impetrante opôs embargos de declaração (fls. 269/273), os quais foram rejeitados pela decisão de fls. 274.

Irresignada, a impetrante interpôs recurso de apelação a fls. 279/300, requerendo, em preliminar, seja afastada a ilegitimidade ativa, tendo em vista a desnecessidade de autorização de seus associados, tal como exige a Lei nº 9.494/97, para a impetração de mandado de segurança coletivo. Argumenta que a Lei nº 9.494/97 é inaplicável na espécie, pois o mandado de segurança é regido por lei específica (Lei nº 12.016/2009), que, em seus arts. 21 e 22, estabelecem que o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por associação legalmente constituída e em funcionamento há mais de um ano, em defesa dos direitos líquidos e certos da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, dispensada, para tanto, autorização especial – entendimento, inclusive, consolidado pelos Tribunais Superiores. No mérito propriamente dito, pugna pela concessão da segurança postulada, reiterando os argumentos expendidos na petição inicial.

Acesso ao Sumário

O recurso foi respondido a fls. 317/340.

A apelada manifestou oposição ao julgamento virtual do presente recurso (fls. 345).

É o relatório.

O recurso deve ser provido.

Isso porque, em matéria preliminar, deve ser afastada a ilegitimidade ativa da Associação para a impetração do presente mandado de segurança coletivo, utilizada como fundamento pelo juízo *a quo* para extinguir o feito sem resolução

do mérito, nos termos do art. 485, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Os efeitos da decisão proferida em mandado de segurança coletivo alcançam todos os associados cuja situação jurídica seja idêntica àquela tratada na decisão da impetração coletiva – e, bem assim, não exige autorização ou comprovação de filiação à Associação impetrante.

Desta feita, não se trata de condicionar a propositura da ação à apresentação de autorização dos associados no momento da impetração do Mandado de Segurança Coletivo, mas de hipótese de legitimação extraordinária da Associação para atuar na defesa do interesse de seus associados, conforme previsto no art. 5º, inciso LXX, alínea "b", da Constituição Federal:

> *"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*
>
> *(...)*
>
> *LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:*
>
> *(...)*
>
> *b) organização sindical, entidade de classe ou* ***associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;".***

Em reforço, o art. 21 da Lei nº 12.016/2009 dispõe expressamente acerca da desnecessidade de autorização prévia para a impetração:

> *"Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou* ***associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano****, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades,* ***dispensada, para tanto, autorização especial".***

Tem razão a impetrante ao salientar que, pelo fato do mandado de segurança ser regido por lei específica (Lei nº 12.016/2009, supra), é inaplicável a previsão constante no art. 2º-A, parágrafo único, da Lei nº 9.494/97 – utilizada como fundamento para reconhecer a ilegitimidade ativa –, a saber: "*nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente instruída com a ata da assembleia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços*".

Esse é, inclusive, o entendimento restou sedimentado pela Súmula 629

do STF, *in verbis*: "***A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes***".

E mais:

"MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DO TRABALHO. COMPOSIÇÃO DOS TRIBUNAIS REGIONAIS DO TRABALHO EM DECORRÊNCIA DA EXTINÇÃO DA REPRESENTAÇÃO CLASSISTA NA JUSTIÇA LABORAL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 24/99. VAGAS DESTINADAS A ADVOGADOS E MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. CRITÉRIO DE PROPORCIONALIDADE.

*1 - Legitimidade do Presidente da República para figurar no polo passivo do writ, tendo em vista ser ele o destinatário da lista tríplice prevista no § 2º do art. 111 da Constituição Federal, visando ao provimento dos cargos em questão. Precedente: MS nº 21.632, rel. Min. Sepúlveda Pertence. 2 - **Não aplicação, ao mandado de segurança coletivo, da exigência inscrita no art. 2º-A da Lei nº 9.494/97, de instrução da petição inicial com a relação nominal dos associados da impetrante e da indicação dos seus respectivos endereços. Requisito que não se aplica à hipótese do inciso LXX do art. 5º da Constituição**. Precedentes: MS nº 21.514, rel. Min. Marco Aurélio, e RE nº 141.733, rel. Min. Ilmar Galvão. 3 - Composição do Tribunal Superior do Trabalho. Proporcionalidade. Emenda nº 24/99 (...)"* **(STF, MS 23769, Tribunal Pleno, Relatora: Ministra Ellen Gracie, j. 03/04/2002, DJ 30/04/2004 p.52)**

"CONSTITUCIONAL. AGRAVO INTERNO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ASSOCIAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. LEGITIMIDADE.

*1. **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se consolidou no sentido de reconhecer a legitimidade ativa das associações para a impetração de mandado de segurança coletivo em defesa dos interesses de seus associados, independentemente de expressa autorização ou da relação nominal desses. Precedentes.***

2. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não é cabível, na hipótese, condenação em honorários advocatícios (art. 25 da Lei nº 12.016/2009 e Súmula 512/STF).

3. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015" **(STF, 1ª Turma, AgReg nos Bem. Decl no RE 1.296.035/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 09/03/2022).**

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. TÍTULO JUDICIAL FORMADO EM MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. AÇÃO DE EXECUÇÃO INDIVIDUAL. ASSOCIAÇÃO. LISTA DE ASSOCIADOS. DESNECESSIDADE.

1. Trata-se, na origem, de Execução individual de sentença proferida em

Mandado de Segurança Coletivo, referente à Vantagem Pecuniária Especial - VPE.

*2. **A jurisprudência do STJ consolidou-se no sentido de não ser exigível a apresentação de autorização dos associados, nem de lista nominal dos representados para impetração de Mandado de Segurança Coletivo pela associação**. Configurada hipótese de substituição processual, os efeitos da decisão proferida beneficiam todos os associados. Precedentes: AREsp 1.462.605/RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 19.12.2019; e AgInt no AREsp 1.377.063/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 21.5.2019.*

3. Recurso Especial provido" **(STJ: REsp 1856186/RJ, Segunda Turma, Relator: Ministro Herman Benjamin, j. 03/03/2020, DJe 13/05/2020).**

Diante do dispositivo da sentença lançada é possível, pois, a aplicação da regra do art. 1013, §3º, inciso I, do Código de Processo Civil, para afastar a ilegitimidade ativa e enfrentar o pedido deduzido.

Nesse sentido, "*ao dar provimento a recurso de apelação, interposto contra sentença de extinção do processo sem conhecimento do mérito (CPC/73 267), pode o tribunal decidir desde logo o mérito, desde que a causa verse matéria exclusivamente de direito*" (**Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery**, Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor, 6ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, pág. 858, nota 5 ao § 3º, do art. 515, do CPC).

Cândido Rangel Dinamarco ensina que a "*causa madura ali insculpida equivale a processo já suficientemente instruído para o julgamento de mérito*" **(A reforma da reforma, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 154 e 155).**

Essa orientação considera a função pública do processo, que atua como método à luz de seu modelo constitucional, diante da promessa de inafastabilidade de controle jurisdicional. É flagrante a prevalência dos princípios da efetividade da jurisdição, do acesso à justiça e da celeridade processual.

Nessa linha de raciocínio, importa notar que "*a inovadora regra está em consonância com a onda reformista no sentido de se alcançar o acesso à ordem jurídica justa, minimizando, pois, os embaraços formais à prestação jurisdicional. É o que alguns denominam de julgamento da "causa madura" pelo tribunal. Com efeito, autorizando-se o tribunal a julgar o mérito, a par da extinção do processo sem a apreciação do pedido, valorizaremos os princípios da instrumentalidade e da efetividade do processo*" **(MIRANDA, Gilson Delgado e PIZZOL, Patrícia Miranda. Processo Civil Recursos. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2002).**

Pois bem.

A segurança deve ser denegada.

Cuida-se, na hipótese vertente, de mandado de segurança coletivo objeti-

vando o reconhecimento de ilegalidade e inconstitucionalidade na majoração da base de cálculo do ICMS-ST de medicamentos, promovida pela Portaria SER nº 17/2022, de 28/03/2022, que alterou a redação do Anexo Único da Portaria CAT nº 40/2021, afastando-se sua aplicação.

Em que pesem as alegações da impetrante, não há qualquer direito líquido e certo a ser amparado no presente mandado de segurança.

Segundo os ensinamentos de **Hely Lopes Meirelles**, "***direito líquido e certo*** é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais. (...) Por se exigir situações e fatos comprovados de plano é que não há instrução probatória no mandado de segurança. Há, apenas, uma dilação para informações do impetrado sobre as alegações e provas oferecidas pelo impetrante, com subsequente manifestação do Ministério Público sobre a pretensão do postulante. Fixada a lide nestes termos, advirá a sentença considerando unicamente o direito e os fatos comprovados com a inicial e informações. (...) Vê-se, portanto, que o objeto normal do mandado de segurança é o ato administrativo específico" (Mandado de Segurança, 30ª ed., 2007, São Paulo, Malheiros, p. 38/39 e 41).

Complementam **Nelson Nery Júnior** e **Rosa Maria de Andrade Nery** que este "é o direito que pode ser comprovado *prima facie*, por documentação inequívoca que deve ser juntada com a petição inicial do MS. A matéria de fato e de direito já deve estar comprovada de início, pois não se admite dilação probatória no procedimento angusto do MS. A complexidade da matéria é irrelevante para a aferição da liquidez e certeza do direito" (Constituição Federal Comentada, 2ª ed., 2009, São Paulo, RT, p. 195).

Acesso ao Sumário

Com efeito, consta dos autos que a pesquisa de preços, que embasou a Portaria CAT nº 40, de 23/06/2021, foi realizada considerando-se o último trimestre de 2020 (fls. 162), sendo que o "Preço Médio Ponderado a Consumidor Final - PMPF" ali divulgado não contemplou o reajuste anual ocorrido em 31/03/2021, no âmbito das resoluções da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), bem como por conta da inflação.

Houve, inevitavelmente, uma grande defasagem do "Preço Médio Ponderado a Consumidor Final - PMPF" em relação aos preços praticados no mercado, e aproximadamente 50% dos medicamentos que possuem PMPF publicado na Portaria CAT nº 40/2021 seriam enquadrados na regra da "trava" prevista no

§2º do art. 1º da mencionada Portaria, o que resultaria na aplicação do IVA-ST ao invés do PMPF.

Ao que se infere da mencionada legislação, quando o preço do medicamento sujeito à incidência do ICMS-ST com base no PMPF supera os percentuais previstos na "trava" do §2º do art. 1º, a tributação muda, passando a incidir o IVA-ST (art. 1º, §1º, inciso II), cuja carga tributária é maior do que a prevista para o PMPF.

Diante de tal cenário, a pedido da Associação Brasileira de Redes de Farmácias e Drogarias (ABRAFARMA), e a fim de se evitar que o setor fosse penalizado com a aplicação do IVA-ST, em detrimento do PMPF, foi publicada a Portaria SER nº 17/2022, que o reajustou com base no IPCA acumulado de abril de 2020 a fevereiro de 2022, em clara observância ao disposto na Lei Federal nº 10.742/2003 (art. 4º, §2º) e baseada no permissivo constante da Resolução CM-CMED nº 01/2021 e da Resolução CM-CMED nº 02/2022, até a realização de nova pesquisa de preços.

Ou seja, a formação do PMPF divulgado na Portaria SER nº 17/2022 não foi construído de ofício ou de maneira arbitrária, mas baseado em legislação que disciplina o reajuste anual de preço dos medicamentos, que é baseado no modelo regulação por teto de preços, prevendo a aplicação de um índice geral de preços, um fator de produtividade e dois fatores de ajustes de preços, um entre setores e outro intrassetorial.

Vale dizer, a correção do PMPF pelo IPCA acumulado no período caracterizou-se como medida adequada para refletir a defasagem de preços entre o período pesquisado pela Secretaria da Fazenda (*que levou em consideração os últimos meses de 2020*) e os dias atuais – especialmente porque, como dito alhures, o PMPF não abrangeu o reajuste nos preços dos medicamentos levado a termo pelas indústrias em 31/03/2021, assim como a inflação de parte do período – evitando-se, dessa forma, que o mecanismo da "trava", com a aplicação do IVA-ST, seja a regra pra fins de fixação da base de cálculo do ICMS-ST de medicamentos.

Ademais, a Lei Complementar nº 87/96, dispõe (g.n):

"Art. 8º - A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

[...]

*II - **em relação às operações ou prestações subsequentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes**:*

a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;

b) o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;

c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às opera-

ções ou prestações subsequentes.

§ 1º Na hipótese de responsabilidade tributária em relação às operações ou prestações antecedentes, o imposto devido pelas referidas operações ou prestações será pago pelo responsável, quando:

I da entrada ou recebimento da mercadoria, dobem ou do serviço;

II - da saída subsequente por ele promovida, ainda que isenta ou não tributada;

III - ocorrer qualquer saída ou evento que impossibilite a ocorrência do fato determinante do pagamento do imposto.

2º - Tratando-se de mercadoria ou serviço cujo preço final a consumidor, único ou máximo, seja fixado por órgão público competente, a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, é o referido preço por ele estabelecido.

§ 3º - Existindo preço final a consumidor sugerido pelo fabricante ou importador, poderá a lei estabelecer como base de cálculo este preço.

§ 4º - A margem a que se refere a alínea c do inciso II do caput será estabelecida com base em preços usualmente praticados no mercado considerado, obtidos por levantamento, ainda que por amostragem ou através de informações e outros elementos fornecidos por entidades representativas dos respectivos setores, adotando-se a média ponderada dos preços coletados, devendo os critérios para sua fixação ser previstos em lei".

Observa-se, assim, que referido diploma legal permite que, para composição da base de cálculo do ICMS-ST, o levantamento de preços seja feito por amostragem, de modo que permitido o ajuste linear ora combatido, cuja prova da suposta incorreção depende de dilação probatória não admitida em sede de mandado de segurança.

Muito embora a impetrante refute tal argumentação em suas razões recursais, deve-se ter em conta que controvérsias atinentes a aspectos fáticos e probatórios não podem ser resolvidos no estreito âmbito do mandado de segurança, especialmente no que se refere à correta utilização do mecanismo da "trava", prevista no §2º do art. 1º da Portaria CAT 40/2021, para justificar ou não a atualização da base de cálculo do ICMS-ST por intermédio da Portaria SER nº 17/2022.

Acesso ao Sumário

A respeito do processo administrativo, não há qualquer previsão na legislação que imponha o procedimento específico para levantamento de preços, com abertura do contraditório, descrito pela impetrante, eis que a regra estipulada no §4º do art. 8º da LC nº 87/96 remete apenas à necessidade da denominada pauta fiscal refletir a realidade dos preços do mercado, ainda que por amostragem ou por indicação dos preços pelas associações do setor, o que foi levado a efeito.

Deste modo, após provocação do setor impactado através de entidade as-

sociativa (ABRAFARMA), foi instaurado processo administrativo, e em seu bojo estão presentes as pesquisas de preços, realizadas peça própria entidade do setor, em consonância com o disposto no §4º do art. 8º da LC 87/96.

Outrossim, não merece guarida a tese de violação ao princípio da anterioridade tributária.

O princípio da anterioridade tributária encontra-se positivado no art. 150 da Constituição Federal, nos seguintes termos:

> ***"Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:***
>
> ***(...)***
>
> ***III - cobrar tributos:***
>
> ***(...)***
>
> ***b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;***
>
> ***c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b".***

O referido princípio impõe a exigência de um prazo mínimo entre a publicação da lei que institui ou majora um tributo e o início de sua vigência, sendo que a sua principal função é evitar que os contribuintes sejam surpreendidos com a majoração do tributo.

Nesse sentido, leciona Francisco Pinto Rabello Filho:

> ***"o Estado deve atuar sempre com lealdade em face das pessoas (físicas e jurídicas), pautar-se invariavelmente de modo a não surpreendê-las (não-surpresa) com as medidas tomadas. (...) O princípio da anterioridade da lei tributária é inequívoca forma de dar-se efetivação ao princípio da segurança jurídica, na medida em que faz com que o cidadão saiba, num dado exercício financeiro [que coincide com o ano civil, art. 34 da LF n° 4.320/94], que no exercício seguinte ele terá uma carga tributária (inteiramente) nova ou majorada. Com essa exigência, o cidadão fica sabendo, com antecedência, que no próximo exercício financeiro terá um incremento em seus encargos tributários"*** (O Princípio da Anterioridade da Lei Tributária. São Paulo: RT, 2002, p. 100/103).

Por sua vez, o Código Tributário Nacional prevê, em seu art. 104, que "*entram em vigor no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorra a sua publicação os dispositivos de lei, referentes a impostos sobre o patrimônio ou a renda: I - que instituem ou majoram tais impostos*". E mais, em seu art. 97, § 1º, equipara a majoração do tributo à modificação da sua base de cálculo, que importe em torná-lo mais oneroso.

Depreende-se da leitura de tais dispositivos que o princípio da anterioridade aplica-se, tão somente, no caso de alteração da base de cálculo ou alíquota direta do tributo, o que, contudo, não ocorre no caso sub judice.

No regime de substituição tributária "para frente", a legislação atribui a um contribuinte situado em etapa antecedente da cadeia econômica ("substituto tributário") a responsabilidade pelo recolhimento *antecipado* do tributo que seria devido em operação futura praticada pelo contribuinte "substituído", sendo o ICMS apurado com base em um valor estimado da operação futura.

A base de cálculo das operações sujeitas ao regime de substituição tributária é delineada pela Lei Complementar nº 87/96, nos termos mencionados no supracitado art. 8º.

No mais, a Lei Estadual nº 6.374/89 assim prevê (g.n):

"Artigo 28-A - Na falta de preço final a consumidor, único ou máximo, autorizado ou fixado por autoridade competente, a base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária em relação às operações ou prestações subsequentes será:

I - o valor da operação ou prestação praticado pelo sujeito passivo por substituição tributária ou pelo contribuinte substituído intermediário, incluídos os valores correspondentes a frete, carreto, seguro, impostos e outros encargos transferíveis ao adquirente, acrescido do valor resultante da aplicação de percentual de margem de valor agregado estabelecido conforme disposto no artigo 28-C;

(...)

Artigo 28-B - Em substituição ao disposto no artigo 28-A, a legislação poderá fixar como base de cálculo do imposto em relação às operações ou prestações subsequentes a média ponderada dos preços a consumidor final usualmente praticados no mercado considerado, apurada por levantamento de preços, ainda que por amostragem ou por meio de dados fornecidos por entidades representativas dos respectivos setores.

§ 1º - ***O levantamento de preços a que se refere este artigo:***

1 - deverá apurar, no mínimo, o preço de venda à vista no varejo, incluindo o frete, seguro e demais despesas cobradas do adquirente;

2 - não deverá considerar os preços de promoção, bem como aqueles submetidos a qualquer tipo de comercialização privilegiada;

3 - poderá ser promovido pela Secretaria da Fazenda ou, a seu critério, por entidade representativa do setor que realiza operações ou prestações sujeitas à substituição tributária;

4 - poderá ser adotado pela Secretaria da Fazenda com base em pesquisas já realizadas por instituto de pesquisa de mercado de reputação idônea.

§ 2º - Na hipótese de o levantamento de preços ser promovido por

Acesso ao Sumário

entidade representativa de setor, este deverá ser realizado por instituto de pesquisa de mercado de reputação idônea, desvinculado da referida entidade, devendo ser encaminhado à Secretaria da Fazenda para efeitos de subsidiar a fixação da base de cálculo do imposto, acompanhado:

1. de relatório detalhado sobre a metodologia utilizada;

2. de provas que demonstrem a prática dos preços pesquisados pelo mercado.

§ 3º - Para os fins estabelecidos neste artigo, a Administração Tributária poderá utilizar os dados fornecidos por contribuintes de um determinado setor da economia, em atendimento a obrigações acessórias, fixadas na forma da legislação.

(...)

Artigo 28-C - Para fins de estabelecimento do percentual de margem de valor agregado a que se refere o artigo 28-A, o levantamento de preços previsto no artigo 28-B deverá apurar também:

I - o preço de venda à vista no estabelecimento fabricante ou importador, incluindo o IPI, frete, seguro e demais despesas cobradas do destinatário, excluído o valor do ICMS relativo à substituição tributária;

II - o preço à vista no estabelecimento atacadista, incluindo o frete, seguro e demais despesas cobradas do destinatário, excluindo o valor do ICMS relativo à substituição tributária.

§ 1º - ***O percentual de margem de valor agregado será fixado com base nos preços obtidos pelo levantamento, estabelecendo-se a relação percentual entre os valores apurados relativamente:***

1. ao item 1 do § 1º do artigo 28-B e o inciso I;

2. ao item 1 do § 1º do artigo 28-B e o inciso II.

§ 2º - ***Poderão ser adotados percentuais de margem de valor agregado ou preço final a consumidor fixados com observância do disposto em lei complementar relativa à matéria, em acordo celebrado pelo Estado de São Paulo com outras unidades da Federação".***

Da análise dos dispositivos acima transcritos, verifica- se que a própria legislação autoriza, desde longa data, a atualização dos valores de mercado que norteiam o cálculo do IVA-ST e do PMPF, como ocorreu com a Portaria SER nº 17/2022, que, ao contrário do defendido pela impetrante, não implicou em majoração do tributo, alíquota ou base de cálculo, mas sim em mero reajuste da margem do preço médio ponderado ao consumidor final, para adequação dos preços efetivamente praticados, metodologia esta, repita-se, prevista e autorizada pelos supracitados diplomas legais, evitando-se, assim, que o ICMS seja recolhido sobre valor estabelecido há cerca de dois anos e que, evidentemente, não mais são praticados pelas associadas da impetrante.

Acesso ao Sumário

Em outras palavras, é certo que o aumento de percentual do PMPF pela Portaria SER nº 17/2022 – a fim de ajustá-lo à atual realidade do mercado – possa implicar o aumento da carga tributária, tal fato não se confunde com a majoração da base de cálculo do tributo.

Isso porque a própria lei, ao definir a base de cálculo do ICMS em tal hipótese, nela incluiu um valor variável, justamente por tratar- se de uma situação peculiar na qual o ICMS é recolhido antes que a operação ocorra e antes que se tenha a certeza acerca do valor pelo qual a operação será praticada.

O eventual aumento da carga tributária nesse caso decorre, tão somente, do aumento do próprio preço do produto praticado nas operações finais, sendo que tal aumento ocorre, naturalmente, em qualquer operação sujeita ao ICMS, quando há aumento do preço do produto.

Ou seja, o PMPF nada mais é do que a atualização da base de cálculo presumida, com vistas a aproximá-la do real valor das operações que serão praticadas.

Assim, não havendo majoração ou instituição de tributo, não há que se cogitar na aplicação da anterioridade à hipótese tratada nos autos.

A respeito de tema análogo, é válido destacar, ainda, que este E. Tribunal de Justiça já entendeu pela constitucionalidade da instituição do percentual da margem de valor agregado por meio de Portaria CAT, justamente em razão da mutabilidade dos valores pelos quais os produtos finais são comercializados.

Nesse sentido é o voto do E. Relator Corrêa Viana no julgamento do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0380586-05.2010.8.26.0000:

> ***"Logo, se a lei prevê o acréscimo do "valor resultante da aplicação de percentual de margem de valor agregado estabelecido conforme disposto no art. 28-C" e se esse artigo 28-C estabelece os critérios para seu cálculo, nada impedia que o percentual resultante fosse definido em Portaria CAT, até porque haverá de prevalecer a indispensável flexibilidade para que esse valor, mutável de acordo com as circunstâncias de comercialização dos diversos produtos, possa ser alterado sem que, para tanto, seja necessário o rigor formal de outra lei. É o caso, por exemplo, das frequentes mudanças de alíquotas nas operações de comércio exterior, ou, como bem recente, de alteração na alíquota do IOF para melhor disciplinar a entrada no país de investimento de curto prazo. Como os produtos fonográficos só entraram no regime de substituição tributária a partir de abril de 2008, nos termos da doutrina supra mencionada, "o IVA-ST será fixado por Portaria CAT".***

Conforme se extrai do trecho acima transcrito, o entendimento do C. Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça foi no sentido de que é indispensável que a definição da margem de valor agregado seja flexível, a fim de possibilitar

Acesso ao Sumário

a adequada apuração de um valor que é mutável e varia de acordo com as circunstâncias de comercialização dos diversos produtos, sendo inviável que, para tal definição, seja necessária a observância do rigor formal da edição de uma lei.

Obviamente que, em virtude do procedimento do Preço Médio Ponderado Fiscal - PMPF envolver a mesma sistemática (regime de substituição tributária) e disciplina legal, forçoso concluir que a ele também se aplica esse entendimento.

E é justamente por essa mesma razão que não seria razoável exigir que a Portaria SER nº 17/2022, que fixou o percentual de reajuste do PMPF, com a consequente atualização da base de cálculo do ICMS-ST, somente possa ser aplicada no exercício financeiro seguinte.

Se o objetivo é fixar percentuais para que o ICMS-ST incida sobre o valor que mais de aproxime do valor de mercado a ser efetivamente praticado nas operações subsequentes, é evidente que os ajustes quanto ao PMPF devem ser realizados com a menor periodicidade possível.

Portanto, não há que se falar em necessidade de observância ao princípio da anterioridade pela Portaria que reajustou o percentual do Preço Médio Ponderado Fiscal - PMPF.

Nesse sentido, *mutatis mutandis*:

"APELAÇÃO CÍVEL – IVA-ST MAJORADO PELA PORTARIA CAT Nº 85/2016 NO CÔMPUTO DO ICMS-ST – Pretensão da autora à declaração de e inexistência de relação jurídico-tributária que obrigue a autora a aplicar o novo IVA-ST majorado pela Portaria CAT nº 85/2016 no cômputo do ICMSST em razão de suposta ofensa ao princípio da anterioridade – A elevação do IVA não corresponde a uma alteração legislativa tendente a aumentar tributo, mas uma adequação da base imponível aos valores de mercado – As mudanças de IVA representam adequações tendentes a ajustar a base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária aos valores de mercado e aos preços reais praticados na economia – Não houve majoração da alíquota ou da base de cálculo – Ofensa ao princípio da anterioridade não ocorrente – Não caracterização de majoração do tributo – Sentença de mantida – Recurso não provido" (8ª Câmara de Direito Público, Apelação nº 1037195-81.2016.8.26.0053, j. 02/10/2019, Rel. Des. Ponte Neto);

"APELAÇÃO CÍVEL – ICMS – Regime de substituição tributária – Base de cálculo – Pretensão da impetrante de suspender os efeitos da Portaria CAT que majorou o IVA-ST – Alegação de violação ao princípio da anterioridade – Inocorrência – Ausência de majoração de tributo – Mera adequação da base imponível aos preços reais praticados

na economia – Desnecessidade de observância do princípio da anterioridade – Sentença reformada – Reexame necessário e recurso fazendário providos" (5ª Câmara de Direito Público, Apelação nº 1014838-34.2021.8.26.0053, j. 30/08/2021, Relª. Desª. Maria Laura Tavares).

De mais a mais, importante salientar que controvérsia deveras similar foi recentemente enfrentada este Egrégio Tribunal de Justiça, com sentença denegatória da segurança, proferida em 20 de agosto de 2022, cujos fundamentos, em linhas gerais, ora são adotados. Confira-se, nesse sentido: Processo nº 1017292-50.2022.8.26.0053, 1ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo, Mandado de Segurança Coletivo impetrado pelo Sindicato da Indústria de Produtos Farmacêuticos (SINDUSFARMA) contra ato do Secretário da Fazenda e Planejamento do Estado de São Paulo.

Em suma, diante da inexistência de violação a direito líquido e certo, a denegação da segurança é medida de rigor.

Para fins de prequestionamento, consigne-se inexistir ofensa às normas constitucionais e legais mencionadas nas razões e contrarrazões recursais.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso para afastar a ilegitimidade ativa e, por conseguinte, a sentença terminativa (art. 485, inciso VI, do CPC). No mérito propriamente dito, **DENEGO A SEGURANÇA**, com fulcro no art. 487, inciso I, do CPC. Custas *ex lege*. Sem condenação em honorários, nos moldes das Súmulas 512 do STF e 105 do STJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1028369-27.2020.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado DEBORA CHRISTINE WALDECK CUNHA RAZUK (JUSTIÇA GRATUITA).

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.127)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI (Presidente sem voto), VERA ANGRISANI e RENATO DELBIANCO.

São Paulo, 2 de maio de 2023.

CARLOS VON ADAMEK, Relator

Ementa: ADMINISTRATIVO – SERVIDORA PÚBLICA – LICENÇA MÉDICA – IMESC – Artigos 191 e 194 da Lei Estadual nº 10.261/1968 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis Estaduais) e artigo 39 do Decreto Estadual nº 29.180/1988, que conferem competência ao DPME para conceder, ou rejeitar, a licença-médica no âmbito administrativo – Negativa indevida do benefício pelo DPME, que deferiu a licença em período imediatamente anterior e, novamente, em período imediatamente posterior àquele discutido nos autos, sem que haja qualquer justificativa razoável quanto à alteração do quadro da autora – Atestado médico elaborado à época dos fatos que aponta a permanência dos sintomas e da incapacidade para o trabalho por todo o período, sendo de rigor a concessão de licença-saúde, com as devidas restituições – Sentença mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 225/227, cujo relatório adoto, que julgou procedente o pedido de reconhecimento do direito à licença-saúde no período de 10.02.2020 a 09.04.2020 e condenou a ré ao pagamento de custas e honorários advocatícios, fixados em 20% sobre o valor atualizado da causa.

Inconformada, a Fazenda Pública apelou às fls. 234/239, pugnando pela reforma da r. sentença e alegando, em síntese, que, em relação ao período de 10.02.2020 a 09.03.2020, o laudo elaborado corrobora o laudo do DPME, que detém discricionariedade técnica, ou seja, afasta a alegação de incapacidade laboral temporária, conforme artigos 191 e 193 da Lei Estadual nº 10.261/1968 e inciso III do art. 5º do Decreto Estadual nº 29.180/88. Argumenta, assim, que a apelada não se desincumbiu de seu ônus probatório (CPC, art. 373, inciso I) e que, tratando-se de prova técnica, não cabe ao magistrado simplesmente desconsiderar a conclusão do perito.

Houve o oferecimento de contrarrazões, pugnando pelo desprovimento do recurso (fls. 246/250).

É o relatório.

Presente o pressuposto de admissibilidade recursal da tempestividade (fls. 232/233 e 234) – sem o recolhimento do preparo recursal a esta Superior Instância por se tratar de recurso interposto pela Fazenda Pública (CPC, art. 1.007, §1º) – o recurso é recebido e conhecido, admitindo-se o seu processamento em

Acesso ao Sumário

seus regulares efeitos.

A autora ajuizou a demanda alegando sofrer de cervicobraquialgia (CID 10: M50.1), lombociatalagia (CID 10 M51.01) e tendinopatia do ombro direito (CID 10: M75.1), razão pela qual necessitou de licença para tratamento de saúde no período compreendido entre 10.02.2020 e 09.04.2020.

A controvérsia jurídica aqui examinada versa sobre o indeferimento do pedido de licença-saúde feito pela autora, pois, segundo alega, estava incapacitada para o trabalho no período discriminado, razão pela qual requer a manutenção do pagamento dos seus vencimentos, que a ré se abstenha de proceder descontos em seu salário em razão dos indeferimentos das licenças, e que seja impedida de instaurar qualquer procedimento administrativo contra a autora por abandono de cargo ou frequência irregular.

A licença-médica é direito inerente ao servidor público, sendo patente o seu cômputo, durante o período de afastamento, como se fosse dia trabalhado. Nessa conformidade, o servidor público não pode ter sua situação funcional prejudicada em razão de afastamento para tratamento de saúde no curso do ano letivo, devendo, para tanto, comprovar documentalmente que faz jus à licença-saúde.

Segundo o art. 191 da Lei Estadual nº 10.261/1968 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis Estaduais), "*ao funcionário que, por motivo de saúde, estiver impossibilitado para o exercício do cargo, será concedida licença até o máximo de 4 (quatro) anos, com vencimento ou remuneração*", cabendo ao Departamento de Perícias Médicas do Estado de São Paulo - DPME, nos termos do art. 39 do Decreto Estadual nº 29.180/1988, "*a decisão final sobre o pedido de licença, bem como o seu enquadramento legal [...] que a publicará no Diário Oficial, agrupando-as por Órgão*".

Ocorre que, não obstante as referidas normas infraconstitucionais, em virtude de primados constitucionais, notadamente o devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), o contraditório, a ampla defesa (CF, art. 5º, LV), e a inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV) – repetida, ainda, no art. 3º do CPC/15 –, é possível a submissão do conflito ao Poder Judiciário, sem se falar em qualquer violação ao princípio da separação dos poderes (CF, art. 2º), perante o qual tramitará o processo em que se produzirão provas sob o crivo do contraditório e em que se assegurará a ampla defesa aos litigantes, ou seja, exatamente o ocorrido nestes autos. A questão não é nova, e o entendimento desta Colenda Câmara é uníssono nesse sentido:

> *SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. Licença-médica. Pleito para o reconhecimento de licença médica por períodos descritos, cujo laudo do DPME teria indeferido o pedido. Possibilidade. Perícia médica realizada pelo IMESC, sob o crivo do contraditório, concluindo pela incapacidade laborativa da autora no período. Prova pericial realizada por órgão*

Acesso ao Sumário

oficial. Inexistência de violação ao princípio da separação dos poderes. Sentença mantida, neste aspecto. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. Correção monetária desde a data em que cada pagamento deveria ter sido efetuado e dos juros de mora a partir da citação. Cálculo conforme a redação conferida pela Lei 11.960/09 ao art. 1º-F da Lei 9494/97, até 25/03/2015, aplicando-se após a correção monetária pelo IPCA-E e juros de mora, nos termos da modulação julgada pelo STF na ADIn 4357. Sentença reformada, neste aspecto. Recurso da Fazenda parcialmente provido **(TJSP, Apelação nº 1004067-07.2015.8.26.0053, rel. Des. CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI, 2ª Câmara de Direito Público, julgado em 06.11.2017).**

Analisando o conjunto probatório dos autos, verifica-se às fls. 28 e 34 relatório médico indicando a necessidade de 90 (noventa) dias de afastamento, a partir de 07.02.2020, em razão de lesões no joelho e tornozelo direitos (diversas daquelas indicadas na petição inicial), além da necessidade de intervenção cirúrgica. O relatório aponta que a autora andava com dor intensa e importante prejuízo funcional no joelho direito, sem apresentar melhora com tratamento conservador.

O laudo pericial produzido em juízo analisou os laudos de exames médicos (ressonâncias magnéticas) que instruíram a inicial, datados de 28.01.2020 e 14.02.2020 (fls. 133/135), chegando à conclusão que (fl. 137):

*" - **em relação ao período de 10/02/2020 a 09/03/2020**, pela análise do laudo da ressonân cia nuclear magnética do joelho direito realizado em 28.01.2020, existia normalidade das estruturas desse joelho, sem registro de novas lesões ou necessidade de modificação da posologia medicamentosa para controle de eventual dor refratária nesse período, não possuindo embasamento fisiopatológico para justificar a necessidade de afastamento da função readaptada da pericianda.*

*- **em relação ao período de 10.03.2020 a 09.04.2020**, é possível concluir pela incapacidade total e temporária coincidente com o período necessário para consolidação das estruturas após a artroplastia do joelho direito realizada em 10.03.2020"* (grifo nosso).

Apesar de o perito haver reconhecido a incapacidade laboral em apenas parte do período pretendido, sua conclusão partiu exclusivamente da análise dos laudos das ressonâncias magnéticas que instruem a inicial. Por outro lado, como bem apontado pela r. sentença apelada, o próprio laudo relata que a autora sofreu fratura de fíbula e entorse de tornozelo e joelho direitos (CID 10: S82.5 e S8325) em 2019, após sofrer uma queda em uma escada.

Portanto, a origem das lesões da autora é anterior ao período debatido. Nesse contexto, o relatório médico de fl. 35 aponta que o tratamento conservador dessas mesmas lesões não trouxe melhoras, razão pela qual seu afastamento foi necessário, levando à efetiva realização do procedimento cirúrgico em

Acesso ao Sumário

10.03.2020.

Assim, a despeito de os laudos das ressonâncias magnéticas referidos pelo perito não indicarem a incapacidade laboral no período de 10.02.2020 a 09.03.2020, o relatório elaborado pelo médico que atendeu a autora à época dos fatos indica a incapacidade e sua causa, com descrição das lesões e dos sintomas, de forma compatível com o histórico da autora, reproduzido nos autos.

Nesse sentido, já decidiu esta C. Câmara:

Apelação Cível – Licença para tratamento de saúde – Indeferimento administrativo –Laudos do DPME e do IMESC concluíram pela necessidade do afastamento no interregno discutido – Afastamentos em períodos imediatamente anteriores e posteriores que corroboram o quadro de incapacidade – Observância ao procedimento necessário para regularização da licença saúde em tela não ilidida – Sentença de procedência mantida – Recurso desprovido. **(TJSP; Apelação Cível 1033980-63.2017.8.26.0053; Relator Des. LUCIANA BRESCIANI; 2ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 24/04/2020);**

Apelação Cível – Licença para tratamento de saúde – Pedido parcialmente deferido na via administrativa – Descabimento – Laudo pericial que, em razão do transcurso do tempo, é inconclusivo acerca da incapacidade laboral à época, mormente porque baseado "na sintomatologia atual" do servidor, em evidente contraste com o conjunto probatório concomitante ao período em discussão – Demora que não decorreu de inércia do autor – Necessidade de análise sistemática do arcabouço probatório constante dos autos – Autor que já se encontrava afastado por mais de um ano devido às mesmas enfermidades, inclusive com parecer favorável ao afastamento logo após a data de término da licença originalmente pretendida – Provas médicas acostadas pelo autor que corroboram suas alegações – Comportamento contraditório do DPME – Fato constitutivo do direito comprovado – Sentença de improcedência reformada – Recurso provido. **(TJSP; Apelação Cível 1007509-44.2016.8.26.0053; Relatora Des. LUCIANA BRESCIANI; 2ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 12/11/2018).**

Acesso ao Sumário

Assim, mister aplicar o entendimento consagrado por esta Corte, devendo serem restituídos à autora os valores que lhe eram devidos à época, se já descontados, mas que lhe foram negados em razão do indeferimento indevido da licença-médica, observando que a autora não poderá sofrer qualquer sanção referente a sua ausência do trabalho no período de 10.02.2020 a 09.04.2020.

APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO – Servidor público estadual – Professor de Educação Básica II (PEB II) – Afastamento do trabalho apoiado em atestado médico exarado por médico particular – Patologia psíquica (depressão e reação aguda ao estresse) – Negativa de concessão de licença para tratamento de saúde sob a alegação de necessidade de aferição da patologia pelo Departamento de Perícias Médicas do

Estado (DPME), que concluiu pela inexistência de patologia autorizativa da licença reclamada – Pretensão de anulação do ato administrativo que negou a licença pleiteada para o tempo do afastamento – Possibilidade – Laudo do experto do IMESC, aliado ao histórico de licenças concedidas e chanceladas pela Administração, anteriores ao período negado, sob o mesmo argumento patológico, que reclamam, por lógica etiológica, o reconhecimento do direito ao autor – Laudo do IMESC que comprova a patologia da autora e a justificação da licença, para o período reclamado – Sentença de procedência mantida com esclarecimentos quanto à aplicação da Lei Federal nº 11.960/2009, e do decidido em repercussão geral, pelo STF, no tema nº 810, para o cálculo das diferenças apuradas. **(TJSP, Apelação nº 1008156-39.2016.8.26.0053, rel. Des. VICENTE DE ABREU AMADEI, 1ª Câmara de Direito Público, julgado em 19.02.2018)** (g.n);

Apelação Cível/Remessa necessária – Ação ordinária – Administrativo – Servidora Pública Estadual – Licença-saúde – Pleito de regularização de períodos em aberto, com a consequente devolução dos valores indevidamente descontados de sua remuneração – Sentença de procedência – Remessa *Necessária e Recurso da FESP – Desprovimento de rigor. 1. Licença- saúde – Autora portadora de patologia devidamente confirmada por Laudo do IMESC – Períodos indeferidos em aberto que carecem de regularização, posto que comprovada por competente perícia a necessidade dos afastamentos em razão de sua enfermidade.* **(TJSP, Apelação nº 1048768-19.2016.8.26.0053, rel. Des. SIDNEY ROMANO DOS REIS, 6ª Câmara de Direito Público, julgado em 12.03.2018).**

Nessa conformidade, não merece reparo a r. sentença.

Deixo de majorar os honorários sucumbenciais em grau recursal (CPC, art. 85, §11), pois já foram fixados no limite máximo pela r. sentença apelada.

Por derradeiro, considero prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional invocada, observando o pacífico entendimento do Colendo STJ de que "é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida". Além disso, esclareço também que eventuais recursos de "embargos declaratórios, mesmo para *fins de prequestionamento, só são admissíveis se a decisão embargada estiver eivada de algum dos vícios que ensejariam a oposição dessa espécie recursal*" **(STJ, EDcl no RMS nº 18205/SP, rel. Min. FELIX FISCHER, 5ª Turma, julgado em 18.04.2006).**

Diante do exposto, **nego provimento** ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1056116-15.2021.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado PAULO VINÍCIUS ROCHA SILVA.

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 40.773)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente) e MARCELO BERTHE.

São Paulo, 5 de maio de 2023.

NOGUEIRA DIEFENTHALER, Relator

Ementa: APELAÇÃO. CONCURSO PÚBLICO. POLICIAL MILITAR. AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA. NÃO COMPARECIMENTO. AUSÊNCIA JUSTIFICADA. Irresignação contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, determinando a reinclusão do autor no concurso público para preenchimento do cargo de Policial Militar, permitindo o prosseguimento nas demais etapas do certame. Candidato excluído por não ter comparecido na etapa de avaliação psicológica. Ausência justificada: autor que estava acometido de covid-19 e observou as recomendações dos órgãos sanitários relativas ao isolamento, visando evitar a disseminação da doença. Possibilidade de realização da avaliação em data posterior princípio da razoabilidade. Inocorrência de danos morais indenizáveis. Sentença mantida. Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta pela FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO nos autos da ação ordinária ajuizada por PAULO VINÍCIUS ROCHA SILVA, em face da r. sentença de fls. 136/138, cujo relatório integro ao presente voto, por meio da qual o DD. Magistrado *a quo* julgou procedente em parte o pedido, apenas para determinar a reintegração do autor ao concurso público em questão, prosseguindo pela etapa de realização de exame psicológico. Em razão

da sucumbência recíproca, condenou as partes ao rateio das despesas processuais e ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência fixados "*1) no percentual mínimo do valor da condenação, nos termos do artigo 85, §3º do Código de Processo Civil em favor da Fazenda Pública, observada a concessão da gratuidade e 2) no valor de R$ 1.000,00 em favor do autor nos termos do artigo 85, §8º do Código de Processo Civil.*".

Sustenta, em síntese, a ausência de irregularidade no ato de exclusão do candidato, que se deu nos exatos termos do edital do certame, uma vez que o apelado foi regularmente convocado por meio de publicação do DJE, mas não compareceu para a realização da etapa de avaliação psicológica, e que não há possibilidade de alteração de datas e horários a pedido de candidatos, conforme dispõem os itens 11 e 13 do Capítulo XVIII do edital do concurso.

Contrarrazões a fls. 154/159.

É o relatório. Passo ao voto.

A apelação não admite provimento.

Deve prevalecer o desate eleito pelo D. Magistrado *a quo*, que, nos termos seguintes, irrefutavelmente julgou a contenda:

> *Cuida o mérito em saber se deve o autor ser punido diante de sua ausência no dia do exame psicológico, visto que infectado com COVID-19.*
>
> *Observa-se a fls. 3 que, de fato, em 28 de março 2021, o autor foi diagnosticado com o vírus. Dessa forma, não poderia a Administração Pública exigir, muito menos permitir, que se apresentasse ao exame em público, sujeito a contaminar diversas outras pessoas, e com isso possivelmente contribuir para a disseminação da doença que é mortal.*
>
> *Ao não comparecer ao exame psicológico em razão de estar infectado com COVID-19, o autor respeitou às determinações dos órgãos sanitários, nacionais e internacionais, cumprindo veemente com seu dever cívico de não colocar a saúde dos outros candidatos em risco.*
>
> *Portanto, não pode o autor ser punido por prática de ato compatível com o que se espera do comportamento social, bem como não pode a ré declará-lo inapto por este motivo visto que, quanto a este exame, pode disponibilizar de outras datas para seu atendimento sem prejuízo de seus regulares trâmites.*
>
> *Ademais, exigir de candidato que se apresente a exames estando acometido de COVID poderia resultar incentivo à disseminação desse vírus, o que deve ser repudiado.*
>
> *Por isto, reconheço a irrazoabilidade do ato administrativo, devendo o autor ser reintegrado ao concurso público em questão prosseguindo pela etapa de realização de exame psicológico, uma vez que convocado no período que compreendeu quinze dias antes do diagnóstico, até quinze dias depois, como reconhecido pela própria ré (fls. 133-134).*

De fato, o autor apresentou justificativa válida para o não compareci-

Acesso ao Sumário

mento na etapa de avaliação psicológica, uma vez que estava acometido de Covid-19, e seguiu as recomendações dos órgãos sanitários relativas ao isolamento, visando evitar a disseminação da doença. Assim, não se mostra razoável o ato de exclusão do concurso.

Do mesmo modo, correta a r. sentença no ponto em que desacolheu o pedido de indenização por danos morais.

Deveras, o desconforto sofrido pela parte autora não deve ser traduzido em danos morais indenizáveis. Isto porque abalos desta espécie constituem mero aborrecimento, sem maiores consequências nos direitos de personalidade. Nesse mesmo sentido, citamos CARLOS ROBERTO GONÇALVES in "Responsabilidade Civil" (9ª ed., Saraiva, 2005, página 567): "*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 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' (programa, cit., p. 78)*".

Posto isso, voto no sentido do **desprovimento** do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Cível nº 1009178-93.2020.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SÃO PAULO PREVIDÊNCIA - SPPREV (PROCURADOR GERAL DO ESTADO), é apelado CRISTIANO MENDES DE CAMARGO (INCAPAZ).

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 25.517)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BANDEIRA LINS (Presidente sem voto), PERCIVAL NOGUEIRA e LEONEL COSTA.

São Paulo, 9 de maio de 2023

JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO MEDIATO. PENSÃO POR MORTE. Filho inválido e divorciado. Controvérsia versa exclusivamente sobre a perda da condição de beneficiário em razão do casamento. Divórcio homologado antes do falecimento do instituidor da pensão. Interpreta-se que o estado civil deve ser equiparado ao de uma pessoa solteira, para fins previdenciários. O art. 149, inciso III e parágrafo único, da LC 180/72, estipula a perda da condição de beneficiário na hipótese de casamento do dependente após o falecimento do instituidor da pensão. O filho inválido deve apenas comprovar a dependência econômica do segurado, considerando que a norma não faz qualquer exigência relativa ao seu estado civil ser "solteiro". Reconhecimento do direito ao recebimento do benefício. Precedentes desta Corte. Ausência de controvérsia sobre o preenchimento dos demais requisitos necessários à instituição do benefício. Reconhecimento do direito à pensão. Manutenção da sentença.

CRITÉRIO DE INCIDÊNCIA DOS CONSECTÁRIOS LEGAIS. Matéria que pode ser conhecida 'ex officio'. Superveniência da EC 113/2021. Determinação de observância da Tese nº 810 do Supremo Tribunal Federal, e da Tese nº 905 do Superior Tribunal de Justiça. Correção monetária pelo IPCA-E desde a data em que cada parcela da pensão deveria ter sido paga e juros de mora da caderneta de poupança desde a citação. A partir da vigência da EC 113/21 aplica-se somente a Taxa SELIC. Decisão reformada nesse capítulo.

RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

SÃO PAULO PREVIDÊNCIA SPPREV, inconformada com a sentença de fls. 208/212, que julgou procedente o pedido mediato, interpôs recurso de apelação, sustentando, em síntese, (i) a impossibilidade da instituição do benefício de pensão por morte a filho inválido, porém divorciado; (ii) a perda da qualidade de beneficiário nos termos do art. 149 da Lei Complementar nº 180/78, com redação da Lei Complementar nº 1.012/07.

Acesso ao Sumário

Com contrarrazões (fls. 216/221), o recurso foi regularmente processado.

É o relatório.

A ação foi ajuizada objetivando a condenação da SPPrev à instituição de pensão por morte em favor do filho inválido da ex-servidora, pois o pedido fora indeferido na via administrativa.

A causa de pedir anuncia a incapacidade laborativa do autor, que dependia economicamente da mãe e se divorciou antes da data do falecimento dela, o que afasta a alegação de perda da qualidade de beneficiário em razão do matrimônio.

O juízo *a quo* julgou procedente o pedido mediato.

A controvérsia devolvida a este Tribunal *ad quem* versa exclusivamente sobre a perda da condição de beneficiário em razão do casamento, ainda que o divórcio tenha sido homologado antes do falecimento do instituidor da pensão.

O entendimento sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça determina, para os casos de pensão por morte, a aplicação da lei vigente à época do óbito (Súmula 340, Terceira Seção, julgado em 27/06/2007, DJ 13/08/2007, p. 581).

Considerando que a instituidora da pensão faleceu em 16.08.2018 (fls. 37), esta será a data de referência para aferir quais dispositivos legais serão aplicados *in casu* e a situação do dependente.

Pois bem.

A SPPrev sustenta que a legislação de regência não admite a concessão do benefício a quem já foi casado, como é o caso do autor, por força do que estabelece o art. 149, III e parágrafo único da LC nº 180/72, com redação da LC nº 1012/07[1], regulamentada pelo Decreto nº 52.859/2008.

Por outro lado, dispõe o artigo 147 daquele mesmo diploma legal que:

*"**Artigo 147** - São dependentes do servidor, para fins de recebimento de pensão:*

(...)

III - os filhos, de qualquer condição ou sexo, de idade igual à prevista na Legislação do Regime Geral de Previdência Social e não emancipados, bem como os inválidos para o trabalho e os incapazes civilmente, estes dois últimos desde que comprovadamente vivam sob dependência econômica do servidor;

(...)

§ 2º - *A pensão atribuída ao filho inválido ou incapaz será devida enquanto durar a invalidez ou a incapacidade.*

(...)

§ 5º - *A comprovação de dependência econômica dos dependentes enu-*

1 ***Artigo 149** - A perda da condição de beneficiário dar-se-á em virtude de: I - falecimento, considerada para esse fim a data do óbito; II - não cumprimento de qualquer dos requisitos ou condições estabelecidos nesta lei complementar; **III - matrimônio ou constituição de união estável. Parágrafo único - Aquele que perder a qualidade de beneficiário, não a restabelecerá.*** Grifo nosso.

Acesso ao Sumário

merados na segunda parte do inciso III, no inciso IV e no § 1° deste artigo deverá ter como base à data do óbito do servidor e ser feita de acordo com as regras e critérios estabelecidos em norma regulamentar". Grifo nosso.

Ou seja, para fazer jus ao recebimento do benefício, o filho inválido deve comprovar que vive sob dependência econômica do servidor, inexistindo qualquer exigência relativa ao seu estado civil ser "solteiro".

Assim, parece que a melhor intepretação para o disposto no art. 149, inciso III e parágrafo único, da LC 180/72, é a de que a perda da condição de beneficiário somente se concretizaria caso o dependente contraísse matrimônio após o falecimento do segurado.

Isso porque, apesar do aparente conflito de normas, considera-se desarrazoado interpretar que o fato de ser divorciado, por si só, impede a instituição do benefício ao dependente inválido ou incapaz que preencheu todos os demais requisitos impostos por lei na data do óbito do instituidor da pensão.

Nesse sentido são os precedentes da Seção de Direito Público desta Corte:

"APELAÇÃO CÍVEL – REEXAME NECESSÁRIO – Pensão por morte para filha incapacitada para o trabalho – Indeferimento à concessão da pensão pela via administrativa em decorrência de casamento e ausência de dependência econômica com o instituidor da pensão – Concessão do benefício – Filha incapacitada para o trabalho divorciada antes do falecimento da servidora que instituiu a pensão – Preservação da Dignidade Humana – Garantia constitucional do mínimo vital para sobrevivência digna – Sentença mantida – Recursos não providos." **(Apelação/Remessa Necessária 1037663-40.2019.8.26.0053; Relator: Magalhães Coelho; 7ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 05/04/2023).**

"PENSÃO POR MORTE. FILHA DIVORCIADA INCAPAZ. Requerimento administrativo indeferido, por alegada perda da condição de beneficiário, em razão de casamento. Condições do dependente que devem ser aferidas no momento do óbito, não podendo ser considerado beneficiário do segurado antes do evento morte. Filho divorciado anteriormente ao óbito do segurado que se equipara ao solteiro, para fins previdenciários. Inteligência da Lei Complementar 180/78. Autora divorciada anteriormente ao óbito, e já acometida de incapacidade laborativa total e permanente ao tempo deste. Dependência econômica igualmente comprovada nos autos. Art. 21 do Decreto Estadual n. 52.859/2008. Rol exemplificativo. Deferimento do benefício de rigor. Consectários legais. Juros de mora e correção monetária. Aplicação dos Temas 810 do STF e 905 do STJ, observada eventual modulação de efeitos. Sentença de improcedência reformada. Recurso provido." **(Apelação Cível 3002481-12.2013.8.26.0168; Relatora: Heloísa Mimessi; 5ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 20/05/2019).**

Acesso ao Sumário

Na hipótese dos autos, a certidão de casamento de fls. 42 comprova que o autor contraiu matrimônio em 11.11.2006, mas se divorciou em 07.11.2011, quase sete anos antes do falecimento de sua genitora, ora segurada.

Dessa forma, sem qualquer comprovação em sentido contrário, é possível equipará-lo a pessoa solteira para efeitos legais, afastando a tese da perda da condição de beneficiário apresentada pela recorrente.

Quanto aos demais requisitos necessários à instituição do benefício, deixo de analisá-los em razão de não terem sido controvertidos em sede recursal.

Nesse contexto, mantenho a sentença por seus próprios fundamentos.

Por fim, os consectários legais são classificados como matéria de ordem pública, o que permite seu conhecimento de ofício pelo juiz.

In casu, necessária a reforma da sentença nesse capítulo, para que a correção monetária seja feita de acordo com o IPCA-E, desde a data em que cada parcela da pensão deveria ter sido paga, e os juros de mora de acordo com o índice de remuneração aplicável à caderneta de poupança, desde a citação, em observância aos Temas 810 do STF e 905 do STJ.

E, a partir da publicação da Emenda Constitucional nº 113/2021, incidirá sobre a condenação apenas Taxa Selic, nos termos do art. 3º, "verbis":

> "Art. 3º 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".

Em razão da sucumbência recursal, majoro a verba honorária da lide principal em 1%, nos termos do artigo 85, parágrafos 2º, 3º e 11, do CPC.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1007158-13.2020.8.26.0609, da Comarca de Taboão da Serra, em que é apelante VALDEMIR PIRES PEDROSO, é apelado TABOÃOPREV - AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA DO MUNICÍPIO DE TABOÃO DA SERRA.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.816)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente), FERMINO MAGNANI FILHO e FRANCISCO BIANCO.

São Paulo, 8 de maio de 2023

MARIA LAURA TAVARES, Relatora

Ementa: SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL – Pretensão de concessão de aposentadoria por invalidez – Laudo pericial produzido por perito médico do IMESC especialista em área diversa da moléstia do autor – Cerceamento de defesa – Precedentes deste E. Tribunal de Justiça – Sentença anulada – Determinação de retorno dos autos à origem para produção de nova perícia por médico especialista na área que interessa ao caso – Recurso do autor provido, com determinação.

VOTO

Trata-se de ação proposta por VALDEMIR PIRES PEDROSO, guarda municipal, para que a AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA DO MUNICÍPIO DE TABOÃO DA SERRA - TABOÃOPREV seja condenada ao concedê-lo aposentadoria por invalidez, em razão do diagnóstico de cardiopatia grave e miocárdio isquêmico grave (CID 150.0/ I. 20.9, I.25, I.42, I.44 e I.50).

O autor alega que, em virtude de sua enfermidade, não tem condições laborativas nem mesmo para o exercício da função na qual se encontra adaptado, merecendo ser aposentada por invalidez. Pediu, ainda a concessão da antecipação da tutela.

O pedido de antecipação da tutela restou indeferido (fl. 113).

A r. sentença de fls. 245/249, cujo relatório é adotado, julgou improcedente o pedido, com o entendimento de que a prova pericial produzida comprovou que o autor possui capacidade laborativa e que apenas a incapacidade total e completa para o trabalho poderia ensejar a aposentadoria por invalidez.

Em respeito ao princípio da sucumbência restou a parte autora condenada ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios no valor de 10% do valor atualizado da causa, anotada a gratuidade a ele concedida.

O autor interpôs apelação às fls. 252/272 alegando, em síntese, que a conclusão do laudo pericial é frágil, uma vez não ter sido realizado por médico especialista em cardiologia.

Acesso ao Sumário

Sustenta que os documentos juntados aos autos devem ser considerados para demonstrar que o autor não tem condições de continuar trabalhando, ainda que em função readaptada, já que continua a viver com o *stress* diário da função de guarda municipal, uma vez que lida administrativamente com os mesmos assuntos que os guardas que realizam a ronda.

Pede seja reconhecido o cerceamento de defesa, com a anulação da decisão de primeiro grau e a realização de nova perícia por médico especialista.

Recurso tempestivo e dispensado de preparo (fl. 282), respondido às fls. 278/302 e ora recebido em seus regulares efeitos.

É o relatório.

Verifica-se que o juízo *a quo* deferiu a realização de prova pericial pelo IMESC (fls. 209/210) e o laudo pericial foi juntado às fls. 228/233.

Ocorre que a perícia produzida nos autos deve ser anulada, uma vez que a médica perita signatária do laudo é especialista em pediatria, área diversa do caso, já que o autor alega ser portador de cardiopatia grave e miocárdio isquêmico grave (CID 150.0/ I. 20.9, I.25, I.42, I.44 e I.50).

Por meio de pesquisa no endereço eletrônico do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo a partir do CRM da médica Dra. Camila Lúcia Dedivitis Wild (CRM 79.294), verifica-se que sua especialização é na área de pediatria, o que prejudica a confiabilidade do laudo juntado aos autos, pois a situação dos autos pode conduzir ao cerceamento de defesa do servidor.

Por mais que no próprio laudo conste que a perita é especializada em, além de pediatria, "cardiologia pediátrica", deve-se levar em conta que esta área da medicina cuida apenas de crianças e adolescentes com problemas relacionados ao coração e aos grandes vasos do sistema circulatório, que são divididos em dois grandes grupos de doenças: as congênitas e as adquiridas nos primeiros anos de vida[1], o que se difere e muito dos problemas de saúde enfrentados pelo autor.

Assim, diante da especialização da médica perita em área diversa da moléstia do autor, não é possível o aproveitamento da perícia realizada para fins de julgamento adequado do presente feito.

Em caso semelhante assim já decidiu esta C. 5ª Câmara de Direito Público:

RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM – DIREITO ADMINISTRATIVO – SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL – MAGISTÉRIO – PROFESSORA DE EDUCAÇÃO BÁSICA PEB II – AUSÊNCIA AO SERVIÇO – LICENÇA PARA TRATAMEN-

Acesso ao Sumário

1 https://www.bp.org.br/centros-de-especialidades/cardiologia/cardiologia=-pediatrica#:~:text-A%20cardiologia%20pedi%C3%A1trica%20%C3%A9%20a,nos%20primeiros%20anos%20%20de%20vida - visitado em 11 de abril de 2023.

***TO DE SAÚDE – INDEFERIMENTO ADMINISTRATIVO – INCAPACIDADE PARA O EXERCÍCIO DAS RESPECTIVAS ATIVIDADES FUNCIONAIS – PRETENSÃO À CONCESSÃO DO REFERIDO BENEFÍCIO FUNCIONAL – PRETENSÃO À REGULARIZAÇÃO DA RESPECTIVA SITUAÇÃO FUNCIONAL PARA TODOS OS EFEITOS – PROVA PERICIAL REALIZADA POR PROFISSIONAL NÃO ESPECIALISTA NA PATOLOGIA EXPERIMENTADA PELA PARTE AUTORA – CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA – NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA E A PRODUÇÃO DE NOVA PERÍCIA POR PROFISSIONAL MÉDICO ESPECIALISTA – NULIDADE DA R. SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO – RECONHECIMENTO. 1. Perícia médica, objetivando a aferição da incapacidade da parte autora, no período descrito na petição inicial, produzida por profissional médico, que não é especialista na respectiva patologia. 2. Nulidade da prova pericial, reconhecida. 3. Cerceamento do direito de defesa, caracterizado. 4. Precedentes da jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça. 5. Ação de procedimento comum, julgada improcedente, em Primeiro Grau de Jurisdição. 6. Sentença, anulada, com a determinação de retorno dos autos ao D. Juízo da origem, para a produção de nova prova pericial, nos termos do artigo 938, § 3º, do CPC/15, sobrevindo, após, o novo pronunciamento jurisdicional. 7. Recurso de apelação, apresentado pela parte autora, provido.* **(Apelação Cível 1021848-66.2020.8.26.0053; Relator: Francisco Bianco; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; j. 21/07/2021)**

Nesse mesmo sentido também já decidiram outras Câmaras deste E. Tribunal de Justiça:

***"APELAÇÃO CÍVEL – Professor de Educação Básica II – Pretensão de regularização de sua vida funcional em razão do indeferimento de determinados períodos relativos às licenças médicas para o tratamento de sua saúde – Sentença de improcedência – Pretensão de reforma – Cabimento – Laudo oficial produzido por perito do IMESC que não é especialista na área analisada, situação que resultou em laudo conflitante com as próprias conclusões do DPME, o que o torna inaproveitável para o julgamento da ação, ensejando o cerceamento de defesa – Nulidade absoluta reconhecida ex officio – Retorno dos autos à origem para fins de refazimento da perícia pelo IMESC, por médico especialista na área – Recurso provido, com determinação."* (Apelação Cível 1033420-53.2019.8.26.0053; Des. Rel. Silvia Meirelles; 6ª Câmara de Direito Público; j. 13/04/2021).**

Ação ordinária – Servidora pública estadual – Auxiliar de enfermagem – Indeferimento de pedido de concessão de licença para tratamento da

Acesso ao Sumário

saúde – Pretensão à regularização do registro de frequência nos períodos em que a licença foi indeferida pelo DPME, sem prejuízo dos vencimentos e vantagens – Prova pericial realizada por perito do IMESC especialista em perícia médica e medicina legal – Inadmissibilidade – Necessidade de avaliação por especialista na área da patologia que acomete a servidora – Sentença de improcedência da ação – Provimento parcial do recurso para a anulação da r. sentença, com o prosseguimento da demanda para a realização de nova perícia e posterior julgamento da lide. **(Apelação Cível 1007291-74.2020.8.26.0053; Relator: Osvaldo Magalhães; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; j. 15/10/2021).**

Logo, deve ser anulada a r. sentença recorrida, a fim de que outra perícia seja realizada pelo IMESC, dessa vez, por médico especialista na área da moléstia que acomete o autor.

Pelo exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso do autor para anular a r. sentença recorrida, determinando-se o retorno dos autos ao Primeiro Grau para que seja realizada nova perícia, por médico especialista na área da moléstia do servidor.

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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Cível nº 1020886-97.2022.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante ECOPORTO SANTOS S/A, é apelado CETESB - COMPANHIA DE TECNOLOGIA DE SANEAMENTO AMBIENTAL.

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, com observação. V.U. sustentou oralmente o Doutor José Urbano Cavalini Júnior", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50.651)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores LUIS FERNANDO NISHI (Presidente) e PAULO ALCIDES.

São Paulo, 18 de maio de 2023.

PAULO AYROSA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: MEIO AMBIENTE – AÇÃO ANULATÓRIA DE MULTA AMBIENTAL – TRANSPORTE DE CARGA VIVA (EXPORTAÇÃO DE BOVINOS) PELO PORTO DE SANTOS – AUSÊNCIA DE PRÉVIO LICENCIAMENTO AMBIENTAL – PROVA DA INFRAÇÃO E DA RESPONSABILIDADE CIVIL – PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO NÃO AFASTADA – PENALIDADE MANTIDA – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA POR SEUS FUNDAMENTOS – ART. 252 DO RITJ/SP – RECURSO NÃO PROVIDO. Considerando que a atividade pretendida pela autora, consubstanciada no transporte de carga viva (exportação de animais bovinos) por navio, com embarque no porto de Santos, não contou com prévio licenciamento ambiental, sendo que as licenças de operação então vigentes não dispunham sobre o desenvolvimento de tal atividade, o que enseja o reconhecimento de que deveria a autora efetuar o devido procedimento junto ao órgão ambiental, iniciando com consulta prévia, a fim de desenvolver a atividade proposta, e ao não fazê-lo deu ensejo à lavratura do Auto de Infração Imposição de Multa Ambiental (AIIPM), que não contém qualquer vício, razão pela qual de rigor a manutenção integral da sentença de improcedência, cujos fundamentos se adotam como razão de decidir na forma do art. 252 do Regimento Interno deste Tribunal.

VOTO

ECOPORTO SANTOS S/A ajuizou ação anulatória de multa ambiental frente à **CETESB - COMPANHIA AMBIENTAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**.

Pela r. sentença de fls. 778/790, cujo relatório se adota – em nada modificada por força dos embargos declaratórios opostos, rejeitados às fls. 799/800 –, julgou-se improcedente a demanda, condenando a autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor da causa.

Inconformada, apela a autora buscando a reforma do julgado (fls. 804/836). Reafirma, em suma, que é empresa arrendatária de instalação portuá-

Acesso ao Sumário

ria alfandegada junto ao Porto de Santos, exercendo atividades de operador portuário e armazém alfandegado de cargas, e que após consulta e autorização de diversos órgãos intervenientes e reguladores, em respeito à legislação vigente, realizou duas operações de embarque e transporte de carga viva (bovinos), sendo a primeira denominada como teste, mostrando-se atividade viável, mas a ré, ante ao clamor popular e alvoroço de instituições, lavrou Auto de Infração em valor exorbitante (R$ 450.000,00), mesmo demonstrando que possui licenças de operação para tal fim, sendo atividade regular desde 2001 porque inicialmente as operações eram voltadas para contêineres, posteriormente abarcando também movimentação de "carga geral", conceito que inclui carga viva, mormente por que a Decisão de Diretoria nº 210- A/2017/I/C é posterior à emissão das licenças da autora e não consta a descrição específica ou conceito de carga viva, somente havendo diferenciação, em seu art. 2º, de "carga geral" e "granéis", não se podendo admitir uma licença específica para "carga viva" quando a norma é omissa quanto a este conceito. Aduz que apresentou, em setembro de 2017, Relatório de Regularização Ambiental - RRA visando à unificação das licenças existentes e que até aquele momento não havia operação de embarque de carga viva no porto de Santos, e que somente após novembro do mesmo ano foi possível sua realização, não tendo como prever anteriormente tal operação, até então inédita, estando eivada de boa-fé diante da documentação apresentada, bem como da solicitação para que os órgãos competentes acompanhassem os embarques, nada havendo de anormal, entendendo, assim, que bastaria uma renovação das licenças para regularizar a operação, sendo que o órgão ambiental não levou em consideração todas as licenças emitidas para a lavratura do auto de infração, devendo também ser levada em consideração a total desorganização e falta de clareza nos posicionamentos da ré. No mais, entende que devem ser considerados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade para a aplicação de penalidades, principalmente o fato de que não é reincidente e de que não houve qualquer dano ao meio ambiente, razão pela qual a multa aplicada é excessiva, devendo ser substituída por advertência ou reduzido o valor, tudo a ensejar o provimento recursal.

O recurso foi respondido (fls. 849/867).

É O RELATÓRIO.

Conheço do recurso e lhe nego provimento.

Ecoporto Santos S/A ajuizou ação anulatória ajuizada frente à Companhia Ambiental do Estado de São Paulo - CETESB objetivando a anulação de multa ambiental no valor de R$ 450.000,00, decorrente de autuação realizada em fevereiro de 2018 por "*Realizar atividade de embarque de carga viva (gado) para exportação, em desacordo com as licenças ambientais emitidas para o empreendimento*" (AIIPM 18002684, de06.02.2018 – fl. 168).

Acesso ao Sumário

A ação foi julgada improcedente e contra esta decisão se insurge a autora, mas sem razão, contudo, devendo ser mantida a sentença por seus próprios fundamentos, que aqui se adotam integralmente como razão de decidir, na forma do art. 252 do Regimento Interno deste Tribunal.

A autora, que figura como arrendatária de terminal portuário, realiza suas atividades no Porto de Santos e, após contato da empresa Minerva Foods S/A, efetuou uma primeira e inédita tentativa (teste), exitosa, de embarque de carga viva (6.750 animais bovinos) para o Porto de Iskenderum, Turquia, ocorrida em novembro de 2017, informando à Cetesb, ademais, acerca de novo embarque marcado inicialmente para 20.01.2018, desta vez de cerca de 27.000 cabeças de gado, conforme constou do ofício de fls. 134/139.

Para realizar o embarque e transporte de carga viva, amparou-se a autora, além das Licenças de Operação que já possuía – nº 2037, para estocagem de contêineres (fls. 142/143), e nº 18002079, "versão 2" (renovação), para operar e armazenar produtos e substâncias químicas (fls. 528/530) –, em pareceres favoráveis, após consultas, da ANTAQ - Agência Nacional de Transportes Aquaviários, MAPA - Ministério da Agricultura Pecuária e Abastecimento, CODESP (atual SPA - Santos Port Authority), IBAMA - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis e ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária, que declinou da competência para deliberar sobre o assunto, afirmando ser competência do MAPA.

Em relação ao contato com a Cetesb, realmente a autora o fez em momento anterior ao primeiro embarque e, quanto ao segundo, houve inspeção de seus agentes, que, após, lavraram sobredito Auto de Infração.

Neste aspecto, mister ressaltar e tal fato é incontroverso que após o primeiro contato com o órgão ambiental competente, este informou à autora, como consta de documento juntado com a inicial, que "Para análise da consulta citada em sua mensagem eletrônica, solicito que seja formalizada a abertura de processo de Consulta Prévia junto ao Setor de Triagem e Acompanhamento de Processos ITAP" (fl. 144), determinação que foi reiterada expressamente pela Gerente da Cetesb após nova solicitação, "uma vez que o Ecoporto está licenciado para operação com contêineres" (fls. 156/157), isto em 15.01.2018, anteriormente ao pretendido novo embarque.

Assim, quando da realização do segundo embarque de cerca de 27.000 semoventes para exportação, tinha a autora plena ciência acerca da necessidade de se submeter a prévio procedimento, denominado de "consulta" e que culminaria em licenciamento ambiental por parte da Cetesb, para o desenvolvimento da atividade pretendida, mas ignorou tal fato e efetuou o embarque do gado mesmo sem estar munida da respectiva licença de operação para o manejo de carga viva no porto de Santos.

Acesso ao Sumário

Mister ressaltar que, conquanto a autora insista no argumento de que a "carga viva" está inserida no conceito de "carga geral", este fato não restou demonstrado. Ao contrário, a norma contida na Decisão de Diretoria nº 210/2016/I/C, de 28.09.2016, assim dispõe:

"**Artigo 2º** - Para efeito desta Decisão de Diretoria, em consonância com a Lei Federal nº 12.815, de 05 de junho de 2013, considera-se:

(...)

III- Instalações portuárias: a instalação localizada dentro ou fora da área do porto organizado, explorada mediante autorização, e utilizada em movimentação ou armazenagem de mercadorias, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário, que são subdivididas em dois grupos:

a) Instalação portuária de carga geral: a destinada ao armazenamento ou movimentação de mercadorias embaladas, unitizadas ou outros elementos, como veículos, bobinas de aço, containers, sacaria, engradados, fardos, caixotes e caixas;

b) Instalação portuária de granéis: a destinada ao armazenamento ou movimentação de mercadorias transportadas sem embalagem individual, constituindo o veículo, o elemento de contenção, que podem ser:

1- de granéis sólidos, como grãos, fertilizantes e minérios;

2- de granéis líquidos, como derivados de petróleo e sucos; e

3- de granéis gasosos, como o gás liquefeito de petróleo e o cloro".

Já a Resolução CONAMA nº 237/97, que define os empreendimentos e atividades sujeitos ao licenciamento ambiental, prevê que as atividades portuárias, por serem utilizadoras de recursos ambientais, são consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, razão pela qual há a exigência de licenciamento com avaliação de impacto pelo órgão ambiental estadual. Confira- se:

"Art. 2º. A localização, construção, instalação, ampliação, modificação e operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, bem como os empreendimentos capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento do órgão ambiental competente, sem prejuízo de outras licenças legalmente exigíveis.

§ 1º. Estão sujeitos ao licenciamento ambiental os empreendimentos e as atividades relacionadas no Anexo 1, parte integrante desta Resolução.

§ 2º. Caberá ao órgão ambiental competente definir os critérios de exigibilidade, o detalhamento e a complementação do Anexo 1, levando em **consideração as especificidades, os riscos ambientais, o porte e outras características do empreendimento ou atividade.**

Acesso ao Sumário

(...)

ANEXO I ATIVIDADES OU EMPREENDIMENTOS SUJEITOS AO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

(...)

Transporte, terminais e depósitos;

(...)

Marinas, portos e aeroportos".

Vê-se, portanto, que não há como considerar que "carga viva" esteja inserida na "instalação portuária de carga geral". Frise-se, sobre este item, que o que a autora fez e insiste em fazer é *supor* que suas licenças de operação abarcariam o embarque de carga viva, bem como *acreditar*, sem elemento fático-normativo algum – sendo incontroverso que o embarque de bovinos era até então inédito – que carga viva esteja inserida no conceito de "carga geral".

O art. 225 da CF impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, dispondo no § 3° que "**as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados**". No mesmo sentido vem o art. 195 da Constituição do Estado, cujo comando é claro: as sanções administrativas são impostas aos infratores por condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Por outras palavras, ainda, as sanções são aplicadas a quem, pessoalmente ou por pessoa a si ligada, pratica a conduta vedada na lei ou no regulamento.

Atente-se, ainda, ao fato de que qualquer atividade potencialmente lesiva ao meio ambiente e à saúde pública está sujeita ao controle da Administração Pública, que se fará no limite de discricionariedade estabelecido pela Constituição Federal para a legislação ambiental, ou seja, à Administração cabe controlar o emprego de técnicas e métodos que importem riscos. Ao Estado compete, pois, impedir que o dano se consume (art. 225, § 1º, V da CF), valendo-se do princípio da precaução.

Nenhuma lei ou norma administrativa pode permitir a consumação do dano, consubstanciado por meio da degradação ambiental pela alteração adversa das características do meio ambiente (art. 3º, II, Lei nº 6.938/81); alteração desfavorável da biota (idem, art. 3º, III, "c"); emissão de matérias ou energia fora dos padrões estabelecidos (art. 3º, III, "e"); ou prejuízo para a saúde e o bem-estar da população (art. 3º, III, "a").

Assim, conquanto louváveis os esforços da parte autora com o fim de demonstrar que não agiu culposamente na infração que lhe foi atribuída, restou plenamente demonstrada a infração ambiental ao desconsiderar, por completo, que para o embarque de carga viva no Porto de Santos necessitaria de prévio

Acesso ao Sumário

licenciamento ambiental, não logrando êxito, pois, em demonstrar que adotou medidas para o exercício da atividade até então inédita de exportação, via embarcação, de animais bovinos.

No mais, no que concerne ao valor da multa aplicada, deu-se em conformidade com o Decreto Federal nº 6.514/08, cuja redação de seu art. 66 assim dispõe:

> **"Art. 66. Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar estabelecimentos, atividades, obras ou serviços utilizadores de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, em desacordo com a licença obtida ou contrariando as normas legais e regulamentos pertinentes: (Redação dada pelo Decreto nº 6.686, de 2008).**
>
> **Multa de R$ 500,00 (quinhentos reais) a R$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais)"**

Especificamente quanto à gradação da pena, tal se dá a critério dos agentes da CETESB, que classificarão a infração em leve, grave ou gravíssima, a depender das circunstâncias da situação concreta, como se vê dos artigos 80, 81 e 84 do Decreto Estadual nº 8.468/7, que Regulamenta a Lei nº 997/76, a seguir transcritos:

> **Art. 80 – As infrações às disposições da Lei nº 997, de 31 de maio de 1976, deste Regulamento, bem como das normas, padrões e exigências técnicas dela decorrentes serão, a critério da CETESB, classificadas em leves, graves e gravíssimas, levando-se em conta:**
>
> **a intensidade do dano, efetivo ou potencial;**
>
> **II – as circunstâncias atenuantes ou agravantes;**
>
> **III – os antecedentes do infrator.**
>
> **Art. 81 – as infrações de que trata o artigo anterior serão punidas com as seguintes penalidades:**
>
> **I – advertência;**
>
> **II – multa de 10 a 10.000 vezes o valor da Unidade Fiscal do Estado - UFESP;**
>
> **III – interdição temporária ou definitiva;**
>
> **IV – embargo;**
>
> **V – demolição;**
>
> **VI – suspensão de financiamentos e benefícios fiscais;**
>
> **VII – apreensão ou recolhimento, temporário ou definitivo.**
>
> **Art. 84 – A penalidade de multa a que se refere o inciso II do artigo 81 deste Regulamento será imposta observados os seguintes limites:**
>
> **I – de 10 a 1.000 vezes o valor da UFESP, nas infrações leves;**

Acesso ao Sumário

II – de 1.001 a 5.000 vezes o valor da UFESP, nas infrações graves;

III – de 5.001 a 10.000 vezes o valor da UFESP, nas infrações gravíssimas.

Como se vê do Parecer Técnico da Cetesb que fundamentou a lavratura do auto de infração, com imposição de multa no valor de R$ 450.000,00, a justificativa se deu "*com base no artigo 66 do Decreto nº 6.514/08*, [em que] *o infrator está sujeito à imposição de penalidade de multa entre R$ 500,00 (quinhentos reais) a R 10.000.000,00 (dez milhões de reais), atribuiu-se o valor da multa em R$ 225.000,00. Cabe ressaltar que para o cálculo do valor da multa foram considerados atenuantes e agravantes, baseados nos seguintes aspectos: circunstância, conduta do infrator, efeitos causados ao meio ambiente e inserção em área protegida. O valor da multa deve ser multiplicado por dois devido ao local estar inserido na Zona de Amortecimento do Parque Estadual Xixová Japuí, como previsto no art. 93 do Decreto Federal nº 6.514/08. A seguir é apresentado o demonstrativo de cálculo: Artigo 66 (Decreto Federal nº 6514/08: R$ 225.000,00; Artigo 93 (Decreto Federal nº 6514/08: R$ 225.000,00 x 2 = R$ 450.000,00"* (fl. 165).

Desta forma, nos termos da bem fundamentada sentença de fls. 778/790, de rigor a manutenção do valor da multa, sendo impertinente a conversão em advertência, dada a gravidade da infração ambiental.

Do aludido r. julgado transcreve-se:

"Tem-se, portanto, que o cerne da questão é apurar se as Licenças de Operação concedidas à parte autora permitiam a exploração de atividade portuária envolvendo embarque e/ou desembarque de carga viva.

Os documentos de fls. 123/132 demonstram que as instalações da empresa autora possuía condições adequadas para a movimentação e/ou embarque de carga viva, consistente em gado bovino.

Igualmente, os documentos colacionados aos autos comprovam que, realmente, a empresa autora possui licenças emitidas e válidas para seu terminal portuário para o desenvolvimento de sua atividade.

Não obstante, ao contrário do alegado, as licenças concedidas à empresa autora não englobam a movimentação de carga viva.

Com efeito, a Licença de Operação nº 18002079 consta como atividade principal desenvolvida a operações de terminais; serviços de …., objeto de renovação (fls. 528/530).

Mencionada licença foi objeto de renovação (fl. 564), fazendo-se constar a licença para desenvolver atividade de armazenamento de cargas químicas fracionadas e de contêineres com carga química (fls. 568).

*Na versão 2 da Licença de Operação nº 18002079 consta como descrição "*Operações de terminais. serviços técnicos de*.." (fl. 578).*

Acesso ao Sumário

Já a licença Ambiental de Operação nº 2037, descreve a atividade da parte autora como "PATIO DE ESTOCAGEM DE CONTEINERES COM ARÉA DE 32.426 M2 E PROLONGAMENTO DO CAIS PARCIALMENTE CONSTRUIDO EM MAIS 110 M, TOTALIZANDO 313 M DE EXTENSÃO" (fls. 581/582).

As Licenças de Operação nºs 18002288 (fls. 583/585), 18002579 (fls. 586/588), 18002615 (fls. 589/591) se referem a armazenagem/estocagem de produtos químicos.

Depreende-se, pois, do teor das licenças concedidas, que a empresa autora não possui autorização para embarque de carga viva, posto que não descrita como atividade desenvolvida pela empresa.

*A alegação da parte autora de que possui autorização para movimentação de "*carga geral não conteinerizada*" de qualquer natureza, desde 2001, não comporta acolhimento.*

Com efeito, não se discute acerca da necessidade de licença para realização de atividade portuária, já concedida em favor da empresa autora.

A Resolução DP nº 130/2001 emitida pela Companhia Docas do Estado de São Paulo - CODESP considera animais vivos como carga geral.

No entanto, a resolução emitida pelo ente administrador do Porto de Santos não exclui a necessidade de obtenção de licença ambiental especifica, emitida pelo órgão ambiental, nos termos da Lei vigente.

Destarte, pretendendo a movimentação de carga viva, caberia à empresa autora se submeter a regular procedimento de concessão de licença ambiental, não se prestando para tanto a simples comunicação prévia de movimentação de carga viva.

*A CETESB possui regramento especifico para concessão de licença ambiental, nos termos da Decisão de Diretoria 210/2016, e considera a instalação portuária de carga geral aquela "*destinada ao armazenamento ou movimentação de mercadorias embaladas, unitizadas ou outros elementos, como veículos, bobinas de aço, containers, sacaria, engradados, fardos, caixotes e caixas*".*

*Ao que consta dos autos, em razão da Decisão da Diretoria nº 210/2016, houve uma reunião entre a empresa autora e a parte ré, oportunidade em que restou esclarecido que, "*uma vez que as operações do terminal são devidamente licenciadas, não há que se falar em regularização ambiental nos moldes da referida DD, mas sim de renovação e unificação das Los vigentes*" (fl. 522).*

*Ainda, restou acordado entre as partes que, "*para análise da solicitação de renovação das LOs , o interessado deverá apresentar, no prazo de 180 dias a partir da reunião realizada nesta data, um relatório conforme o Anexo III da citada Decisão da Diretoria. Tal relatório deverá contemplar, também, a situação de atendimento às exigências da LO nº

Acesso ao Sumário

2037 e LO nº 18002079*".*

*Com relação à validade das LOs, restou consignado que "*as mesmas permanecerão válidas até a emissão da nova licença, permanecendo válidas também as exigências nelas contidas*".*

Em suma, a partir de abril de 2017, a parte autora tinha o prazo de 180 dias para apresentar Relatório de Regularização Ambiental de Instalações Portuárias de Carga Geral, de forma contemplar a situação do empreendimento e o atendimento às exigências técnicas impostas com as licenças, permanecendo, até lá, as licenças já emitidas.

Contudo, ao contrário do alegado pela parte autora, não consta qualquer documento nos autos apto a comprovar que empresa descreveu em seu relatório o desenvolvimento de atividade de embarque e/ou desembarque de carga viva.

(...)

Nesse particular, importante consignar que o Relatório foi elaborado e apresentado pela parte autora de acordo com seu Estatuto Social e desenvolvimento das atividades portuárias objeto do contrato de arrendamento firmado entre a empresa com a CODESP.

Depreende-se, pois, que a parte autora não faz qualquer menção ao desenvolvimento de sua atividade envolvendo carga viva, seja no embarque ou desembarque de carga, se referindo apenas às atividades com contêineres e produtos químicos.

Ressalto que, conforme se extrai do teor do e-mail encaminhado pela empresa autora, ao realizar consulta junto à parte ré, justifica sua conduta em razão de se tratar de atividade totalmente nova, evidenciando, mais uma vez, que suas atividades não englobavam a movimentação de carga viva e, consequentemente, não possuía licença ambiental para esse tipo de atividade (fl. 144). Confira-se:

> "Por ser uma atividade totalmente nova, estamos fazendo consulta aos órgãos competentes, inclusive a Autoridade Portuária, para que possamos trabalhar em consonância, como sempre fizemos.
>
> Esse embarque será de caráter experimental, para que possamos analisar a operação como um todo e se ela se torna viável, tantos nas questões rentáveis, como operacionais, burocráticas e certificadas…"

Ademais, não há que se falar em qualquer omissão da parte ré acerca da consulta realizada, pois, conforme mencionado alhures, a parte ré, em resposta, orientou a empresa autora a proceder a abertura de processo de Consulta Prévia (fl. 144), inexistindo qualquer prova do procedimento aberto pela parte autora para saber se teria ou não autorização para realizar o embarque da forma como pretendido.

*A Lei nº 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, determina em seu art. 8º, inciso I, que compete ao "*CONAMA

Acesso ao Sumário

estabelecer, mediante proposta do IBAMA, normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, a ser concedido pelos Estados e supervisionado pelo IBAMA*".*

Nesse particular, a Resolução CONAMA nº 237/97 impõe a necessidade de licenciamento ambiental para o desenvolvimento das atividades portuárias assim definidas:

"Art. 2.

Art. 2º - A localização, construção, instalação, ampliação, modificação e operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, bem como os empreendimentos capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento do órgão ambiental competente, sem prejuízo de outras licenças legalmente exigíveis.

§ 1º - Estão sujeitos ao licenciamento ambiental os empreendimentos e as atividades relacionadas no Anexo 1, parte integrante desta Resolução.

§ 2º - Caberá ao órgão ambiental competente definir os critérios de exigibilidade, o detalhamento e a complementação do Anexo 1, levando em consideração as especificidades, os riscos ambientais, o porte e outras características do empreendimento ou atividade».

Já o anexo I estabelece as atividades sujeitas ao licenciamento ambiental, descrevendo, dentre elas, as atividades desenvolvidas com transporte, terminais e depósitos exercidas nos portos (Anexo I item 19).

Logo, para obter a licença, a parte interessada deve se submeter a processo administrativo próprio, descrevendo quais serão as atividades desenvolvidas, a fim de que a parte ré possa avaliar todos os riscos de danos ao meio ambiente.

Dessa forma, pretendendo a parte autora desenvolver atividade envolvendo carga viva, deve se submeter à concessão de licença ambiental, mediante regular procedimento de licenciamento com avaliação de impacto.

Acesso ao Sumário

Na hipótese, apesar de ter apresentado o Relatório Ambiental, a empresa autora não descreve ou menciona em momento algum o desenvolvimento de qualquer atividade envolvendo carga viva.

Logo, imperioso reconhecer que as licenças concedidas à parte autora não abrangem licença ambiental para o exercício de atividade que envolva movimentação de carga viva, infringindo, portanto, o disposto no art. 66 do Decreto 6514/08 (...)

Dessa maneira, constatado que a empresa autora não possuía, na época dos fatos, licença ambiental para desempenho de atividade envolvendo carga viva, não há qualquer vício no Auto de Infração e Imposição de Penalidade e Multa nº 18002684 lavrado em desfavor da empresa a

ensejar sua nulidade.

Na hipótese, o fiscal da parte ré constatou que a parte autora não possuía licença ambiental para a atividade que estava realizando, envolvendo carga viva, não sendo suficiente a prévia comunicação como forma de suprimento de regular licença ambiental.

Assim, era imprescindível que a parte autora, além da prévia comunicação, formalizasse a consulta prévia junto à parte ré a fim de obter autorização do órgão ambiental competente, independente das previsões normativas do agente administrador do Porto de Santos.

No que se refere ao valor da multa aplicada, nada há de irregular, posto que fixada nos termos da Lei e em observância aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

O art. 66 do Decreto 6514/08 estabelece a incidência de multa no valor de R$ 500,00 (quinhentos reais) a 10.000.000,00 (dez milhões de reais).

Na hipótese, denota-se do auto de infração (fl. 165) que à empresa autora foi fixada multa no montante de R$ 225.000,00 (duzentos e vinte e cinco mil reais), em razão de infração ao art. 66 do Decreto nº 6.514/08.

Contudo, a multa foi multiplicada por dois em razão de o local estar inserido na Zona de Amortecimento do Parque Estadual Xixová Japuí, como previsto no art. 93 do mesmo Decreto, totalizando o valor de R$ 450.000,00 (quatrocentos e cinquenta mil reais), inexistindo qualquer irregularidade no valor fixado.

Por fim, considerando o valor fixado, não é possível a conversão do valor da multa em advertência, nos termos do § 1º do art. 5, do Decreto nº 6.514/08, quer seja com a redação vigente à época dos fatos, quer seja pela redação dada pelo Decreto nº 11.080/2022" (fls. 783/790 – grifos no original).

Deste modo, tal qual restou assentado pela d. autoridade de primeira instância, nada há a comprometer a higidez dos autos de infração, sendo de rigor a improcedência do feito, não se verificando, pois, erro ou abuso a justificar a intervenção judicial com o fim de modificar a penalidade imposta.

Por fim, considerando-se a natureza da causa, o trabalho realizado pelo advogado, bem como a atuação em segundo grau, elevo os honorários advocatícios, fixados em primeiro grau no parâmetro mínimo, para 12%, considerando o disposto no art. 85, §§ 2º e 11, do CPC.

Posto isto, nego provimento ao recurso, com observação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1063822-

Acesso ao Sumário

83.2020.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ODÍLIA HERBST, são apelados INSTITUTO DE PAGAMENTOS ESPECIAIS DE SÃO PAULO - IPESP e ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso da autora e deram parcial provimento ao reexame necessário. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.926)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente sem voto), DANILO PANIZZA e LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 18 de maio de 2023.

VICENTE DE ABREU AMADEI, Relator

Ementa: APELAÇÃO e REEXAME NECESSÁRIO – Beneficiária de pensão por morte de servidor público – Portadora de grave doença (cardiopatia grave) – Isenção de Imposto de Renda – Incidência das Leis Federais nºs 7.7713/88, 8.541/92, 9250/95, 11.052/04, Decreto Federal nº 3.000/99 e Instrução Normativa 15/01 da SRF – Termo inicial do gozo da isenção desde a data do diagnóstico da doença (2010), respeitada a prescrição quinquenal – Natureza tributária do crédito executado que impõe regime diverso aos acessórios (atualização monetária e juros de mora) – **Não incidência das ADIs 4.357 e 4.425, e, consequentemente, não incidência do prescrito no art. 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação da Lei nº 11.960/09, e também do RE 870.947/SE (tema 810 do STF) – Aplicação do CTN (art. 161 e 167) para a incidência dos juros de mora, a partir do trânsito em julgado – Correção monetária segundo os critérios utilizados para a atualização dos créditos tributários – Necessidade, ademais, de, por isonomia, anotar que a soma da correção monetária e juros não poderá, mês a mês, ultrapassar a taxa SELIC – Tese firmada pelo STJ no tema 905 – Sentença de procedência da demanda reformada parcialmente, para constar que a fruição da isenção é desde a data do diagnóstico da doença, bem como a restituição dos valores desde 2010 respeitada a prescrição quinque-**

Acesso ao Sumário

nal e que a incidência de juros de mora e de correção monetária é pelos mesmos critérios de acréscimo dos créditos tributários correlatos, que, em conjunto, não podem ultrapassar a taxa SELIC – RECURSO DA AUTORA PROVIDO, PROVIDO PARCIALMENTE O REEXAME NECESSÁRIO.

VOTO

Trata-se de apelação (fls. 223/230) interposta por **Odília Herbst** em ação de rito ordinário ajuizada em face de **Instituto de Pagamentos Especiais de São Paulo (IPESP)** e **Fazenda Pública do Estado de São Paulo**, contra a r. sentença (fls. 209/211) que julgou procedente a demanda para (i) declarar o direito da autora à isenção do imposto de renda incidente sobre os proventos que recebe, nos termos do artigo 6.º, inciso XIV, da Lei n.º 7.713/88; e (ii) condenar os réus à restituir a autora os valores indevidamente descontados dos seus proventos de pensão por morte a título de IRRF, desde a data do requerimento administrativo, corrigidos a partir do vencimento de cada um e acrescidos de juros de mora, a partir do trânsito em julgado. Juros e correção na forma do fixado no Tema 810 do STF. Por fim, condenou os réus ao pagamento das custas, despesas processuais e de honorários advocatícios, fixados no percentual mínimo do valor da condenação, nos termos do quanto previsto no artigo 85, § 3º e inciso, do CPC.

Opostos embargos de declaração (fls. 215/220), foram rejeitados (fls. 238).

A apelante pretende o provimento do recurso para a reforma parcial da r. sentença, arguindo, em resumo, que deve ser observada a prescrição quinquenal na restituição dos valores indevidamente descontados, abatendo-se os valores já restituídos por ocasião da apresentação da declaração de imposto de renda à Receita Federal do Brasil nas devidas competências, a ser apurada em sede de liquidação de sentença.

O apelo foi processado, contrariado (fls. 243/257), e os autos subiram.

É o relatório, em acréscimo ao da r. decisão recorrida.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade da apelação, observando que também se impõe o reexame necessário, pois o julgado foi desfavorável à Fazenda Pública e é expresso em sentença ilíquida.

A discussão central da lide é referente ao desconto de Imposto de Renda na fonte, em pensão por morte da autora e em quadro de alegado gozo de isenção por doença grave.

Com efeito, em 2010 a autora foi diagnosticada como portadora de cardiopatia grave, por laudo firmado por médico particular (fls. 93), acompanhado

Acesso ao Sumário

de diversos exames, além de receituários médicos. Caracterizado, pois, o quadro de cardiopatia grave (fls. 92/107).

A Lei nº 7.713/88, em seu art. 6º, inc. XIV, prevê isenção de imposto de renda nos proventos para as pessoas físicas portadoras de enfermidades a seguir descritas:

Art. 6º Ficam isentos do imposto de renda os seguintes rendimentos percebidos por pessoas físicas:

XIV – os proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma. (grifo meu).

Ademais, como bem salientou o MM. Juiz sentenciante:

"De fato, a situação da autora subsume-se à hipótese legal mencionada. Faz jus à isenção pleiteada.

A isenção tem por objetivo diminuir o sacrifício do aposentado, para aliviar os encargos financeiros relativos aos acompanhamentos médico e medicações ministradas.

Os documentos acostados aos autos demonstram que a autora padece da doença desde o ano de 2010. Em conformidade com entendimento jurisprudencial dominante, a contemporaneidade dos sintomas não é determinante para a concessão do benefício pleiteado.

Destarte, o reconhecimento do direito à isenção é medida que se impõe, bem como o direito ao ressarcimento dos valores indevidamente retidos a título de IRPF".

Logo, por incidência das Leis Federais nºs 7.7713/88, 8.541/92, 9250/95, 11.052/04, Decreto Federal nº 3.000/99 e Instrução Normativa 15/01 da SRF, a autora tem direito à referida isenção.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, é o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ISENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA. MOLÉSTIA GRAVE. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO PERANTE JUNTA MÉDICA OFICIAL. MOLÉSTIA GRAVE COMPROVA DE OUTRAS FORMAS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 83 DO STJ. 1. A questão a ser revisitada em agravo regimental consiste no reconhecimento da isenção de imposto de renda à contribuinte acometido de cardiopatia grave. 2. O Tribunal de origem

manifestou-se no mesmo sentido da jurisprudência do STJ, quanto à desnecessidade de laudo oficial para a comprovação de moléstia grave para fins de isenção de imposto de renda, desde que o magistrado entenda suficientemente provada a doença. 3. É de se reconhecer a incidência, na hipótese, do óbice da Súmula nº 83 do STJ, também aplicável quando o recurso especial é interposto com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional. 4. Agravo regimental não provido" (AgRg no AREsp 691.189/MG, rel. **Min. Mauro Campbell Marques**, Segunda Turma, julgado em 21/05/2015, DJe 27/05/2015);

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO DE RENDA. ISENÇÃO. MOLÉSTIA GRAVE. PROVA. LAUDO OFICIAL. DESNECESSIDADE. A isenção do imposto de renda por motivo de doença depende da prova de que o interessado padeça de uma das enfermidades elencadas em lei ou a elas assemelhadas, tendo a lei indicado como única prova possível o laudo oficial. Nada obstante isso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem se orientando em sentido contrário, entendendo ser desnecessário o laudo oficial à vista do convencimento motivado do juiz. Ressalva de ponto de vista. Agravo regimental desprovido" (AgRg no AREsp 394.520/RS, rel. **Min. Ari Pargendler**, Primeira Turma, julgado em 11/03/2014, DJe 21/03/2014);

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ISENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA. MOLÉSTIA GRAVE. CARDIOPATIA GRAVE FARTAMENTE COMPROVADA. O MAGISTRADO NÃO ESTA ADSTRITO AO LAUDO MÉDICO OFICIAL, JÁ QUE É LIVRE NA APRECIAÇÃO DAS PROVAS. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DA PRIMEIRA SEÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que a norma prevista no art. 30 da Lei 9.250/95 não vincula o Juiz, que é livre na apreciação da prova apresentada por ambas as partes, nos termos dos arts. 131 e 436 do CPC. Precedentes: REsp. 1.251.099/SE, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 16.03.2012; AgRg no REsp. 1.160.742/PE, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJe 29.04.2010, dentre outros. 2. O laudo pericial do serviço médico oficial é, sem dúvida alguma, uma importante prova e merece toda a confiança e credibilidade, mas não tem o condão de vincular o Juiz que, diante das demais provas produzidas nos autos, poderá concluir pela comprovação da moléstia grave; entendimento contrário conduziria ao entendimento de que ao Judiciário não haveria outro caminho senão a mera chancela do laudo produzido pela perícia oficial, o que não se coaduna com os princípios do contraditório e da ampla defesa. 3. A perícia médica oficial não é o único meio de prova habilitado à comprovação da existência de moléstia grave para fins de isenção de imposto; desde que haja prova pré-constituída, o Mandado de Segurança pode ser utilizado para fins de afastar/impedir a cobrança de imposto. 4. Agravo Regimental desprovido" (AgRg no AREsp 81.149/

Acesso ao Sumário

ES, rel. **Min. Napoleão Nunes Maia Filho**, Primeira Turma, julgado em 15/10/2013, DJe 04/12/2013);

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. IMPOSTO DE RENDA. ISENÇÃO. MOLÉSTIA GRAVE. LIVRE CONVENCIMENTO. 1. Não há nulidade por ofensa ao art. 535, inciso II, do CPC no acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, decide de modo integral e com fundamentação suficiente a controvérsia posta. No caso em apreço, o Tribunal regional foi claro ao declarar a isenção tributária do recorrido por ser pessoa possuidora de cardiopatia grave. 2. Ademais, o artigo 30 da Lei nº 9.250/95 não vincula o magistrado em sua livre apreciação de provas dos autos, apesar da condição imposta pelo dispositivo, que exige laudo pericial oficial para concessão de isenção do imposto de renda aos portadores de moléstias graves. Precedentes. 3. Recurso especial não provido" (REsp 1251099/SE, rel. **Min. Castro Meira**, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012, DJe 16/03/2012).

Não é outra a posição desta C. 1ª Câmara de Direito Público e deste E. Tribunal de Justiça, conforme se colhe em arestos com vasta referência na jurisprudência:

"APELAÇÃO – SERVIDOR – PORTADOR DA CARDIOPATIA GRAVE – ISENÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA E PARCIAL CONTRIBUIÇÃO PROVIDENCIÁRIA – INDEFERIMENTO ADMINISTRATIVO – DOCUMENTAÇÃO AFERIDA POR MÉDICO ESPECIALISTA QUE ATESTA A EXISTÊNCIA DE TAL MOLÉSTIA – CABIMENTO. O objetivo da norma do artigo 6º, inciso XI, da Lei nº 7.713/88, é a diminuição dos encargos financeiros relativos a acompanhamento médico, exames e medicamentos suportados por aqueles acometidos pelas doenças ali indicadas, situação em que se enquadra a autora. Aplicabilidade do disposto no § 21 do art. 40 da CF (redação conferida pela EC 47/05). Norma de auto- aplicabilidade e que dispensa regulamentação Provas dos autos retratam de forma precisa a inequívoca ser a autora portadora de doença abrangida nos termos da lei vigente. Preliminares afastadas. Decisão mantida. Precedentes desta e de Superior Instância Recursos voluntário e oficial desprovidos" (Ap. nº 0007355-67.2015.8.26.0024, 1ª Câmara de Direito Público, rel. **Des. Danilo Panizza**, 1ª Câmara de Direito Público, j. 06/09/2016);

"MANDADO SEGURANÇA – APELAÇÃO – TRIBUTÁRIO – SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL APOSENTADO, ACOMETIDO DE CARDIOPATIA GRAVE – PRETENSÃO À ISENÇÃO DE IMPOSTO SOBRE A RENDA – A patologia que acomete o autor se enquadra naquelas taxativamente descritas no artigo 6º, inciso XIV da LF nº 7.713/88, fazendo jus à isenção – Enfermidade que se amolda à hipótese legal – Controle necessário por toda a vida do paciente – Avaliação oficial que não se sustenta –Pre-

cedentes – Sentença reformada – Recurso de apelação provido" (Ap. nº 0000407-17.2016.8.26.0593, 8ª Câmara de Direito Público, rel. **Des. Ponte Neto**, j. 26/02/2018);

"REPETIÇÃO DO INDÉBITO – Servidor estadual aposentado – Isenção de IR – Lei 7.731/88, com redação da Lei 8.541/92, art. 6º, XIV – Imunidade parcial da contribuição previdenciária – Art. 40, § 21, da CF – Portador de cardiopatia grave – Admissibilidade – Desnecessidade de contemporaneidade dos sintomas da doença – O portador de cardiopatia grave deverá se manter em cuidado e tratamento" (Ap. nº 1013608-76.2017.8.26.0576, 12ª Câmara de Direito Público, rel. **Des. J. M. Ribeiro de Paula**, j. 07/12/2017);

"APELAÇÃO COM REVISÃO – ISENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA – APOSENTADA

PORTADORA DE NEOPLASIA MALIGNA – Reconhecimento, de acordo precedentes do STJ e deste próprio tribunal, da prescindibilidade de contemporaneidade dos sintomas da neoplasia maligna para a concessão, nos termos da lei 7.713/88, do direito à isenção relativa ao imposto de renda retido na fonte. O instituto visa beneficiar o portador de doença crônica que deve arcar com encargos contínuos para ao acompanhamento e tratamento médico. Condenação da apelada ao pagamento de custas sucumbências e honorários nos mesmos valores fixados pela r. sentença. RECURSO PROVIDO" (Ap. nº 0107370-98.2008.8.26.0053, 2ª Câmara de Direito Público, rel. **Des. José Luiz Germano**, j. 14/02/2012).

E, quanto à eventual necessidade de novo laudo expedido por órgão oficial para a permanência da isenção fiscal, é despiciendo, pois esta exigência é circunscrita ao âmbito da Administração Pública. Encontrando o caso *sub judice*, prevalece o conjunto probatório reunido, em formação da livre convicção do juiz, no exame das provas válidas produzidas em juízo.

Confira-se o seguinte aresto:

"MANDADO DE SEGURANÇA. MOLÉSTIA GRAVE. RETENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA. 'Considera-se isento de imposto de renda o recebimento do benefício de aposentadoria por portador de neoplasia maligna, nos termos do inciso XIV do art. 6º da Lei nº 7.713/88. - Ainda que o art. 30 da Lei nº 9.250/95 determine que, para o recebimento de tal benefício, seja necessária a emissão de laudo pericial por meio de serviço médico oficial, a 'norma do art. 30 da Lei n. 9.250/95 não vincula o Juiz, que, nos termos dos arts. 131 e 436 do Código de Processo Civil, é livre na apreciação das provas acostadas aos autos pelas partes litigantes' (REsp nº 673.741/PB, Relator ***Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA*** *DJ de 09/05/2005, p. 357). Não provimento do reexame necessário"* (Ap. nº 0012766-51.2010.8.26.0482, 11ª Câmara de Direito Público, rel. **Des. Ricardo Dip**, j. em 25/07/2011).

Acesso ao Sumário

Neste quadro, era de rigor a concessão do benefício da isenção do imposto de renda, bem como a condenação da ré à restituição dos valores indevidamente descontados, deste benefício, desde 2010, data da comprovação da doença, ressalvada a prescrição quinquenal.

Nessa trilha, os julgados do C. STJ:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO DE LEI. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. PROVENTOS DE APOSENTADORIA. MOLÉSTIA GRAVE. ISENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA. TERMO INICIAL. COMPROVAÇÃO DA DOENÇA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. INADEQUADA AO CASO CONCRETO. I – Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015. II - O termo inicial da isenção do Imposto sobre a Renda incidente sobre os proventos de aposentadoria, para as pessoas portadoras de moléstias graves, é a data da comprovação da doença mediante diagnóstico especializado. Precedente. III - Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero improvimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso. I V - Agravo Interno improvido' (AgInt no PUIL n. 3.256/RS, relatora **Ministra Regina Helena Costa**, Primeira Seção, julgado em 14/3/2023, DJe de 16/3/2023);

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ISENÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA SOBRE PROVENTOS DE APOSENTADORIA PERCEBIDOS POR PESSOA PORTADORA DE DOENÇA GRAVE. REVALORAÇÃO JURÍDICA, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL, DE PREMISSAS FÁTICAS INCONTROVERSAS. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 7/STJ. TERMO INICIAL DA ISENÇÃO. DATA DO DIAGNÓSTICO. DISPENSA DE REAVALIAÇÕES MÉDICAS PERIÓDICAS, EM SE TRATANDO DE CARDIOPATIA GRAVE. PRECEDENTES DO STJ. DECISÃO AGRAVADA EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO STJ. MULTA DO ART. 1.021, § 4º, DO CPC/2015. DESCABIMENTO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. I. Agravo interno aviado contra decisão que julgara recurso interposto contra decisum publicado na vigência do CPC/2015. II. Na origem, trata-se de Ação Declaratória c/c Repetição de Indébito, na qual a parte autora – servidora pública estadual aposentada, portadora de cardiopatia grave – pleiteou a declaração de dispensa da exigência de submissão a perícias médicas periódicas, como condição para continuidade

Acesso ao Sumário

do reconhecimento da isenção do imposto de renda sobre seus proventos de aposentadoria, assim como a condenação da parte ré à restituição dos valores recolhidos, a título desse tributo, desde 15/02/2005, data em que foi diagnosticada a cardiopatia grave, até quando veio a ser reconhecida, administrativamente, a mencionada isenção fiscal. Após o regular processamento do feito, sobreveio a sentença, na qual se denegou apenas o primeiro pedido, por se considerar indispensável a exigência de sujeição da autora a reavaliações médicas periódicas, julgando, assim, parcialmente procedente a demanda. Interpostas Apelações, por ambas as partes, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso da autora e deu parcial provimento ao recurso da parte ré e à remessa oficial, para reconhecer a isenção do imposto de renda apenas a partir da data de emissão do laudo oficial, em dezembro de 2009. No Recurso Especial, além de divergência jurisprudencial, a parte autora indicou contrariedade ao art. 6º, XIV, da Lei 7.713/88, e defendeu, de um lado, a fixação, como termo inicial da isenção do imposto de renda sobre seus proventos de aposentadoria, inclusive para efeito de restituição do indébito tributário, a data em que foi diagnosticada sua cardiopatia grave (fevereiro de 2005), e, além disso, a desnecessidade de outras inspeções médicas periódicas, como condição para manter a isenção já reconhecida. Inadmitido o Recurso Especial, na origem, foi interposto o correspondente Agravo em Recurso Especial. Na decisão agravada o Agravo em Recurso Especial foi conhecido, para conhecer e dar provimento ao Recurso Especial, a fim de julgar totalmente procedente a demanda, o que ensejou a interposição do presente Agravo interno. III. Embora a Súmula 7 do STJ impeça o reexame de matéria fática, a referida Súmula não impede a intervenção desta Corte, quando há errônea valoração jurídica de fatos incontroversos nos autos e delineados no acórdão recorrido, tal como se verifica nos presentes autos, em que o Tribunal de origem, ao julgar a causa, deixou consignado, no voto condutor do acórdão recorrido, que a doença da parte autora foi diagnosticada em fevereiro de 2005, após o ato de sua aposentação, que se deu em 1986. IV. Na forma da jurisprudência dominante desta Corte, o termo inicial para ser computada a isenção do imposto de renda para as pessoas portadoras de doenças graves, e, conseqüentemente, a restituição dos valores recolhidos a tal título, sobre proventos de aposentadoria, deve ser a partir da data em que comprovada a doença grave, ou seja, do diagnóstico médico, e não da emissão do laudo oficial. Nesse sentido: STJ, REsp 812.799/SC, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, DJU de 12/06/2006; REsp 780.122/PB, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, DJU de 29/03/2007; REsp 900.550/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, DJU de 12/04/2007; REsp 859.810/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJU de 29/08/2006; REsp 1.058.071/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe de 11/09/2008; REsp 1.596.045/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN,

Acesso ao Sumário

SEGUNDA TURMA, DJe de 01/06/2016; STJ, REsp 1.584.534/SE, Rel. Ministra DIVA MALERBI (Desembargadora Federal convocada do TRF/3ª Região), SEGUNDA TURMA, DJe de 29/08/2016; AgInt nos EDcl no AgRg no AREsp 835.875/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 03/03/2017; REsp 1.727.051/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/05/2018; REsp 1.735.616/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 02/08/2018. V. A Segunda Turma do STJ, ao julgar o REsp 1.125.064 (Rel. Ministra ELIANA CALMON, DJe 14/04/210), decidiu que, reconhecida a moléstia grave, presente no art. 6º, XIV, da Lei 7.713/88, "não se exige a demonstração da contemporaneidade dos sintomas, nem a indicação de validade do laudo pericial, ou a comprovação de recidiva da enfermidade, para que o contribuinte faça jus à isenção de Imposto de Renda prevista no art. 6º, inciso XIV, da Lei 7.713/88. Precedentes do STJ". Em igual sentido, ao julgar o RMS 37.058/GO (Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe de 13/09/2018), referente a isenção de imposto de renda formulado por portador de doença caracterizada como cardiopatia grave, a Segunda Turma do STJ deixou assentado que "a isenção do imposto de renda incidente sobre os proventos de aposentadoria percebidos por portadores de moléstias-graves nos termos art. 6º, inciso XIV, da Lei 7.713/88 independe da contemporaneidade dos sintomas. Precedentes: REsp 1125064 / DF, Segunda Turma, rel. Ministra Eliana Calmon, DJe 14/04/2010; REsp 967693 / DF, Segunda Turma, rel. Min. Humberto Martins, DJ 18/09/2007; REsp 734541 / SP, Primeira Turma, rel. Ministro Luiz Fux, DJ 20/02/2006; MS 15261 / DF, Primeira Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 22.09.2010". Assim, em se tratando de cardiopatia grave, resta dispensada a exigência de reavaliação pericial periódica. VI. No presente caso, por estar o acórdão recorrido em confronto com a orientação jurisprudencial do STJ, deve ser mantida a decisão que conheceu do Agravo em Recurso Especial e deu provimento ao Recurso Especial da parte autora da demanda. VII. Descabimento, no caso, de imposição da multa do § 4º do art. 1.021 do CPC/2015, eis que o mero inconformismo com a decisão agravada não enseja a necessária imposição da sanção, quando não configurada a manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso, por decisão unânime do colegiado. Precedentes. VIII. Agravo interno improvido" (AgInt no AREsp n. 1.156.742/SP, relatora **Ministra Assusete Magalhães**, Segunda Turma, julgado em 5/11/2019, DJe de 18/11/2019).

Em outro ponto, ainda, por se tratar de matéria de ordem pública, a r. sentença há de ser reformada: o do cálculo dos acréscimos (juros de mora e correção monetária).

Com efeito, considerando o exame das decisões do E. STF na matéria, especialmente daquela decisão de 25/03/2015, é certo que, para o caso de débito estatal de natureza tributária – e este é o caso, pois imposto de renda tem

Acesso ao Sumário

natureza tributária, e, daí, sua repetição de indébito está no âmbito das dívidas tributárias –, os juros de mora estão fora do quadro de incidência e de aplicação do julgado das ADIs 4.357 e 4.425, o que, naturalmente, inclui a não incidência e não aplicação do prescrito no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação da Lei nº 11.960/09. E, daí, também estão fora da incidência do RE 870.947/SE (tema 810 do STF).

Logo, quanto aos juros de mora, são devidos em conformidade com o CTN (art. 161 e 167), e, no caso, ante a legislação estadual específica, devem ser segundo a taxa SELIC, a qual é devida desde o trânsito em julgado e já abrange, desde então, a atualização do débito.

E, em relação à correção monetária, deve haver equiparação com os critérios que a própria ré utiliza para a atualização de seus créditos tributários.

Por isso, no caso, a correção monetária, desde cada desconto indevido até o trânsito em julgado, será segundo os mesmos critérios de atualização pelo qual a Fazenda Pública Estadual corrige os seus créditos tributários, que é a UFESP - Unidade Fiscal do Estado de São Paulo, mas sempre respeitado o teto da taxa SELIC, que, mesmo nessas hipóteses, não se pode ultrapassar, conforme os vastos precedentes desta Câmara. Em outros termos, essa correção monetária é pela UFESP, e não pelo IPCA-E (inaplicável no caso), e pode ser inferior à SELIC (que, a rigor, faz às vezes da atuação e dos juros), mas não a pode superar.

Os juros moratórios são devidos a partir do trânsito e, por equivalência ou regra de isonomia, conforme a taxa SELIC, que abrange, além desses juros a correção monetária, em cada mês; e, para a correção monetária, devida a partir de cada desconto indevido (julho de 2018), até o trânsito em julgado, o cálculo será conforme a UFESP, respeitado, a cada mês, o teto da SELIC.

A verba honorária permanece como lançada na r. sentença, pois fixada no percentual mínimo do valor da condenação, nos termos do artigo 85, § 3º e inciso, do CPC, observando-se, ainda, que ela foi fixada dentro dos parâmetros legais vigentes, cumprindo, ainda, majorá-la em 1% sobre o valor da condenação, pela fase recursal.

Assim, em reforma parcial da r. sentença, impõe-se o provimento ao recurso de apelação da autora, para a condenar os réus à restituição dos valores indevidamente descontados, do imposto de renda, desde 2010, data da comprovação da doença, ressalvada a prescrição quinquenal, bem como, em reexame necessário adequar os juros de mora e a atualização monetária ao entendimento firmado pelos Tribunais Superiores, ou seja, que eles devem ser calculados por equivalência aos acréscimos dos créditos fiscais correlatos aos tributos indevidamente descontados e a serem restituídos, a correção monetária a partir de cada desconto indevido efetivado, e os juros de mora a partir do trânsito em julgado, sempre respeitado o teto da taxa SELIC.

Acesso ao Sumário

Por fim, em relação ao prequestionamento, basta que as questões tenham sido enfrentadas e solucionadas no v. acórdão, como ocorreu, pois "*desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais*" (STJ, EDCL. no RMS nº 18.205/SP, rel. **Min. Felix Fischer**, j. 18/04/2006), mas, mesmo assim, para que não se diga haver cerceamento do direito de recorrer, dou por prequestionados todos os dispositivos legais referidos na fase recursal.

Pelo exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso voluntário e **PARCIAL PROVIMENTO** ao reexame necessário, nos termos retro.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1009264-15.2017.8.26.0362, da Comarca de Mogi-Guaçu, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelada MÁRCIA REGINA SEBASTIÃO COSTA (JUSTIÇA GRATUITA).

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 16.692)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BANDEIRA LINS (Presidente sem voto), JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR e PERCIVAL NOGUEIRA.

São Paulo, 11 de maio de 2023.

ANTONIO CELSO FARIA, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Ação indenizatória. Danos morais. Autora, professora estadual, que sofreu perda auditiva após explosão de bomba provocada por alunos nas dependências de escola estadual. Presentes elementos de convicção que demonstram o nexo causal entre os danos ocorridos à autora e a omissão do Estado quanto ao dever de segurança no ambiente escolar. Danos morais. Indenização que não deve ser alterada, sendo razoável diante da natureza e da complexidade da causa. Sentença mantida. Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de ação de indenização por danos morais ajuizada por **Márcia Regina Sebastião** Costa em face do **Estado de São Paulo**. Alegam na inicial, em síntese, que, em 23/03/2017, alunos da Escola Estadual Professora Angela Maria da Paixão Costa explodiram uma bomba nas dependências da instituição, que é local de trabalho da autora. Em decorrência do evento, a autora perdeu parte de sua capacidade auditiva no ouvido esquerdo, razão pela qual requer indenização pelos danos morais sofridos, no valor de R$ 40.000,00.

A r. sentença de fls. 141/143, cujo relatório se adota, julgou procedente o pedido para acolher o pedido de indenização por danos morais e condenar a ré pagar à autora indenização o valor de R$ 10.000,00, atualizados monetariamente, nos termos da tabela prática do Egrégio Tribunal de Justiça desde a data da sentença, e, acrescidos de juros moratórios estabelecidos em 1% (um por cento), ao mês, desde a citação. Pela sucumbência, a ré foi condenada no pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da condenação.

Apela a Fazenda do Estado (fls. 150/164), pela improcedência do pedido, para que a indenização a título de danos morais seja afastada e, alternativamente, em caso de condenação, seja reduzida para o importe de um salário mínimo nacional.

Sem contrarrazões (fls. 172).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Trata-se de pretensão jurisdicional voltada ao recebimento de indenização por danos morais por professora que sofreu perda auditiva após explosão de bomba provocada por alunos nas dependências de escola estadual.

A sentença merece ser mantida, nos termos do artigo 252, do Regimento Interno deste Tribunal, que possibilita ao Relator, nos recursos em geral, "limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando suficientemente motivada, houver de mantê-la".

Importante ressaltar que a aplicabilidade do mencionado artigo encontra respaldo em jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Desse modo, tendo a r. sentença recorrida analisado corretamente esta questão suscitada, desnecessária a repetição pormenorizada dos termos nela dispostos, impondo-se a aplicação da norma acima mencionada.

Decidiu o MM. Juízo *a quo*:

"A ação é procedente.

Com efeito, como se denota da contestação, a Fazenda Estadual não impugna os fatos ocorridos, isto é, a explosão de bomba realizada por alunos

Acesso ao Sumário

contra professores, dentre eles a autora.

As testemunhas ouvidas em juízo corroboraram o quanto exposto, pois confirmaram os fatos, tal como descritos na inicial.

Ademais, a perícia constatou o nexo de causalidade entre a explosão e a perda de audição sofrida pela autora (fls.129).

Provado o evento (explosão de bomba) os danos e o nexo, resta verificar se a ré responde pelo evento.

A resposta é positiva.

É que houve nexo de causalidade entre o serviço prestado (ensino) e o dano sofrido pela autora, pois, como consta nos autos, os fatos ocorreram durante e em decorrência do trabalho da autora.

O acima exposto já é suficiente para consubstanciar a responsabilidade objetiva do Estado.

Além disso, é dever do estado a custódia e a segurança de todos aqueles que estão envolvidos em seus serviços, notadamente os prestadores de serviço público, como é o caso da autora.

Nesse sentido:

"Ação de procedimento comum ajuizada por professor estadual com pedido de indenização por danos morais em razão de acidente sofrido no interior de escola que acarretou perda auditiva ao servidor – Sentença de procedência mantida nos termos do art. 252 do Regimento Interno desta Corte – Autor que, no exercício de sua função, foi atingido por bomba lançada por estudantes, o que acarretou perda auditiva e incapacidade laboral parcial e permanente – Enfermidade e nexo causal confirmado por meio de prova pericial, a tornar devida a indenização pretendida, já que reconhecida a omissão da Administração quanto à segurança no ambiente escolar – Precedentes – Quantum arbitrado mantido – Recursos desprovidos, com observação" (TJSP APELAÇÃO Nº 1007316-34.2013.8.26.0053)

Fixada a premissa de que o réu responde pelo evento, procede o pedido de danos morais, tendo em vista as lesões sofridas pela autora.

Quanto ao valor devido, deve ser considerado que o grau de lesões (5% -fls.129). Com isso, entendo que a quantia de R$ 10.000,00 é proporcional ao agravo sem gerar enriquecimento sem causa".

A Constituição da República assegura o direito à indenização por danos decorrentes de atos ilícitos, ainda que os danos sejam puramente morais (art. 5º, X), cabendo também a aplicação da norma geral de direito consagrada nos artigos 186 e 927 do Código Civil.

Quanto ao Estado, sabe-se que a Administração Pública responde por danos causados aos particulares quando constatada omissão culposa.

Acesso ao Sumário

A Jurisprudência tem decidido que a responsabilidade por falta de serviço, falha do serviço ou culpa (ou dolo) caracterizará sempre responsabilidade por comportamento ilícito quando o Estado, devendo atuar segundo certos critérios ou padrões, não o faz, ou atua de modo insuficiente.

Para a caracterização da responsabilidade civil subjetiva da Administração Pública é necessário que se comprove a ação ou omissão, dano, bem como o nexo de causalidade entre a conduta da Administração e o dano.

No presente caso, restou patente a omissão do Estado na segurança do ambiente escolar para que fosse evitada a entrada de artefatos explosivos na escola. Assim, faz-se necessário reconhecer a responsabilidade do Estado na modalidade defeito na prestação do serviço ("faute du service").

Conforme entendimento doutrinário de Celso Antônio Bandeira de Mello[1]: ***"A responsabilidade do Estado por omissão só pode ocorrer na hipótese de culpa anônima, da organização e funcionamento do serviço, que não funciona ou funciona mal ou em atraso, e atinge os usuários do serviço ou os nele interessados".***

Ainda, nesse sentido, ensina o autor: ***"Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo. Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as consequências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva."*** (Curso de Direito Administrativo, 16ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2003, pág. 871).

Quanto ao dano moral, mostra-se claro, porquanto a autora, vítima do evento, sofreu perda auditiva parcial e definitiva. Inegável que os danos físicos que a autora suportou em decorrência do evento causaram-lhe dor, sofrimento e tristeza, caracterizando o dano moral.

Quanto à fixação do valor indenizatório, deve-se seguir o princípio da razoabilidade. Assim, a reparação dos danos, exatamente porque não comporta medição matemática, deve ser avaliada em cada caso concreto, segundo suas particularidades e circunstâncias, não podendo servir, de um lado, como fator

Acesso ao Sumário

1 Curso de Direito Administrativo, Malheiros, Celso Antônio Bandeira de Melo, 8ª ed, p. 899.

de enriquecimento da vítima, nem de outro lado ser de valor desprezível para o causador do dano, pois desta forma não se atenderia ao objetivo de lhe mostrar a reprovabilidade social da sua conduta.

Assim, o valor fixado como indenização pelos danos morais sofridos (de R$ 10.000,00), arbitrado pelo juízo *a quo*, mostra-se adequado à natureza e gravidade dos danos, não devendo ser alterado.

Assim, a r. sentença não comporta reparos.

Por fim, restando improvido o recurso de apelação do réu, de rigor aplicar-se o disposto no artigo 85, § 11, do CPC/2015, **acrescendo-se em 2% (dois por cento) os honorários advocatícios devidos** à parte autora, **totalizando 12% (doze por cento) sobre o valor da condenação** tendo-se em vista a natureza da causa, grau de complexidade da demanda e o tempo despendido para o deslinde da controvérsia em grau recursal, remunerando condignamente o trabalho do patrono da apelada.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1067779-24.2022.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ROSA MENDES FERREIRA, é apelado MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.795)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALVES BRAGA JUNIOR (Presidente sem voto), EVARISTO DOS SANTOS e SIDNEY ROMANO DOS REIS.

São Paulo, 22 de maio de 2023.

SILVIA MEIRELLES, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO – Mandado de Segurança – Consulta médica na especialidade oftalmológica – Suspeita de glaucoma – Sentença denegatória da ordem – Pretensão de reforma – Possibilidade – Doença incurável cujo diagnóstico prévio é essencial a fim de evitar que o glaucoma atinja um grau irreversível – Aguardo na fila de espera que pode colocar em risco a

visão da apelante – Precedentes – Reforma da r. sentença – Recurso provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 37/39 que, em ação mandamental, denegou a segurança, pela qual a ora apelante objetiva a realização de consulta médica na especialidade oftalmológica, em razão do diagnóstico de suspeita de glaucoma.

Sustenta a apelante (fls. 44/48), em suma, que demonstrou o seu direito líquido e certo, decorrente do art. 196 da Constituição Federal, diante da documentação comprobatória da hipótese diagnóstica de glaucoma e necessidade de encaminhamento para médico especialista em oftalmologia. Aduz que o glaucoma é uma doença tratável, mas o diagnóstico precoce é essencial para controlar a doença, e a demora em seu atendimento pode acarretar agravamento do quadro clínico e causar dano irreparável, como comprometimento grave ou perda da visão.

Assim, requer a reforma da r. sentença.

Contrarrazões a fls. 54/56.

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

Isto porque, de acordo com os documentos médicos acostados a fls. 08/10, a apelante possui suspeita de glaucoma e possui encaminhamento para médico especialista em oftalmologia.

Com efeito, o glaucoma é uma doença ocular causada pelo aumento da pressão intraocular ou por fragilidade no nervo óptico e pode causar danos irreversíveis das fibras nervosas, inclusive a perda da visão.

A referida doença não tem cura, de forma que os tratamentos são paliativos e o diagnóstico prévio é essencial, evitando- se, assim, que atinja um grau irreversível[1].

Sabe-se que, de modo geral, é necessária a observância dos protocolos necessários para a marcação de consultas médicas na rede pública de saúde, de modo a se respeitar a fila de espera, sob pena de afronta ao princípio da isonomia.

Entretanto, no caso dos autos, fica clara a situação de urgência da apelante, sendo claro que o aguardo na fila de espera colocará em risco a visão da apelante.

Ressalte-se que não há controvérsia entre as partes quanto ao respeito do dever constitucional do Poder Público em garantir a saúde a todos os indivíduos

1 Fonte: https://vidav.com.br/doencas-e-sintomas/glaucoma/. Acesso em: 15 de maio de 2023.

(art. 196 da CF), mas apenas quanto a real necessidade de realização imediata da consulta prescrita, em desrespeito à fila de espera, para fins de combate à moléstia que acomete a apelante.

Portanto, diante da urgência que o caso requer, totalmente justificada se torna a determinação de imediato atendimento da apelante em consulta médica.

Nesse sentido, aliás, já decidiu a jurisprudência, como se vê da transcrição da ementa dos seguintes julgados deste Egrégio Tribunal:

"REMESSA NECESSÁRIA – MANDADO DE SEGURANÇA – DIREITO À SAÚDE – AUTOR PORTADOR DE GLAUCOMA (CID 10-H40). Pleito da parte autora objetivando o agendamento de consulta com especialista em cirurgia ocular, realização de exames e efetiva cirurgia, se o caso. PRELIMINARES. ILEGITIMIDADE PASSIVA – Não acolhimento – Responsabilidade solidária dos federativos – Entendimento da jurisprudência dominante reafirmado pelo STF no Tema de Repercussão Geral nº 793. FALTA DE INTERESSE DE AGIR – Falta de comprovação de prévia negativa administrativa – Desnecessidade – Resistência do impetrado caracterizada pela apresentação de defesa nas informações prestadas – Interesse de agir presente. MÉRITO. TESE 106 DO STJ – NÃO APLICAÇÃO – Inaplicabilidade dos requisitos definidos na Tese 106 do STJ – Resp 1.657.156/RJ – A configuração dos requisitos cumulativos previstos no presente tema se impõe a casos de concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS – Caso em tela em que se pleiteia o agendamento de consulta e exames, além de procedimento cirúrgico, se o caso. Direito à vida e à saúde que correspondem a dever concreto do Estado – Artigo 196 da Constituição Federal que possui eficácia plena – Ônus estatal que não pode ser obstado por questões orçamentárias – *Violação do Princípio da separação dos poderes – Inocorrência – Dever do Poder Judiciário de compelir a Administração Pública a fornecer o tratamento pleiteado. Paciente necessita do tratamento em questão, conforme relatório e prescrição médicos – Omissão do Estado evidente ante a apresentação de defesa. Sentença de procedência mantida. Recurso voluntário não provido".* (Remessa Necessária Cível 1017117-86.2022.8.26.0625; Rel.: Leonel Costa; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 31/03/2023).

"DISPONIBILIZAÇÃO DE CONSULTA MÉDICA, COM ESPECIALISTA EM OFTALMOLOGIA E A REALIZAÇÃO DO TRATAMENTO INDICADO –Fornecimento gratuito – Paciente portador de glaucoma no olho esquerdo – Cabimento à vista do bem jurídico tutelado, a vida – Inteligência do artigo 196 da Constituição da República –Precedentes do STJ e deste Egrégio Tribunal – Sentença concessiva da segurança mantida. Reexame necessário desprovido". (Remessa Necessária Cível 1059504-

Acesso ao Sumário

28.2018.8.26.0053; Rel.: Oscild de Lima Júnior; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 04/09/2019).

Daí porque a r. sentença merece reforma, para o fim de se conceder a ordem pleiteada, determinando-se à Municipalidade apelada que disponibilize à apelante, no prazo de 15 (quinze) dias, consulta médica com especialista em oftalmologia.

Ressalto que o presente acórdão enfocou as matérias necessárias à motivação do julgamento, tornando claras as razões do *decisum*, e rebatendo todas as teses levantadas pelas partes capazes de infirmar a conclusão adotada pelo julgador, em observação ao que dispõe o artigo 489, § 1º, do NCPC (STJ. EDcl no MS 21.315-DF, julgado em 8/6/2016 - Info 585).

Todavia, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considero prequestionada toda matéria suscitada, observando-se que não houve afronta a nenhum dispositivo infraconstitucional e constitucional.

Ante o exposto, pelo meu voto, **dá-se provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0008339-17.2022.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.709)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores KLEBER LEYSER DE AQUINO (Presidente) e JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA.

São Paulo, 25 de maio de 2023.

ENCINAS MANFRÉ, Relator

Ementa: Apelação. Execução individual de título judicial coletivo. Ação civil pública. Pretensão de disponibilização de atendimento integral em unidade especializada, haja vista o autor padecer "transtorno do espectro autista". Insurgência em relação à sentença pela qual, de ofício, reconhecida prescrição. Acolhimento. Direitos fundamentais à saúde e à edu-

Acesso ao Sumário

cação assegurados pela Constituição da República. Imprescritibilidade da ação, assim como da execução correspondente. Consideração à Súmula 150 do Supremo Tribunal Federal. Logo, afastada a prescrição, de rigor o prosseguimento dessa execução. Apelação provida, portanto.

VOTO

Trata-se de apelação (folhas 111 a 142) interposta pelo *Ministério Público do Estado de São Paulo* à respeitável sentença (folhas 98 a 100) pela qual, a propósito de ação com escopo de execução individual de título judicial coletivo promovida por *Paulo Ricardo dos Reis Levy*. (representado pela genitora Elaine Cristina dos Reis Levy), se reconhecera, de ofício, prescrição da pretensão executiva e, desse modo, se julgou extinto o correspondente processo (artigo 924, V, do Código de Processo Civil).

Esse recorrente, com efeito, alegou, em suma, o seguinte: a) ser imprescritível o fundo de direito; b) tratar-se de garantia constitucional a proteção das pessoas com deficiência, assegurada mediante o julgamento da ação civil pública 0027139-65.2000.8.26.0053; c) consideração ao artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal, bem ainda à Lei 13.146/2015; d) terem os referidos direitos natureza extrapatrimonial; e) serem imprescritíveis os direitos difusos no âmbito de direitos individuais constitucionais; f) observância às doutrinas e aos arestos que colacionou; g) aplicação da Súmula 150 do Supremo Tribunal Federal; h) prequestionar a matéria; i) portanto, requerer o provimento do recurso a fim de que, afastada a prescrição, se determine o retorno dos autos à Vara de origem para prosseguimento da execução.

A apelada apresentou resposta (folhas 148 a 176) sustentando, em resumo, não proceder o alegado pelo recorrente e, assim, dever ser mantida a respeitável sentença.

A douta Procuradoria de Justiça apresentou parecer para o provimento do recurso (folhas 190 a 197).

É o **relatório**, preservado, no mais, o referente a essa decisão *a quo.*

Impõe-se o provimento do recurso.

Segundo a petição inicial, o autor padece o que denomina "*transtorno do espectro autista*" e retardo mental severo. Por sinal, decorrência de piora no quadro de saúde mental desse autor – começou a se tornar agressivo –, objetiva esse requerente, mediante a respectiva curadora, a disponibilização de atendimento integral em unidade especializada (folhas 17 e 20).

Consequentemente, esse autor promovera execução individual da decisão judicial transitada em julgado referente à ação civil pública (processo 0027139-

65.2000.8.26.0053) pela qual condenada a Fazenda do Estado ao custeio de tratamento próprio a pessoas que padeçam *síndrome do espectro autista.*

Contudo, a digna juíza da causa, de ofício, reconheceu prescrição da pretensão executiva, porquanto considerou iniciada a contagem do lapso prescricional com o trânsito em julgado referente a essa ação civil pública (27 de janeiro de 2006) e, pela situação de não absolutamente incapaz, fluir esse prazo sem interrupção (folhas 98 a 100).

Sem desdouro à convicção da douta magistrada sentenciante, não cabe esse reconhecimento.

Com efeito, respeita a referida ação civil pública a direitos fundamentais (saúde e educação) de pessoa com deficiência, os quais imprescritíveis.

Desse modo, e em conformidade à súmula 150 do Supremo Tribunal Federal[1], a execução do respectivo título também reúne esse atributo (imprescritibilidade).

Nesse ponto, aliás, é de relevo o seguinte trecho do substancioso parecer da douta Procuradoria de Justiça (folhas 195 e 196):

"(...) os direitos que emanam na personalidade não prescrevem. E por serem direitos não patrimoniais, absolutos, irrenunciáveis, há que se considerar que pessoas, naturais ou jurídicas, instituições públicas ou privadas não podem dispor desses direitos de forma a desrespeitar à condição humana do indivíduo.

Esse perfil protetivo também está delineado na Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência, que alinha também entre os direitos fundamentais o direito à vida, direito à habilitação e reabilitação, à saúde, à educação.

Nesse quadro legislativo cuidou o referido Estatuto deixar claro sua intenção de não discriminar pela deficiência ou doença a capacidade civil, promovendo mais liberdade na ação dos que antes eram considerados absolutamente incapazes e limitando a incapacidade apenas aos menores de 16 anos (art. 3º do CC).

(...) a imprescritibilidade se deve à qualificação do direito almejado (imprescritível, inalienável, inexaurível...) e não a imprescritibilidade referida no artigo 198 do Código Civil, posta em favor dos menores de 16 anos, ausentes e os em serviço das Forças Armadas em tempos e guerra.

Ainda que não fosse esse raciocínio não poderia o juízo desconsiderar a coisa julgada que se fez com a decisão de interdição já transitada julgada ocorrida (fls. 11) em 2013, portanto, antes mesmo da reforma civil que deu apenas com a alteração legislativa da Lei 13.146/2015, o que implica em desrespeito à coisa julgada na forma do inciso XXXVI, art. 5º da Constituição Federal.

(...)"

Nesse sentido, ainda, é de consideração, *mutatis mutandis*, aresto desta Corte cuja ementa segue transcrita:

"APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA. ***AÇÃO CIVIL PÚBLICA.***

1 "Prescreve a execução no mesmo prazo da prescrição da ação."

OBRIGAÇÃO DE FAZER. *REFORMAS E ADAPTAÇÕES EM PRÉDIOS DO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO, PARA FINS DE ACESSIBILIDADE. DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL PELA APLICAÇÃO O DECRETO N.º 20.910/32. DESCABIMENTO. Lei Federal nº 10.098/2000 e Decreto nº 5.296/2004 que especificaram obrigações permanentes para toda a sociedade quanto à promoção de acessibilidade para pessoas com deficiência. A ninguém, nem mesmo ao poder público, é dado se escusar de cumprir a lei.* ***Não ocorreu prescrição****. ADEQUAÇÃO ÀS DIRETRIZES DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (ABNT), NBR 9050 E NBR 16537, QUE ESTIPULAM CONDIÇÕES DE ACESSIBILIDADE A PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA FÍSICA OU COM MOBILIDADE REDUZIDA. Ministério Público que apurou, em inquérito civil, que barreiras arquitetônicas impedem ou dificultam o acesso e a mobilidade de pessoas com deficiência em sete instalações do Município de Ribeirão Preto. Pretensão de garantir o pleno acesso das pessoas com deficiência. Possibilidade. Acessibilidade universal que não deve ficar à mercê da conveniência e oportunidade da administração pública. Vedação ao retrocesso que impede a administração de optar pela postergação da realização das adaptações nas repartições públicas em questão. Inaplicabilidade do princípio da reserva do possível. Impossibilidade de alteração do conteúdo da obrigação de fazer, diante da observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Município que terá 180 dias para cumprir a ordem, tempo bastante para se organizar no plano administrativo e orçamentário. Possível a fixação de multa cominatória contra a Fazenda Pública. Multa diária no valor de R$ 1.000,00 (mil reais) arbitrada em valor adequado. Montante da multa diária que fica limitado a R$ 100.000,00 (cem mil reais). Precedentes. Recursos parcialmente providos apenas para fixar teto no valor da multa diária. REMESSA NECESSÁRIA E RECURSO DO MUNICÍPIO PARCIALMENTE PROVIDOS."*[2]

Também é de registro haver em trâmite várias execuções individuais similares a essa.

A propósito, *mutatis mutandis*, são também presentes arestos desta Corte (TJSP) cujas ementas têm seguintes teores:

"Agravo de instrumento. Execução de título executivo judicial. Provimento jurisdicional obtido na ação civil pública nº 0027139-65.2000.8.26.0053, pelo qual o Estado de São Paulo foi condenado a promover atendimento integral e adequado aos portadores de autismo residentes no Estado de São Paulo. Decisão que determinou o fornecimento de unidade de tratamento especializado em favor da exequente. Possibilidade de imposição de disponibilização de instituição pública, conveniada ou particular que atenda, integralmente, às necessidades da agravada. Maioridade civil ou mesmo conclusão do ensino médio que não esgota o dever de prestação de assistência de saúde, assistencial e

Acesso ao Sumário

2 Apelação/remessa necessária 1013053-41.2018.8.26.0506, 2ª Câmara de Direito Público, relator o desembargador Alves Braga Junior, julgamento em 28 de agosto de 2020. Não constam esses grifos no texto copiado.

educacional. Decisão mantida. Recurso não provido."[3]

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – Cumprimento individual de sentença coletiva (ação civil pública nº 0027139-65.2000.8.26.0053) – Menor que é portador de Transtorno de Espectro Autista (CID 10 F84) – Pretensão de disponibilização de vaga em escola especial – Pedido de extinção do processo sem resolução do mérito, por falta de interesse de agir – Não cabimento – Ação fundada em título executivo judicial decorrente de ***ação civil pública acerca do direito fundamental*** *a tratamento diferenciado aos portadores de deficiência, o que configura o interesse processual de pedir que se assegure o direito garantido no referido título – Adequação da via eleita, ainda que se possa propor ação condenatória de obrigação de fazer para a mesma finalidade – No mais, ausência de comprovação da necessidade de escola especializada – Necessidade de realização de prova pericial, com o fim de verificar se é caso de assegurar ao exequente agravado a escola especializada ou frequência em rede regular de ensino com o apoio/acompanhamento necessário, e se o apoio atualmente disponibilizado é suficiente ou não ao atendimento de suas necessidades. Recurso provido em parte, nos termos da fundamentação, com determinação."*[4]

Presentes essas realidades, reforma- se a respeitável sentença para, uma vez afastado o reconhecimento de prescrição, ser dado prosseguimento à execução.

Derradeiramente, reconhece-se prequestionadas as matérias constitucional e infraconstitucional examinadas mediante este decisório, não bastasse desnecessária a indicação dos dispositivos correspondentes[5].

À vista do exposto, dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1013163-74.2021.8.26.0590, da Comarca de São Vicente, em que é apelante MUNICÍPIO DE SÃO VICENTE, é apelado COMEXIM LTDA.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, com majoração da verba honorária, nos termos do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.727)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente), HENRIQUE HARRIS JÚNIOR e MARCELO L

3 Agravo de Instrumento 2215852-80.2022.8.26.0000, relatora a desembargadora Paola Lorena, julgamento em 13 de dezembro de 2022. Esses grifos e destaques não constam do texto original.

4 Agravo de Instrumento 2001366-74.2022.8.26.0000, relatora a desembargadora Ana Luiza Villa Nova, Câmara Especial, julgamento em 16 de novembro de 2022.

5 Nesse sentido: Superior Tribunal de Justiça, EDROMS 28.205/SP, relator o ministro Felix Fischer, julgamento em 8 de maio de 2006.

Acesso ao Sumário

THEODÓSIO.

São Paulo, 25 de maio de 2023.

BEATRIZ BRAGA, Relatora

Ementa: Ação anulatória de lançamento fiscal. IPTU do exercício de 2022. A sentença julgou a ação procedente e deve ser mantida. O fato de um determinado imóvel possuir restrições de índole preservacionista-ambiental não tem o condão, por si só, de tornar inexigível a incidência tributária do IPTU, eis que essa condição diz respeito a restrições ou limitações ao seu uso, embora não signifique a perda completa dos atributos inerentes à propriedade. No caso, contudo, há o esvaziamento completo do direito de propriedade e de seus correlatos atributos, uma vez que o imóvel está localizado em região com permanente risco de deslizamentos e foi objeto de interdição pela Prefeitura. Inequívoco, outrossim, que ao tempo do lançamento infirmado o conteúdo econômico do bem tributado já se apresentava completamente esvaziado, fato que torna antijurídica a incidência tributária. Interdição de construção pela Municipalidade datada do ano de 2016, em razão do risco de escorregamento de rochas apurado pelo Plano Municipal de Redução de Riscos. A perícia, no mais, assinalou que a utilização e aproveitamento do imóvel estão completamente inviabilizados, tendo em conta o perene risco geológico de desprendimento de camadas de pedras sobre a propriedade em razão de sua localização topográfica. Destarte, não há juridicidade a respaldar a exação infirmada, diante da completa inviabilidade do uso do imóvel. Nega-se provimento ao recurso, com majoração da verba honorária, nos termos do acórdão.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a sentença de 200/204, proferida nos autos da ação declaratória de lançamento fiscal ajuizada por **Comexim Ltda.** em face do **Município de São Vicente**, que tem por objeto o lançamento de IPTU do exercício de 2022 incidente sobre o imóvel descrito nos autos, diante de restrições administrativas que impediram o seu uso e fruição.

Referida sentença julgou a ação procedente e declarou nulo o lançamento infirmado (IPTU para o ano-base de 2022) atrelado ao imóvel cadastrado na inscrição municipal sob o nº 17-00991-2382-00213-000 (fls. 60/61).

Em razão da sucumbência o Município foi condenado ao pagamento das custas processuais adiantadas pela autora e honorários advocatícios arbitrados em 10 (dez) por cento do valor atualizado da causa, na forma dos §§ 2, 3º, inciso I e 4º, incisos III e IV, do artigo 85 do CPC.

Insatisfeito com o resultado do julgado apela o Município de São Vicente pugnando por sua integral reforma.

Em suas razões recursais a fls. 216/222 defende a legalidade e juridicidade de seu atuar fiscal, nos planos adjetivo e material, especialmente com relação à higidez da cobrança e dos correlatos critérios adotados pelo Fisco.

Nesse contexto, assinala que não fora demonstrada qualquer limitação ao direito de propriedade e destaca que a interdição e restrição têm origem, sobretudo, em aspectos de segurança (risco topográfico-geológico), sendo facultado ao proprietário realizar as devidas obras de engenharia necessárias para que os riscos e problemas verificados no local sejam sanados ou minimizados.

Por conseguinte, pontua que a partir do momento em que a autora optou por demolir a edificação que havia no imóvel, a propriedade que antes era tributada pelo imposto predial, passou a ser tributada como territorial, com a necessária adequação da alíquota, nos termos previstos pelo Código Tributário Municipal.

Reitera que em momento algum houve limitação ao direito de propriedade, uma vez que a proprietária tem a possibilidade de realizar obras de contenção, a fim de viabilizar a ocupação e uso do imóvel, considerando a instabilidade topográfica e geológica que afetam a área de situação do bem.

Assim, aduz que a liberdade de utilização do imóvel e sua disponibilidade ainda existem, bastando, para tanto, que os autores atendam as regras de segurança impostas na legislação no tocante à segurança da ocupação, especialmente quanto aos riscos de deslizamentos.

O apelo recebeu resposta.

Contrarrazões recursais a fls. 227/236, nas quais a recorrida defende a ratificação do julgado e rebate os argumentos e teses lançados no apelo adverso.

É o relatório.

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade o recurso deve ser conhecido.

No mérito, contudo, não comporta provimento, nos termos que serão a seguir delineados.

A autora, proprietária do imóvel indicado na inicial, em relação ao qual o

Acesso ao Sumário

Fisco lançou o IPTU do ano-base de 2022, sustenta que a cobrança é indevida, pois além de parte dele estar localizada em área de preservação permanente, a propriedade foi interditada pelo réu, tendo em vista o risco topográfico apresentado no local e adjacências.

Informa, em complemento, que inobstante a realização da demolição do imóvel edificado no terreno, o IPTU foi majorado em 04 (quatro) por cento e o pedido de isenção temporária formulado em sede administrativa indeferido.

Nesse cenário, ajuizou a presente demanda visando afastar a incidência fiscal em referência.

A sentença recorrida acolheu as razões dispostas na inicial e julgou a ação procedente com base nas provas constantes dos autos, bem como em laudo pericial utilizado como prova emprestada, oriundo de processo que teve as mesmas partes e tratou do imóvel objeto destes autos, sendo diverso apenas o exercício exequendo.

Por primeiro, cumpre assinalar que o fato do bem atrelado à exação possuir restrições de índole preservacionista-ambiental não tem o condão, por si só, de tornar inexigível a incidência tributária do IPTU, eis que essa condição diz respeito a restrições ou limitações ao uso do bem, mas não significa a perda completa dos atributos inerentes à propriedade.

No entanto, a análise da restrição da propriedade e de seu consequente esvaziamento, enseja a verificação pormenorizada e individualizada do caso concreto.

Pois bem.

Constam do feito, como bem assinalou o juízo, elementos suficientes, o bastante, para corroborar a tese de perda total do direito de propriedade, posse ou domínio útil, aspecto que torna a incidência fiscal inválida e, portanto, inexigível.

A perícia produzida por *expert* nomeado pelo juízo constatou que o imóvel de propriedade dos autores está situado parte na encosta e outra no sopé do Morro do Itararé (acidente geográfico situado entre os Municípios de São Vicente e Santos).

Acesso ao Sumário

Consta que a porção situada na encosta possui inclinação média superior a 45º, caracterizando-se, assim, como área de preservação permanente, conforme tipificação constante do artigo 4º, inciso V, do Código Florestal Brasileiro.

Já a outra parte está localizada no sopé do acidente geográfico. Nessa região, apesar de inexistirem restrições ambientais, há interdição de construção pela Municipalidade datada do ano de 2016, em razão do risco do escorregamento de rochas apurado pelo Plano Municipal de Redução de Riscos. Inclusive, com base em tal plano fora determinada a demolição da edificação existente no terreno, o que foi cumprido pela autora da ação.

A perícia, no mais, assinalou que a utilização e aproveitamento do imóvel está completamente inviabilizada, tendo em conta o perene risco geológico de desprendimento de camadas de rochas sobre a propriedade, independente da realização de obras de engenharia e contenção nas bases do morro.

Destarte, como bem pontuado pelo juiz sentenciante, é evidente que, ao tempo do lançamento infirmado, o conteúdo econômico do imóvel tributado apresentava-se completamente esvaziado, não sendo permitida por razões de segurança geológica-topográfica qualquer utilização do bem em questão.

Por conseguinte, não há juridicidade a respaldar a exação em tela, de modo que a sentença de procedência deve ser integralmente mantida, prejudicadas as demais alegações do apelante.

A solução consignada conduz à majoração da verba honorária outrora fixada, de 10 (dez) para 12 (doze) por cento do valor da causa, nos termos do art.85, §11, do CPC.

E 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, **nega-se provimento ao recurso, com majoração da verba honorária, nos termos do acórdão.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1528250-97.2021.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante MUNICÍPIO DE SANTOS, é apelado CLARO NXT TELECOMUNICAÇÕES LTDA. (ATUAL DENOMINAÇÃO DE NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA.).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "mantiveram o Acórdão V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.941)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EUTÁLIO PORTO (Presidente sem voto), RAUL DE FELICE e ERBETTA FILHO.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 1º de junho de 2023.
AMARO THOMÉ, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – APELAÇÃO CÍVEL – EXECUÇÃO FISCAL – TAXA DE LICENÇA PARA FISCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO – ESTAÇÃO DE RÁDIO BASE (ERB) – EXERCÍCIO DE 2020 – PRETENDIDO O RECONHECIMENTO DA NULIDADE DA COBRANÇA – ALEGADA USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE TELECOMUNICAÇÕES – SENTENÇA QUE ACOLHEU EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE REFORMADA POR ESTA COL. CÂMARA – RECURSO DEVOLVIDO AO RELATOR PARA REALIZAR O JUÍZO DE CONFORMIDADE, NOS TERMOS DO ART. 1.030, INCISO II, DO CPC DE ACORDO COM O TEMA Nº 919 DO COL. STF (RE nº 776.594/SP) – EXECUÇÃO FISCAL AJUIZADA ANTES DO PERÍODO APONTADO NA MODULAÇÃO DE EFEITOS REALIZADA PELO COL. STF – ENTENDIMENTO CONTIDO NO V. ACÓRDÃO RECORRIDO DEVE SER PRESERVADO – ACÓRDÃO MANTIDO.

VOTO

Por determinação do ilustre Presidente da Seção de Direito Público, Desembargador Wanderley José Federighi, em 15 de maio de 2023, os autos foram reencaminhados a esta Relatoria, com fulcro no art. 1.030, inc. II do CPC,[1] para verificação sobre a compatibilidade do v. acórdão, julgado por esta Col. 15ª Câmara de Direito Público, com a tese estabelecida no âmbito do **RE nº 776.594/SP**, julgado pelo Col. STF (Tema nº 919): "*A instituição de taxa de fiscalização do funcionamento de torres e antenas de transmissão e recepção de dados e voz é de competência privativa da União, nos termos do art. 22, IV, da Constituição Federal, não competindo aos Municípios instituir referida taxa*."

1 *Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá: II – encaminhar o processo ao órgão julgador para realização do juízo de retratação, se o acórdão recorrido divergir do entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça exarado, conforme o caso, nos regimes de repercussão geral ou de recursos repetitivos.*

É o relatório.

Trata-se, na origem, de apelação interposta pelo **Município de Santos** contra a r. sentença de fls. 175/177, que, nos autos da execução fiscal nº 1528250-97.2021.8.26.0562, ajuizada em face da empresa **Claro Nxt Telecomunicações Ltda**. para a cobrança de Taxa de Licença para Localização e Funcionamento de Estabelecimento Comerciais, Industriais, Profissionais e Similares decorrente da instalação de Estação Rádio Base (ERB), relativa ao exercício de 2020, acolheu a exceção de pré-executividade apresentada pela apelada e julgou extinta a execução fiscal nos termos do art. 803, I, do CPC.

Em suas razões (fls. 187/195), sustenta que tem competência para legislar sobre assunto de interesse local e, consequentemente, tem poder para fiscalizar a Estação de Rádio Base e cobrar taxa por esse poder de polícia, nos termos dos arts. 30, incisos I e III e 145, inciso II, da Constituição Federal e na esteira da jurisprudência, não havendo bitributação.

Postulou, assim, a reforma da r. sentença, com o regular prosseguimento à execução.

Em sessão de julgamento realizada em 31 de outubro de 2022, a Turma Julgadora, por unanimidade, deu provimento ao recurso do apelante, consignando, no ponto de relevância, que a exação municipal é legítima e não viola a competência da União, uma vez que "referida taxa não diz respeito ao serviço de telecomunicações, mas à fiscalização exercida pelo município sobre o uso e ocupação do solo urbano, matéria incluída na competência que lhe é constitucionalmente assegurada." (fl. 220)

Ressaltou-se, ainda, que "cabe ao município fiscalizar a instalação das antenas de transmissão no que diz respeito ao uso e da ocupação do solo urbano, e não a atividade de telecomunicação exercida pela agravante, esta sim, competência da União, nos termos da Lei Federal nº 9.472/97." (fl. 221).

Contra o V. Acórdão de fls. 215/227, foram opostos embargos de declaração, acolhidos para integrar a decisão e consignar que não se aplica ao caso o entendimento fixado pelo Col. STF no Tema 1235 de Repercussão Geral (fls. 237/245), sem alteração do resultado do julgamento.

Lado outro, os autos foram reencaminhados a esta Relatoria para verificação da compatibilidade com a tese estabelecida no âmbito do **RE nº 776.594/SP**, julgado pelo Col. STF (**Tema nº 919**): "*A instituição de taxa de fiscalização do funcionamento de torres e antenas de transmissão e recepção de dados e voz é de competência privativa da União, nos termos do art. 22, IV, da Constituição Federal, não competindo aos Municípios instituir referida taxa*."

Cumpre registrar que não se desconhece o entendimento firmado pelo E. STF no julgamento do Tema n. 919, que pacificou a questão em debate, segundo o qual:

"DECISÃO: O Tribunal, por unanimidade, apreciando o tema 919 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário para conceder a segurança pleiteada, nos termos do pedido inicial, sem honorários (Súmula nº 512/STF). Custas ex lege. Foi fixada a seguinte tese: A instituição de taxa de fiscalização do funcionamento de torres e antenas de transmissão e recepção de dados e voz é de competência privativa da União, nos termos do art. 22, IV, da Constituição Federal, não competindo aos Municípios instituir referida taxa.

Por fim, modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 2.344, de 06 de dezembro de 2006, do Município de Estrela d'Oeste, estabelecendo que a decisão produza efeitos a partir da data da publicação da ata de julgamento do mérito, ficando ressalvadas as ações ajuizadas até a mesma data.*" (Plenário, Sessão Virtual de 25.11.2022 a2.12.2022, Ata de Julgamento disponibilizada no DJE em 07/12/2022) (G.N).*

Tendo em vista a pacificação da questão pelo E. STF, que detém a palavra final na interpretação da Constituição Federal, de rigor a aplicação do entendimento firmado aos casos em julgamento.

Todavia, considerando que a previsão de modulação do referido julgado se aplica ao caso sob exame, uma vez que a execução fiscal em tela foi ajuizada em dezembro de 2021 (fl. 01), anteriormente ao julgamento definitivo do referido tema que reconheceu a inconstitucionalidade da aludida taxa, a cobrança é legítima e, portanto, deve ser mantida a rejeição da exceção de pré-executividade oposta pela agravante.

Sobre a referida modulação de efeitos, o seguinte julgado dessa Col. Câmara:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Execução fiscal – Taxa de licença para localização e funcionamento – Estação Rádio-Base (ERB) – Exercício de 2020 – Exceção de pré-executividade rejeitada – "A instituição de taxa de fiscalização do funcionamento de torres e antenas de transmissão e recepção de dados e voz é de competência privativa da União, nos termos do art. 22, IV, da Constituição Federal, não competindo aos Municípios instituir referida taxa" – Tese fixada pelo STF no julgamento, em sede de repercussão geral, do RE nº 776.594 (Tema nº 919) – Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade – Produção de efeitos a partir da data da publicação da ata de julgamento do mérito (09/12/2022), ficando ressalvadas as ações ajuizadas até a mesma data – Execução Fiscal proposta em 01/12/2021 Higidez da cobrança – Decisão mantida – Recurso improvido. **(TJSP; Agravo de Instrumento 2222607-23.2022.8.26.0000; Relator: Eutálio Porto; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Foro de Santos - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 11/01/2023; Data de Registro: 11/01/2023)**

Acesso ao Sumário

Assim, resta evidente que o julgado proferido por esta Col. 15ª Câmara de Direito Público não está em desconformidade com a tese fixada no Tema 919, do STF, considerada a modulação ali estabelecida.

Ante o exposto, **deve ser mantido o v. acórdão**, tal como proferido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1050560-95.2022.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SUMAYA EID PELLEGRINI, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.543)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDUARDO GOUVÊA (Presidente) e MÔNICA SERRANO.

São Paulo, 2 de junho de 2023.

COIMBRA SCHMIDT, Relator

Ementa: PENSIONISTA DE FERROVIÁRIO DA EXTINTA FEPASA.

1. Inocorrência da prescrição de fundo de direito. Súmula nº 85 do STJ.

2. Pretensão ao recebimento do reajuste do IPC de 42,72% referentes a janeiro de 1989. Admissibilidade. Revogação da Lei nº 7.788/89 pela Medida Provisória nº 154/90 (convertida na Lei nº 8.030/90) posteriormente à consolidação do direito.

3. Recurso provido.

VOTO

Cuida-se de ação ajuizada por pensionista de ex-ferroviário da extinta FEPASA, objetivando a condenação do réu à revisão de seus benefícios, com acréscimo de 42,72%, referente ao IPC de janeiro de 1989, com pagamento das diferenças devidas relativas às parcelas vencidas nos últimos cinco anos e vincendas até o apostilamento, acrescidas de juros e correção monetária.

Acesso ao Sumário

Julgou-a improcedente a sentença de f. 92/103, cujo relatório adoto.

Apela a autora, insistindo no acolhimento da pretensão. Aduz não haver, no caso, prescrição de fundo de direito, bem como ser o reajuste pretendido anterior à edição da MP nº 154/90, que se converteu na Lei nº 8.030/90. Afirma que o apelado não computou o IPC de 42,72% referente a janeiro de 1989, nos termos da cláusula I.1 do Contrato Coletivo de Trabalho celebrado entre a FEPASA e os sindicatos da categoria a partir de 1º de janeiro de 1990. Alega que, ao julgar o REsp nº 43.055-0-SP, de relatoria do Min. Sálvio de Figueiredo, o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu que o índice a incidir como fator de correção monetária no mês de janeiro de 1989 seria de 42,72%. Sustenta, ademais, que o apelado é confesso quanto à não concessão do reajuste pretendido, conforme se depreende dos termos de sua contestação. Por fim, salienta não ter o caso qualquer relação com o quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Tema nº 106 de repercussão geral, pois a matéria lá discutida versava sobre correção pelo IPC de março de 1990, e não pelo IPC de janeiro de 1989. Cita jurisprudência favorável e requer a reforma da sentença, para que a ação seja julgada procedente (f. 108/25).

Contrarrazões a f. 134/49. É o relatório.

1. A prescrição, ao contrário do alegado pelo apelado (f. 135/6), é quinquenal.

As prestações em comento configuram, sim, relação jurídica de trato sucessivo. Verificar-se-ia a prescrição de fundo de direito apenas se expressamente negado pela Administração o pleito autoral, situação que não se apresenta nos autos. São estes os exatos termos da Súmula nº 85 do STJ: *Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.*

2. Estabelecem as cláusulas I.1 e I.4 do Acordo Coletivo celebrado entre a FEPASA os ferroviários em janeiro de 1990:

> I – Compromete-se a Ferrovia a conceder aos beneficiados pelo referido Contrato Coletivo de Trabalho, ativos e inativos:
>
> 1 - Reajuste Salarial equivalente à diferença entre o Índice de Preços ao Consumidor (IPC) e os aumentos concedidos de acordo com a Política Salarial vigente, apurada no período de 01/01/89 a 31/12/89, ficando ajustado que os aumentos espontâneos bem como o percentual a que alude a Medida Provisória nº 48, ficam excluídos do mencionado resultado, conforme tabela I de percentuais anexa, devidamente rubricada, e que desta fica fazendo parte integrante.
>
> (...)
>
> 4 - A partir da aplicação do Índice de Preços ao Consumidor (IPC), referente a janeiro de 1990 e enquanto perdurar a Lei n.º 7.788/89, que

Acesso ao Sumário

dispõe sobre a política salarial em vigor, fica assegurada a correção dos salários pelo índice pleno do Índice de Preços ao Consumidor (IPC), do mês anterior, a todas as faixas salariais.

De seu turno, estabelecia o art. 2º da Lei nº 7.788, de 1989, concernente à política salarial:

Art. 2º Os salários dos trabalhadores que percebam até 3 (três) salários mínimos mensais serão reajustados mensalmente pelo índice de Preços ao Consumidor - IPC do mês anterior, assegurado também o reajuste de que trata o art. 4º, § 1º, desta Lei.

Como visto, o texto do Acordo Coletivo estabeleceu a eficácia limitada do direito aos reajustes à vigência da Lei nº 7.788/89.

Todavia, em 15 de março de 1990, foi editada a Medida Provisória nº 154, posteriormente convertida na Lei nº 8.030, de 12 de abril de 1990, que afastou o direito dos servidores da ativa da extinta FEPASA ao referido reajuste.

Ocorre que a Medida Provisória nº 154 entrou em vigor na data de sua publicação, produzindo seus efeitos a partir de 15 de março e 1990, de sorte que não pode retroagir para alcançar situações consolidadas. Dessarte, havendo previsão no aludido Acordo Coletivo para reajuste do mês de janeiro de 1989, deve ele ser concedido.

Quanto ao índice de 42,72%, foi fixado pelo Superior Tribunal de Justiça, nestes termos:

- PREVIDENCIA SOCIAL. BENEFICIOS. APLICAÇÃO ORTN/OTN. CORREÇÃO MONETARIA. IPC RELATIVO A JANEIRO/89.

- CORRETA A APLICAÇÃO DA VARIAÇÃO DAS ORTN/OTN NO CALCULO DO REAJUSTE DO BENEFICIO PREVIDENCIARIO. PRECEDENTES.

- DE ACORDO COM A ORIENTAÇÃO DA CORTE ESPECIAL, O INDICE A SER ADOTADO COMO FATOR DE CORREÇÃO MONETARIA PARA O MES DE JANEIRO DE 1989 E O IPC, NO PERCENTUAL DE 42,72.

- RECURSO CONHECIDO, EM PARTE, E NESTA EXTENSÃO PROVIDO. (REsp 78.763/RS, Rel. Min. William Patterson, Sexta Turma, j. 5.12.1995, DJ 25.3.1996, p. 8618).

Nesse sentido:

APELAÇÃO – Pensionistas da extinta FEPASA – Complementação de aposentadoria/pensão devida pelo Estado de São Paulo – **Pretensão ao reajuste e às diferenças decorrentes da incidência do IPC de 42,72% de janeiro de 1989** – Inocorrência da prescrição do fundo de direito – Súmula 85 do E. STJ – Reajuste e diferenças das parcelas não prescritas devidas Lei nº 7.788/89 – **Consolidação do direito reclamado anterior à revogação dessa lei pela Medida Provisória nº 154/90 (convertida na Lei nº 8.030/90) – Sentença reformada para a procedência da demanda** – RECURSO PROVIDO. (Apelação Cível nº 1048623-

50.2022.8.26.0053; Des. Vicente de Abreu Amadei; j. 22.5.2023; g.m.)

FERROVIÁRIOS. Complementação de pensão. FEPASA. **Pretensão à concessão do índice 42,72% correspondente ao IPC de janeiro de 1989. Contrato coletivo de trabalho firmado entre a FEPASA e os sindicatos de empregados da categoria em janeiro de 1990. Reajuste previsto na Cláusula I, 1. Revogação das Leis 7.830/89 e 7788/89 pela Medida Provisória 154, convertida na Lei 8.030/90, que ocorreu depois da pactuação do reajuste pretendido. Direito adquirido ao reajuste**. Sentença que julgou a ação improcedente. Recurso provido para julgá-la procedente e condenar o réu a recalcular a complementação da autora de modo a incluir o reajuste e a pagar as diferenças decorrentes do recálculo, observada a prescrição quinquenal. (Apelação Cível nº 1055631-78.2022.8.26.0053; Des. Antonio Carlos Villen; j. 18.5.2023; g.m.)

Ação ordinária – Pensionista de ex funcionário da antiga FEPASA – Complementação dos proventos de aposentadoria e pensões pela FESP – **Pleiteado o pagamento do reajuste pelo índice IPC de 42,72% para janeiro de 1989 estabelecido pela Clausula 1, item I do Acordo de Reajuste de Salários firmado entre a FEPASA e os ferroviários – Revogação da Lei nº 7.788/89 pela Medida Provisória nº 154/90 (convertida na Lei nº 8.030/90) posterior à consolidação do direito** – Recurso provido. (Apelação Cível 1037438-49.2021.8.26.0053; Des. Osvaldo Magalhães; j. 16.12.2021; g.m.)

APELAÇÃO – FEPASA – Complementação de pensão e aposentadoria – **Pretensão à aplicação do reajuste de 42,72%, correspondente do IPC do mês de janeiro/89** – Sentença que reconheceu a ocorrência da prescrição – Insurgência – Inexistência de prescrição do fundo de direito – Incidência da Súmula nº 85 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e da Súmula nº 443 do Supremo Tribunal Federal (STF) – **Situação dos autores que já estava consolidada – Item 1 da cláusula 1 do Acordo Coletivo nº 90/91 – Medida Provisória nº 154/90 que é posterior, não podendo retroagir** – Sentença reformada – Precedente – Recurso provido. (Apelação Cível nº 1018209-06.2021.8.26.0053; Des. Marcos Pimentel Tamassia; j. 30.11.2021; g.m.)

Ferroviário. FEPASA. Complementação de pensão e aposentadoria. **Reajuste pelo IPC de 42,72% para janeiro de 1989. Situação consolidada**. Cláusula 1, item I do Acordo Coletivo nº 90/91. **Revogação da Lei nº 7.788/89 pela Medida Provisória nº 154/90 (convertida na Lei nº 8.030/90) posterior à consolidação do direito**. Recurso provido. (Apelação Cível nº 1049873-26.2019.8.26.0053; Des. Borelli Thomaz; j. 3.2.2021; g.m.)

Acesso ao Sumário

No mesmo sentido, de minha relatoria, as apelações 1003782-67.2022.8.26.0053, 1010163-91.2022.8.26.0053 e 1016888-96.2022.8.26.0053, julgadas, respectivamente, em 28 de abril de 2022, 3 de junho de 2022 e 28 de

junho de 2022.

Conclui-se, pois, ser de rigor o reconhecimento do direito da autora ao reajuste pretendido de 42,72%.

3. Dou provimento ao recurso. Condeno o réu a implementar na complementação de aposentadoria da autora o reajuste de 42,72% referente a janeiro de 1989, com o devido apostilamento, respeitada a prescrição quinquenal.

As diferenças atrasadas deverão ser corrigidas monetariamente, desde quando exigíveis (natureza alimentar da dívida e princípio da *restitutio in integrum*), e acrescidas de juros de mora, desde a citação. O índice a ser adotado é o IPCA-E (STF, Tema 810; STJ, Tema 905) e, a partir de sua vigência, o estabelecido no art. 3º da Emenda Constitucional 113. Acaso não afastado, ainda que em tutela provisional, em alguma das ações declaratórias de inconstitucionalidade em tramitação da corte suprema (7047 e 7064), havendo de prevalecer, em qualquer hipótese o que nelas ou em alguma delas for deliberado.

Os juros moratórios obedecerão ao disposto na Lei nº 11.960/2009 e na subsequente Lei nº 12.703/2012, a contar da citação.

Invertidos os ônus da sucumbência, a honorária será arbitrada na forma do art. 85, § 4º, II, do CPC, segundo os percentuais mínimos do § 3º.

Custas na forma da lei.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001016-95.2021.8.26.0014, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BANCO VOLKSWAGEN S/A, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.823)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDUARDO GOUVÊA (Presidente sem voto), LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA e COIMBRA SCHMIDT.

São Paulo, 5 de junho de 2023.

MÔNICA SERRANO, Relatora

Ementa: APELAÇÃO – IPVA – ARRENDAMENTO MERCANTIL – Pretensão de cobrança em face do

arrendador – Legitimidade passiva da apelante – Cabimento – Precedente do STJ – Baixa dos gravames de apenas parte das CDAs – Inconstitucionalidade da Lei 13.296/2008 já foi rejeitada pelo Órgão Especial desta Egrégia Corte – Sentença mantida – RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação contra a r. sentença que julgou extinta a execução fiscal quanto às CDAs nº 1.229.821.398, 1.241.412.212 e 1.254.519..762, nos termos do artigo 924, II, do CPC, sem ônus para as partes, e, quanto ao mais, julgou improcedentes os embargos à execução fiscal, condenando o embargante ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios fixados nos termos do artigo 85, §3º, do Código de Processo Civil, no parâmetro mínimo, observado o valor atualizado do débito.

Em seu recurso, a apelante alega que é parte ilegítima para figurar no polo passivo da relação tributária pela ausência de liame contratual com os veículos objetos da tributação, visto que estes não estão inseridos no cadastro de veículos arrendados. No mais, sustenta que a lei estadual que embasa a execução fiscal é inconstitucional, e que não houve identificação do contribuinte e do responsável pelo pagamento do tributo na notificação de lançamento.

Contrarrazões às fls. 390/394.

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

A executada interpôs Embargos à Execução alegando inconstitucionalidade da lei estadual que disciplina a responsabilidade pelo pagamento do crédito tributário de IPVA, cujo pedido foi julgado improcedente.

Cumpre destacar que as CDAs nºs 1.219.746.586, 1.229.829.335, 1.229.832.818, 1.240.030.204, 1.240.055.072, 1.240.188.938, 1.240.207.296, 1.241.417.329, 1.250.192.748, 1.250.258.569, 1.254.084.668, 1.254.084.879, 1.254.089.030, 1.254.402.685, 1.257.390.750 e 1.229.821.398 foram objetos de exceção de pré-executividade nos autos da Execução Fiscal e foram declaradas extintas em razão da ilegitimidade passiva do apelante ante a baixa dos gravames anterior à ocorrência dos respectivos fatos geradores. Deste modo, os Embargos à Execução prosseguiram somente com relação às CDAs remanescentes.

Sobre o assunto, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça no sentido de que há responsabilidade solidária do arrendante no pagamento do IPVA:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 APLICABILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC. INOCORRÊNCIA. IPVA.

Acesso ao Sumário

ARRENDAMENTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA PARTE ARRENDANTE. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. INADEQUADA AO CASO CONCRETO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015 para o agravo interno.

II - A Corte de origem apreciou todas as questões relevantes apresentadas com fundamentos suficientes, mediante apreciação da disciplina normativa e cotejo ao posicionamento jurisprudencial aplicável à hipótese. Inexistência de omissão, contradição ou obscuridade.

III - No arrendamento mercantil, a parte arrendante, possuidora indireta do veículo, responde solidariamente pelo adimplemento da obrigação tributária relativa ao IPVA. Precedentes.

IV - Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero improvimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.

V - Agravo Interno improvido.

(AgInt no REsp n. 2.029.735/SP, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 13/3/2023, DJe de 16/3/2023.)

Da documentação trazida aos autos, verifica-se que a apelante não providenciou nenhum documento que comprovasse que não possui mais a propriedade dos veículos, ou que comunicou a baixa ao Sistema Nacional de Gravames. Já a apelada comprovou em fls. 254/304 que a embargante constava como proprietária dos veículos nos cadastros do DETRAN e da Secretária da Fazenda. Assim, verifica-se que a apelante ainda possui responsabilidade tributária pelo pagamento do IPVA.

Esse é o entendimento aplicado por esta Corte. Vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL – Ação Anulatória de Débito Fiscal – Instituição financeira que pretende ver afastada a obrigação no pagamento de IPVA de veículos que foram objeto de contrato de alienação fiduciária – Sentença de parcial procedência, tão somente para declarar a inexigibilidade dos lançamentos tributários de IPVA referentes a arrendamentos promovidos por outras instituições financeiras – Contrato de alienação fiduciária que não afasta a responsabilidade da instituição financeira – Fiduciante que é responsável solidário pela obrigação tributária – Inteligência do art. 6º, II, e § 2º da Lei nº 13.296/08. Sentença mantida – Recurso improvido.

(Apelação Cível 1052508-14.2018.8.26.0053; Relator: Eduardo Gouvêa; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 12ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento:

Acesso ao Sumário

17/12/2021; Data de Registro: 17/12/2021)

Apelações. Embargos à execução fiscal. IPVA. Contratos de alienação fiduciária e arrendamento mercantil. Responsabilidade tributária de agente financeiro credor fiduciário/arrendante. Limitação ao momento de transferência efetiva da propriedade. Precedentes do C. STJ e desta Corte. Baixa dos gravames, antes da ocorrência do fato gerador, comprovada em relação a algumas CDA's. Sentença de parcial procedência mantida. Recursos improvidos.

(Apelação Cível 1000777-57.2022.8.26.0014; Relatora: Paola Lorena; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro das Execuções Fiscais Estaduais - Vara das Execuções Fiscais Estaduais; Data do Julgamento: 09/05/2023; Data de Registro: 09/05/2023)

Por fim, a inconstitucionalidade da Lei 13.296/2008 já foi rejeitada pelo Órgão Especial desta Egrégia Corte na Arguição nº 0127403-35.2012.8.26.0000:

Arguição de inconstitucionalidade – Lei do Estado de São Paulo n° 13.296/2008 que é impugnada por empresa locatária de veículos por possibilitar a sua responsabilidade na obrigação de recolhimento do IPVA – Não acolhimento – Não se vislumbra inconstitucionalidade na previsão da responsabilidade solidária da empresa que aluga veículos, mormente considerando-se que a lei prevê mecanismos para exclusão da obrigação (diante da prova de regular inscrição da locadora no Cadastro de Contribuintes e precedente pagamento do imposto), assim como prevê regras específicas para o caso de o tributo já ter sido recolhido em outra unidade da federação – Especificações sobre o domicílio que não contrariam regras gerais civis ou tributárias e que representam inovação com intuito de combater guerra fiscal, fraudes e simulações que levam à perda de contribuições ao estado em que efetivamente acaba ocorrendo o fato gerador – A ocorrência ou não de fraudes, de hipóteses de subsunção, de indevida bitributação e de óbice à livre iniciativa e alocação empresarial de recursos será avaliada em cada caso concreto – Arguição rejeitada, com remessa dos autos à 13ª Câmara de Direito Público, para que prossiga no julgamento do recurso.

(Incidente De Arguição de Inconstitucionalidade Cível 0127403-35.2012.8.26.0000; Relator: Enio Zuliani; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 6ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 22/08/2012; Data de Registro: 30/08/2012)

Pelo exposto, **nega-se provimento** ao recurso de apelação.

Ficam prequestionadas todas as normas legais e matérias constitucionais suscitadas e discutidas pelas partes.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1016644-78.2021.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 5.099)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores TORRES DE CARVALHO (Presidente sem voto), TERESA RAMOS MARQUES e PAULO GALIZIA.

São Paulo, 30 de maio de 2023.

JOSÉ EDUARDO MARCONDES MACHADO, Relator

Ementa: Apelação. Ação Civil Pública. Obrigação de não fazer. Pretensão de compelir o Hospital a não proibir ou impedir o ingresso da profissional Doula, livremente escolhida e contratada por gestante, juntamente com o acompanhante. Sentença de procedência. Insurgência da Fazenda Pública. Preliminar de Ilegitimidade passiva afastada. Organização Social que atua como gestora do hospital público. Responsabilidade do Estado pela fiscalização do contrato de gestão. Sentença mantida. Recurso não provido.

VOTO

Cuida-se de apelação interposta pela **Fazenda do Estado de São Paulo** contra a r. sentença lançada a fls. 376/381, cujo relatório adota-se integralmente, que julgou procedente o pedido de obrigação de não fazer formulado na ação civil pública ajuizada pelo **Ministério Público do Estado de São Paulo**, para que os réus "*se abstenham de proibir ou impedir o ingresso da profissional Doula, livremente escolhida e contratada por gestantes, durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto, independentemente da presença do acompanhante*".

Inconformada, recorre a **Fazenda do Estado de São Paulo** (fls.391/395) e sustenta, em síntese, que (i) não possui legitimidade passiva para figurar no polo passivo, pois a decisão é administrativa e não teve a intervenção do Estado;

Acesso ao Sumário

(ii) neste sentido a ciência da liminar somente foi direcionada ao diretor administrativo do hospital; (iii) há contrato de gestão entre o Hospital Universitário Doutor Domingos Leonardo Cerávolo e a corré Associação e Fraternidade São Francisco de Assis na Providência de Deus; (iv) não possui poder de ingerência de natureza interna e administrativa aos atos praticados pela associação. Requer o provimento do recurso para reconhecer a sua ilegitimidade em compor o polo passivo da ação.

Recurso regularmente processado e respondido (fl.404)

A D. Procuradoria Geral de Justiça ofertou parecer pelo não provimento do recurso (fls. 414/417).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Cuida-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público em face da Associação Lar São Francisco de Assis na Providência de Deus - OSS e Fazenda Pública do Estado de São Paulo, cuja pretensão é a de viabilizar o acesso da profissional Doula durante o todo o período de trabalho de parto, além de pré e pós-parto, independente da presença de acompanhante.

A liminar foi deferida e o feito julgado procedente.

É a síntese processual.

À partida, cumpre salientar que a insurgência recursal está adstrita tão somente a ilegitimidade passiva da Fazenda Pública, ponto que passo a analisar.

Pois bem.

A celebração de contrato de gestão com organização social – entidade privada não integrante da Administração Pública – é instrumento bastante utilizado pela administração pública para consecução dos objetivos constitucionais de proteção e promoção dos serviços de saúde, nos termos do artigo 6º e 196 da CF.

No caso dos autos incontroverso a existência de contrato de gestão celebrado entre a Associação Lar São Francisco de Assis na Providência de Deus e o Hospital Regional de Presidente Prudente – Doutor Domingos Leonardo Cerávolo – desde 2009 (fl.264).

Acesso ao Sumário

A controvérsia está adstrita, pois, se remanesce a responsabilidade do ente público nos casos em que a prestação do serviço público é realizado por terceiro, hipótese dos autos.

E sob este aspecto, não tem razão a apelante.

A celebração do contrato de gestão não afasta a responsabilidade do ente estatal pela prestação do serviço e pelos danos eventualmente causados, nos termos do art. 37, §6º, da CF, sendo certo que há previsão para fiscalização do contrato de gestão pelo Estado, conforme previsto na Seção IV da Lei Complementar Estadual nº846/1998 que dispõe sobre a qualificação de entidades como

organizações sociais.

E neste termos impende salientar que o contrato de gestão é uma parceria firmada entre o poder público e a organização social para consecução dos serviços públicos. Neste sentido dispõem o artigo 6º da Lei Estadual

Complementar nº 846/1998 e artigo 5º da Lei nº 9.637/1998:

"Artigo 6º - Para os efeitos desta lei complementar, entende-se por contrato de gestão o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas a que se refere o "caput" do artigo 1º desta lei complementar".

"Artigo 5º - Para os efeitos desta Lei, entende-se por contrato de gestão o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º".

Assim, evidenciado que o Estado ainda é titular do serviço e a parceria celebrada não afasta sua responsabilidade, tanto quanto a terceiros, quanto a execução adequada do contrato de gestão.

No caso em questão, a medida adotada pela parceira fere o direito das gestantes em ter o acompanhamento da profissional Doula, razão pela qual compete ao Estado garantir que tal direito seja observado por sua parceira contratada.

Neste cenário, evidenciada a legitimidade da Fazenda Pública para compor o polo passivo da ação.

Sobre o tema, iterativa jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL – Ação indenizatória por erro médico ajuizada em face do Estado de São Paulo e da Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina (SPDM). R. sentença que julgou a demanda procedente condenando solidariamente as requeridas, tendo a corré SPDM depositado o valor condenação, e a autora concordado com o depósito. Recurso da FESP afirmando somente sua ilegitimidade de parte e ausência de solidariedade, no caso. Contrato de gestão do Hospital Geral de Pedreira celebrado entre a Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina (SPDM) e o Estado de São Paulo. Litisconsórcio passivo e condenação solidária corretamente estabelecidos – Precedentes. Manutenção da r. sentença que julgou a demanda procedente. VERBA HONORÁRIA majoração, nos termos do art. 85, do CPC/2015. RECURSO DESPROVIDO. **(TJSP; Apelação Cível 1001953-15.2019.8.26.0002; Relatora: Flora Maria Nesi Tossi Silva; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro Central – Fazenda Pública/Acidentes – 14ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 27/6/2022; Data de**

Acesso ao Sumário

Registro: 27/6/2022).

Apelação. Responsabilidade civil do Estado. Danos morais e pensão vitalícia. Erro médico. Preliminar de legitimidade passiva da Prefeitura de Santo André. Ação interposta contra o Hospital da Mulher de Santo André e a Municipalidade. Exclusão, por ilegitimidade, por sentença. Interposição recurso de apelação. Acolhimento. Presença da responsabilidade do Estado pelo serviço médico prestado em hospital público, independentemente da existência de contrato de gestão com particular. Sentença anulada. Recurso provido, com determinação. **(TJSP; Apelação Cível 1030247-41.2017.8.26.0554; Relatora: Paola Lorena; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro de Santo André – 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 14/5/2019; Data de Registro: 15/5/2019).**

APELAÇÃO – Responsabilidade civil do Estado – Falha na prestação de serviço médico – Compressa cirúrgica esquecida no colo do útero da autora por ocasião de parto realizado em hospital conveniado com o Município de São Paulo – Indenização por danos morais – Sentença de procedência – Pretensão de reforma – Possibilidade, apenas para reconhecer a ilegitimidade passiva do Estado de São Paulo – Extinção do processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, VI, do CPC – Município, por sua vez, que detém legitimidade para figurar no polo passivo da demanda – Concessão do benefício da gratuidade de justiça às entidades filantrópicas apelantes – Nexo de causalidade evidenciado – Prova pericial a atestar que o atendimento dispensado à autora não seguiu os protocolos médicos – Dano moral presumido – Valor indenizatório bem fixado – Juros de mora que incidem a partir do evento danoso – Recurso do Estado provido. Não provimento dos demais recursos de apelação. **(TJSP; Apelação Cível 1042469-21.2019.8.26.0053; Relatora: Maria Olívia Alves; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro Central – Fazenda Pública/Acidentes – 3ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 5/6/2022; Data de Registro: 5/6/2022).**

Agravo de instrumento – Responsabilidade Civil – Erro médico – Contrato de gestão firmado entre o Estado de São Paulo e a Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina (Organização Social) – Ente que não integra a Administração Direta nem a Administração Indireta, associando-se ao Estado para realização de atividades de interesse coletivo – Ausência de delegação do serviço público, que permanece sob a titularidade do ente público – Legitimidade passiva "ad causam" da FESP – Organização Social que, igualmente, ostenta responsabilidade pelo exercício de atividades privadas, em equipamento público – Decisão reformada. Recurso provido. **(TJSP; Agravo de Instrumento**

Acesso ao Sumário

2196558-86.2015.8.26.0000; Relator: Des. MARREY UINT; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro de Diadema – Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 23/2/2016; Data de Registro: 29/2/2016).

RESPONSABILIDADE CIVIL. Erro médico. Município de Araçatuba e Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Birigui. Indenização por dano material e moral. Atendimento da coautora (menor impúbere) em pronto socorro municipal, com queixa de fortes dores no braço e no cotovelo direitos. Realização de exame de imagem (Raio-x). Diagnóstico de inexistência de fratura óssea, com prescrição de medicação analgésica e alta da paciente. Necessidade de reavaliação em estabelecimento de saúde particular, diante da persistência das dores. Constatação de "fratura supra condiliana com desvio", com indicação de procedimento cirúrgico. Análise realizada com base no mesmo exame de imagem. Elementos dos autos que comprovam a existência de conduta culposa e a falha na prestação do serviço. Responsabilidade civil do Município e da entidade gestora do estabelecimento de saúde reconhecida, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. Sentença de procedência. Recurso do Município. Indenização por dano moral arbitrada em R$ 6.000,00 (seis mil reais) para cada autora que não comporta redução. Indenização por danos materiais não impugnada. Recurso não provido, majorada a verba honorária. **(TJSP; Apelação Cível 1012660-78.2021.8.26.0032; Relator: Antonio Carlos Villen; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro de Araçatuba – Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 14/2/2023; Data de Registro: 14/2/2023).**

Caso, portanto, de preservar a sentença.

Sem condenação em verba honorária, nos termos do artigo 18 da Lei nº 7.347/1985.

Em arremate, para facultar eventual acesso às vias especial e extraordinária, considera-se prequestionada toda a matéria, pois "*para que se tenha por configurado o pressuposto do prequestionamento, é bastante que o tribunal de origem haja debatido e decidido a questão federal controvertida, não se exigindo expressa menção ao dispositivo legal pretensamente violado no especial*" (RSTJ 157/31, 148/247, RT 659/192, entre dezenas de outras).

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001709-

74.2022.8.26.0069, da Comarca de Bastos, em que é apelante NILDA DE ANDRADE FREITAS DOS SANTOS, é apelado MUNICÍPIO DE BASTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.859)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OSWALDO LUIZ PALU (Presidente) e CARLOS EDUARDO PACHI.

São Paulo, 1º de junho de 2023.

DÉCIO NOTARANGELI, Relator

Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – PROCEDIMENTO COMUM – ANULATÓRIA – SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL – APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA PELO REGIME GERAL – VACÂNCIA DO CARGO – PRESTAÇÃO DE SERVIÇO QUE CONTINUOU DE FORMA IRREGULAR – EXONERAÇÃO – LEGALIDADE – VERBAS RESCISÓRIAS PAGAS – INDENIZAÇÃO INDEVIDA.

Pretensão à declaração de nulidade de ato administrativo. Exoneração de servidora pública municipal que se aposentou voluntariamente pelo Regime Geral de Previdência, mas continuou exercendo as funções do cargo, cumulando proventos de aposentadoria e vencimentos. Inadmissibilidade. Vacância do cargo prevista no Estatuto dos Servidores Públicos Municipais de Bastos. Ofensa ao princípio da obrigatoriedade do concurso público (art. 37, II, CF). Questão pacificada no julgamento do Tema nº 1.150 do STF. Precedentes. Exoneração com pagamento de verbas rescisórias. Inexistência de ato ilícito. Dever de indenizar inexistente. Pedido improcedente. Sentença mantida. Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

A r. sentença a fls. 191/196, cujo relatório se adota, julgou improcedente pedido de declaração de nulidade de ato administrativo, consistente na exoneração da autora do cargo de Monitor de Educação, do Município de Bastos, em razão de aposentadoria voluntária obtida pelo Regime Geral de Previdência

Social.

Inconformada apela a vencida suscitando preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa. No mérito, objetiva a reforma da decisão, sustentando, em síntese, a absoluta nulidade do ato administrativo atacada, uma vez que a aposentadoria se deu antes da edição da Emenda Constitucional nº 103/2019. Em razão disso, insiste na reintegração ao cargo com o pagamento dos valores relativos ao período de afastamento, além de indenização por danos morais.

Recurso processado, com contrarrazões, ausente oposição das partes ao julgamento virtual.

É o relatório.

Inicialmente afasta-se a arguição de nulidade da sentença, pois não há falar em cerceamento de defesa.

É dever do juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo e indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias (art. 370 CPC). Não por outra razão o art. 371 CPC consagrou o princípio do livre convencimento do juiz, já que ele é livre quanto à indagação da verdade e apreciação das provas.

Isso se deve porque a finalidade da prova é justamente a de formar a convicção do juiz, seu principal destinatário, quanto à existência dos fatos da causa. Nesse sentido a doutrina de VICENTE GRECO FILHO, segundo a qual "no processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral e filosófico; sua finalidade é prática, qual seja: convencer o juiz" (Direito Processual Civil Brasileiro, vol. 2, Saraiva, 16ª edição, p. 182).

Na espécie a questão de mérito envolve matéria de direito e de fato cujo deslinde depende apenas de prova documental, bastando para tanto os elementos constantes dos autos, desnecessária a produção de qualquer outra prova, pois os atos administrativos são oficiais, em regra, solenes, devendo observar a forma escrita, de modo que não podem ser desconstituídos por prova testemunhal.

No mérito, em que pese o inconformismo da apelante, merece confirmação a r. sentença atacada.

A regra dos artigos 69, VI, e 72, "b", ambos da Lei Municipal nº 870/90 – Estatuto dos Servidores Públicos Municipais de Bastos, assim dispõem:

> "Art. 69 – VACÂNCIA é o estado de um cargo público que não tenha titular e que decorre de:
>
> (...)
>
> VI – aposentadoria;"
>
> "Art. 72 – A vaga ocorrerá na data:
>
> (...)
>
> b) Do ato que promover, transferir, aposentar, exonerar, demitir ou con-

Acesso ao Sumário

ceder acesso."

Como se vê, a legislação municipal estabelece a aposentadoria como causa de vacância do cargo público, disposição que prestigia a regra do artigo 37, § 10, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 20/98, que veda a percepção simultânea de proventos de aposentadoria – pagos pelo regime próprio – com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.

Por outro lado, segundo o entendimento do Colendo STF, ao contrário do que acontece nas relações privadas de trabalho, o vínculo funcional com o ente público se rompe com a aposentadoria e o cargo vago não pode ser provido sem prévio concurso público, pela simples continuidade na prestação do serviço. A propósito, confira-se:

"AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SERVIDORA PÚBLICA ADMITIDA NO REGIME CELETISTA, POSTERIORMENTE CONVERTIDO EM ESTATUTÁRIO. EXERCÍCIO DE CARGO PÚBLICO DE PROVIMENTO EFETIVO. APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA PELO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. HIPÓTESE DE VACÂNCIA DO CARGO, SEGUNDO A LEGISLAÇÃO ESTADUAL. PRETENSÃO DE RETORNO AO CARGO, AO FUNDAMENTO DE QUE A APOSENTADORIA PELO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL - INSS É CUMULÁVEL COM OS VENCIMENTOS. IMPOSSIBILIDADE DE REINTEGRAÇÃO AO MESMO CARGO PÚBLICO APÓS APOSENTADORIA, SEM APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO.

1. A legislação estadual dispõe que a aposentadoria é causa de vacância do cargo público, o que determina o afastamento do servidor dos quadros da Administração.

2. O acesso a cargos públicos rege-se pela Constituição Federal e pela legislação de cada unidade federativa. Se o legislador estadual estabeleceu que a aposentadoria é causa de vacância, o servidor não pode, sem prestar novo concurso público, ser reintegrado ao mesmo cargo depois de se aposentar. Com efeito, antes mesmo da EC 20/1998, quando não havia a vedação de acumulação de proventos com vencimentos de cargo público, esta CORTE já proclamava a inarredável necessidade do concurso público para o provimento do cargo público após a aposentadoria. Precedentes.

3. No caso em análise, a servidora intenta ser reintegrada no mesmo cargo após a aposentadoria, sem se submeter a concurso público, o contraria a jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

4. Além disso, a orientação jurisprudencial desta SUPREMA CORTE firmou-se no sentido de que a acumulação de proventos e vencimentos somente é permitida quando se tratar de cargos, funções ou empregos acumuláveis na atividade, na forma permitida pela Constituição (RE

Acesso ao Sumário

163.204, Rel. Min. CARLOS VELLOSO).

5. Agravo Interno ao qual se nega provimento" (ARE 1.231.507 AgR/ES, 1ª Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 29/11/19).

Portanto, está claro que a prestação de serviços após a aposentadoria se deu de forma irregular, pois "a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração" (art. 37, II, CF).

Assim sendo, a conduta da Administração em exonerar a apelante em decorrência da concessão de sua aposentadoria pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS não se denota ilegal, pois em estrita observância ao comando legal. Casos como esse são solucionados pela tese firmada pelo Colendo STF no julgamento do RE nº 1.302.501/PR, Tema nº 1.150, do teor seguinte:

"O servidor público aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social, com previsão de vacância do cargo em lei local, não tem direito a ser reintegrado ao mesmo cargo no qual se aposentou ou nele manter-se, por violação à regra do concurso público e à impossibilidade de acumulação de proventos e remuneração não acumuláveis em atividade."

Há que observar, ainda, que o fato de a apelante ter se aposentado antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 103/19 não altera a circunstância de que sua exoneração do cargo municipal ocorreu em razão da regra estabelecida na legislação municipal, que prevê a vacância do cargo no caso de aposentadoria, de modo que deve ser seguida a orientação do Colendo STF.

A matéria tem precedentes na jurisprudência recente deste E. Tribunal, conforme se infere da ementa dos seguintes venerandos arestos:

"AÇÃO ORDINÁRIA – Servidora aposentada que pleiteia o retorno às funções que exercia, fazendo-o sob o argumento de que o vínculo funcional não se encerra com a aposentadoria – Pretensão infundada – A legislação municipal estabelece a aposentadoria como causa de vacância do cargo público, disposição que prestigia o disposto na Constituição Federal, mais precisamente na regra do artigo 37, § 10 – Colhe, ademais, a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 1.302.501/PR (Tema 1.150) – Recurso improvido" (Apelação Cível nº 1001707-07.2022.8.26.0069, rel. Des. Luiz Sergio Fernandes de Souza, 7ª Câmara de Direito Público, j. 04/05/2023).

"Apelação Cível – Pretensão de que seja reconhecida a nulidade de portaria que determinou a exoneração da autora de cargo municipal – Servidora do Município de Bastos exonerada em decorrência de sua aposentadoria pelo Regime Geral de Previdência Social – O artigo 69, inciso VI, da Lei Municipal nº 870/90 prevê a aposentadoria como hipótese de vacância do cargo público – Orientação consolidada pelo Co-

Acesso ao Sumário

lendo Supremo Tribunal Federal no sentido de que "havendo previsão legislativa municipal de que a aposentadoria é causa de vacância do cargo público, a aposentadoria voluntária de servidor público municipal pelo Regime Geral de Previdência Social impossibilita a reintegração do servidor ao cargo anteriormente ocupado" – Ausência de violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa – Sentença de improcedência mantida – Recurso não provido" (Apelação Cível nº 1001214-30.2022.8.26.0069, rel. Des. Aliende Ribeiro, 1ª Câmara de Direito Público, j. 27/03/2023).

"APELAÇÃO. Servidores públicos do Município de Flora Rica. 1. Sentença hígida. 2. Pretensão à reintegração de servidores públicos municipais estatutários, exonerados por aposentadoria pelo RGPS, aos quadros do Município. Impossibilidade. Previsão legal à exoneração do servidor estável que se aposenta, nos termos do art. 80, VI, da Lei Complementar Municipal nº 02/93. Impossibilidade de reintegração nos respectivos cargos sem novo concurso público. Inteligência do art. 37, II e §§ 10 e 14, da CF. 3. Recurso não provido" (Apelação Cível nº 1000813-43.2020.8.26.0411, 7ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Coimbra Schmidt, j. 06/05/2021).

"Servidores públicos. Município de Flora Rica. Aposentadoria voluntária. Prosseguimento, no entanto, no respectivo cargo de quando ainda em atividade. Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) firmado entre a Prefeitura Municipal e o Ministério Público. Exoneração fora desse ajuste. Cabimento. Pertinência. Situação que não se amoldava à ordem constitucional (art. 37, II, e §§ 10 e 14). Ordens constitucional e legal (Estatuto dos Servidores de Flora Rica) cogentes e que se sobrepõem ao TAC. Recurso desprovido" (Apelação Cível nº 1001043-85.2020.8.26.0411, 13ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Borelli Thomaz, j. 03/02/2021).

"SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL – BASTOS – CARGO DECLARADO VAGO EM VIRTUDE DE APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA PELO INSS – ADMISSIBILIDADE – APLICAÇÃO DOS ARTS. 69, VI E 72, III, "B", DA LEI MUNICIPAL Nº 870/90 – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE COM PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO IMPROCEDENTE – SENTENÇA CONFIRMADA. (Apelação Cível nº 1000126-98.2015.8.26.0069, rel. Des. Ricardo Feitosa, 4ª Câmara de Direito Público, j. 04/02/2019).

Nada obstante a rigidez do entendimento do Colendo STF, com a rescisão do contrato de trabalho a autora recebeu saldo de salário, férias proporcionais, terço constitucional de férias, 13º salário proporcional e licença prêmio indenizada (fls. 58/59).

Nessas circunstâncias, tendo a apelante recebido o que lhe era devido após regular exoneração, não há falar em ato ilícito e nem tampouco em indenização por danos morais.

Por essas razões, nega-se provimento ao recurso confirmando a r. sentença apelada, ficando os honorários advocatícios anteriormente fixados majorados

Acesso ao Sumário

para 15% do valor atualizado da causa, com a ressalva da gratuidade da justiça.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1065543-36.2021.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante VINICIUS COSSOVAN LIMA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.852)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANA LIARTE (Presidente) e PAULO BARCELLOS GATTI.

São Paulo, 12 de junho de 2023.

OSVALDO MAGALHÃES, Relator

Ementa: Apelação – Ação ordinária – Concurso público – Aluno-Oficial PM – Exclusão de candidato por chegar atrasado no dia e local designados para a etapa de "Avaliação da conduta social, da reputação e da idoneidade" – Cerceamento de defesa não configurado – Atraso reconhecido pelo próprio autor em suas sucessivas manifestações nos autos, tanto que postula a reintegração ao certame sob fundamento de desproporcionalidade – Possibilidade da exclusão – Conhecimento e aquiescência das regras editalícias pelo candidato, em especial daquela que determinava a eliminação na hipótese de atraso – Eventual reintegração importaria em quebra da isonomia em relação aos demais candidatos – Precedentes – Não provimento do recurso, fixada a sucumbência recursal.

Acesso ao Sumário

VOTO

I – Trata-se de ação ordinária ajuizada por candidato de concurso público para o provimento do cargo de "Aluno-Oficial PM" (Edital nº DP 2/321/20), inconformado o autor com a sua exclusão do certame na fase de "Avaliação da conduta social, da reputação e da idoneidade", por ter comparecido com atraso

no dia, horário e local designados para a realização de tal etapa.

A r. sentença de fls. 239/241, cujo relatório se adota, julgou improcedente a ação.

Inconformado, recorre o demandante, alegando, preliminarmente, a ocorrência de cerceamento de defesa, em razão do julgamento antecipado da lide levado a efeito na origem, sem que fosse produzida a prova documental oportunamente requerida. No mérito, sustenta a nulidade do ato de exclusão, porquanto desproporcional e desarrazoado, até mesmo porque "*autorizar o candidato a realizar o teste não causaria prejuízo nenhum à Administração*." Pugna, ao final, pela inversão do resultado do julgado (fls. 245/250).

Recurso regularmente processado e respondido (fls. 254/269).

É o relatório.

II – Primeiramente, sem cabimento a preliminar de cerceamento de defesa, em razão do julgamento antecipado da lide, uma vez que a prova documental pleiteada pelo apelante era realmente dispensável à formação do convencimento judicial, ou seja, acerca do comparecimento com atraso ao local designado para a realização da mencionada etapa do concurso, considerando-se que o próprio autor admite que houve atraso, em suas sucessivas manifestações nos autos.

Nesse sentido, é narrado na petição inicial:

> *"O Autor chegou no local com poucos minutos de atraso, pois ficou preso no transporte público (algo normal no município de São Paulo).*
>
> *Entretanto, QUANDO O AUTOR CHEGOU ATÉ A SALA INDICADA, ENCONTROU O SARGENTO QUE ESTAVA APLICANDO A REFERIDA FASE E ESTE ALEGOU QUE O AUTOR ESTAVA ATRASADO E NÃO PERMITIU QUE O AUTOR REALIZASSE O EXAME. Sendo, inclusive, orientado a "correr atrás de seus direitos".*
>
> *Excelência, data máxima vênia, a presente reprovação fere nitidamente os PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE, o Autor NÃO FOI FALTOSO OU ATÉ MESMO DESIDIOSO, ele chegou ao local com poucos minutos de atraso e foi impedido de fazer a entrega de seu formulário.*
>
> *Os demais candidatos da turma ainda estavam fazendo a entrega, desta forma, nota-se que NÃO HAVERIA QUALQUER PREJUÍZO PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, não cabendo a alegação de que iria ferir o Princípio da Isonomia caso o Autor realizasse a fase."* (fl. 03 – grifos no original)

Em sede de réplica – ocasião em que requerida a apresentação de documento em poder da Administração, ou seja, o "*registro do horário em que o autor chegou para a entrega do seu formulado e documentos, bem como o nome do responsável que autorizou a sua entrada no prédio*" – o relato se altera um pouco. Ainda assim, o atraso é admitido e confessado, senão vejamos:

Acesso ao Sumário

"O primeiro ponto que merece destaque é: ATRASO NÃO É A MESMA COISA QUE FALTOSO!

O Autor só fora considerado faltoso porque fora indevidamente impedido de realizar a etapa.

Além do mais, FOI PERMITIDA A ENTRADA DO CANDIDATO NO PRÉDIO ADMINISTRATIVO DA PMESP PARA A ENTREGA DO FORMULÁRIO E DOCUMENTOS. PORQUE O IMPEDIMENTO NÃO ACONTECE LOGO NA 'PORTARIA'?

O que precisa de total atenção é o horário em que o candidato chegou na portaria do prédio e o horário que chegou na sala para entrega e fora impedido de participar da etapa.

O local indicado para comparecimento é o prédio e não a sala. 'portaria'?

Novamente, porque o impedimento não acontece logo na O prédio administrativo da PMESP é enorme e infelizmente as informações não são claras e precisas. São vários andares, elevadores, diversas salas. É completamente normal um candidato 'se perder lá dentro.'" (fls. 234/235 – grifos no original)

Note-se que a prova pleiteada se refere a um fato novo (qual seja, de que o recorrente teria chegado à portaria do local no horário designado e que o atraso se deu somente em relação à sala em que realizada a etapa do concurso), fato este, aliás, que poderia e deveria ter sido alegado quando da propositura da ação.

Ainda que assim não fosse, é de se reconhecer que a efetiva comprovação de tal circunstância em nada ajudaria ao deslinde da demanda, uma vez que o item 13 do CAPÍTULO XVIII do Edital do concurso determina a exclusão do certame tanto do candidato que chegar atrasado, quanto daquele que "*se apresentar em local diferente do estabelecido, ausentar-se do local de prova sem autorização*", hipóteses em que a conduta narrada em sede de réplica certamente se enquadraria.

Assim sendo, realmente se impunha o julgamento antecipado da lide, conforme levado a efeito na origem.

Confira-se, nesse sentido, o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATO BANCÁRIO. CERCEAMENTO DE DEFESA. PERÍCIA TÉCNICA. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7/STJ.

1. Não configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide, devidamente fundamentado, sem a produção de perícia considerada dispensável pelo juízo, uma vez que cabe ao magistrado dirigir a instrução e deferir a produção probatória que entender necessária à formação do seu convencimento.

Acesso ao Sumário

2. Não cabe, em recurso especial, reexaminar matéria fático-probatória (Súmula 7/STJ).

3. Agravo interno a que se nega provimento" (Agravo Interno no AREsp nº 1.082.894/SP, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe de 28/11/2017).

E ainda: *"(...) 2. Consoante o princípio do livre convencimento motivado do juiz, este é o destinatário final das provas, de modo que cabe a ele decidir quanto à necessidade ou não dessas, não configurando cerceamento de defesa a decisão pelo julgamento antecipado do feito ou o indeferimento do pedido de produção probatória, especialmente quando o magistrado entender que os elementos contidos nos autos são suficientes para formar seu convencimento. Precedentes. Incidência das Súmulas 7/STJ e 83/STJ (...*)" (Agravo Interno no AREsp nº 374.153/RJ, Relator Ministro Marco Buzzi, DJe de 19/04/2018).

Também: "*(...) constantes dos autos elementos de prova documental suficientes para formar o convencimento do julgador, inocorre cerceamento de defesa se julgada antecipadamente a controvérsia*" (Quarta Turma, Ag. 14.952/DF AgRg, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo, DJ de 03/09/1992).

III – No mérito, por sua vez, o recurso não comporta provimento.

É certo que, ao inscrever-se para o concurso, a parte autora aderiu às regras do edital, que, como se sabe, é vinculante tanto para a Administração quanto para os candidatos.

Neste sentido, conforme orientação do Supremo Tribunal Federal, "*(...) o edital de concurso público qualifica-se como instrumento revestido de essencial importância, pois estabelece tanto para Administração Pública, quanto para os candidatos uma pauta vinculante de prescrições, a cuja observância acham-se todos submetidos. A Administração Pública e os candidatos não podem descumprir as normas, as condições, os requisitos e os encargos definidos no edital, eis que este enquanto estatuto de regência do concurso público constitui a lei interna do certame, desde que em relação de harmonia, no plano hierárquico- normativo, com o texto da Constituição e das leis da República*" (RMS nº 22.342/SP, Rel. Min. Celso de Mello).

É sabido também que a Administração goza de liberdade em tema de concursos públicos, condicionada, naturalmente, ao atendimento do interesse público.

A esse respeito, consoante o ensinamento de Hely Lopes Meirelles, "*(...) a Administração é livre para estabelecer as bases do concurso e os critérios de julgamento, desde que o faça com igualdade para todos os candidatos, tendo ainda o poder de, a todo tempo, alterar as condições e requisitos de admissão dos concorrentes, para melhor atendimento do interesse público*" (Direito Administrativo Brasileiro. 19ª ed.. São Paulo: Malheiros, p. 376).

Tal circunstância, por certo, não é impeditiva de análise, pelo Poder Judiciário, de alegações relacionadas a eventual infração a princípios administrativos, dentre os quais, os da razoabilidade e da proporcionalidade, considerada a natureza das funções a serem exercidas, bem como, o da igualdade e legalidade, na medida em que se reclama a existência de lei em sentido formal para respaldar exigências para acesso a cargos públicos.

Na espécie, dispõe o Edital nº DP 2/321/20 no Capítulo XVIII:

"7. Recomenda-se que o candidato compareça aos locais, nas datas e horários designados para a realização das provas e exames, sempre com antecedência mínima de 60 (sessenta) minutos, devendo portar documento de identificação nos termos do subitem 9.1. do Capítulo V deste Edital.

(...)

13. O candidato que faltar, chegar atrasado, se apresentar em local diferente do estabelecido, ausentar-se do local de prova sem autorização ou se recusar a fornecer material para a realização de qualquer etapa ou prova do concurso, independentemente do motivo, estará excluído do concurso." (fl. 57).

Da leitura dos referidos itens, em especial do item 13, era possível inferir que a banca examinadora iria adotar estrita observância ao horário designado para o início de aplicação das provas.

Essa, aliás, a postura da Administração em concursos públicos em geral, como forma de garantir o bom andamento das provas e, principalmente, a isonomia entre os candidatos.

Com efeito, realmente não se afigura possível garantir igualdade de condições aos participantes de um certame, se um deles, por exemplo, pode começar uma determinada prova antes de outro ou munido de livro ou equipamento cuja utilização não seja franqueada aos demais.

Do mesmo modo, também não se pode permitir que um candidato inicie prova ou etapa de concurso em momento posterior, sem que exista fundamento idôneo e excepcional para tanto (caso dos autos), e sem que sejam adotadas medidas que assegurem que isso não implicará em favorecimento indevido.

Daí porque, na espécie, não se está diante de regra que pode ser simplesmente relativizada apenas em razão de pequeno o atraso, ainda que sob o fundamento da proporcionalidade, visto que busca garantir o acesso igualitário, nos termos do artigo 37, inciso I, da Constituição Federal, a todos os "*brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei*."

Quanto aos contratempos mencionados pelo autor, são situações corriqueiras e previsíveis. São Paulo é uma megalópole, em que ocorrem grandes congestionamentos, os quais, não raro, provocam retardamentos nos meios de

Acesso ao Sumário

transporte público (fatos notórios). Por outro lado, o local designado para a prova foi o "Centro Administrativo da Polícia Militar" do Estado de São Paulo, sendo irrelevante alegação de cuidar-se de "prédio enorme", com vários andares e salas

Nesse contexto, cumpria ao candidato adotar todas as cautelas para mitigar essas circunstâncias, e não se atrasar para a etapa do concurso em questão.

Logo, merece mantido o decreto de improcedência da ação.

Porquanto pertinentes, confiram-se os seguintes precedentes desta Seção de Direito Público:

> *"CONCURSO PÚBLICO – SANTO ANDRÉ – PROFESSOR DE EDUCAÇÃO INFANTIL E ENSINO FUNDAMENTAL – CANDIDATA DESCLASSIFICADA POR NÃO ATENDIMENTO DA CONVOCAÇÃO PARA ENTREGA DE DOCUMENTOS REGULARIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO – CONVOCAÇÃO LEVADA A EFEITO COM OBSERVÂNCIA DO EDITAL – AÇÃO VISANDO GARANTIR NOMEAÇÃO E POSSE IMPROCEDENTE"* (Apelação nº 1028004-61.2016.8.26.0554, Rel. Des. Ricardo Feitosa, j. 15.07.2019);
>
> *"MANDADO DE SEGURANÇA – Concurso Público – Soldado PM de 2ª Classe – Eliminação do certame por atraso na entrega do formulário de investigação social – Previsão no edital de exclusão do candidato que chegar atrasado ou se apresentar em local diferente do estabelecido – O candidato deve cumprir as condições estabelecidas no edital – Sentença denegatória mantida – Recurso de apelação desprovido*" (Apelação nº 1050757- 94.2015.8.26.0053, Rel. Des. J. M. Ribeiro de Paula, j. 19.04.2017);
>
> *"MANDADO DE SEGURANÇA – Concurso público para ingresso na classe de Agente de Segurança Penitenciária – Candidato declarado inapto na 4º fase (comprovação de conduta ilibada na vida pública e privada e investigação social) – Entrega de documento em desacordo com a determinação editalícia – Admissibilidade – Previsão no Edital – Juízo discricionário da Administração – Denegação da segurança mantida. Recurso provido"* (Apelação nº 1012613-51.2015.8.26.0053, Rel. Des. Carlos Eduardo Pachi, j. 21.10.2015).

Em virtude da sucumbência recursal, impõe-se a majoração da verba honorária em 2% sobre o montante arbitrado pelo Juízo de origem, com base no artigo 85, parágrafo 11, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, pelo meu voto nego provimento ao recurso, mantida a r. sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos, fixada a sucumbência recursal.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1039651-28.2021.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ALESSANDRA MANOEL, é apelado INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, com determinação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.625)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS MONNERAT (Presidente sem voto), RICARDO GRACCHO e ALBERTO GENTIL.

São Paulo, 2 de junho de 2023.

ANTONIO MOLITERNO, Relator

Ementa: ACIDENTE DO TRABALHO – Operadora de caixa – Lesões de ombros – Nexo causal e incapacidade parcial e permanente para o trabalho – Auxílio-acidente devido.

TERMO INICIAL – Auxílio-acidente – Dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença – Art. 86, § 2º, da Lei nº 8.213/91 – Tese definida pelo Superior Tribunal de Justiça no Tema Repetitivo 862.

CORREÇÃO MONETÁRIA e JUROS DE MORA – A correção monetária será pelo IPCA-E e os juros moratórios pela remuneração da caderneta de poupança, de acordo com o que foi decidido pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal no Tema 810 de repercussão geral (RE nº 870.947) – A partir de 09/12/2021, data da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 113, incidirá unicamente o índice da taxa SELIC, nos termos do seu art. 3º.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – Arbitramento em 15% sobre o montante devido até o presente julgamento – Tema Repetitivo 1105 julgado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

TUTELA ESPECÍFICA – Compreendendo a condenação obrigação de fazer, fica determinada a implantação do benefício (CPC, art. 497).

Acesso ao Sumário

RECURSO PROVIDO, COM DETERMINAÇÃO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta por ALESSANDRA MANOEL contra r. sentença que julgou improcedente a ação acidentária movida contra o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, reconhecida a isenção em relação ao pagamento das verbas inerentes à sucumbência.

Sem resposta ao recurso.

Através do v. acórdão de fls. 159/162, foi determinada a conversão do julgamento em diligência para a realização de nova perícia médica e vistoria na empregadora.

Sobreveio apenas o laudo médico de fls. 177/185, sobre o qual se manifestou a autora.

É o relatório.

Respeitado o entendimento de primeiro grau, a lide comporta solução diversa.

A autora afirmou que sua capacidade laborativa foi afetada por problemas na coluna cervical e ombro direito relacionados com sua atividade profissional (operadora de caixa).

Houve CAT expedida pelo sindicato da categoria (fls. 74), da qual decorreu auxílio-doença acidentário entre 21/11/2019 e 06/03/2020 (fls.76).

A perícia médica mais recente constatou cicatriz cirúrgica na região da coluna cervical e movimentação dolorosa. O ombro direito revelou palpação dolorosa, limitação de movimentos e manobras provocativas positivas. O diagnóstico é de discopatia degenerativa da região cervical e tendinopatia do ombro direito. A conclusão é pela redução permanente da capacidade laborativa em razão das lesões no ombro direito, não havendo comprometimento em razão da lesão de coluna.

O nexo causal encontra-se bem delineado. O perito foi categórico em dispensar a realização de vistoria na empregadora, pois as atividades de operadora de caixa são amplamente conhecidas do público em geral e sabidamente lesivas ao sistema musculoesquelético.

Não bastasse, a própria autarquia reconheceu a presença do requisito quando deferiu, administrativamente, o auxílio-doença acidentário que a autora desfrutou.

A impugnação apresentada, desprovida de esteio técnico, não foi suficiente para elidir a conclusão da perícia judicial, firmada por profissional habilitado, imparcial e da confiança do juiz.

As restrições físicas constatadas são suficientes para demonstrar que a capacidade laboral do autor foi afetada e lhe trazem dificuldades diversas, não experimentadas por outro trabalhador que ainda mantém íntegra sua higidez física.

Ainda em relação à incapacidade laborativa, para fins de concessão de benefícios pagos pelo INSS, anoto que o Colendo Superior Tribunal de Justiça firmou as seguintes teses:

> **Tema Repetitivo 156:** "*Será devido o auxílio-acidente quando demonstrado o nexo de causalidade entre a redução de natureza permanente da capacidade laborativa e a atividade profissional desenvolvida, sendo irrelevante a possibilidade de reversibilidade da doença*". (REsp 1112886/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2009, DJe 12/02/2010)
>
> **Tema Repetitivo 416:** "*Exige-se, para concessão do auxílio-acidente, a existência de lesão, decorrente de acidente do trabalho, que implique redução da capacidade para o labor habitualmente exercido. O nível do dano e, em consequência, o grau do maior esforço, não interferem na concessão do benefício, o qual será devido ainda que mínima a lesão*". (REsp 1109591/SC, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 08/09/2010)

Portanto, presentes os requisitos legais, de rigor a concessão do **auxílio-acidente de 50% do salário-de-benefício**, nos termos do art. 86 da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 9.528/97.

O termo inicial do auxílio-acidente será 17/03/2020, **dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença (fls. 76)**, nos termos do art. 86, § 2º, da Lei nº 8.213/91, conforme tese fixada pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça no Tema Repetitivo 862, devendo ser observado o disposto no art. 104, §§ 1º e 6º, do Decreto nº 3.048/99, bem como a prescrição quinquenal.

Transformo em acidentário os benefícios previdenciários que a autora recebeu em razão das lesões aqui tratadas.

A correção monetária será pelo IPCA-E e os juros moratórios pela remuneração da caderneta de poupança, de acordo com o que foi decidido pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal no Tema 810 de repercussão geral (RE nº 870.947). A partir de 09/12/2021, data da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 113, incidirá unicamente o índice da taxa SELIC, nos termos do seu art. 3º.

Considero desnecessária, no momento, qualquer abordagem sobre questões posteriores à conta de liquidação. Eventuais divergências a respeito deverão ser apreciadas após o depósito relativo ao pagamento do precatório/RPV.

Os honorários advocatícios ficam arbitrados em 15% (quinze por cento)

Acesso ao Sumário

sobre o montante devido até o presente julgamento, de acordo com a tese definida pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Tema Repetitivo 1105 (REsp nº 1.884.091-SP, REsp nº 1.883.722-SP, REsp nº 1.883.715-SP e REsp nº 1.880.529-SP).

A autarquia é isenta do pagamento das custas processuais, (art. 8º, § 1º, da Lei nº 8.620/93 e arts. 6º e 7º da Lei Estadual nº 11.608/2003).

Como a condenação imposta abrange prestação de fazer da autarquia, cabível a concessão de tutela específica, nos termos do art. 497 do CPC, **ficando determinada a implantação do auxílio-acidente em 15 dias.**

Atendendo à recomendação da Egrégia Corregedoria Geral da Justiça (Comunicado nº 912/2007) segue o tópico-síntese:

1. Nº do processo	1039651-28.2021.8.26.0053
2. Nome do segurado	Alessandra Manoel
3. Benefício concedido	Auxílio-acidente
4. DIB	07/03/2020
5. R.M.I.	a ser apurada em liquidação

Cópia deste acórdão servirá como ofício ao INSS, que deverá ser encaminhado por meio eletrônico, pela Unidade de Processamento de feitos da 17ª Câmara de Direito Público, para cumprimento.

Diante do exposto, meu voto **dá provimento ao recurso, com determinação.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0047942-49.2012.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, é apelado LM INVESTIMENTO IMOBILIÁRIOS LTDA.

ACORDAM, em 14ª 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., ressalvado entendimento do 2º juiz quanto à taxa SELIC e fixação dos honorários. Sustentou oralmente a Dra. Agatha Fonseca Santa Izabel OAB/SP 445976.", de conformidade com o voto

do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 53.823)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente) e JOÃO ALBERTO PEZARINI.

São Paulo, 15 de junho de 2023.

GERALDO XAVIER, Relator

Ementa: Apelação. Ação anulatória de lançamento fiscal. Imposto sobre serviços de qualquer natureza. Exercício de 2012. Construção civil. Lançamento complementar por arbitramento com base em pauta fiscal. Inadmissibilidade. Não comprovação de inidoneidade das declarações prestadas pelo contribuinte ou por terceiros. Desrespeito aos artigos 7º, "caput", da Lei Complementar 116/03 e 148 do Código Tributário Nacional.

Honorários advocatícios. Verba honorária fixada em percentual sobre o valor da causa. Atualização monetária que deve obedecer ao índice de preços ao consumidor amplo especial (IPCA-E). Precedente Superior Tribunal de Justiça. E, a partir de 9 de dezembro de 2021, pelo índice da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic), nos termos estabelecidos pela Emenda Constitucional 113/2021. Recurso da autora parcialmente provido, denegado o do município.

VOTO

Cuida-se de ação anulatória de lançamento fiscal promovida por LM Investimentos Imobiliários Limitada em face do município de São Paulo[1].

Alega a autora ilegítima a cobrança de lançamento complementar de imposto sobre serviços de qualquer natureza pelo regime de estimativa, nos termos das Portarias da Secretaria Municipal de Finanças 76/2012, por inobservância do artigo 148 do Código Tributário Nacional; afirma incorreta a base de cálculo utilizada pelo município, porque esta não corresponde ao valor efetivamente pago para prestação dos serviços.

Acolhido o pedido, condenou-se o município a pagar honorários advocatícios de 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa. Daí por que apelam tempestivamente ambas as partes. O município insiste na legitimidade do lançamento e requer inversão do resultado do julgamento. A autora, por sua vez,

1 **Valor da causa em 8 de outubro de 2012: R$ 976.757,08.**

almeja seja expressamente consignada a condenação do réu a pagar as despesas processuais e postula seja o valor dos honorários advocatícios atualizado, desde a lavratura do auto de infração no qual consubstanciado o débito, pelos mesmos índices que aquele cobra suas dívidas; almeja, subsidiariamente, caso mantida a fixação com esteio no valor da causa, seja ele atualizado, desde a propositura da demanda.

Recebidos e processados, os reclamos foram contrariados.

Eis, sucinto, o relatório.

Está-se que o recurso da autora merece parcial provido, enquanto o do município não comporta agasalho.

Com efeito.

Conforme estabelece o artigo 7º, "caput", da Lei Complementar 116/03, "a base de cálculo do imposto é o preço do serviço."

O artigo 14 da Lei Municipal 13.701/2003 assim disciplinava a matéria à época do lançamento:

"Art. 14 - A base de cálculo do Imposto é o preço do serviço, como tal considerada a receita bruta a ele correspondente, sem nenhuma dedução, excetuados os descontos ou abatimentos concedidos independentemente de qualquer condição.

"§ 1º - Na falta desse preço, ou não sendo ele desde logo conhecido, será adotado o corrente na praça.

"§ 2º - Na hipótese de cálculo efetuado na forma do parágrafo 1º, qualquer diferença de preço que venha a ser efetivamente apurada acarretará a exigibilidade do Imposto sobre o respectivo montante.

"§ 3º - O preço mínimo de determinados tipos de serviços poderá ser fixado pela Secretaria de Finanças e Desenvolvimento Econômico em pauta que reflita o corrente na praça.

"§ 4º - O montante do Imposto é considerado parte integrante e indissociável do preço referido neste artigo, constituindo o respectivo destaque nos documentos fiscais mera indicação de controle.

"§ 5º - Inexistindo preço corrente na praça será ele fixado:

"I - pela autoridade fiscal, mediante estimativa dos elementos conhecidos ou apurados;

"II - pela aplicação do preço indireto, estimado em função do proveito, utilização ou colocação do objeto da prestação do serviço.

"§ 6º - Quando os serviços descritos nos subitens 3.03, 7.02, 7.04, 7.05, 7.15, 7.16 e 7.17 da lista do 'caput' do artigo 1º forem prestados no território de mais de um Município, a base de cálculo será proporcional, conforme o caso, à extensão da ferrovia, rodovia, dutos e condutos de qualquer natureza, cabos de

Acesso ao Sumário

qualquer natureza, ao número de postes, ou à área ou extensão da obra, existentes no Município de São Paulo.

"§ 7º Quando forem prestados os serviços descritos nos subitens 7.02, 7.04, 7.05 e 7.15 da lista do 'caput' do art. 1º, o imposto será calculado sobre o preço do serviço deduzido das parcelas correspondentes: (Redação dada pela Lei nº 16.757/2017)

"I - ao valor dos materiais incorporados ao imóvel, fornecidos pelo prestador de serviços;

"II - ao valor das subempreitadas já tributadas referentes aos serviços descritos nos subitens 7.02, 7.04, 7.05 e 7.15, todos da lista do 'caput' do art. 1º, exceto quando os serviços referentes às subempreitadas forem prestados por profissional autônomo. (Redação dada pela Lei nº 16.757/2017). (...)"

A adoção de tabela de "preço mínimo" para determinados serviços, como os previstos nos itens 7.02, 7.04 e 7.05 do artigo 1º da Lei Municipal 13.701/2003 (todos relativos a engenharia e construção civil), nos termos do § 3º do artigo 14 do mesmo diploma, configura hipótese de arbitramento da base de cálculo do ISS. Afinal, o Fisco desconsidera o preço real declarado pelo contribuinte e adota outro por ele estipulado. Essa técnica não pode ser adotada em qualquer situação, mas apenas quando constatada omissão quanto ao preço ou inidoneidade da declaração prestada pelo sujeito passivo ou terceiro.

O que se vê, porém, é que no caso da "pauta fiscal mínima" o município de São Paulo invariavelmente desconsidera o preço real do serviço de construção civil quando inferior ao valor por ele previsto, levando o contribuinte a pagar o tributo segundo preço fictício.

Ainda que o Fisco se valha de critérios técnicos para apurar o custo da construção civil por metro quadrado em seu território, é evidente que a utilização da "pauta fiscal" não obedece aos critérios do artigo 148 do Código Tributário Nacional, "in verbis":

"Art. 148. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial."

Na hipótese dos autos não se deu instauração de processo administrativo, tampouco há indícios de que as notas fiscais emitidas pelos diversos prestadores de serviços desmereçam fé. Ao revés, o experto do juízo é expresso ao consignar que:

"(...) O valor referente à mão de obra já estimado pelo signatário no

Acesso ao Sumário

Laudo apresentado para o padrão construtivo da edificação corresponde a: R$ 39.090.909,09 x 33,83 % x 820,8110/701,3369 = 15.477.266,00 (ago/2012).

"Deduzindo-se os valores apresentados (mão de obra de terceiros - totalizados no anexo I da presente Manifestação), tem-se a seguinte base de cálculo: R$ 15.477.266,00 - R$ 15.868.071,51 = - R$ 390.805,51 (ago/2012).

"Considerando o padrão construtivo do edifício, tem-se que o valor de mão de obras de terceiros apresentado posteriormente pelo contribuinte à perícia (excluindo-se a Taxa de Administração da Obra - Gafisa S.A. e notas fiscais não eletrônicas R$ 15.868.071,51 - ago/2012) está em consonância com o montante estimado pelo signatário (R$ 15.477.266,00 - ago/2012), não cabendo dessa forma, diferença de imposto a ser recolhida pelo contribuinte.

"Já o valor de R$ 6.047.054,40 gasto com Mão de Obra de terceiros considerado pela Municipalidade, é equivocado, pois corresponde apenas a 39 % do valor total referente à mão de obra, estimado pelo signatário em seu trabalho (R$ 15.477.266,00 - ago/2012)." (folhas 2.294).

De concluir, portanto, inexistir supedâneo legal para que a base de cálculo adotada pelo sujeito passivo do ISS seja desconsiderada e utilizada, em seu lugar, outra previamente fixada pelo Fisco.

Ensina LUCIANO AMARO, 'in' "Direito Tributário Brasileiro", 18ª edição, São Paulo: Saraiva, página 397:

"O arbitramento não é um procedimento discricionário, haja vista que se garante ao sujeito passivo o direito ao contraditório, tanto na administrativa quanto na judicial. Trata-se de técnica de descoberta da verdade material e não de critério discricionário utilizável segundo o alvedrio da autoridade. O arbitramento, portanto, é instrumento de que a autoridade se pode valer para a descoberta da verdadeira base de cálculo do tributo nas situações em que, mercê de incorreções ou omissões do sujeito passivo ou de terceiro, haja indícios de manipulação do preço ou do valor para evitar ou reduzir o tributo devido.

"Se, no caso do imposto sobre serviços, por exemplo, em que a base de cálculo é o preço, houver indícios de que o contribuinte praticou um preço diverso do que constou dos documentos fiscais, cabe o arbitramento. Mas, se o preço realmente praticado tiver sido o constante daqueles documentos (inexistindo indício de que o contribuinte tenha ocultado o montante efetivamente cobrado), a autoridade não pode "arbitrar" a base de cálculo do tributo a pretexto de que aquele preço é, por exemplo, menor do que o praticado pela concorrência."

O Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento acerca da ilegalidade do regime de pauta fiscal de outro tributo:

"Súmula 431: É ilegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal."

No que toca ao ISS, veja-se a remansosa jurisprudência desta corte:

"APELAÇÃO – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – ISS – Serviços da construção civil – Nulidade do auto de infração e da CDA correlata – Base de cálculo que deve corresponder ao valor real dos serviços prestados e não ao valor mínimo previsto na chamada pauta fiscal – Inaplicabilidade do artigo 148, do CTN – Arbitramento por presunção de má-fé, sem a instauração de procedimento administrativo regular que indicasse fraude nem o exame das notas fiscais emitidas – SUCUMBÊNCIA – Princípio da causalidade – O vencido deve arcar com o ônus da causa – Embargante que sucumbiu em parte mínima do pedido – CPC, artigo 86 – Condenação da Municipalidade no pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 30.000,00 – Valor da causa em 2.015 - R$ 501.741,86 – CPC, art. 85, §§ 8º e 11. Recurso da Municipalidade desprovido e recurso do embargante parcialmente provido." (Apelação 1021843-32.2017.8.26.0576, Décima Quarta Câmara de Direito Público, relator Desembargador Octavio Machado de Barros);

"APELAÇÃO – Declaratória – ISS – Construção civil. Condicionamento da expedição do 'habite-se' ao recolhimento do tributo. Descabimento. Arbitramento do valor com base em pauta fiscal. Ilegalidade. Inobservância das disposições do artigo 148 do CTN. Ausência de processo administrativo para apurar eventual irregularidade dos documentos apresentados pelo contribuinte. Não comprovação, contudo, da ilegalidade das glosas efetuadas pelo Fisco. Recurso parcialmente provido." (Apelação 1039272-97.2015.8.26.0053, Décima Quarta Câmara de Direito Público, relator Desembargador João Alberto Pezarini);

"APELAÇÃO – AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO – ISS – Município de São Paulo – Ente tributante que condicionou a concessão de 'Habite-se' ao pagamento do ISS, calculado com base em regime de pauta fiscal – Inadmissibilidade – Imposto que deve ser recolhido com base no preço real do serviço, e não com base de cálculo fictícia – Procedimento adotado pela Fazenda Municipal que não se confunde com as hipóteses de arbitramento previstas no CTN – Repetição de indébito – Possibilidade – Elementos dos autos que comprovam pagamento a maior de ISS no valor de R$ 103.557,29 – Autora que, no caso, arcou efetivamente com o encargo da cobrança – Sentença mantida – RECURSO IMPROVIDO." (Apelação 1025339-18.2019.8.26.0053, Décima Quinta Câmara de Direito Público, relator Desembargador Rodrigues de Aguiar);

"ISSQN SOBRE CONSTRUÇÃO CIVIL – Alegação de omissão no cálculo do ISS – Cobrança com base em pauta fiscal – Impossibilidade – Base de cálculo do tributo é o valor da prestação de serviço – Ausência de prova de subfaturamento ou omissão aptos a autorizar a incidência do art. 148, CTN – Precedentes do C. STJ e deste E. Tribunal de Justiça – ISSQN –Incorporação imobiliária – Edificação realizada pela incorporadora em terreno de sua titularidade – Venda de unidades autônomas – Ausência de prestação de serviços. RECURSO PROVIDO." (Apelação 1037178-90.2015.8.26.0114, Décima Quinta

Acesso ao Sumário

Câmara de Direito Público, relator Desembargador Fortes Muniz);

"Apelação e reexame necessário – Mandado de Segurança Cabimento – Discussão que versa exclusivamente sobre direito relativo à legalidade da chamada 'pauta fiscal' – Art. 14, § 3º da Lei nº 13.701/03 que estipulou de ofício o valor da base de cálculo do imposto, por meio de tabelas – Ilegalidade – Base de cálculo do ISS que se configura no preço do serviço – O arbitramento da base de cálculo somente é possível quando inexistem elementos idôneos para apurar o valor do serviço – Irregularidades que eventualmente tenham ocorrido devem ser apuradas por meio de processo administrativo a ser instaurado pela Fazenda – Inteligência do art. 148, do CTN – Comprovação de que o contribuinte recolheu o ISS com base nas notas fiscais relativas aos serviços executados por terceiros – Sentença reconheceu a legalidade da chamada 'pauta fiscal' que deve ser reformada para prover integralmente a demanda – Vinculação da análise e da concessão do 'habite-se' à prévia quitação do débito de ISS – Inadmissibilidade – O Município dispõe de meios próprios para satisfação do crédito tributário – Vedado ao Poder Público utilizar de meios gravosos e indiretos de coerção destinados a compelir o contribuinte inadimplente a pagar tributo – Precedentes do STJ e deste TJSP baseados nas Súmulas 70, 323 e 547 do STF – Sentença mantida nesse ponto – Sentença reformada em parte em sede de reexame necessário – Recurso da autora provido e desprovido o da Fazenda municipal." (Apelação 1041853-46.2019.8.26.0053, Décima Oitava Câmara de Direito Público, relator Desembargador Roberto Martins de Souza);

"Ação de Repetição de Indébito Tributário. ISSQN. Lançamento tributário complementar baseado em pauta mínima fiscal de valores. A sentença de procedência deve ser mantida. É ilegal a exigência de recolhimento de diferença de ISS com base em pauta fiscal, instituída por norma infralegal. Nítida antijuridicidade da alteração da base de cálculo, com utilização de preços mínimos, fato que constitui grave afronta ao princípio da legalidade e não observa a hierarquia das normas. O tributo deve ser recolhido com base no preço do serviço. Inteligência dos artigos 7º da LC 116/2003 e 148 do CTN. Nega-se provimento ao recurso, com majoração da verba honorária, nos termos do acórdão." (Apelação 1061090-66.2019.8.26.0053, Décima Oitava Câmara de Direito Público, relatora Desembargadora Beatriz Braga).

Dúvida não resta, portanto, de que o sistema de "pauta fiscal" utilizado pelo Fisco Paulistano para cobrar o ISS é ilegal, pois desrespeita o artigo 7º, "caput", da Lei Complementar 116/03 e o artigo 148 do Código Tributário Nacional. Daí a ilegitimidade do lançamento complementar em apreço.

Quanto ao pleito de condenação expressa do réu a arcar com as despesas processuais, está-se que à apelante falece o interesse recursal. Isso porque, os princípios da causalidade e da sucumbência, a esteiam. Afinal, a autora, teve de antecipar o pagamento das despesas processuais tanto para propositura quanto

Acesso ao Sumário

para regular processamento da ação.

O disposto no artigo 82, § 2º, do Código de Processo Civil deve ser interpretado com sabedoria. Assim, ainda que não expressamente disposta na sentença, a condenação ao pagamento das despesas processuais pela parte vencida deve ser presumida, pois tais devem ser suportadas por aqueles que sucumbiram. Incide o princípio da sucumbência, já mencionado.

Eis, a respeito do tema, os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

"MANDADO DE SEGURANÇA REEMBOLSO DAS CUSTAS. COM A SEGURANÇA CONCEDIDA, A SUCUMBENTE ESTA SUJEITA A DEVOLUÇÃO DAS CUSTAS ANTECIPADAS PELO IMPETRANTE. RECURSO IMPROVIDO." (Recurso Especial 65.749/SP, Primeira Turma, relator Ministro Garcia Vieira);

"PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DO MUNICÍPIO – EFEITOS INFRINGENTES – OMISSÃO DO ACÓRDÃO QUANTO AO RESSARCIMENTO DAS CUSTAS – ACOLHIMENTO DOS EMBARGOS DOS IMPETRANTES. 1. Inexistência de omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado quanto ao mérito. 2. Em sede de mandado de segurança não há condenação em honorários de advogado (Súmulas 105/STJ e 512/STF). Entretanto, deve a parte vencida reembolsar as custas adiantadas pelos impetrantes. 3. Embargos de declaração do Município de Belo Horizonte rejeitados e acolhidos, sem efeitos modificativos, os embargos declaratórios dos impetrantes." (Embargos de Declaração no Recurso Especial 470.182/MG, Segunda Turma, relatora Ministra Eliana Calmon).

No mesmo sentido, vejam-se as seguintes ementas desta corte:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. ATO JUDICIAL IMPUGNADO. DETERMINAÇÃO DE RECOLHIMENTO DAS DESPESAS PROCESSUAIS. DESPESAS PROCESSUAIS. Sucumbência derivada da necessidade de ajuizamento da execução fiscal para solucionar a crise de inadimplemento de ICMS. Irrelevância do fato de não constar expressamente a condenação de pagamento das despesas processuais. Condenação implícita e derivada do princípio da causalidade. Incidência do artigo 4º da Lei Estadual n. 11.608/03. Obrigatoriedade de recolhimento das custas após a satisfação do crédito. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO." (Agravo de Instrumento 2060190-65.2018.8.26.0000, Oitava Câmara de Direito Público, relator Desembargador José Maria Câmara Júnior);

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação declaratória em fase de cumprimento de sentença – Insurgência contra a decisão que rejeitou parte da impugnação apresentada – Alegação de que o acórdão proferido nos autos da ação declaratória não condenou a Municipalidade ao pagamento de custas e despesas

Acesso ao Sumário

processuais, bem como não determinou a incidência de juros e correção monetária – Custas e despesas processuais – Acórdão que consignou expressamente a sucumbência mínima da autora – Ônus de sucumbência que devem ser suportados pela parte contrária, nos termos do art. 86, parágrafo único, do CPC – Incidência de juros e correção monetária – A incidência de juros e correção monetária pode ser alegada a qualquer momento nas instâncias ordinárias, inclusive podendo ser conhecida de ofício – Jurisprudência do STJ – Decisão mantida – Recurso improvido." (Agravo de Instrumento 2190898-04.2021.8.26.0000, Décima Quinta Câmara de Direito Público, relator Desembargador Eutálio Porto);

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – Cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública – Inconformismo diante de decisão rejeitou impugnação ao cumprimento de sentença – Alegação de inexistência de título executivo com relação à cobrança de ressarcimento de custas e despesas processuais – Título judicial transitado em julgado que, em razão de a embargante ter sucumbido na maior parte do pedido, condenou-a ao pagamento dos honorários advocatícios – Reembolso das custas e despesas processuais que caracteriza pedido implícito, cabendo ao vencido arcar com o seu ressarcimento – Inteligência dos arts. 322, § 1º, e 82, § 2º, do CPC – O título judicial não deixou dúvidas a respeito da condenação da agravante aos ônus da sucumbência (em específico, aos honorários advocatícios), o que permite inferir, por meio de interpretação lógicosistemática do pedido implícito, a sua responsabilidade pelo reembolso das custas e despesas processuais – Decisão mantida. Recurso desprovido." (Agravo de Instrumento 3003120-68.2021.8.26.0000, Décima Primeira Câmara de Direito Público, relator Desembargador Oscild de Lima Júnior).

No que toca ao montante da condenação, imperioso reconhecer que o proveito econômico obtido pela autora, na hipótese vertente, equivale exatamente ao valor da causa, visto como corresponde ao valor do débito cuja anulação postula-se.

O busílis está em saber qual a forma de atualização da verba honorária estabelecida na decisão judicial.

Acesso ao Sumário

O Supremo Tribunal Federal reconheceu inconstitucional a utilização do "índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança", previsto no artigo 1º-F da Lei 9.494/97, como critério de correção monetária das condenações impostas à Fazenda Pública:

"DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS INCIDENTES SOBRE CONDENAÇÕES JUDICIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/09. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA.

VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CRFB, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DE CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA, QUANDO ORIUNDAS DE RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CRFB, ART. 5º, *CAPUT*). RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

"1. O princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, *caput*), no seu núcleo essencial, revela que o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, os quais devem observar os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito; (...).

"2. O direito fundamental de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII) repugna o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, porquanto a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina.

"3. A correção monetária tem como escopo preservar o poder aquisitivo da moeda diante da sua desvalorização nominal provocada pela inflação. É que a moeda fiduciária, enquanto instrumento de troca, só tem valor na medida em que capaz de ser transformada em bens e serviços. A inflação, por representar o aumento persistente e generalizado do nível de preços, distorce, no tempo, a correspondência entre valores real e nominal (cf. MANKIW, N.G. *Macroeconomia*. Rio de Janeiro, LTC 2010, p. 94; DORNBUSH, R.; FISCHER, S. e STARTZ, R. *Macroeconomia*. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 2009, p. 10; BLANCHARD, O. *Macroeconomia*. São Paulo: Prentice Hall, 2006, p. 29).

"4. A correção monetária e a inflação, posto fenômenos econômicos conexos, exigem, por imperativo de adequação lógica, que os instrumentos destinados a realizar a primeira sejam capazes de capturar a segunda, razão pela qual os índices de correção monetária devem consubstanciar autênticos índices de preços.

"5. Recurso extraordinário parcialmente provido." (Recurso Extraordinário 870.947, Plenário, relator Ministro Luiz Fux Tema 810 da lista das questões constitucionais com repercussão geral).

Assim, como se extrai do pronunciamento da Corte Maior, não se pode aplicar à hipótese vertente o disposto no artigo 1º-F da Lei 9.494/97 (com a re-

Acesso ao Sumário

dação dada pela Lei 11.960/09).

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, firmou entendimento, segundo a sistemática do artigo 1.036 do Código de Processo Civil, acerca dos índices a serem adotados nos casos de condenação da Fazenda Pública, *in verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SUBMISSÃO À REGRA PREVISTA NO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 02/STJ. DISCUSSÃO SOBRE A APLICAÇÃO DO ART. 1º- F DA LEI 9.494/97 (COM REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.960/2009) ÀS CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA. CASO CONCRETO QUE É RELATIVO A INDÉBITO TRIBUTÁRIO. TESES JURÍDICAS FIXADAS.

"1. 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.

"1.1 Impossibilidade de fixação apriorística da taxa de correção monetária. No presente julgamento, o estabelecimento de índices que devem ser aplicados a título de correção monetária não implica pré-fixação (ou fixação apriorística) de taxa de atualização monetária. Do contrário, a decisão baseia- se em índices que, atualmente, refletem a correção monetária ocorrida no período correspondente. Nesse contexto, em relação às situações futuras, a aplicação dos índices em comento, sobretudo o INPC e o IPCA-E, é legítima enquanto tais índices sejam capazes de captar o fenômeno inflacionário.

"1.2 Não cabimento de modulação dos efeitos da decisão. A modulação dos efeitos da decisão que declarou inconstitucional a atualização monetária dos débitos da Fazenda Pública com base no índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, objetivou reconhecer a validade dos precatórios expedidos ou pagos até 25 de março de 2015, impedindo, desse modo, a rediscussão do débito baseada na aplicação de índices diversos. Assim, mostra-se descabida a modulação em relação aos casos em que não ocorreu expedição ou pagamento de precatório.

"2. 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.

"3. Índices aplicáveis a depender da natureza da condenação.

"3.1 Condenações judiciais de natureza administrativa em geral. As condenações judiciais de natureza administrativa em geral, sujeitam-se aos seguintes encargos: (a) até dezembro/2002: juros de mora de 0,5% ao mês; correção monetária de acordo com os índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça

Acesso ao Sumário

Federal, com destaque para a incidência do IPCA-E a partir de janeiro/2001; (b) no período posterior à vigência do CC/2002 e anterior à vigência da Lei 11.960/2009: juros de mora correspondentes à taxa Selic, vedada a cumulação com qualquer outro índice; (c) período posterior à vigência da Lei 11.960/2009: juros de mora segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança; correção monetária com base no IPCA-E.

"3.1.1 Condenações judiciais referentes a servidores e empregados públicos. As condenações judiciais referentes a servidores e empregados públicos, sujeitam-se aos seguintes encargos: (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.

"3.1.2 Condenações judiciais referentes a desapropriações diretas e indiretas. No âmbito das condenações judiciais referentes a desapropriações diretas e indiretas existem regras específicas, no que concerne aos juros moratórios e compensatórios, razão pela qual não se justifica a incidência do art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), nem para compensação da mora nem para remuneração do capital.

"3.2 Condenações judiciais de natureza previdenciária. As condenações impostas à Fazenda Pública de natureza previdenciária sujeitam-se à incidência do INPC, para fins de correção monetária, no que se refere ao período posterior à vigência da Lei 11.430/2006, que incluiu o art. 41-A na Lei 8.213/91. Quanto aos juros de mora, incidem segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança (art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/2009).

"3.3 Condenações judiciais de natureza tributária. A correção monetária e a taxa de juros de mora incidentes na repetição de indébitos tributários devem corresponder às utilizadas na cobrança de tributo pago em atraso. Não havendo disposição legal específica, os juros de mora são calculados à taxa de 1% ao mês (art. 161, § 1º, do CTN). Observada a regra isonômica e havendo previsão na legislação da entidade tributante, é legítima a utilização da taxa Selic, sendo vedada sua cumulação com quaisquer outros índices.

"4. Preservação da coisa julgada. Não obstante os índices estabelecidos para atualização monetária e compensação da mora, de acordo com a natureza da condenação imposta à Fazenda Pública, cumpre ressalvar eventual coisa julgada que tenha determinado a aplicação de índices diversos, cuja constitucionalidade/legalidade há de ser aferida no caso concreto.

"SOLUÇÃO DO CASO CONCRETO.

"5. Em se tratando de dívida de natureza tributária, não é possível a in-

Acesso ao Sumário

cidência do art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009) – nem para atualização monetária nem para compensação da mora –, razão pela qual não se justifica a reforma do acórdão recorrido.

"6. Recurso especial não provido. Acórdão sujeito ao regime previsto no art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, c/c o art. 256-N e seguintes do RISTJ." (Recurso Especial 1.495.146/MG, Primeira Seção, relator Ministro Mauro Campbell Marques).

De sorte que, nos termos do aresto cuja ementa por último se transcreveu, impende corrigir os valores devidos ao agravante pelo IPCA-E a contar da propositura da ação. E, a partir de 9 de dezembro de 2021, pelo índice da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic), nos termos estabelecidos pela Emenda Constitucional 113/2021.

Posto isso, nega-se provimento ao apelo do município e dá-se parcial abrigo ao da autora para fixar o termo inicial e os índices de correção monetária incidentes sobre o valor dos honorários advocatícios nos moldes dantes delineados.

Apelações/Remessas Necessárias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação/Remessa Necessária nº 1026144-63.2022.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO* e Apelante REALLPOST COMERCIAL IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA. - EPP, é apelado MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.752)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente) e HENRIQUE HARRIS JÚNIOR.

São Paulo, 11 de maio de 2023.

MARCELO L THEODÓSIO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação e Recurso Oficial – Mandado de Segurança – ISS – Programa de Reescalonamento

do Pagamento de Débitos no âmbito do Simples Nacional (RELP) pela Lei Complementar nº 193/2022 – Pretensão de concessão da segurança a fim de que seja assegurando o direito líquido e certo da impetrante aderir ao "Relp" com os benefícios previstos na LC nº 193/2022 e Resolução nº CGSN166/2022 – Descabimento – **No caso em tela, a situação não se amolda à regra contida no art. 152, I, 'b' do CTN, uma vez que a lei federal não incluiu, em seu escopo, as obrigações de direito privado, como exige o dispositivo – A LC nº 193, de 17 de março de 2022 sequer prevê a obrigatoriedade de concessão de parcelamento pelos Estados e Municípios, o que foi observado na Resolução CGSN nº 166/2022, que regulamentou o "Relp", e que faz remissão à Resolução CGSN nº 140/2018 – O Município de São Paulo já dispõe de um programa próprio de parcelamento de débitos inscritos em dívida ativa municipal – O parcelamento de débitos com redução de juros de mora representa renúncia de receita, devendo haver prévio planejamento antes de efetivar a adesão ao programa e, ainda que existisse imposição direcionada aos Municípios na Resolução nº 166/2022, o caso seria de usurpação de competência legislativa dos entes municipais – Necessidade de norma regulamentadora municipal, precedida de estudo orçamentário, técnico e administrativo – Em obediência ao princípio federativo, é vedado ao Poder Judiciário interferir na ingerência administrativa municipal para suprir lacuna legislativa – Por outro laudo, os débitos de ISS referentes aos anos de 2011 a 2014 estão com a exigibilidade suspensa pelo parcelamento, tendo em vista a adesão ao PPI sob o número 17724924 – Precedentes desta Egrégia 18ª Câmara de Direito Público e deste E. TJSP – Sentença que concedeu parcialmente a segurança, mantida – Recurso improvido – Reexame necessário improvido.**

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de mandado de segurança com pedido liminar impetrado por **REALLPOST COMERCIAL IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA. - EPP** contra ato praticado pelo **SECRETÁRIO DE FINANÇAS DO MUNICÍ-**

PIO DE SÃO PAULO e DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE RENDAS MOBILIÁRIAS DA PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO/SP, alegando, em síntese, que é sociedade empresária que desenvolve a atividade de Franquia Postal da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Informa que tendo em vista a abertura do Programa de Reescalonamento do Pagamento de Débitos no âmbito do Simples Nacional (RELP) pela Lei Complementar nº 193, de 17 de março de 2022, a impetrante pretende exercer o seu direito de se valer da concessão dos benefícios de descontos e prazo ampliado de pagamento para liquidação dos referidos débitos de ISSQN, referentes aos exercícios de 2009 e 2010 e de 2015 a 2017; entretanto, não consegue realizar a adesão ao RELP no âmbito do Município de São Paulo, uma vez que a Autoridade Coatora está inviabilizando a adesão ao RELP dos débitos, pois ainda não disponibilizou meios operacionais para tanto em seus sistemas. No mais, afirma que os créditos de ISS referentes aos períodos entre 2011 e 2014 teriam sido lançados em duplicidade por erro da Receita Federal, fato que levou o Município a lança-los como exigíveis, ainda que já integrassem parcelamento próprio. Argumenta ter direito líquido e certo à declaração de que faz jus à inserção no programa de parcelamento e de que a exigibilidade dos créditos de ISS referentes aos exercícios de 2011 a 2014 está suspensa, devendo ser anulada a cobrança em duplicidade. Dessa forma, requer a concessão da segurança a fim de que seja assegurando o direito líquido e certo da impetrante aderir ao "Relp" com os benefícios previstos na LC nº 193/2022 e Resolução CGSN nº 166/2022.

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 251/254).

Notificada, a autoridade impetrada apresentou as informações (fls. 281/305) na qual sustentou a necessidade de previsão e análise de impacto na Lei Orçamentária Municipal ou mesmo autorização na Lei de Diretrizes, em relação aos benefícios fiscais previstos na Lei Complementar nº 193/2022; violação à autonomia municipal; e possibilidade de colapso da administração tributária municipal, pugnando pela denegação da segurança.

O Ministério Público não opinou (fls. 399/400).

Acesso ao Sumário

A r. sentença às fls. 450/460 concedeu parcialmente a segurança apenas para declarar que os seus débitos de ISS referentes aos anos de 2011 a 2014 estão com a exigibilidade suspensa pelo parcelamento, tendo em vista a adesão ao PPI sob o número 17724924. Custas na forma da lei. Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios por expressa disposição legal (art. 25, da Lei 12.016/09).

Recurso de apelação às fls. 463/485 (impetrante), buscando a reforma do julgado na parte em que restou vencido e reiterando, em suma, as alegações da exordial.

Contrarrazões (fls. 616/623). Preliminarmente, pugnou pelo não conhe-

cimento do recurso.

Oposição ao julgamento virtual (fls. 632).

É O RELATÓRIO.

O recurso voluntário e o recurso oficial não comportam provimento.

Inicialmente, afasto a preliminar suscitada nas contrarrazões, uma vez que, como cediço, a parte apelante acaba por reiterar, em linhas gerais, as alegações de sua respectiva peça processual (inicial ou defensiva), fato este que, por si só, não significa violação ao art. 1.010 do CPC, tampouco induz ao não conhecimento do recurso.

Quanto ao mérito, ressalta-se que, no caso em tela, a situação não se amolda à regra contida no art. 152, I, 'b' do CTN, vez que a lei federal não incluiu, em seu escopo, as obrigações de direito privado, como exige o dispositivo, "in verbis":

"Art. 152. A moratória somente pode ser concedida: I - em caráter geral:

[...].

b) pela União, quanto a tributos de competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, quando simultaneamente concedida quanto aos tributos de competência federal e às obrigações de direito privado.

[...].".

Destaca-se, ainda, que este artigo não fora recepcionado pela Constituição Federal, pois veicula "parcelamento heterônomo", que estaria abarcado na vedação à isenção heterônoma veiculada no art. 151, II, da CF.

O Programa de Reescalonamento do Pagamento de Débitos no Âmbito do Simples Nacional (RELP) foi instituído em 17 de março de 2022 pela Lei Complementar nº 193/2022 com a finalidade de possibilitar às microempresas, incluídos os microempreendedores individuais e as empresas de pequeno porte, inclusive as que se encontrarem em recuperação judicial, optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, o parcelamento de débitos relativos ao Simples Nacional no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB).

Ademais, a LC nº 193, de 17 de março de 2022 sequer prevê a obrigatoriedade de concessão de parcelamento pelos Estados e Municípios, o que foi observado na Resolução CGSN nº 166/2022 do, que regulamentou o "Relp", e que faz remissão à Resolução CGSN nº 140/2018:

"Res. CGSN 166/2022:

[...].

Art. 3º A adesão ao Relp deverá ser requerida:

I - na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB);

II - na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), na hipótese pre-

Acesso ao Sumário

vista no inciso II do caput do art. 48 da Resolução CGSN nº 140, de 22 de maio de 2018; e

III - nos Estados, no Distrito Federal ou nos Municípios, na hipótese prevista no inciso III do caput do art. 48 da Resolução CGSN nº 140, de 2018.

[...].

Art. 19. A RFB, a PGFN, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão editar normas complementares relativas ao parcelamento, observadas as disposições desta Resolução.

[...].".

"Res. CGSN nº 140/2018:

[...].

Art. 48. A concessão e a administração do parcelamento serão de responsabilidade: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 21, § 15, art. 41, § 5º, inciso V)

I - da RFB, exceto nas hipóteses dos incisos II e III;

II - da PGFN, relativamente aos débitos inscritos em DAU; ou

III - do Estado, Distrito Federal ou Município em relação aos débitos de ICMS ou de ISS:

a) transferidos para inscrição em dívida ativa, em face do convênio previsto no art. 139; (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 21, §§ 15 e 19)

b) lançados pelo ente federado nos termos do art. 142; (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 21, § 19)

c) transferidos para inscrição em dívida ativa, independentemente do convênio previsto no art. 139, com relação aos débitos devidos pelo MEI e apurados no Simei. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 21, § 15; art. 41, § 5º, inciso V)

[...].".

Não se ignora que o Município de São Paulo já dispõe de um programa próprio de parcelamento de débitos inscritos em dívida ativa municipal. Há que se ponderar, ainda, que o parcelamento de débitos com redução de juros de mora representa renúncia de receita, devendo haver prévio planejamento antes de efetivar a adesão ao programa.

Ainda que existisse imposição direcionada aos Municípios na Resolução nº 166/2022, o caso seria de usurpação de competência legislativa dos entes municipais.

E nem se alegue que tal imposição seria lícita pelo fato de os Municípios indicarem dois membros ao CGSN (art. 2º, I, da LC nº 123/2006); trata-se de regra que apenas atribui representatividade aos entes federados para a edição de normas regulamentares no âmbito de sistemática interfederativa (Simples Nacional), e não de delegação de competência legislativa de tais entes ao CGSN,

Acesso ao Sumário

o que, além de afrontar o pacto federativo, violaria o princípio da legalidade tributária quanto aos parcelamentos, cuja concessão exige lei em sentido formal (art. 155-A, do CTN).

No mais, em obediência ao princípio federativo, é vedado ao Poder Judiciário interferir na ingerência administrativa municipal para suprir lacuna legislativa.

Neste sentido, já decidiu esta Egrégia 18ª Câmara de Direito Público:

"Ementa: Apelação. Mandado de segurança. Cinge- se a controvérsia à possibilidade de concessão de descontos e prazo de recolhimento ampliado para dívidas de ISSQN através do Programa de Reescalonamento do Pagamento de Débitos no âmbito do Simples Nacional (RELP), instituído pela Lei Complementar nº 193/2022.Prolação de sentença denegatória. Manutenção de rigor. A citada LC não prevê a obrigatoriedade de concessão de parcelamento pelos Estados e Municípios, comando este que foi observado pela Resolução nº 166/2022, que regulamentou o "RELP". Importante mencionar que qualquer programa de parcelamento de débitos com redução de juros de mora representa renúncia de receita, fato que afeta o erário e, portanto, envolve planejamento do administrador público antes de efetivar a adesão de interessado a qualquer programa de parcelamento. Destarte, a adesão "forçada" da impetrante ao RELP abalaria as finanças municipais e poderia gerar perigoso precedente. No mais, ainda que existisse imposição direcionada aos Municípios na Resolução nº 166/2022, tal configuraria usurpação de competência legislativa dos entes municipais. Precedentes desta Câmara. A negativa de provimento do recurso é imperiosa. Nega- se provimento ao recurso" (TJSP; Apelação Cível nº 1030437-76.2022.8.26.0053; Relatora: **BEATRIZ BRAGA**; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 17/01/2023).

"Agravo de Instrumento. Mandado de Segurança. ISS. Programa de Rescalonamento do Pagamento de Débitos no Âmbito do Simples Nacional ("Relp"). Decisão que indeferiu a tutela antecipada requerida e que visava compelir o Município a realizar parcelamento nos termos do referido programa. Pretensão à reforma. Desacolhimento. Ausência dos requisitos autorizadores da medida pleiteada. Aparente inexistência de direito líquido e certo quanto à aplicação da LC 193/2022 para créditos tributários municipais. Diploma que não dispensa a edição de lei formal pelos entes municipais para a concessão de parcelamento quanto a créditos de sua competência. Inteligência do art. 155-A do CTN e da Resolução CGSN nº 166/2022. Precedente deste E. Tribunal de Justiça que rejeitou a liminar em Mandado de Segurança Coletivo impetrado por associação da qual a agravante faz parte. Descabimento, no mais, do "parcelamento heterônomo", que se assemelha à isenção heterônoma, vedada pelo art. 151, II da Constituição. Probabilidade do direito alegado que, portanto, não foi demonstrada. Ausência, ademais, de perigo de dano ou risco

Acesso ao Sumário

ao resultado útil do processo, sobretudo pela notícia de que os créditos foram objeto de PPI, estando com sua exigibilidade suspensa. Decisão mantida. Recurso não provido." (TJSP; Agravo de Instrumento 2141350-73.2022.8.26.0000; Relator: **RICARDO CHIMENTI**; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 12ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 22/09/2022; Data de Registro: 23/09/2022).

E, ainda:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – Mandado de Segurança – ISSQN – Decisão que deferiu liminar para determinar à autoridade impetrada a adesão ao Programa RELP, instituído pela LC nº 193/2022 – Inadmissibilidade – Necessidade de norma regulamentadora municipal, precedida de estudo orçamentário, técnico e administrativo – Não demonstrados, ab initio, os requisitos legais para a concessão da medida liminar – Decisão reformada – Recurso provido." (TJSP; Agravo de Instrumento 2131591-85.2022.8.26.0000; Relatora: **ADRIANA CARVALHO**; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Foro de Santos - 3ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 26/09/2022; Data de Registro: 26/09/2022);

*"AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO LIMINAR – ISSQN (Simples Nacional) – Insurgência em face de decisão que indeferiu a liminar – Pretensão de abertura imediata do RELP para que as associadas possam parcelar os débitos, que findam em 31.05.2022 e suspensão dos débitos até a disponibilização do RELP ou o reconhecimento do direito de suas associadas para aderirem ao RELP no prazo de 15 dias após a disponibiliza*ção do sistema de parcelamento – *Ausência de demonstração, "prima facie", dos requisitos legais para a concessão da medida liminar – Decisão mantida – Recurso improvido."* (TJSP; Agravo de Instrumento 2134720- 98.2022.8.26.0000; Relator: **REZENDE SILVEIRA**; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 10ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 18/08/2022; Data de Registro: 18/08/2022).

Portanto, correto o entendimento do juízo *a quo*.

Considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no Egrégio Superior Tribunal de Justiça que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida. E mais, os embargos declaratórios, mesmo para fins de pré-questionamento, só são admissíveis se a decisão embargada estiver eivada de algum dos vícios que ensejariam a oposição dessa espécie recursal (STJ, EDROMS 18205/SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ 8/5/2006, p. 240).

Ante o exposto, nego provimento à apelação e ao reexame necessário.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1031996-68.2022.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO* e Apelante ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados MARIA TADEU CAMARGO SARI e VINÍCIO CAMARGO SARI.

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 apelo e ao reexame necessário. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.435)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente), VICENTE DE ABREU AMADEI e DANILO PANIZZA.

São Paulo, 9 de maio de 2023.

ALIENDE RIBEIRO, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Mandado de Segurança – Base cálculo de ITCMD de imóvel urbano – Artigo 13 da Lei Estadual nº 10.705/2000 que estabelece base de cálculo mínima para o imposto sem, no entanto, determiná-la – Decreto Estadual nº 46.655/2002, com redação dada pelo Decreto Estadual nº 55.002/2009 que, ao regulamentar a matéria, viola o princípio da legalidade tributária – Idoneidade da adoção do valor venal do IPTU como valor mínimo, inclusive para fins de recolhimento das custas e dos emolumentos – Possibilidade de oportuna verificação e revisão do valor de mercado por meio de regular procedimento de arbitramento pelo Fisco – Reexame necessário e recurso voluntário não providos.

VOTO

Vistos.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **Maria Tadeu Camargo Sari** e **Vinício Camargo Sari** contra ato do **Secretário da Fazenda Pública do Estado de São Paulo** em que postulam o reconhecimento do direito ao recolhimento do Imposto de Transmissão por Doação com base no valor venal utilizado para o cômputo do IPTU do imóvel descrito na inicial.

Deferida a liminar (f.34/35), sobreveio a r. sentença de f. 88/91, que julgou procedente o pedido, para que o cálculo do ITCMD e dos emolumentos

Acesso ao Sumário

relativos à transmissão causa mortis do imóvel discriminado na inicial tenha por base o valor venal do IPTU, afastando-se o valor venal de referência.

Reexame necessário e recurso voluntário da Fazenda do Estado de São Paulo. Postula o provimento de seu recurso com o reconhecimento da a ilegitimidade de parte passiva da autoridade impetrada em relação ao pedido de revisão das custas e emolumentos notariais; a declaração de que os emolumentos notariais sejam calculados a partir da base de cálculo utilizada para o recolhimento do imposto de transmissão *inter vivos* de bens imóveis e, por fim, que seja reconhecido o direito do Fisco efetuar o lançamento do tributo por arbitramento da base de cálculo (f. 97/113).

Com oferecimento de contrarrazões (f. 121/133), subiram os autos.

É o relatório.

Destaca-se, inicialmente, a possibilidade de manejo desta ação mandamental, que possui caráter preventivo e tem por objetivo obstar o recolhimento indevido de valor referente ao ITCMD.

Conforme se verifica da sentença, foi determinado que "o recolhimento do ITCMD e das custas e emolumentos incidente sobre a transmissão do imóvel descrito na inicial tenha por base de cálculo o valor venal do IPTU/ITR, sem prejuízo da instauração de PAF para apuração de eventual divergência, na forma do art. 148 do CTN."

Disso decorre a impossibilidade de utilização do valor de referência para quaisquer efeitos, dentre os quais a definição do valor do ato notarial correspondente ou da transmissão, o que repercute, necessariamente, no valor dos emolumentos.

E não há necessidade de outra impetração ou de inclusão dos notários e registradores no polo passivo da lide. A demanda foi proposta para afastar a incidência de um determinado comando legal que estabelecia como valor mínimo para cálculo do tributo o uso do valor de referência e a ordem judicial foi no sentido de que tal valor de referência não deve ser aplicado como valor mínimo.

Acesso ao Sumário

A consequência natural disso é que não só para o recolhimento do tributo municipal, mas para quaisquer outros efeitos, dentre os quais a definição do valor do ato notarial, não se pode usar o valor de referência como valor mínimo, devendo ser utilizado, para esse fim, caso não tenha sido atribuído pelas partes valor maior, o valor do IPTU.

Assim, o valor mínimo do ato notarial deve corresponder à base de cálculo do IPTU – valor que, por lei, deve ser utilizado também para o cômputo dos emolumentos aqui discutidos.

No mais, observa-se que no Estado de São Paulo, o Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doações – ITCMD é disciplinado pela Lei Estadual nº 10.705/2000, que estabelece, em seu artigo 9º, §1º:

Artigo 9º - A base de cálculo do imposto é o valor venal do bem ou direito transmitido, expresso em moeda nacional ou em UFESPs (Unidades Fiscais do Estado de São Paulo).

§ 1º - Para os fins de que trata esta lei, considera-se valor venal o valor de mercado do bem ou direito na data da abertura da sucessão ou da realização do ato ou contrato de doação.

Especificamente com relação a imóveis urbanos, determina o artigo 13 desse mesmo diploma:

Artigo 13 - No caso de imóvel, o valor da base de cálculo não será inferior:

I - em se tratando de imóvel urbano ou direito a ele relativo, ao fixado para o lançamento do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana IPTU;

Tem-se, assim, que a lei estadual em questão de fato não estabelece base de cálculo específica para a incidência do ITCMD sobre imóveis urbanos ou direitos a eles relativos, mas apenas fixa patamar mínimo para tanto.

Disso não decorre, no entanto, o acolhimento da argumentação de que o reconhecimento de que a regulamentação da base de cálculo por meio do Decreto Estadual nº 46.655/2002 (com redação dada pelo Decreto Estadual nº 55.002/2009) não resulta em majoração de imposto e, por via de consequência, em violação ao princípio da reserva legal.

E isso porque, nos termos do artigo 97 do Código Tributário Nacional:

Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

(…)

II - a majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;

(…)

IV - a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;"

(…)

§ 1º Equipara-se à majoração do tributo a modificação da sua base de cálculo, que importe em torná-lo mais oneroso.

Adoto, no caso, o entendimento de que a matéria em discussão na presente apelação guarda relação com o questionamento posto, no Município de São Paulo, a respeito do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis e à ilegalidade das regras da Lei Municipal nº 14.256/06, adotadas nos termos do item 1.2. do Ofício Circular – DEAT nº 27/2009, e que estabelecem a divulgação, em sítio da rede mundial de computadores – Internet – www.prefeitura.sp.gov.br – Portal da Cidade de São Paulo, de valor venal de referência para o ITBI que, não acompanha, necessariamente, o valor venal considerado, no mesmo exercício, para os fins do IPTU.

Acesso ao Sumário

A Lei Municipal nº 14.256/06 alterou disposições da Lei Municipal nº 11.154/91 de forma a adaptá-la à sistemática inicialmente adotada por meio do Decreto Municipal nº 46.228/05, para condicionar o pagamento do ITBI à utilização de valor disponibilizado via *Internet* e de obrigatória adoção para a emissão da guia de recolhimento.

O que se discute, nesta impetração, é a possibilidade ou não do Estado de São Paulo adotar valor fixado pela Municipalidade, com fundamento nestas regras como referência para o recolhimento do ITCMD.

Ocorre, no entanto, que não se apresenta coerente com a ordem jurídica a regra municipal adotada pela Administração Fiscal do Estado de São Paulo, o que contamina e vicia o ato administrativo estadual e leva à inexigibilidade de fixação do valor venal de referência do ITCMD com base nos valores disponibilizados na Internet pelo Município para idênticos fins com relação ao ITBI.

Como já tive oportunidade de decidir em vários julgados proferidos ainda como Juiz da 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, verifica-se que a nova lei dispõe, nos moldes do antes instituído por meio do precedente ato administrativo regulamentar municipal, que a Secretaria Municipal de Finanças tornará públicos os valores venais atualizados dos imóveis inscritos no cadastro fiscal.

Em suma, pretendeu a Municipalidade dar amparo legislativo à norma antes veiculada por decreto e que previa que a atualização far-se-ia periodicamente, mediante pesquisa e coleta permanente, por amostragem, dos preços correntes, das transações e das ofertas à venda no mercado imobiliário, ressalvando que o valor divulgado não será inferior ao lançado para o IPTU no exercício.

A solução da impetração, embora voltada para o ITCMD, não prescinde, por tais razões, da análise da controvertida questão do piso mínimo para o recolhimento do ITBI, cujo entendimento tive oportunidade de expor na obra coletiva "Temas de Direito Tributário", Coordenador Kiyoshi Harada, ed. Juarez de Oliveira, 2000, p. 52/56:

> *"Outra questão controvertida, especialmente por envolver o conceito de valor venal para os fins do disposto no artigo 7º da Lei Municipal nº 11.154/91, é a do piso mínimo para o recolhimento, estabelecido pelo artigo 8º da referida lei como o utilizado, no exercício, para base de cálculo do IPTU, atualizado até a data do ato.*
>
> *A lei municipal, em seu artigo 7º estabelece que a base de cálculo do imposto é o valor venal dos bens ou direitos transmitidos, determinando, no artigo subseqüente, que em nenhuma hipótese será o tributo calculado sobre valor inferior ao valor do bem utilizado, no exercício, para base de cálculo do IPTU (imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana), atualizado no período de 1º de janeiro até a data do ato.*
>
> *Estas disposições já levaram muitos contribuintes à falsa conclu-*

Acesso ao Sumário

são de que o valor venal que constitui a base de cálculo do ITBI correspondesse ao valor lançado no exercício, com essa denominação, para o IPTU, existentes várias ações judiciais nas quais se buscava a declaração de quitação da obrigação tributária por ter sido o imposto pago em correspondência com o valor lançado para o IPTU.

Tal entendimento, no entanto, não se sustenta, pois a base de cálculo do imposto de transmissão é o valor venal do imóvel na época da transação, ou seja, o valor que atingiria para venda a vista nas condições normais do mercado naquela data.

O que a lei estabelece, portanto, é a presunção de que o valor da escritura ou do instrumento particular seja o valor real da transação, ou seja, o valor venal como acima conceituado, até porque a lei presume a boa-fé do sujeito passivo, estabelecendo também um piso mínimo, que é o valor corrigido do imóvel lançado para cálculo do IPTU no exercício, valor cadastral que, em tese, deveria corresponder ao valor de mercado".

Sendo a base de cálculo do ITBI o valor venal, entendido este como o valor que o bem atingiria para venda a vista em condições normais de mercado, e não havendo dúvida quanto à legalidade da fixação de um piso mínimo, há de se analisar quanto à constitucionalidade do novo sistema em face do critério legal correspondente ao do lançamento do IPTU do exercício, cuja presunção de legitimidade da base de cálculo utilizada, resultante do procedimento adotado, é aceita para o recolhimento do ITBI.

E para esse fim é útil o magistério do Professor Kiyoshi Harada (www.haradaadvogados.com.br), expresso no artigo "ITBI – Aumento ilegal. Exame crítico do Decreto nº 46.228/05" constante do endereço no qual o autor, profundo conhecedor da legislação municipal de São Paulo, demonstra, passo a passo, a inconstitucionalidade da nova sistemática:

"Importante notar que a Constituição Federal, nem o Código Tributário Nacional exigem que o valor venal coincida com o valor da efetiva transação imobiliária, onde até fatores subjetivos poderiam interferir na sua fixação. Tampouco exigem a fixação da base de cálculo em seu limite máximo, representado pelo exato valor de mercado, mesmo porque a questão do nível de imposição é matéria que se insere no âmbito da política tributária. Cabe a cada Município estabelecer a sua política tributária, definindo o aspecto quantitativo do imposto, tanto pela elevação ou diminuição da base de cálculo, como pela elevação ou diminuição da alíquota, respeitado apenas, nesse particular, o princípio constitucional da vedação de efeito confiscatório do tributo. Esse aspecto é de fundamental importância para perfeita compreensão da matéria sob exame.

Prosseguindo na análise dos dispositivos transcritos, verifica- se que o art. 8º, ao invés de fixar critérios genéricos e abstratos para apuração do valor venal, o que só seria possível por lei em sentido estrito, prescreveu a publicação do valor venal de cada imóvel em concreto. E o

Acesso ao Sumário

seu § 1º determinou a atualização periódica desse valor venal, 'mediante pesquisa e coleta permanente, por amostragem, dos preços correntes das transações e das ofertas à venda no mercado imobiliário'.

Ora, simples leitura ocular desse § 1º revela não se tratar de mera atualização monetária da base de cálculo a que alude o § 2º do art. 97 do CTN. Essa 'atualização' implica, necessariamente, majoração do tributo ferindo o princípio da legalidade tributária (art. 150, I da CF). Por isso, o STF já decidiu que a majoração do valor venal por Decreto é inconstitucional (RE 92.335-SP, in RTJ 96/880).

Nos chamados 'tributos avaliáveis' (IPTU e ITBI) é preciso não confundir o plano abstrato da eleição de critérios ou métodos avaliativos, com o plano concreto da constituição do crédito tributário em cada caso, mediante a atividade do lançamento, que é ato administrativo vinculado. Vinculado a que? À lei, evidentemente! Cabe à lei fixar os critérios e métodos para apuração do valor venal, e cabe a Administração apurar o valor venal de cada imóvel com base nos critérios da lei. No caso do ITBI, cabe ao fisco homologar a atividade exercida pelo contribuinte, ou promover o lançamento direto da eventual diferença que entender existente, assegurados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

No caso da base de cálculo do IPTU/ITBI não há, nem pode haver precisão matemática na apuração do chamado 'valor venal do imóvel'. Daí a imprescindibilidade de visualizar um instrumento jurídico, capaz de determinar, em cada caso concreto, a base de cálculo do IPTU/ITBI tanto quanto possível, próximo da realidade imobiliária local, e, ao mesmo tempo, propiciar ao sujeito passivo elementos que possibilitem a impugnação do valor venal atribuído ao seu imóve), ofertando avaliação contraditória, se for o caso, na forma do art. 148 do CTN.

Daí, as chamadas Plantas Genéricas de Valores – PGVs – onde estão estabelecidos os critérios de apuração do valor venal de uma infinidade de imóveis semelhantes ou afins, para fins de lançamento do IPTU. É com base nessas PGVs que o órgão competente do Executivo vai atribuir a base de cálculo in concreto , em relação a cada imóvel tributado. As PGVs não fixam o valor venal de cada imóvel, porém, editam *regras gerais hipotéticas para a constituição do crédito tributário em cada caso, mediante a atividade do lançamento, que é ato administrativo vinculado. Apenas a operação para calcular o quantum debeatur em relação a cada imóvel , com fundamento no critério abstrato, previsto nas PGVs, é que se insere no âmbito de competência privativa do Executivo . As PGVs, por integrarem a base de cálculo do IPTU/ITBI (art. 146, III, 'a' da CF) só poderão resultar de lei, jamais de decreto, em obediência ao princípio da legalidade tributária (art. 150, I da CF e art. 97, I do CTN). Daí porque a Súmula 160 do STJ veda a atualização do IPTU, mediante decreto, em percentual superior ao índice oficial de correção monetária.*

No Município de São Paulo existe a Lei nº 10.235/86, fixando nor-

Acesso ao Sumário

mas e métodos para apuração do valor venal, expressos em seis Tabelas anexas, que possibilitam a apuração do valor unitário do metro quadrado da construção e do terreno (art. 1º).

As Tabelas I a III referem-se à apuração do valor unitário do terreno, considerados os diferentes fatores (profundidade, esquina, condomínio, encravado etc). A Tabela IV contém os fatores de depreciação da construção em razão da idade aparente; a Tabela V contém seis tipos de construção, com seis padrões diferentes para cada tipo (residencial horizontal, residencial vertical, comercial horizontal etc); e a Tabela VI divulga os valores unitários do metro quadrado da construção para diferentes tipos e padrões de construção.

Conforme art. 2º dessa Lei, na fixação do valor unitário do metro quadrado leva-se em conta:

o preço corrente das transações e ofertas no mercado; os custos de reprodução;

as locações correntes;

as características da região;

e outros dados tecnicamente reconhecidos.

Como se verifica, o preço corrente das transações e ofertas no mercado, a que alude o § 1º do art. 8º do Decreto sob comento, é apenas um dos elementos para apuração do valor unitário do metro quadrado, que não se confunde com o valor venal do imóvel.

Se a Administração municipal apurou o valor venal de cada imóvel cadastrado, com base nos critérios e métodos objetivos estabelecidos na Lei nº 10.235/86, livremente editada pela Municipalidade de São Paulo, à *toda evidência, aquele valor apurado para lançamento do IPTU encerra a presunção de que espelha, para o sujeito ativo do imposto , o valor de mercado. É o que quanto basta para legitimar o uso desse valor venal pelo sujeito passivo do imposto , para efeito de recolhimento do ITBI. Eventual diferença deverá ser objeto de lançamento complementar, respeitados os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa*

Resulta com lapidar clareza que o Decreto sob comento confundiu o aspecto hipotético das normas de avaliação (necessariamente previstas em lei), com o aspecto concreto da avaliação de cada imóvel com base naquelas normas. De fato, o art. 8º prescreveu a disponibilização pública de valores venais atualizados de cada imóvel inscrito no Cadastro Imobiliário Fiscal do Município. E o art. 10 desse Decreto dispôs que cabe ao contribuinte requerer avaliação especial do imóvel caso não concorde com a base de cálculo previamente fixada e divulgada pela Administração, invertendo e subvertendo a presunção de veracidade e regularidade do valor venal do imóvel, constante da notificação de lançamento do IPTU.

O valor venal de cada imóvel, apurado de conformidade com os

Acesso ao Sumário

critérios e métodos da Lei nº 10.325/86, encerra presunção de veracidade e de regularidade. Querer buscar o valor real de cada transação imobiliária , sujeito até a incidência de fatores subjetivos, seria o mesmo que pretender encontrar o 'verdadeiro lucro', para fins de tributação pelo imposto de renda naquela modalidade de 'lucro presumido'. Não se tem notícias de que a Receita Federal tenha publicado uma pauta de 'lucros presumidos' para cada tipo de empresa.

Nunca de pode esquecer da elementar noção de que não cabe ao aplicador da lei discutir critérios da lei. Nem deve o aplicador substituir o critério de justiça do legislador por seus próprios critérios. Do contrário, todos os dispositivos do Código Penal poderiam ser questionados, por exacerbação ou atenuação da pena.

Não é por outra razão que a Fazenda do Estado vem acolhendo o valor venal do imóvel, mencionado na notificação de lançamento do IPTU, para a cobrança do imposto de transmissão causa mortis, como se pode constatar dos inúmeros processos de inventários em curso. Curiosamente , só o Município de São Paulo é que não aceita o critério da lei que editou.

Esse art. 8º encerra dupla inconstitucionalidade. Primeiramente, a apuração do valor venal atualizado de cada imóvel só pode ser feita no momento da ocorrência do fato gerador, por meio de uma das modalidades do lançamento tributário. É tarefa do agente público competente, e não do legislador. Em segundo lugar, se nem a lei pode ter caráter concreto, para definir de antemão o valor venal de cada um dos milhões de imóveis existentes, muito menos o decreto pode ter esse efeito concreto, agravado, ainda, pela constante 'atualização' por meio de pesquisas de mercado que, como vimos, é apenas um dos elementos para apuração do valor unitário do metro quadrado. Quando muito, poderia a Administração publicar o valor venal referido no § 3º do art. 8º, para conferir maior transparência na tributação.

Outrossim, o Município poderia aprovar, por lei, outros critérios e métodos para encontrar um 'segundo valor de mercado' só para efeito de ITBI. Poderia, também, agir com coerência, ajustando os valores unitários do metro quadrado das construções, constantes da Tabela VI anexa à Lei nº 10.325/86, ou, simplesmente aumentar a alíquota do ITBI, pois a transparência não pode ser vista como um pecado, mas como uma virtude rara."

Acesso ao Sumário

Em suma, revelando-se impossível a apuração casuística permanente, pelo Fisco, do valor real de mercado de cada um dos imóveis existentes no Município, a lei estabelece regras precisas para o lançamento anual do IPTU, o que pressupõe todo um procedimento administrativo e o respeito ao devido processo legal, constitucionalmente assegurado, razão pela qual o valor venal utilizado para o lançamento desse imposto se constitui, dada a identidade da base de cálculo de ambos os tributos, em parâmetro seguro e idôneo para o recolhimento

do ITBI.

Essa idoneidade não se apresenta na nova sistemática, que despreza a presunção de veracidade inerente ao valor obtido no lançamento, pela própria Administração Municipal, do IPTU, e, no mesmo exercício busca, mediante critérios vagos e previamente desconhecidos do contribuinte, estabelecer, dia a dia, valores venais superiores àquele e destinados exclusivamente para o pagamento do ITBI.

Os vícios já presentes no Decreto nº 46.228/05 foram, pois, simplesmente adotados pela Lei nº 14.256/06, sem que, com isso, se afastasse a impossibilidade de adoção dessa sistemática.

Assim, inviável a utilização de tais critérios pela própria Municipalidade de São Paulo como valor de referência do ITBI não é possível ao Estado de São Paulo adotar, por mero ato administrativo, os mesmos valores como piso mínimo para o recolhimento do ITCMD.

É neste sentido a jurisprudência desta Colenda Seção de Direito Público:

APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO – Mandado de segurança – ITCMD – Base de cálculo – Lei Estadual nº 10.705/00 – Valor venal apontado no IPTU – Decreto nº 55.002/09 – ITBI – Valor venal de referência – Majoração da base de cálculo – Ilegalidade – Sentença mantida. RECURSO VOLUNTÁRIO E REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDOS. A base de cálculo do ITCMD é aquela apontada na legislação paulista (IPTU), não podendo ser adotado critério diverso daquele utilizado pela própria Administração Pública para propriedade do bem; contudo, a criação de base de cálculo pelo Decreto nº 55.002/09 em referência ao ITBI ofende o princípio da legalidade. (TJSP – 1ª Câmara de Direito Público – AC nº 1030968-86.2016.8.26.0114 – Rel. Des. Vicente de Abreu Amadei – j. 08.02.2018)

Apelação e Reexame Necessário – Mandado de Segurança – Impetração com o objetivo de afastar o pagamento de ITCMD para utilizar como base de cálculo o valor venal de referência do ITBI – DIREITO TRIBUTÁRIO – A base de cálculo do ITCMD, no caso em apreço, deve ser o valor venal do imóvel lançado para fins de IPTU, em razão da ilegalidade do Decreto 55.002/09 – Inteligência do art. 97, inciso II, §1º, do CTN e da Lei 10.705/2000 – Sentença concessiva da segurança mantida – Recursos oficial e voluntário improvidos. (TJSP – 11ª Câmara de Direito Público – AC nº 1029516-07.2017.8.26.0114 – Rel. Des. Marcelo L Theodósio – j. 06.02.2018)

MANDADO DE SEGURANÇA – TRIBUTÁRIO – ITCMD – RECOLHIMENTO COM BASE NO VALOR VENAL FIXADO PARA O IPTU – PRETENSÃO DO FISCO A CALCULAR O TRIBUTO MEDIANTE ADOÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO ITBI – INADMISSIBILIDADE – ORDEM CONCEDIDA – SENTENÇA CONFIRMADA. (TJSP – 4ª Câmara de Direito Público – AC nº 1011260-05.2017.8.26.0053 – Rel. Des. Ricardo

Acesso ao Sumário

Feitosa – j. 05.02.2018)

Constatada a impossibilidade do uso do valor indicado pelo Município para o ITBI, isto não implica no reconhecimento de que o valor recolhido com base no valor estabelecido para o IPTU demonstre a quitação regular do ITCMD. Mas a imputação de valor a menor e sua definição deve seguir o devido processo legal, com a instauração do procedimento administrativo de arbitramento previsto em lei – observação já constante da r. sentença de folhas, especificamente à f. 90, nestes termos:

> *"Por derradeiro, anote-se ainda que a Administração Tributária Estadual pode, nos termos do art. 11 da Lei Estadual 10.705/2000, não concordando com a declaração de valor do bem com base no valor venal do IPTU, instaurar procedimento administrativo tributário de arbitramento de base de cálculo devida."*

Observa-se, pois, o reconhecimento da possibilidade de que o valor do tributo possa ser revisto pelo Fisco, assegurado o direito a procedimento de arbitramento para definição da correta base de cálculo, representada pelo valor venal.

É caso, portanto, de, negar provimento ao reexame necessário e ao recurso interposto pela **Fazenda do Estado de São Paulo** nos autos do mandado de segurança impetrado **Maria Tadeu Camargo Sari** e **Vinício Camargo Sari** contra ato do **Secretário da Fazenda Pública do Estado de São Paulo** (Processo nº 1011996-68.2022.8.26.0053 – 12ª Vara da Fazenda Pública do Foro da Capital - SP).

Consigne-se, para fins de eventual pré-questionamento, inexistir ofensa aos artigos de lei mencionados nas razões recursais.

Resultado do julgamento: negaram provimento ao reexame necessário e ao recurso voluntário.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação/Remessa Necessária nº 1002815-51.2016.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO* e Apelante ANDRÉ CORREIA DE SANTANA, são apelados S.P. EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S/C LTDA., LUIZ MARINHO - PREFEITO MUNICIPAL DE SÃO BERNARDO DO CAMPO e MUNICÍPIO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U. Declarará voto o 3º Juiz.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra

este acórdão. **(Voto nº 30.573)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS VILLEN (Presidente) e PAULO GALIZIA.

São Paulo, 15 de maio de 2023.

TERESA RAMOS MARQUES, Relatora

Ementa:

AÇÃO POPULAR

Áreas públicas – Transferência por permuta – **Compra e venda – Licitação – Ausência – Prejuízo ao erário – Anulação – Adequação da via eleita – Lei de efeito concreto – Possibilidade:**

– A lei de efeito concreto pode ser discutida na ação popular, voltada à anulação do ato administrativo autorizado por lei municipal.

– A transferência de área pública, por meio de permuta com imóveis particulares que representam aproximadamente 16% do valor total do negócio, constitui simulação voltada a afastar a exigência legal de licitação para a alienação do bem público.

– Sentença reformada para julgar procedente a ação.

VOTO

RELATÓRIO

1. Trata-se de apelação proposta contra a sentença de fls. 2109/2114, que cassou a liminar e julgou improcedente a ação popular proposta por ANDRÉ CORREIA DE SANTANA contra o MUNICÍPIO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO, o ex-Prefeito LUIZ MARINHO e a empresa S.P. EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S/C LTDA.

Apela o autor popular (fls. 2172/2202); preliminarmente alega nulidade da sentença por falta de fundamentação, em afronta ao art. 93, inciso IX da Constituição Federal e art. 489, § 1º, IV, do Código de Processo Civil. A decisão apresenta contradição e omissão que não foram sanadas após oposição de embargos de declaração. O laudo pericial não foi analisado. No mérito, aduz que (i) o negócio jurídico que se pretende anular visou precipuamente o interesse particular. A finalidade da Lei Municipal n. 6.412/15 foi distorcida, pois o contrato celebrado pelo Município não configura permuta, uma vez que o valor do imóvel de propriedade da empresa, avaliado unilateralmente, representa pequeno percentual em comparação aos imóveis do Município. Não houve troca,

Acesso ao Sumário

mas verdadeira compra e venda; (ii) no que tange a dispensabilidade de licitação com base no artigo 24, X da Lei de Licitações, invoca-se o Parecer 92/2017/DECOR/CGU/AGU, no qual se recomenda o chamamento público para prospecção do mercado imobiliário. A dispensa de licitação impediu que a Municipalidade realizasse o negócio mais vantajoso; (iii) não há pedido de declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal n. 6.412/2015. Pretende-se a nulidade da permuta realizada entre o Município de São Bernardo do Campo e a empresa ré, por ferir os princípios da Administração Pública, sobretudo a obrigatoriedade de licitação; (iv) a Lei Municipal n. 6.412/2015 possui efeitos concretos e assume conteúdo de ato administrativo, o que viabiliza a declaração incidental de inconstitucionalidade em ação popular; (v) o laudo pericial evidenciou um prejuízo aos cofres públicos na ordem de R$ 2.537.994,00 pela permuta admitida pela Lei n. 6.412/15; (vi) os imóveis públicos permutados localizam-se em áreas abrangidas pela Área de Proteção e Recuperação do Manancial Billings e estavam destinados à regularização fundiária, requalificação urbanística, socioambiental e à produção de habitação de interesse social e de mercado popular, o que vai de encontro ao objeto social da empresa, voltado para locação, administração e construção civil, objetivando exclusivamente o lucro. A apelada não detém condições de atender a população de baixa renda com empreendimentos habitacionais de interesse social - HIS, conforme exige o Plano Diretor Municipal. Pede o provimento da apelação e a procedência da ação.

Contrarrazões da S. P. Empreendimentos Imobiliários S/S Ltda. às fls. 2208/2226; de Luiz Marinho às fls. 2227/2245; do Município de São Bernardo do Campo às fls. 2247/2254.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso e procedência da demanda (fls. 2281/2294).

FUNDAMENTOS

2. <u>Preliminar de ausência de fundamento da sentença</u>

Na origem, trata-se de ação popular proposta por *André Correia de Santana* contra o Município de São Bernardo do Campo e S. P. Empreendimentos Imobiliários S/C Ltda., voltada à declaração de nulidade da **<u>permuta</u>** de imóveis realizada sob o amparo da **Lei Municipal 6.412/15.**

Em 28/06/2016 foi concedida a tutela de urgência para suspender os efeitos da permuta (fls. 730/731). Referida decisão foi objeto do Agravo de Instrumento n. 2197773-63.2016.8.26.0000, interposto pela empresa S. P. Empreendimentos, distribuído à minha relatoria.

A decisão da juíza foi mantida pela 10ª Câmara de Direito Público, sob os seguintes fundamentos (fls. 1576/1583):

"4. Pelo exposto, denota-se que:

a) o negócio jurídico questionado foi estabelecido após frustrada tenta-

Acesso ao Sumário

tiva de alienação do imóvel público para pessoa jurídica que integra o mesmo grupo econômico da agravante;

b) a iniciativa do negócio partiu do particular, o que torna questionável a preponderância do interesse público e, por consequência, o atendimento dos requisitos do art.24, inc. X, da Lei 8.666/93;

c) os bens ofertados pelo particular alcançam apenas 15,3% do valor total do negócio, portanto duvidosa a existência de permuta;

d) o art.17, inc. I, al. "c", da Lei 8.666/93, que fundamenta a dispensa de licitação, está com sua eficácia suspensa por força de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADI 927- MC/RS;

e) havia outros interessados na aquisição da área pública que também atendiam os requisitos dos arts. 157 e 158 da Lei Orgânica do Município.

5. O Novo Código de Processo Civil condiciona a concessão de tutela de urgência à comprovação dos seguintes requisitos cumulativos: i) probabilidade do direito; e; ii) perigo de dano ou ao resultado útil do processo (art.300 a 302).

No caso presente, ***vislumbro presente o requisito da probabilidade do direito alegado, considerando os indícios de que: o negócio jurídico em questão visou atender precipuamente o interesse particular; a suposta permuta teve por objetivo afastar o óbice da exigência legal de licitação para a alienação do bem; a dispensa indevida da licitação implicou em lesão ao erário público (dano presumido); é questionável a legalidade da permuta em razão do decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 927-MC, bem como pelo fato do bem ofertado pelo particular alcançar apenas 16% do negócio, descaracterizando o instituto; houve ofensa aos princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade.***

Além disso, também ***está presente o perigo de dano, pois a agravante pretende utilizar a área pública permutada para a ampliação de seu parque fabril, o que poderá ensejar futuro pedido indenizatório contra o Poder Público****, caso determinado o desfazimento do negócio.*

Destarte, pelo meu voto, nego provimento ao recurso".

Saneado o feito, entendeu a juíza ser "salutar" a prova pericial (fl. 1636), tal como requerido pelo Ministério Público, com o objetivo de apontar o valor de mercado dos imóveis públicos e privados permutados, descritos na Lei Municipal nº 6.412/2015 (fls. 587/593)

O laudo pericial de fls. 1698/1747 foi exaustivamente contraditado, conforme se observa das complementações inseridas às fls. 1819/1827, 1872/1877, 1889/1891 e 1909/1910. Finalizada a instrução, todas as partes apresentaram alegações finais (fls. 2026/2033; 2036/2051; 2069/2077; 2078/2091) e o *Parquet* apresentou parecer pela procedência da demanda (fls. 2095/2103).

A sentença, todavia, entendeu pela improcedência da ação, sob o principal fundamento de inadequação da via escolhida. Confira-se:

"A ação popular não pode servir para declaração de inconstitucionalida-

Acesso ao Sumário

de de lei, porque, assim sendo, o Poder Judiciário estaria a imiscuir-se nos assuntos tratados pelos demais poderes, como neste caso, onde a lei foi enviada e aprovada pelo Poder Legislativo".

Para melhor compreensão, transcreve-se a íntegra da fundamentação:

"Com efeito, trata-se de ação popular, onde não é possível se questionar o ato praticado, sem questionar-se a Lei que o autorizou.

Neste sentir:

"Ag Int no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 890.330 – MS (2016/0077541-9) RELATORA : MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES AGRAVANTE : KEILA MANTELLI ADVOGADO : SALVADOR AMARO CHICARINO JUNIOR – MS006527 AGRAVADO : ADILES DO AMARAL TORRES ADVOGADO : RICARDO SAAB PALIERAQUI – MS002924 AGRAVADO : MUNICÍPIO DE DOURADOS PROCURADOR : JOSÉ ROBERTO CARLI – MS002541 EMENTA ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO POPULAR. PERMUTA DE BEM PÚBLICO. ALEGADA OFENSA AO ART. 535 DO CPC/73. INEXISTÊNCIA. ACÓRDÃO DE 2º GRAU QUE, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS, CONCLUIU PELA INEXISTÊNCIA DE LESÃO AO ERÁRIO PÚBLICO E PELA LEGALIDADE DA PERMUTA. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO, NA VIA ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão publicada em 10/03/2017, que julgou recurso interposto contra decisum publicado na vigência do CPC/73.

II. Na origem, trata-se de ação popular proposta por Keila Mantelli, ora agravante, em face de Adiles do Amaral Torres e Município de Dourados, defendendo a ilegalidade e a inconstitucionalidade de permuta de imóvel público, realizada entre os demandados.

III. O acórdão de 2º Grau, fundamentadamente, manteve a sentença de improcedência, concluindo, à luz das provas dos autos, que os requisitos legais para a permuta entre bens imóveis estão presentes, no presente caso. Nesse contexto, concluiu que "não há que se falar em ilegalidade e nem em lesão ao patrimônio público, visto que a permuta foi precedida de autorização legal e prévia avaliação dos bens a serem permutados, conforme os Pareceres Técnicos nºs 24 e 25/2008 que atribuíram corretamente os valores por método comparativo de mercado, ou seja, em atendimento ao artigo 17, inciso I, alínea "c", da Lei nº 8.66/93". Ademais, destacou, quanto à alegação de inexistência de interesse público, "que não cabe ao Judiciário ingerir na vontade política do ente público, uma vez que a permuta está adstrita à discricionariedade".

IV. Não há falar, na hipótese, em violação ao art. 535 do CPC/73, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão proferido em sede de Embargos de Declaração apreciaram funda-

Acesso ao Sumário

mentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

V. Tendo o acórdão recorrido concluído, à luz das provas dos autos, pela presença dos requisitos legais para a permuta entre bens imóveis, os argumentos utilizados pela parte recorrente – no sentido de reconhecer a existência de lesão ao patrimônio público e a ilegalidade da permuta – somente poderiam ter sua procedência verificada mediante o necessário reexame de matéria fática, não cabendo a esta Corte, a fim de alcançar Documento: 1636561 – Inteiro Teor do Acórdão – Site certificado – DJe: 28/09/2017 Página 1 de 4 Superior Tribunal de Justiça conclusão diversa, reavaliar o conjunto probatório dos autos, em conformidade com a Súmula 7/STJ. VI. Agravo interno improvido."

Bem assim, houve legislação na qual foi calcada a referida permuta, porque, independente do valor que representava, imóvel particular foi dado como para viabilizar a transação.

A ação popular é o meio processual a que tem direito qualquer cidadão que deseje questionar judicialmente a validade de atos que considera lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

In casu a validade de referido ato de permuta entre as partes se deu, conforme legislação aprovada apela Câmara Municipal, onde, ao que se vê, não houve qualquer manejo de ação apropriada para a anulação de legislação, definida no controle de constitucionalidade.

Outrossim, e no laudo confeccionado pelo vistor oficial, ele expõe situação onde, o imóvel particular permutado servirá para construção e assentamento de famílias.

Bem assim, não se vê na referida ação que a desafetação dos imóveis públicos se deu por legislação, inclusive na representação feita ao Ministério Público este coloca que: fundamentada nos artigos 157, I e 158, da Lei Orgânica do Município, combinados com os artigos 17, I, "c" e 25, caput da Lei nº 8.666/93, com posterior avaliação das áreas permutadas (gravada na mídia digital de fls. 235), bem como aprovação da Lei, na 6.412/2015 pela Câmara Municipal, autorizando-a, conclusão esta tirada de representação feita ao Ministério Público em inquérito civil autuado sob nº 42.0167.0003226/2015-3, como acima exposto.

(...)

Destarte, a ação é improcedente, e neste momento cassada a liminar de fls. 730/731.

Como se observa, não prospera a preliminar de ausência de fundamentação da sentença, pois está devidamente fundamentada. A discordância do autor com o entendimento firmado pela sentenciante não configura afronta ao art. 93, IX da CF nem ao art. 489, § 1º do CPC.

Acesso ao Sumário

Contudo, a sentença não pode ser mantida.

3. <u>Da adequação da via escolhida</u>

Inicialmente, verifica-se equívoco interpretativo a respeito do julgado proferido no AgInt no Agravo em Recurso Especial nº 890.330/MS, citado na decisão singular para embasar a inviabilidade da ação popular para questionar a permuta autorizada pela Lei Municipal n. 6.412/2015, objeto da presente ação.

O referido julgado, proferido em 19/09/2017 pela 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, **<u>não</u> apreciou a adequação da ação popular para o fim pretendido nestes autos**, uma vez que o Recurso Especial foi desprovido, via decisão monocrática, porque "*o acórdão recorrido somente poderia ser modificado mediante o reexame dos aspectos concretos da causa, o que é vedado, no âmbito do Recurso Especial, pela Súmula 7 desta Corte*"[1], seguido do desprovimento do Agravo Interno, citado na sentença.

Ao contrário do entendimento firmado na sentença, o cenário processual discorrido nas decisões e acórdãos proferidos no REsp n. 890.330/MS ilustram a **adequação da ação popular para questionar a permuta de bens públicos imóveis autorizada por lei**. Tanto é assim que do inteiro teor do acórdão se extrai: "*No que diz respeito ao mérito, a Corte de origem* ***concluiu pela <u>legalidade da permuta</u> impugnada por meio da <u>ação popular</u>***"[2]. Ou seja, houve apreciação, no bojo da ação popular, da legalidade de permuta feita com base em autorização legislativa[3], sendo exatamente esse o caso versado nestes autos. No citado julgado concluiu-se pela legalidade da permuta. Confira-se:

"No que diz respeito ao mérito, ***a Corte de origem concluiu pela legalidade da permuta impugnada <u>por meio da ação popular</u>, nos seguintes termos****: 'Da análise dos autos, o Magistrado a quo decidiu pelo indeferimento da ação [improcedência da ação[4]], ao fundamento de que os requisitos legais exigidos restaram preenchidos, quais sejam: avaliação, dispensa de licitação, elaboração de ato normativo que regulamente a permuta e a fundamentação que justificasse o interesse público.'"*[5]

Nessa perspectiva, uma vez que a fundamentação da sentença recai sobre a inadequação do rito processual escolhido, melhor teria sido a extinção sem resolução do mérito com base no art. 485, VI do Código de Processo Civil (ausência de interesse processual na modalidade adequação), pois **não houve apreciação do mérito**, não se justificando a improcedência com base no art. 487, I do CPC. A corroborar, vê-se no topo da sentença a expressão "sentença de extinção", mais consentânea com seu teor.

Acesso ao Sumário

1 Decisão monocrática proferida pela Ministra Assusete Magalhães em 10/03/2017 no Agravo em REsp n. 890.330/MS.

2 Página 9 do inteiro teor do acórdão proferido no Agravo Interno em REsp n. 890.330/MS.

3 Refere-se à Lei Municipal n. 3.181/2008, do Município de Dourados-MS.

4 Consultada a sentença proferida na Ação Popular n. 0809372-70.2013.8.12.0002, 6ª Vara Cível da Comarca de Dourados, proferida em 25/04/2014.

5 Página 9 do inteiro teor do acórdão proferido no Agravo Interno em REsp n. 890.330/MS.

De todo modo, em que pese o Superior Tribunal de Justiça não ter analisado, no julgado citado na sentença, a (in)adequação da ação popular, esse tema está pacificado, **admitindo-se a discussão por essa via**, haja vista a lei autorizativa da permuta possuir apenas a forma de ato legislativo, cujo conteúdo é puramente administrativo/de efeitos concretos, não assumindo qualquer generalização ou abstração, exaurida sua finalidade tão logo o negócio jurídico se concretize. Em outras palavras, "*traz em si as consequências imediatas de sua atuação*"[6]. Por todos, cita-se o julgado abaixo, restringindo-se ao que interessa:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ***AÇÃO POPULAR. VIA ELEITA. LEI DE EFEITOS CONCRETOS. POSSIBILIDADE.*** *LESÃO PATRIMONIAL. DESNECESSIDADE. PREFEITO. INICIATIVA E SANÇÃO DA LEI. LEGITIMIDADE PASSIVA. ADVOCACIA PÚBLICA. ATUAÇÃO. RESSARCIMENTO DOS HONORÁRIOS. DECISÃO EXTRA PETITA. TRAMITAÇÃO DO PROJETO DE LEI. DANO. NÃO OCORRÊNCIA. NEXO CAUSAL. CONDUTA DO AGENTE. AUSÊNCIA.*

(...)

*3. Esta Corte tem reiterado "a lição do Professor Hely Lopes Meirelles, litteris: "****O objeto da ação popular é o ato ilegal e lesivo ao patrimônio público. (...) Dentre os atos ilegais e lesivos ao patrimônio público pode estar até mesmo a lei de efeitos concretos, isto é, aquela que já traz em si as conseqüências imediatas de sua atuação*** *(...)" (REsp n. 776.848/RJ, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 16/12/2008, DJe de 06/08/2009).*

4. No caso, ***a Corte local****, nos exatos termos da premissa acima exposta, registrou que "****a Lei Municipal n° 15.397/11, ao transformar bem público de uso especial em dominical, autorizando a venda, diante da desafetação, não se revela norma geral e abstrata, mas sim lei de efeitos individual e concreto****".*

5. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o ARE 824.781, Rel. Min. Dias Toffoli, sob a sistemática da repercussão geral, Tema 836, fixou a seguinte tese: "Não é condição para o cabimento da ação popular a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos, dado que o art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal estabelece que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular e impugnar, ainda que separadamente, ato lesivo ao patrimônio material, moral, cultural ou histórico do Estado ou de entidade de que ele participe."

6. Segundo preceitua o art. 6º da Lei n. 4.717/1965, a ação popular será proposta em desfavor, entre outros, das 'autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos deste'. [...] No escólio de Rodolfo de Camargo Mancuso, a mens legislatoris daquele preceito é 'estabelecer um espectro o mais abrangente possível, de modo a empolgar no polo passivo não só o causador ou

6 REsp n. 776.848/RJ, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 16/12/2008, DJe de 06/08/2009.

Acesso ao Sumário

produtor direto do ato ou conduta sindicados, mas também todos aqueles que, de algum modo, para eles contribuíram por ação ou omissão, e bem assim os que dele se tenham beneficiado diretamente' (in Ação Popular, São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2015, 8ª edição, pág. 203) (AgInt no REsp 1.389.434/RS, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 26/09/2017).

7. Hipótese em que o Tribunal seguiu exatamente a orientação acima citada, entendendo que a legitimidade do requerido é manifesta, visto que foi dele a iniciativa da deflagração do processo legislativo, além de ter sancionado o ato combatido, acrescentando que teria sido dele o desvio de finalidade da lei.

(...)

15. Agravo do ***Município de São Paulo*** não conhecido. Agravo do particular conhecido, para conhecer em parte do recurso especial e, nessa extensão, dar parcial provimento ao apelo.

*(AREsp n. 1.408.660/**SP**, relator Ministro Gurgel de Faria, **Primeira Turma**, julgado em **16/8/2022**, DJe de 31/8/2022.)*

Como se depreende do julgamento acima, o próprio Tribunal de Justiça de São Paulo admite a ação popular para questionar lei de efeito concreto que verse sobre desafetação e autorização para alienação de bem público[7]. **Isso vale para a Lei Municipal n. 6.412/2015, ora questionada nos presentes autos.**

Por fim, na senda da jurisprudência e salientado tanto pelo Ministério Público como na apelação, não se pretende a declaração de inconstitucionalidade; busca-se o **exame de legalidade** e de respeito aos **princípios administrativos de lei de efeito concreto**, não havendo qualquer impedimento ao Poder Judiciário para se pronunciar a respeito.

Firmada a adequação da via, não é caso de devolver os autos ao juízo de Primeiro Grau, pois a lide encontra-se madura a julgamento.

Passa-se à análise do mérito, autoriza pelo art. 1.013, § 1º e § 3º, I do Código de Processo Civil.

4. No mérito a ação é procedente.

Dos elementos carreados aos autos, ficou confirmada a percepção inicial obtida a partir do exame do Agravo de Instrumento n. 2197773-63.2016.8.26.0000, cuja fundamentação foi transcrita linhas acima (íntegra do acórdão às fls. 1576/1583).

A presente ação popular questiona a permuta de imóveis entabulada entre o MUNICÍPIO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO e a EMPRESA SP EMPREENDIMENTOS, por meio de autorização legislativa firmada na **Lei Mu-**

Acesso ao Sumário

7 No caso, trata-se da Apelação Cível n. Apelação/Reexame Necessário nº 0025495-04.2011.8.26.0053, apreciada pela 7ª Câmara de Direito Público em 16/08/2017, Rel. Des. Luiz Sérgio Fernandes de Souza, na qual foi admitida a ação popular para "*desconsideração dos **efeitos concretos** **da lei sancionada**, a qual, diante do mau uso da competência do Chefe do Executivo, não pode investir contra a situação jurídica subjetiva dos administrados, titulares de interesses coletivos que não se submetem ao ato viciado*".

nicipal n. 6.412, de 14 de setembro de 2015, oriunda do Projeto de Lei do Poder Executivo n. 26/2015, à época chefiado pelo Prefeito LUIZ MARINHO. Seguem os termos da normativa, suprimida a descrição das áreas envolvidas (fls. 587/593):

"Art. 1º Ficam desafetadas da categoria de bens públicos de uso comum do povo e transferidas para a categoria de bens públicos dominiais as áreas ***"A1"; "A2"; "A3"; "A4", "2B", "1"; "B1" e "B2",*** *descritas no parágrafo único do art. 2º desta Lei.*

Art. 2º ***Fica o Poder Executivo autorizado a permutar*** *as áreas referidas no art. 1º desta Lei, de propriedade do Município, com as* áreas «I» e «II» de propriedade de S.P. Empreendimentos Imobiliários S/S Ltda., ***com dispensa de licitação, nos termos dos arts. 157, I, § 6º, primeira parte, e 158, da Lei Orgânica do Município, combinado com os arts. 17, I, c, e 25, caput, da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993****.*

Parágrafo único. As áreas de que tratam este artigo e o art. 1º desta Lei, estão discriminadas na planta A0-1517C, elaborada pela Seção de Cartografia (SPU-111) da Secretaria de Planejamento Urbano e Ação Regional (SPU) do Município, juntada no ***processo administrativo nº 77.544/2014****, deste Município e têm as seguintes características:*

(...)

Art. 3º O valor das áreas do Município é de R$ 11.840.089,00 (onze milhões, oitocentos e quarenta mil e oitenta e nove reais), enquanto o valor das áreas de S.P. Empreendimentos Imobiliários S/S Ltda. é de R$ 1.808.083,00 (um milhão, oitocentos e oito mil e oitenta e três reais), avaliadas, nos termos do § 5º, do art. 157, da Lei Orgânica do Município.

Art. 4º A permuta de que trata esta Lei far-se-á com a reposição do valor a favor do Município, referente à diferença a maior em relação ao valor dos imóveis particulares, de R$ 10.032.006,00 (dez milhões, trinta e dois mil e seis reais).

§ 1º O valor a ser pago por S.P. Empreendimentos Imobiliários S/S Ltda., será pago em 15 (quinze) parcelas mensais e consecutivas, da seguinte forma: *3 (três) parcelas de R$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais); 3 (três) parcelas de R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais); 3 (três) parcelas de R$ 600.000,00 (seiscentos mil reais); 3 (três) parcelas de R$ 800.000,00 (oitocentos mil reais); 2 (duas) parcelas de R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) e a última parcela de R$ 1.282.006,00 (um milhão, duzentos e oitenta e dois mil e seis reais).*

§ 2º A primeira parcela de R$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais) será paga no ato de assinatura da respectiva escritura de permuta e as demais serão pagas no décimo dia útil de cada mês, até total liquidação.

A escritura de permuta foi assinada em 06/10/2015 (fl. 691).

Acesso ao Sumário

A petição inicial indica, em suma, as seguintes ilegalidades (fl. 6):

"a) ***não se trata de permuta de bens públicos, como constou na norma em tela, mas sim de alienação de bens públicos****, visto que o valor do imóvel particular objeto da permuta representa apenas cerca de 16% (dezesseis por cento) do valor das áreas públicas. O valor da diferença em favor da Prefeitura de SBC não teve destinação específica na norma em questão, o que contraria o disposto no artigo 44 da Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, Lei de Responsabilidade Fiscal.*

b) a 'permuta' se baseia em ***dispositivo legal que teve sua eficácia suspensa para Estados e Municípios, pelo C. STF, a alínea C do inciso I do artigo 17 da L. 8.666/93, em liminar concedida nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 927-3****;*

c) o ato questionado ***viola, ainda, os princípios da administração pública****, posto que se deu por* ***inexigibilidade de licitação*** *quando, na verdade, havia flagrante possibilidade de* ***interesse de terceiros no negócio*** *efetuado, tendo, portanto, a* ***ausência de competição*** *trazido grave prejuízo ao erário público."*

Ao final, o autor popular pede "*a procedência do feito para que seja declarada a nulidade da permuta realizada sob o amparo da Lei Municipal 6.412/2015*" (fl. 31).

5. Analisando-se a causa de pedir e o pedido, em cotejo com as contestações de fls. 755/776 (Município); 1473/1500 (S. P. Empreendimentos) e 1535/1553 (ex-Prefeito Luiz Marinho), conclui-se assistir razão ao autor sobre a **descaracterização da permuta**.

O exame dos vultosos elementos dos autos indica que **desde 2008** o grupo econômico formado, dentre outras, pelas empresas S.P EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS, DP Empreendimentos Imobiliários e Doravac Indústria e Comércio Ltda. possui interesse em adquirir as áreas públicas indicadas na Lei Municipal n. 6.412/2015, ora em foco.

A **primeira tentativa** foi formalizada, em **2008**, pela **S. P. Empreendimentos** – corré nesta ação popular – e D. P. Empreendimentos, instaurando-se o **Procedimento Administrativo n. 10.144/2008**. Houve aceitação do Poder Executivo municipal, que elaborou o projeto de lei para **alienação** das áreas públicas às referidas empresas, com **dispensa de licitação**, baseada nos **artigos 157, I, § 2º e § 2º-A da Lei Orgânica do Município** (os autos não indicam o número desse projeto de lei). Contudo, a Procuradoria Geral do Município vislumbrou **impedimento na dispensa de licitação** porque o inciso I do art. 157 exige que o adquirente tenha "capacidade industrial", o que não se encaixaria no objeto social das interessadas (fls. 153/155).

Em 24/11/2008, no bojo do **Procedimento Administrativo n. 10.144/2008**, a empresa **Doravac Indústria e Comércio Ltda**. solicitou substi-

tuir as empresas SP e DP Empreendimentos Imobiliários para sanar a "pendência procedimental", pois seu objeto social se amoldaria à exigência do art. 157, I da LOM (fl. 170). Na oportunidade foi elaborada Mensagem Legislativa pelo então Prefeito William Dib, encaminhada ao Presidente da Câmara Municipal solicitando **regime de urgência** para apreciação do respectivo projeto de lei que autorizava a **alienação direta** dos imóveis públicos à citada empresa, nos termos do art. 157, I, § 2º e § 2º-A da LOM. O então Prefeito justificou o projeto de lei em "*relevante interesse público local, qualificado por circunstância que provoca o desenvolvimento econômico do Município, caracterizado pela ampliação da capacidade industrial instalada e geração de empregos e renda por parte da empresa interessada na sua aquisição, integrante de grupo econômico empresaria sediado no Município há mais de 50 anos com atividade industrial em grandes áreas próprias, aliás lindeiras àquelas objeto da cogitada alienação*" (fls. 160/169).

Não havendo mais informações nos autos a respeito do projeto de lei elaborado no Procedimento Administrativo n. 10.144/2008 e à vista dos fatos *sub examine*, conclui-se não ter sido aprovado.

Em **2011 houve a segunda tentativa** da empresa **Doravac Indústria e Comércio Ltda**. em adquirir as áreas públicas, no que contou com o assentimento do Poder Executivo, elaborando-se o **Projeto de Lei n. 20/2012**, no qual autorizava-se o Município a **alienar** à interessada, com **dispensa de licitação**, as mesmas áreas públicas discutidas nesta ação popular (**Procedimento Administrativo n. 56.160/2011**). A justificativa para a elaboração do PL 20/2012 ancora-se nas mesmas razões que levaram à elaboração do projeto de lei feito a partir do requerimento de 2008 (fls. 39/46).

Durante o trâmite do procedimento cima citado, embora a Procuradoria Geral do Município tenha elaborado parecer pela **possibilidade de inexigibilidade de licitação** para a alienação (fls. 157/158), o Projeto de Lei n. 20/2012 encontrou **óbice no Parecer n. 60/2012 da Assessoria Jurídica da Câmara e na Comissão de Constituição e Justiça** (fls. 39/46, 107/119), sob o fundamento de **que não caberia a dispensa de licitação**, pois **(i)** outras empresas manifestaram interesse em adquirir as áreas pretendidas, "*não havendo, portanto, qualquer justificativa para que não se realize o devido procedimento licitatório, sob pena de ferir-se o princípio da isonomia e da vantajosidade para a Administração Pública*" (fl. 118); **(ii)** os artigos 157 e 158 da Lei Orgânica do Município não poderiam ampliar as hipótese de dispensa de licitação previstas na Lei n. 8.666/93, sob pena de infração à competência da União para dispor sobre normas gerais dessa temática (art. 22, XXVII da CF) (fl. 113/116). Na mesma linha se posicionou a Comissão de Fiscalização de Contratos e Convênios e a Comissão de Constituição, Justiça e Redação da Câmara de Vereadores, **manifestando-se contrárias** à "*autorização legislativa para alienar próprios*

Acesso ao Sumário

Municipais à Doravac Indústria e Comércio Ltda., nos termos do art. 157, I, § 2º, § 2º-A, I e art. 158 da Lei Orgânica do Município" (fls. 127/128, 131).

Enviado o PL 20/2012 para votação pela Câmara de Vereadores, foi negado o regime de urgência solicitado pelo Prefeito (fl. 138/139). Inúmeras sessões de votação se sucederam sem que o PL n. 20/2012 fosse apreciado (fls. 172/195).

A **terceira tentativa** de aquisição das áreas públicas pelo grupo econômico foi feita em agosto de 2014, enquanto ainda tramitava o Projeto de Lei 20/12, oportunidade em que a **S. P. Empreendimentos** propôs ao Município de São Bernardo do Campo a **permuta** das áreas por outras duas, de sua propriedade, **ocupadas por assentamentos informais e incluídas em programa de urbanização e regularização fundiária elaborado pelo município, instaurando-se o Procedimento Administrativo n. 77.544/2014**. Segundo justificou a empresa (fls. 201/203; 779/782):

"As atividades fabris deste grupo econômico familiar demandam ampliação no presente e projeção de crescimento a curto e médio prazos com inegáveis benefícios, além dos interesses ao grupo econômico, ao desenvolvimento econômico, pelo incremento tributário e social pela gerarão de novos empregos diretos e indiretos no Município.

(...)"

Prossegue a S. P. EMPREENDIMENTOS no sentido de que os **dois imóveis particulares** oferecidos para **permuta** estavam com os tributos municipais integralmente pagos referentes a 1992 a 2013, bem como estavam "***ocupados por assentamentos informais***"[8], evidenciando "*que* ***a ocupação dos referidos imóveis foi tolerada com vistas à posterior permuta, desde o início apontada***, e jamais se omitiu no pagamento dos tributos correspondentes à posse e propriedade. A transferência dessa propriedade para o Município poderá viabilizar a regularização do parcelamento informal e a titulação dos ocupantes de acordo com a Política Municipal de Habitação, bem como propiciar à Requerente ampliação de sua capacidade de produção e armazenamento, acarretando com isso desenvolvimento econômico para o Município e também geração de novos empregos" (fls. 203/204).

Acesso ao Sumário

Tão logo a proposta de permuta chegou ao conhecimento do Prefeito, o Secretário de Governo solicitou à Câmara Municipal **a devolução do Projeto de Lei n. 20/2012** (fl. 194).

A Secretaria de Planejamento Urbano e Ação Regional (SPU), ao analisar a proposta de permuta, sinalizou que as áreas públicas já eram objeto de **proposta de alienação no Procedimento Administrativo n. 56.160/2011**, no bojo

8 Fls. 203: informa a S. P. EMPREENDIMENTOS que "*esses imóveis foram ocupados por assentamentos informações para viabilizar o cumprimento de mandado judicial expedido na Ação de Reintegração de Posse promovida pelo Município em face dos ocupantes de trecho da projetada Ligação Anchieta/Imigrantes (autos n. 0087367-68.8.26.0000, 6ª Vara Cível da Comarca de São Bernardo do Campo*"

do qual foi elaborado o **PL 20/2012**, tendo como interessada a Doravac (fl. 399).

Cientificada a SP Empreendimentos a respeito da "coincidência" de interesses por empresas do mesmo grupo econômico, sobre as mesmas áreas públicas, o representante do grupo econômico, Wladimir Cabral Lustoza (patrono nestes autos), **requereu o arquivamento do Procedimento Administrativo n. 56.160/2011**, pois o "*interesse real é na permuta aqui proposta*" (fl. 983).

O **Procedimento Administrativo n. 77.544/2014** passou pela Secretaria de *Planejamento Urbano e Ação Regional (SPU), que esclareceu que as "as duas áreas particulares disponibilizadas encontram-se ocupadas com núcleo de favela (...). Não consta, porém, nenhum documento público autorizando transferência das famílias [para aquele local], nem tampouco consta quando se deu o início da ocupação tratada neste*" (fl. 407).

Instada a se manifestar no Procedimento Administrativo n. 77.544/2014, a Secretaria de Habitação informou que nas áreas particulares oferecidas em permuta encontra-se instalado o "*assentamento Divinéia-Pantanal*", ***"desta forma, visando a regularização fundiária das unidades habitacionais existentes no local, informamos que esta Secretaria tem interesse na aquisição da área em questão"*** (fl. 460).

Feita a avaliação imobiliária, conforme preceitua o art. 157, *caput*, da LOM, o engenheiro Luiz Alvaro Galello, contratado pelo município, não avaliou, separadamente, cada uma das oito áreas públicas pretendidas pela empresa SP Empreendimentos. Avaliou o **total das áreas públicas, que perfazem 28.313,65 m², em R$ 11.840.089,00 (R$ 768,00/m²)**, enquanto as áreas privadas oferecidas em permuta perfazem 6.401,41 m², ao valor total de R$ 1.808.083,00 (R$ 579,00 m²) (fls. 514/526).

Dada a discrepância de valores entre os imóveis oferecidos pela empresa S. P. Empreendimentos e os imóveis públicos, no importe de **R$ 10.032.006,00**, aquela propôs o **pagamento da diferença em 15 parcelas:** 3 parcelas de R$350.000,00, 3 parcelas de R$500.000,00, 3 parcelas de R$600.000,00, 3 parcelas de R$800.000,00, 2 parcelas de R$1.000.000,00 e 1 parcela de R$1.282.006,00 (fl. 546).

A Procuradoria Geral do Município "*não vislumbrou óbices jurídicos legais ao prosseguimento da matéria*" (fl. 560/563).

Como sabido, o projeto de lei referente à permuta foi aprovado pelo Plenário da Câmara Municipal em 10.9.2015, dando origem à **Lei Municipal 6.412/15** (fls. 577), sobrevindo a escritura pública de permuta com pacto adjeto de hipoteca, lavrada em **6.10.2015** (fls. 675/84).

A presente ação foi proposta em **12/02/2016.**

6. Diante desse quadro fático e atento aos conceitos de "permuta" e "compra e venda", não é preciso muito esforço para concluir a total desconfiguração

Acesso ao Sumário

daquele instituto pela Lei Municipal n. 6.412/2015.

De início, é oportuno citar o que diz o Código Civil a respeito de tais negócios jurídicos:

"Art. 481. Pelo contrato de ***compra e venda****, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro.*

Art. 533. Aplicam-se à troca [permuta] *as disposições referentes à compra e venda, com as seguintes modificações:*

I - salvo disposição em contrário, cada um dos contratantes pagará por metade as despesas com o instrumento da troca;

II - é anulável a troca de valores desiguais entre ascendentes e descendentes, sem consentimento dos outros descendentes e do cônjuge do alienante".

O Diploma Civil não conceitua especificamente os termos; todavia é possível concluir se tratar de negócios jurídicos diversos; do contrário não estariam separadamente disciplinados. Da simples leitura dos comandos acima percebe-se que na compra e venda entrega-se uma coisa mediante pagamento em dinheiro; na permuta ocorre a "troca" de uma coisa por outra, sem envolvimento, *a priori*, de dinheiro.

A doutrina vem em socorro no intuito de explicitar a diferenciação entre a "compra e venda" e a "permuta":

"O contrato de ***troca, permuta ou escambo*** *é aquele pelo qual as partes se obrigam a* ***dar uma coisa por outra que <u>não seja dinheiro</u>****. Operam-se, ao mesmo tempo, duas vendas, servindo as coisas trocadas para uma compensação recíproca. Isso justifica a aplicação residual das regras previstas para a compra e venda (art. 533, caput, do CC).*

(...)

O objeto da permuta há de ser dois bens. Eventualmente, se um dos contratantes der dinheiro ou prestar serviços, não haverá troca, mas compra e venda.

(...)

Como se percebe, há uma grande similaridade entre a troca e a compra e venda, o que justifica a antes mencionada aplicação residual. (...). Entretanto, os institutos se diferem nos seguintes pontos, conforme leciona Maria Helena Diniz:

Na troca, ambas as prestações são em espécie (coisas são trocadas), enquanto na compra e venda a prestação do comprador é em dinheiro ou em dinheiro e outra coisa *(a entrega do dinheiro seria um complemento ao pagamento feito mediante a entrega de uma coisa em valor menor e o da prestação*

Acesso ao Sumário

estipulada)"[9].

Ainda que as condições do mundo real não sejam tão exatas, a ponto de o Poder Público e o particular permutarem imóveis de mesmíssimo valor, e inexistir legislação que indique parâmetros aceitáveis de diferença de valores, é certo que a "permuta" entabulada entre **oito** imóveis públicos contíguos, no total de **28.313,65 m²**, avaliado pelo *expert* do Município no **valor médio de R$ 768,00/m², totalizando R$ 11.840.089,00, não é compatível** com a "troca" por **dois** imóveis particulares, no total de **6.401,41 m²**, ao valor médio **R$ 579,00/m²**, perfazendo um total de **R$ 1.808.083,00** (fls. 514/526), acrescido do pagamento de uma diferença de preço que supera mais de 75% do valor dos bens oferecidos pelo particular, a ser saldado em inúmeras parcelas, **descaracterizando por completo o contrato de "permuta".**

Nesse ponto, vale citar o excerto do artigo intitulado "*Permuta de bens públicos imóveis*", publicado na Revista de Direito Administrativo:

"É da essência da permuta a troca de bens de mesma natureza e de valores equivalentes. Na permuta "ideal", entrega-se o bem "a" para receber o bem "b", sem a necessidade de qualquer complementação pecuniária. ***No mundo real, contudo, dificilmente dois imóveis terão o mesmíssimo valor.*** *Por isto é que esta característica do tipo ideal de permuta deve ser interpretada com temperamentos. Assim, quando o bem permutado do particular tiver valor inferior àquele do imóvel público, deverá o particular providenciar, para que a operação se ultime, o pagamento do montante equivalente à diferença, a fim de que não se produza enriquecimento ilícito do particular, com o consequente prejuízo ao Erário. Por outro lado, se o valor do imóvel dado em permuta pelo particular for superior ao de avaliação daquele dado pela administração pública, então dever-se-á providenciar dotação orçamentária para que o particular seja pago, sob pena de ocorrência de enriquecimento sem causa da administração, o que também não se permite. Tudo isto, de certa forma, é intuitivo, e foi devidamente considerado no âmbito federal.*

A questão que se coloca é: qual o percentual aceitável da diferença de valores entre os bens? *Esta é uma das matérias em que não é adequada disciplina legislativa taxativa. Qualquer percentual escolhido pelo legislador seria arbitrário e poderia, no limite, podar inconstitucionalmente a ação administrativa.*

Aqui, cabe retomar a dimensão subjetiva da operação: ***a permuta será legítima, independentemente da eventual diferença entre os valores dos imóveis, quando a intenção dos agentes, reciprocamente considerada, for a aquisição do imóvel da outra parte, daquele imóvel específico. Se a intenção for a obtenção de numerário, então não se justificará a hipótese de permuta. Assim***

9 TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil. Volume único. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, p. 648-649.

é que, na permuta em que o valor residual for maior do que o do bem transacionado, a permuta será vedada, pois claramente o resultado da operação será, para uma das partes, majoritariamente pecuniário. *Ainda, quando inexista interesse público a ser atendido pelos imóveis transacionados (ou seja, quando simultaneamente o imóvel recebido pela administração não vá ser empregado em qualquer finalidade coletiva, e o imóvel recebido pelo particular também não vá ter utilização econômica), ter-se-á permuta ilícita.*

Em tais hipóteses – e em outras, imagináveis, do mesmo gênero – ***os bens serão mero pretexto para a obtenção de dinheiro ou de benefícios inconvenientes com a finalidade da permuta, quer por parte da administração, quer por parte do particular, resultando ilícito o emprego do instituto****"*[10].

Portanto, como visto, o negócio jurídico entabulado entre o Município e a S. P. Empreendimentos **não se enquadra no conceito de permuta. Houve, na verdade, uma venda dos imóveis públicos ao particular**, cujos dois imóveis ofertados em contrapartida podem ser considerados a "entrada" do valor estipulado, acrescidas das parcelas em dinheiro.

Daí ser sintomático o arcabouço fático descrito alhures, no qual o grupo econômico composto pela S. P. Empreendimentos e Doravac Indústria ter procurado o Município por algumas vezes para **adquirir diretamente as áreas públicas contíguas ao seu parque industrial e empresarial**, obtendo seu intento ao propor uma simulada "permuta", com o beneplácito do Poder Executivo e Legislativo municipal.

7. Não se ignora a argumentação do Município no sentido da conveniência em "se livrar" das áreas públicas objeto da Lei Municipal n. 6.412/2015, incorporadas a partir da desapropriação para a interligação da Rodovia Anchieta e dos Imigrantes, cujas obras não se concretizaram.

Em compasso, as empresas vizinhas às essas áreas públicas iniciam insistentemente tentativas em adquiri-las, até que conseguem ao oferecer ao Município duas áreas de sua propriedade e com os tributos devidamente pagos, ocupadas por "favelas" desde 1992.

Acesso ao Sumário

A situação causa espécie, ainda mais ao se verificar nos autos, por meio de documentos trazidos pelo ex-Prefeito LUIZ MARINHO, a estreita relação entre o Município de São Bernardo do Campo e o grupo econômico favorecido com a "permuta" objeto da Lei Municipal n. 6.412/2015, envolvendo justamente as áreas pública ora em discussão.

Veja. As referidas áreas públicas, no ano de 1991, estavam ocupadas por moradias do tipo "favela", causando perturbação à atividade do grupo econômico em voga nestes autos (fls. 1994/1996). O Município tentou se reintegrar na posse dos imóveis por meio da Ação n. 309/91, que tramitou na 6ª Vara Cível de

10 SAAD, Amauri Feres. RDA Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 265, jan./abr. 2014, p. 111-147.

São Bernardo, porém o processo foi extinto em 1994 porque não foram criados mecanismos para cumprimento da liminar e realocar as famílias que ocupavam o local (fls. 1975/1977).

A empresa Doravac, entretanto, em **03/12/1991**, **oferece** ao Município, "**em caráter definitivo**", as áreas que em 2014 foram oferecidas em "permuta", "*para nelas serem assentados os ocupantes de área de risco instalados no trecho da futura interligação Anchieta-Imigrantes, na altura da Indústria Doravac e do galpão da firma SP Empreendimentos Imobiliários*". Chama a atenção o registro feito pela empresa na correspondência enviada ao Município: "***diante da irreversibilidade de tal assentamento, aguardamos receber da D. Municipalidade outra área, em regime de permuta ou, na impossibilidade, indenização correspondente de acordo com o valor de mercado***" (fl. 1998).

Vale destacar que em setembro daquele ano de 1991, a empresa Doravac havia solicitado ao Município a **permissão para usar** "*o imóvel de propriedade municipal situado exatamente atrás de onde se encontra instalada a indústria e que corresponde ao trecho já desapropriado*" (fl. 1999).

Lado outro, é salutar o interesse do Município em incorporar ao seu patrimônio as áreas de propriedade da empresa que compõe um conglomerado de favelas no Município de São Bernardo; **o que não se explica é o interesse ter surgido após 23 anos, justamente quando a empresa lança mão de uma proposta de "permuta", aqui controvertida.**

Para além da irregularidade da permuta, não se observa justificativa plausível para a inexigibilidade de licitação justificada na LM n. 6.412/2015.

A permuta é composta de uma aquisição e uma alienação simultânea, por conjugação de interesses. Caso a permuta proposta na LM n. 6.412/2015 fosse legítima (e não é), a impossibilidade de licitar se justificaria na singularidade de cada área, que não poderia ser substituída por outra para atender a finalidade dos contratantes.

Todavia, estando a negociação feita entre o Município de São Bernardo do Campo e a empresa S P Empreendimento maculada pela ilegalidade, além de violar princípios comezinhos de Direito Administrativo, como a moralidade, impessoalidade e publicidade, não se sustenta a inexigibilidade.

A licitação para a venda das áreas públicas visa atingir os melhores valores para incremento do erário. Se as áreas são de interesse primordial ao grupo econômico composto pela empresa SP Empreendimentos, bastaria que participasse da concorrência e ofertasse os maiores valores.

Lado outro, havendo interesse do Município nas áreas particulares para fins de regularização fundiária, existem instrumentos jurídicos disponíveis, tal como a desapropriação, que, do mesmo modo, traria mais benefícios ao Município. Portanto, a inexigibilidade, ao contrário do afirmado nas defesas, trouxe

Acesso ao Sumário

prejuízos ao ente público.

Em suma, a Lei Municipal n. 6.412/2015 pretendeu "acomodar" interesses pouco republicanos, alijados da estrita legalidade que rege as condutas da Administração Pública, não havendo como o Poder Judiciário compactuar com tais "atalhos".

Dado o resultado a que se chega, nada mais é preciso ser esmiuçado, sendo suficiente a fundamentação ora exposta para acolher o pedido do autor.

Destarte, pelo meu voto, dou provimento ao apelo para julgar procedente a ação popular e declarar a nulidade da permuta autorizada pela Lei Municipal n. 6.412/2015. Condeno os réus, solidariamente, a arcarem com as custas e despesas processuais e honorários de sucumbência no valor de R$ 10.000,00, nos termos do art. 85, § 2º e § 8º do Código de Processo Civil, haja vista o baixo valor da causa[11] frente aos valores envolvidos na "permuta".

DECLARAÇÃO DE VOTO CONVERGENTE

(Voto nº 421)

Aos fundamentos do voto da Ilustre Relatora acrescento que, não obstante a Lei Municipal nº 6.412/2015 de São Bernado do Campo denomine de permuta o negócio jurídico firmado com S.P. Empreendimentos Imobiliários S/S Ltda., o valor atribuído às áreas de propriedade do Município supera em mais de R$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) o valor atribuído às áreas daquela empresa, diferença que corresponde a mais de 70% (setenta por cento) dos valores envolvidos na operação. Conforme a lição de CARLOS ROBERTO GONÇALVES "*Quando um dos contraentes faz a reposição parcial em dinheiro, a troca não se trasmuda em compra e venda, salvo se representar mais da metade do pagamento. Assim, se um contratante recebe coisa que vale R$ 100,00 e entrega outra que vale R$ 30,00, fazendo a reposição da diferença (R$ 70,00) em dinheiro, terá havido compra e venda*" (Direito Civil Brasileiro, v. 3, 8ª edição, 2011, p. 272).

Como não houve permuta, mas verdadeira compra e venda, a alienação dos imóveis municipais deveria ser precedida de licitação – na modalidade concorrência – nos termos do que dispõe o artigo 17, *caput* e inciso I, da Lei nº 8.666/1993: "A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas: I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência [...]". Frise-se

Acesso ao Sumário

11 O autor popular elegeu como valor da causa a importância de R$ 10.000,00.

que a alienação ora em discussão não se enquadra em nenhuma das exceções a que faz referência a parte final do inciso I, que versa sobre hipóteses em que a licitação é dispensada, as quais estão arroladas nas alíneas "*a*" a "*i*".

Nem se argumente com o disposto no art. 157, §2º, da Lei Orgânica do Município de São Bernardo do Campo, que estabelece a dispensa de licitação "quando a alienação de bem imóvel a terceiro for justificada pela existência de relevante interesse público local, qualificado por circunstância que promova o desenvolvimento econômico ou social do Município ou quando o uso se destinar à concessionária de serviço público, a entidades assistenciais ou a programa de regularização fundiária promovido pelo Executivo" (art. 157, §2º). Tal dispositivo instituiu hipótese de dispensa de licitação não prevista na Lei nº 8.666/1993, de modo a avançar sobre a competência da União para estabelecer normas gerais de licitações e contratos no âmbito da Administração Pública (art. 22, inciso XXVII, da Constituição). Isso, aliás, foi reconhecido posteriormente no julgamento da ADI nº 2169030-67.2021.8.26.0000 pelo Órgão Especial deste Tribunal, que declarou inconstitucional referido dispositivo, j. 17/11/2021, Rel. Des. Renato Sartorelli.

Acrescento que, na decisão que deferiu em parte a medida cautelar requerida na ADI 927-3, o Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Carlos Velloso, assinalou a constitucionalidade dos mencionados *caput* e do inciso I, do art. 17 da Lei 8.666, por considerar que, neles, não houve desbordamento da competência da União para instituir normas gerais de licitação: "O *caput* do art. 17 veicula, sem dúvida, norma geral, ao subordinar a alienação de bens públicos ao interesse público devidamente justificado e ao exigir a avaliação. O inciso I do mesmo artigo contém, também, norma geral, ao estabelecer que a alienação de imóveis públicos dependerá de autorização legislativa, de avaliação prévia e de licitação na modalidade concorrência, dispensada esta nos casos em que enumera nas alíneas 'a' até 'd'.".

Disso tudo se conclui que, em se tratando de compra e venda de imóveis públicos, não havia qualquer razão para que se afastasse a exigência legal de prévio procedimento licitatório. Não se poderia cogitar da aplicação do art. 157, §2º, da LOM.

Cabe registrar que, se se tratasse mesmo de permuta, o entendimento a ser adotado seria outro. Isso porque o Supremo Tribunal Federal, também na ADI nº 927-3, deferiu em parte a medida cautelar requerida nos seguintes termos: "CONSTITUCIONAL. LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA. LEI nº 8.666, de 21.06.93. I – Interpretação conforme dada ao art. 17, I, "b" (doação de bem imóvel) e art. 17, II, "b" (permuta de bem móvel), para esclarecer que a vedação tem aplicação no âmbito da União Federal, apenas. Idêntico entendimento em relação ao art. 17, I, "c", e §1º, do art. 17. Vencido o Relator, nesta parte.".

Acesso ao Sumário

A alínea "c", do inciso I, do art. 17, autoriza a dispensa de licitação no caso de "permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do art. 24 desta Lei". Esclarece AMAURI FERES SAAD que a suspensão do dispositivo deu porque a Corte considerou que "*ao instituir vedações ou restrições às operações de doação e permuta de bens públicos, a União Federal foi além da competência para a edição de normas gerais de licitação e contratos administrativos estabelecida pelo art. 22 da Constituição, atingindo inconstitucionalmente a esfera legítima de ação dos demais entes federativos relativamente aos seus bens*" (Permuta de bens públicos imóveis, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 265, p. 111-147, jan./abr. 2014, p. 119). Desse modo, a permuta de bens imóveis dos Municípios não se sujeita à restrição estabelecida na alínea "c", do inciso I. Tal entendimento, no entanto, é inaplicável ao caso concreto, pois, como já salientado, não se tratou de permuta, mas de verdadeira compra e venda.

Cumpre ressalvar, por fim, que a anulação da permuta não implica o reconhecimento de má-fé, culpa ou dolo dos réus. O negócio estava amparado em lei municipal formalmente válida (aprovada pela Câmara Municipal em conformidade com o rito legislativo) e contou com parecer favorável subscrito pelo Procurador Chefe do Município (fls. 560/563), não tendo sido - ao que consta dos autos - objeto de qualquer apontamento do Tribunal de Contas Estadual. Sua nulidade é consequência do reconhecimento de ilegalidade, mas não se pode falar em conduta eivada de culpa ou de dolo de quaisquer dos agentes públicos envolvidos.

O voto é também pelo provimento do recurso de apelação para julgar procedente a ação popular e declarar a nulidade da permuta autorizada pela Lei Municipal nº 6.412/2015, de São Bernardo do Campo.

Conflitos de Competência

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0014097-05.2023.8.26.0000, da Comarca de São Sebastião, em que é suscitante 14ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, é suscitado 12ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Turma Especial - Publico do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram o conflito para declarar competente a C. 12ª Câmara de Direito Público. V.U.",

de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.431)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AFONSO FARO JR. (Presidente), RICARDO GRACCHO, TERESA RAMOS MARQUES, SIDNEY ROMANO DOS REIS, FERMINO MAGNANI FILHO, PERCIVAL NOGUEIRA, LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ, LUIZ FELIPE NOGUEIRA, REBOUÇAS DE CARVALHO, ENCINAS MANFRÉ, PAULO BARCELLOS GATTI, HENRIQUE HARRIS JÚNIOR, LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA, RAUL DE FELICE, CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI e DJALMA LOFRANO FILHO.

São Paulo, 11 de maio de 2023.

SOUZA MEIRELLES, Relator

Ementa: Conflito de competência – Agravo de instrumento tirado de decisão proferida em relação processual cujo pedido principal versa sobre discriminação e demarcação de terras devolutas – Controvérsia de cariz eminentemente público – Questão tributária de caráter meramente acessório, com desfecho consequencial à solução da lide principal – Competência recursal aferível conforme arts. 103 e 104 do Regimento Interno desta E. Corte – Competência da C. Câmara Especializada em Tributos Municipais suscitante afastada – Inteligência do art. 3º, I.11 da Resolução nº 623/2013 – Conflito acolhido a fim de declarar a competência da C. 12ª Câmara de Direito Público suscitada.

VOTO

Conflito de competência oriundo de agravo de instrumento manejado pelo Estado de São Paulo nos autos de demanda anulatória de débito fiscal que lhe movem Luis Sales do Nascimento e Vera Denise Santana Azanha, na qual figura como litisconsorte passiva a Municipalidade de São Sebastião, desafiando interlocutória que deferiu em parte tutela de urgência para determinar a suspensão da exigibilidade da progressividade prevista no art. 3º, §2º, da Lei Municipal nº 2.511/2017, bem como o depósito judicial da taxa de Reurb equivalente a 10% do valor venal territorial (fls. 320/322 dos autos originários nº 1003836-80.2022.8.26.0587).

Distribuídos inicialmente os autos à **C. 12ª Câmara de Direito Público**, sobreveio o não-conhecimento do recurso, por meio de voto de Relatoria do

Acesso ao Sumário

Excelentíssimo **Desembargador Souza Nery**, ao fundamento da competência recursal de uma das **C. Câmaras Especializadas em Tributos Municipais** (fls. 16/20).

Redistribuído o agravo à **C. 14ª Câmara de Direito Público**, referido órgão fracionário, em acórdão de lavra da Excelentíssima Magistrada **Silvana Mallandrino Mollo**, igualmente deixou de conhecer do recurso, entendendo que a questão principal discutida na demanda originária envolvia matéria de Direito Público não especializada, de modo que a controvérsia sobre Direito Tributário tratava-se de mera questão acessória, a atrair a competência recursal da **C. 12ª Câmara de Direito Público** suscitada.

Tal, em abreviado, o relatório.

Razão assiste à **C. 14ª Câmara de Direito Público** suscitante.

Consabido, a teor dos **arts. 103** e **104** do **Regimento** desta **E. Corte**, a competência recursal se define frente ao conteúdo da petição inicial, isto é, a relação jurídica travada entre as partes litigantes, consubstanciada nos termos da **causa de pedir** e do **pedido**. Confira-se: *in litteris*

> ***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.***
>
> ***Art. 104. A competência em razão da matéria, do objeto ou do título jurídico é extensiva a qualquer espécie de processo ou tipo de procedimento.***

A propósito, há muito assim se tem entendido, conforme clássico excerto de lavra do Eminente Ministro **CEZAR PELUSO**, quando ainda atuando como Desembargador nesta **E. Corte**, que "É coisa velha, que, entre nós, a competência recursal se define e firma pelos termos da pretensão, considerada esta como somatório da causa de pedir e do pedido, ainda que haja reconvenção, ou ação contrária, ou tenha o réu ***argüido fatos ou circunstâncias capazes de modificar a mesma competência***" (JTJ 190/274).

Estabelecidas tais premissas, conforme dos autos se dessume, os pedidos formulados na demanda originária objetivam a **declaração de nulidade do ato de discriminação e demarcação de terras devolutas**, afastando a necessidade de regularização fundiária tratada pelas regentes Leis Municipais de São Sebastião (fls. 35/36 dos autos principais).

Decerto, com o eventual provimento jurisdicional de procedência do mérito do supracitado pedido principal decorrerá o consequente desfecho do pleito acessório tangente à inexigibilidade dos créditos fiscais atrelados ao imóvel.

Tal é o raciocínio que se pode extrair a partir da detida leitura pedido nº 4 de fls. 36 dos autos originários, pelo qual se pretende **"*Determinar a exclusão do imóvel dos requerentes da área demarcada como terra devoluta municipal,***

Acesso ao Sumário

por se caracterizar como terra particular, mediante averbação da exclusão da área da Matrícula 46.677, o registro de terras devolutas e, consequentemente, declarar que os requerentes nada devem as Requeridas a título de terras devolutas...".

Ora bem, o pedido principal de anulação da discriminação e demarcação das terras devolutas constituiu ponto fulcral da controvérsia, cujo deslinde determinará, por consequência lógica, a solução de desfecho da questão tributária indireta, conforme percuciente observação da Excelentíssima Magistrada Relatora Silvana Mallandrino Mollo, relatora do acórdão que suscitou o conflito de competência.

Patente, portanto, que o cerne da controvérsia entabula-se em torno de matéria eminentemente relacionada ao Direito Público geral, condicionada ao reconhecimento da **legitimidade da discriminação e demarcação da área em que localizado o imóvel dos requerentes como terra devoluta**, figurando a questão da exigibilidade dos questionados tributos como mera decorrência da qualificação jurídica eventualmente atribuída ao solo correspondente.

Neste contexto, prevalecente o debate sobre lide envolvendo questões de cariz público não-especializado, atribui-se a competência para o conhecimento e julgamento às **C. Câmaras de Direito Público**, conforme do **art. 3º, I.11** da **Resolução n° 623/2013**: *in verbis*

> ***Art. 3º. A Seção de Direito Público, formada por 8 (oito) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, salvo o 1º Grupo, que é integrado pelas três primeiras Câmaras, e o 7º Grupo, que é integrado pelas Câmaras 14ª, 15ª e 18ª, é constituída por 18 (dezoito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, assim distribuídas:***
>
> ***I – 1ª a 13ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:***
>
> ***(...)***
>
> ***I.11 - Ações cuja matéria seja de Direito Público e não esteja na competência recursal de outras Seções do Tribunal de Justiça, das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente e das 14ª a 18ª Câmaras de Direito Público.***

Destarte, a competência para julgamento do agravo de instrumento interposto recai, inequivocamente, sobre a **C. 12ª Câmara de Direito Público** suscitada.

Em sentido análogo, precedentes desta **C. Turma Especial de Direito Público**:

> **CONFLITO DE COMPETÊNCIA. 1. Ação anulatória – Descumprimento de obrigação acessória – Multa – Confecção de documentos fiscais sem prévia autorização – Desrespeito à regra do artigo 43 da**

Lei Complementar Municipal nº. 189/03, que dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) – Conflito negativo suscitado pela C. 2ª Câmara de Direito Público em face da E. 15ª Câmara de Direito Público – Questão afeta ao controle judicial de legalidade de atos administrativos, sem notícia do ajuizamento de executivo fiscal – Demanda que não tem como discussão principal tributo municipal e, reflexamente, a inscrição do débito na dívida ativa e sua respectiva cobrança em executivo fiscal – Precedentes – Competência recursal da C. 2ª Câmara de Direito Público (suscitante), com fundamento no disposto no artigo 3º, inciso II, da Resolução nº. 623/2013. 2. Conflito negativo procedente, fixando a competência da E. 2ª Câmara de Direito Público. (TJSP; Conflito de competência cível 0032496-19.2022.8.26.0000; Relator: Osvaldo de Oliveira; Órgão Julgador: Turma Especial - Publico; Foro de Diadema - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 10/02/2023; Data de Registro: 10/02/2023)

COMPETÊNCIA. PROCEDIMENTO COMUM. Conflito Negativo suscitado pela Décima Quinta Câmara de Direito Público em face da Décima Primeira Câmara de Direito Público. Ação declaratória para cancelamento de inscrição de dívida ativa de valores referentes a despesas consideradas irregulares na execução de convênio. Questões não tributárias antecedentes ao ajuizamento da execução fiscal. Pedido e da causa de pedir que não se trata de medida que dependa da análise de matéria tributária ou da interpretação e aplicação da legislação municipal correlata. Caso que se resume ao controle de atos administrativos, consistente no exame do cumprimento de obrigações assumidas por meio de convênio e da regularidade da respectiva prestação de contas Competência da 1ª a 13ª Câmaras da Seção de Direito Público. Conflito julgado procedente para reconhecer a competência da C. Décima Primeira Câmara de Direito Público. (TJSP; Conflito de competência cível 0008361-40.2022.8.26.0000; Relator: Bandeira Lins; Órgão Julgador: Turma Especial - Publico; Foro de Osasco - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 25/04/2022; Data de Registro: 25/04/2022)

Ante o exposto, infere-se que a competência para processar e julgar o recurso é da **C. 12ª Câmara de Direito Público** suscitada, pelo que de rigor o conhecimento e acolheita do conflito de competência para positivar a remessa dos autos ao respectivo órgão fracionário.

Postas tais premissas, por meu voto, **acolho** o conflito para declarar competente a **C. 12ª Câmara de Direito Público.**

Acesso ao Sumário

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 1004392-24.2021.8.26.0068/50000, da Comarca de Barueri, em que é embargante CONCESSIONARIA DE RODOVIAS DO OESTE DE SAO PAULO VIAOESTE S/A, é embargado ATOM LOGISTICA E TRANSPORTES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram os embargos. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.029)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente sem voto), DJALMA LOFRANO FILHO e BORELLI THOMAZ.

São Paulo, 5 de junho de 2023.

ISABEL COGAN, Relatora

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Contradição e obscuridade. Ausência dos vícios formais apontados. A fundamentação do v. acórdão objurgado se mostra clara, coerente e suficiente. A pretensão da embargante de rediscutir o conteúdo substancial do julgamento é inadmissível. EMBARGOS REJEITADOS.

VOTO

Trata-se de embargos de declaração opostos por Concessionária de Rodovias do Oeste de São Paulo - Viaoeste S/A em face do v. acórdão de **fls. 772/783**, pelo qual a Turma Julgadora, por votação unânime, deu provimento à apelação interposta por Atom Logística e Transportes Eireli com o objetivo de que fosse reformada a r. sentença de improcedência da ação indenizatória que moveu contra a embargante visando a obter reparação pelos danos materiais e lucros cessantes ocasionados por acidente automobilístico supostamente provocado por negligência da concessionária que administra a rodovia onde o fato ocorreu.

A embargante sustenta que o aresto padece de contradição e obscuridade. Alega que a dificuldade técnica para exibição das imagens da rodovia captadas no momento do acidente, tanto porque estas teriam ficado preservadas por ape-

Acesso ao Sumário

nas 15 dias, quanto porque houve momentânea impossibilidade de visualizá-las a partir do "*primeiro acesso*" ao link fornecido em sua defesa, um "*erro meramente técnico*", não poderia redundar no acolhimento da tese defendida pela embargada. Requer, então, que as imagens sejam novamente apreciadas. Aventa a ocorrência de cerceamento de defesa. Aduz, ademais, que o julgado padece de obscuridade em relação (i) aos parâmetros a serem utilizados na liquidação da sentença quanto à aplicabilidade dos juros e da correção monetária e (ii) à prova produzida pela embargada em relação aos lucros cessantes e aos danos materiais. Pugna, portanto, pela reforma do julgamento vergastado.

É o relatório.

Os embargos não prosperam.

De proêmio, cumpre salientar que os embargos de declaração são cabíveis somente quando efetivamente houver vícios formais – obscuridade, contradição, omissão ou erro material – na decisão impugnada.

O aresto vergastado, contudo, não se ressente de quaisquer desses vícios, pois foram apreciados todos os aspectos relevantes da causa e necessários ao julgamento.

O v. acórdão está provido de clara, adequada, coerente e suficiente fundamentação, reportando-se aos dispositivos legais pertinentes à matéria.

Os embargantes podem discordar da motivação expendida. Entretanto, pela forma com que ela se apresenta, não merece correção via embargos de declaração.

Além disso, os embargos de declaração não se prestam para rediscutir a matéria *sub judice* e buscar efeito infringente. A elasticidade conferida aos embargos aclaratórios, excepcionalmente, trata de casos de erro material evidente ou de manifesta nulidade (RTJ 89/548, 94/1167, 103/1210, 114/351).

Não se justifica o manejo dos embargos declaratórios para discutir a correção do provimento judicial, sob pena de desvirtuamento jurídico-processual do meio de impugnação.

A Turma Julgadora valorou os elementos amealhados nos autos e, ao final, aplicou o direito, na espécie, de modo que eventual equívoco nessa aplicação, não se corrige via embargos de declaração.

O juiz não está obrigado a discorrer sobre todos os argumentos alinhavados pelas partes, cumprindo a ele, apenas, analisar o litígio dentro dos estreitos limites da demanda, fundamentando o seu entendimento sobre o conflito e a solução pela qual o resolve de acordo com a sua convicção, com base em aspectos jurídicos que considerar relevantes.

Ademais, a parte não pode buscar a modificação do conteúdo substancial do julgamento por meio de embargos declaratórios.

Acesso ao Sumário

Está claro que a embargante não se conformou com o conteúdo substancial do julgamento, protestando pela sua reforma quanto a esse aspecto, embora alegue a ocorrência de vícios formais, propósito que é inadmissível em embargos declaratórios.

Não tem lugar na via eleita rediscussão de questão de mérito, sendo taxativo o rol de hipóteses de cabimento do art. 1.022 do CPC – ou seja, quando houver, de fato, obscuridade, contradição, omissão ou erro material na decisão judicial.

De mais a mais, o entendimento esposado pela Turma Julgadora não se contrapõe a qualquer dispositivo legal ou comando constitucional aplicável ao caso.

Para elidir quaisquer dúvidas a respeito da higidez da motivação do julgamento realizado por este Colegiado, basta fazer **uma leitura mais detida** dos seguintes trechos do v. acórdão impugnado, com destaques em negrito feitos agora, nesta reprodução:

> *"(...)* ***a autora requereu*** *tutela antecipada em caráter antecedente de* ***exibição de imagens que teriam sido captadas pelas câmaras de segurança instaladas pela concessionária*** *responsável pela administração da rodovia, ora apelada,* ***visto não ter obtido sucesso nesse intento na esfera administrativa.***
>
> *A magistrada oficiante nos autos à época deferiu o pedido, com escora nos arts. 305 e seguintes do códex processual, estabelecendo prazo de 30 dias para que a ré atendesse ao pedido (****fls. 24****).*
>
> *Em resposta,* ***a apelada disse ter disponibilizado imagens em vídeo do dia 26/02/2021****, às 00h28min, do km 13, sentido oeste, da Rodovia Presidente Castello Branco (SP-280),* ***no seguinte link****:https://grupoccr-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/simone_bazani_grupoccr_com_br/EjwMzUwLMLhCqE0sAZr2ltQBBnC%2 0lf3q4acxfCwmcKooPw?e=BcBAV9*
>
> *Ante a crítica feita pela autora a* ***fls. 80/81****, o juízo de primeiro grau* ***determinou à ré que apresentasse a filmagem*** *captada no dia 26/02/2021* ***de forma integral****, a fim de que se pudesse apurar de onde teria surgido o objeto causador do acidente de trânsito (****fls. 82****).*
>
> *A requerida esclareceu a* ***fls. 84*** *que* ***o sistema de monitoramento preserva as imagens por um período de apenas 15 dias, o que tornaria impossível atender a essa última solicitação****, motivo pelo qual a discussão nos autos teria de ocorrer, doravante, em torno das imagens constantes do link mencionado anteriormente. Atendendo à determinação do juízo a quo, a demandante promoveu a emenda da petição inicial, trazendo fotos extraídas das filmagens realizadas pelas câmeras instaladas na rodovia*

Acesso ao Sumário

pela ré para conferir suporte à sua tese de que a concessionária foi negligente em relação à fiscalização da pista. Sustentou que o pneu deixado na rodovia, sabe-se lá por quem, foi causa do acidente que, lamentavelmente, ocasionou a morte de duas pessoas. Pugnou pela ***reparação de danos materiais, correspondente ao custo do conserto do veículo avariado****, mensurada em R$169.796,00, além dos* ***lucros cessantes inerentes ao período em que o veículo da transportadora esteve parado****, gerando um prejuízo avaliado em R$273.504,14, tudo acrescido de juros e de correção monetária. Invoca a* ***aplicação do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor e do art. 37, § 6º, da Constituição Federal (fls. 92/98).***

Ao instruir a emenda à peça exordial, ***a requerente juntou uma gama enorme de documentos, dentre os quais o boletim de ocorrência, termos de depoimentos/declarações dos envolvidos no acidente, fotos tiradas pela Polícia Militar, laudo pericial do Instituto Médico-Legal, orçamentos de conserto do veículo e notas fiscais*** *que conferem suporte à realização de* ***uma estimativa de faturamento mensal*** *que deixou de ocorrer enquanto o caminhão ficou parado no conserto* ***(fls. 99/414)****.*

(...)

O veículo de propriedade da apelante tombou na rodovia administrada pela apelada, causando a morte de terceiros cujo veículo estava estacionado no local dos fatos, ***em virtude da colisão com um pneu largado na pista.***

A demanda está baseada na ***premissa de ausência de fiscalização satisfatória, por parte da concessionária****, propensa a* ***evitar acidentes como esse.***

A partir das ***fotos que ilustram a petição de emenda da peça exordial****, pode-se concluir que a* ***presença do referido objeto na pista*** *fez com o motorista do caminhão perdesse o controle da direção.*

A ***filmagem de segurança*** *da rodovia a cuja exibição a ré foi compelida a disponibilizar estava* ***inserida num link****.*

Acontece que esse link ***veio a ser removido da Internet*** *e a Turma Julgadora ficou* ***impossibilitada de examinar essas imagens****.*

Por informação prestada pela própria concessionária, sabe-se que o sistema de monitoramento por câmeras ***preserva as imagens da rodovia por um período de apenas 15 dias e essa condição impediu*** *que o órgão judiciário de instância recursal pudesse* ***averiguar quanto tempo o pneu permaneceu na pista*** *e, por conseguinte,* ***avaliar se, de fato, não houve negligência por parte da ré.***

A requerida, portanto, ***deixou de demonstrar não ter agido com desídia*** *no cumprimento do seu dever de tomar todas as cautelas ao seu alcance*

Acesso ao Sumário

para evitar a ocorrência do incidente**. A requerente, por seu turno, **abasteceu os autos com documentação que confere credibilidade às suas alegações.

(...)

*O argumento de ausência de prova de que **o objeto tenha permanecido na pista por tempo além do razoável*** não vinga, mesmo porque ***cabia à apelada produzir contraprova que levasse a essa conclusão, mediante a apresentação da filmagem completa ou estendida do local dos fatos, o que ela deixou de oferecer**.*

*Importa realmente ao deslinde do conflito o fato incontornável de que, **no momento em que o veículo da autora passava pelo local dos fatos, havia um pneu largado na pista da rodovia administrada pela ré** e que foi contra este objeto que o caminhão dirigido por seu preposto colidiu, ocasionando o acidente.*

*Há de se concluir, com supedâneo nas provas dos autos, que essa **situação somente ocorreu por negligência da requerida, não se vislumbrando qualquer fator estranho** que tenha contribuído para a ocorrência e que, por conseguinte, afaste a culpa da concessionária.*

(...)

*A colisão do veículo com um objeto grande deixado na pista é ocorrência que, por si só, **indica a falha do sistema de segurança adotado pela ré para impedir eventos que tais**. Não resta dúvida de que **a sua responsabilidade** – decorrente do fato de ser concessionária de serviço público de administração da malha rodoviária, substituindo-se ao Poder Público –* é objetiva*, porque afeta a área dos riscos assumidos para consecução dos seus fins, sendo aplicável à espécie a **Teoria do Risco Administrativo**.*

(...)

*Desta forma, por força de lei, a responsabilidade da ré pelo acidente **somente seria afastada mediante prova da inexistência do defeito do serviço prestado**, ônus do qual não se desincumbiu a apelada.*

*Não há nos autos **elementos inequívocos da eficiência dos serviços** então prestados pela requerida, **revelando-se questionável essa eficiência**, repita-se, tão-só pela ocorrência do acidente.*

*Ademais, **o surgimento de um pneu na pista de rodovia não é fato imprevisível, nem inevitável.***

(...)

*Assim, **não se trata, pois, de exigir onipresença** da ré para evitar uma ocorrência como essa.*

*A negligência da requerida quanto a **medidas para evitar que objetos***

Acesso ao Sumário

__grandes sejam deixados na pista__ de rodagem é patente.

Presente o nexo causal entre a conduta da ré e o evento danoso.

(...)

A aplicação da __Teoria do Risco Administrativo__, relacionada ao disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, decorre do fato de que __a concessionária pública de serviços rodoviários é responsável pela segurança dos usuários da rodovia__, com o fim de que trafeguem com tranquilidade e segurança.

Além do mais, o E. Superior Tribunal de Justiça consolidou posicionamento quanto à __subordinação da matéria ao Código de Defesa do Consumidor__ por ocasião do julgamento do REsp 467.883/RJ, Rel. Min. MENEZES DIREITO, em 17/06/2003, valendo destacar que o art. 22 deste códex dispõe __estarem as concessionárias de serviço público obrigadas a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e contínuos__, devendo, no caso de descumprimento, reparar os danos causados.

O vínculo existente entre a concessionária de serviço público e o particular, nestes casos, se consubstancia em estrita __relação de consumo__, razão pela qual incide, na espécie, as regras do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.

A relação de consumo se perfaz em razão da própria natureza do serviço prestado e pelo vínculo existente entre o Estado, por si ou por concessionárias ou permissionárias, e o usuário, na prestação deste serviço, qual seja, __a manutenção e operacionalização da malha rodoviária__, sendo certo que o cidadão pode ou não __remunerar quem se encarrega de administrar as rodovias por meio de tarifa ou pedágio.__

(...)

Destarte, a r. sentença de improcedência da ação deve ser reformada, reconhecendo-se a procedência do pedido indenizatório voltado a __reparar danos materiais__ correspondentes ao valor do conserto do caminhão avariado e aos __lucros cessantes__ pertinentes ao prejuízo suportado pela autora no período em que deixou de dispor do veículo para desempenhar a sua atividade empresarial, __em valores que devem ser apurados na liquidação, acrescidos de juros de mora e de correção monetária, de acordo com a orientação vigente nos Tribunais Superiores (STF e STJ) a respeito dos consectários legais.__"

Caso ainda não tenha ficado suficientemente claro o quão infundadas são as críticas feitas ao v. acórdão pela embargante, saliente-se que (a) por força da aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso, a concessionária estava incumbida de provar a eficiência do serviço por ela prestado para evitar a causa do acidente rodoviário, mas não atendeu a esse deside-

Acesso ao Sumário

rato, e o órgão judiciário não está obrigado a solucionar o "problema técnico" que a parte eventualmente enfrenta para apresentar uma prova que é de seu interesse, valendo notar que não foi possível acessar o tal *link*, mesmo em uma nova tentativa, feita de boa vontade, por parte desta Relatora; (b) a embargada abasteceu os autos com vasta documentação, dentre os quais se encontram notas fiscais voltadas a demonstrar uma "estimativa" dos lucros cessantes, por conta dos contratos que ela teria perdido no período, sem associar, de maneira alguma, os valores das mercadorias transportadas a esse cálculo, sendo de todo equivocada a suposição feita pela embargante nesse sentido; (c) no dispositivo do aresto consta que os juros de mora e a correção monetária deverão ser calculados de conformidade às orientações dos Tribunais Superiores (STJ e STF), sendo isso, certamente, o bastante para orientar o labor a ser desenvolvido na apuração do *quantum debeatur* por ocasião da liquidação de sentença.

Destarte, as reclamações da embargante não procedem, do que decorre a rejeição dos embargos.

Por derradeiro, convém **alertar a embargante que eventuais embargos declaratórios opostos com escopo claramente protelatório ensejarão a aplicação da multa prevista no art. 1.026, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil.**

Considera-se prequestionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional mencionada pelas partes, salientando- se o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, em se tratando de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205/SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ 08/05/2006, p. 240).

Ante o exposto, **os embargos são rejeitados.**

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL

Agravos em Execução Penal

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0000436-25.2023.8.26.0269, da Comarca de Itapetininga, em que é agravante ANA LAURA ROLIM PILOTO, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso para deferir a liberação dos valores depositados pelo beneficiário em favor da vítima, ora agravante. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47.054)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente sem voto), GERALDO WOHLERS e CLAUDIA FONSECA FANUCCHI.

São Paulo, 26 de maio de 2023.

TRISTÃO RIBEIRO, Relator

Ementa: EXECUÇÃO PENAL. Acordo de não persecução penal. Indeferimento do pedido formulado pela vítima para o levantamento dos valores depositados pelo beneficiário do ANPP a título de reparação de danos. Decisão que comporta reparo. Pendência do cumprimento da prestação de serviços à comunidade que não obsta a liberação dos valores à vítima. Obrigações distintas assumidas pelo indiciado. Agravo provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo interposto por ANA LAURA ROLIM PILOTO de decisão que negou o seu pedido de levantamento dos valores depositados pelo beneficiário de Acordo de Não Persecução Penal, (ANPP) a título de reparação de danos, ao argumento de que ainda não foi adimplido o serviço comunitário

cumulativamente imposto no acordo (fls. 39).

Pretende-se, com o presente recurso, o deferimento do levantamento dos valores depositados pelo indiciado em favor da ora agravante a título de reparação de danos, sob a alegação de que inexiste impedimento legal à medida (fls. 01/03).

O recurso foi processado e, nesta instância, a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento da irresignação (fls. 55/56).

É o relatório.

Consta dos autos que, na audiência ocorrida em 30 de maio de 2022, o Promotor de Justiça propôs Acordo de Não Persecução Penal a ROBSON ANTUNES DOS SANTOS, mediante as seguintes condições, aceitas pelo indiciado (fls. 23/24): 1) prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas pelo período de 01 (um) ano, à razão de 8 horas semanais, conforme encaminhamento a ser dado pela Central de Penas e Medidas Alternativas; 2) reparação mínima dos danos causados à vítima, com pagamento da importância de dez salários mínimos (R$ 12.120,00), em seis parcelas iguais de dois mil e vinte reais (R$ 2.020,00), via depósito judicial, contados da sua intimação pelo juízo da execução; 3) comunicação ao juízo competente, imediatamente, de qualquer mudança de endereço, telefone ou *e-mail*; 4) demonstração, ao juízo competente, do cumprimento das condições ou, no mesmo prazo, apresentação de justificativa fundamentada para o não cumprimento, ambos independentemente de notificação prévia, sob pena de imediata rescisão e oferecimento da denúncia em caso de inércia.

Foram juntados os comprovantes de depósitos relativos à reparação mínima dos danos causados à vítima nas seguintes datas: 12.07.2022 (fls. 27/28), 16.08.2022 (fls. 29), 16.09.2022 (fls. 30/31), 17.10.2022 (fls. 32/33) e 22.11.2022 (fls. 34/35).

Em 05 de dezembro de 2022, a Defesa da ora agravante requereu a transferência dos depósitos efetuados a título de indenização diretamente para a conta dela (fls. 36), pleito que contou com a concordância do órgão ministerial (fls. 38).

O pedido, todavia, foi indeferido pelo Magistrado, ao argumento de que é recomendável aguardar o integral cumprimento do acordo para a liberação dos valores, diante de notícia do descumprimento do serviço comunitário cumulativamente imposto ao indiciado (fls. 39).

O agravo comporta provimento.

Com efeito, as obrigações assumidas pelo indiciado são cumulativas, mas autônomas entre si, de modo que o cumprimento de uma das condições não está atrelado à outra, inexistindo óbice legal para a liberação à vítima dos valores depositados a título de danos morais.

Acesso ao Sumário

Caso o beneficiário não cumpra a obrigação referente à prestação de serviços à comunidade, ocorrerá a rescisão do acordo, determinando-se o prosseguimento do processo nº 1500931-30.2021.8.26.0571, nos termos do artigo 28-A, § 10, do Código de Processo Penal.

Ademais, como destacado pelo Promotor de Justiça, na contraminuta de agravo, "***em que pese ter sido parte das condições para a cessação da persecução penal, a indenização à vítima é um direito com fundamento no direito civil (artigos 186 e 927 do Código Civil).***

Convém lembrar que, embora não tenha o legislador tido o cuidado de adotar formula semelhante ao artigo 74, caput, da Lei nº 9.099/95, o acordo de não persecução penal tem natureza jurídica semelhante ao da transação penal/composição civil dos danos, assim sendo, a nosso ver encerra a discussão jurídica sobre a reparação dos prejuízos decorrentes da infração penal.

Caso o beneficiário venha a descumprir o acordo, este será rescindido e reiniciada a persecução penal, devendo a indenização quitada ser levada em consideração por ocasião da dosimetria da pena (artigo 65, III, "a", ou art.66 do Código Penal).

Destarte, a decisão de primeiro grau não merece subsistir (fls. 47)."

No mesmo sentido foi o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça (fls. 55/56).

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para deferir a liberação dos valores depositados pelo beneficiário em favor da vítima, ora agravante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0004644-05.2023.8.26.0996, da Comarca de Presidente Prudente, em que é agravante ESTELVO RIZZO CARVALHO, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.538)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores NUEVO CAMPOS (Presidente sem voto), FÁBIO GOUVÊA e RACHID VAZ DE ALMEIDA.

São Paulo, 22 de junho de 2023.

NELSON FONSECA JÚNIOR, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – Remição com base na aprovação no Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (ENCCEJA) – Possibilidade de interpretação extensiva 'in bonam partem' do artigo 126 da Lei de Execução Penal – Previsão, ainda, na Resolução nº 391/2021, do Conselho Nacional de Justiça – Aprovação que se mostra suficiente para a remição, independentemente de os estudos terem ocorrido por atividade regular de ensino ou por conta própria do sentenciado – Recurso não provido.

VOTO

Cuida-se de recurso de agravo de execução penal interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra a decisão de fls. 11/13, proferida pela Juíza de Direito do DEECRIM da 5ª RAJ da Comarca de Presidente Prudente - SP, que, nos autos da Execução Criminal nº 0000979-88.2017.8.26.0996, deferiu pedido de remição de pena do agravado, com base em aprovação no Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos - ENCCEJA.

Inconformado, recorre o Ministério Público buscando a reforma da decisão de primeiro grau, sob o argumento de que o sentenciado não comprovou as horas de dedicação ao estudo (fls. 01/04).

Contraminutado o recurso (fls. 17/21), não sobreveio retratação judicial (fl. 22).

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento do agravo (fls. 30/32).

É o relatório.

O recurso não procede.

Isto porque, conforme prevê o artigo 126 da Lei de Execução Penal, com a redação dada pela Lei nº 12.433/2011, **"O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena"**.

E o Conselho Nacional de Justiça publicou a Resolução nº 391, que revogou a Recomendação nº 44/2013 e passou a disciplinar o **"*direito à remição de pena por meio de práticas sociais educativas em unidades de privação de liberdade*"**, sendo que o artigo 3º trata da remição pela aprovação em exames que certificam a conclusão do ensino fundamental ou médio: "*o reconhecimento do direito à remição de pena pela participação em atividades de educação escolar considerará o número de horas correspondente à efetiva participação da pessoa privada de liberdade nas atividades educacionais, independentemente*

Acesso ao Sumário

do aproveitamento, exceto, quanto ao último aspecto, quando a pessoa tiver sido autorizada a estudar fora da unidade de privação de liberdade, hipótese em que terá de comprovar, mensalmente, por meio da autoridade educacional competente, a frequência e o aproveitamento escolar. Parágrafo único. ***Em caso de a pessoa privada de liberdade não estar vinculada a atividades regulares de ensino no interior da unidade e realizar estudos por conta própria, ou com acompanhamento pedagógico não-escolar, logrando, com isso, obter aprovação nos exames que certificam a conclusão do ensino fundamental ou médio (Encceja ou outros) e aprovação no Exame Nacional do Ensino Médio - Enem, será considerada como base de cálculo para fins de cômputo das horas visando à remição da pena 50% (cinquenta por cento) da carga horária definida legalmente para cada nível de ensino, fundamental ou médio, no montante de 1.600 (mil e seiscentas) horas para os anos finais do ensino fundamental e 1.200 (mil e duzentas) horas para o ensino médio ou educação profissional técnica de nível médio, conforme o art. 4o da Resolução n o 03/2010 do Conselho Nacional de Educação, acrescida de 1/3 (um terço) por conclusão de nível de educação, a fim de se dar plena aplicação ao disposto no art. 126, § 5o , da LEP"***.

E, de acordo com referido ato normativo, a aprovação em exames que certificam a conclusão do ensino fundamental ou médio se mostra suficiente para a remição, independentemente de os estudos terem ocorrido por atividade regular de ensino ou por conta própria do sentenciado, como na hipótese dos autos. Note-se, ademais, que o fato de ter sido aprovado demonstra a dedicação e o aproveitamento das atividades educacionais, ainda que realizadas de maneira autônoma pelo agravado.

Diante disso, ele concluiu o ensino médio, por ter sido aprovado no ENCCEJA no decorrer do cumprimento de sua pena, alcançando, inclusive, notas superiores às mínimas exigidas, conforme se depreende do certificado de fl. 169 dos autos da Execução nº 0000979-88.2017.8.26.0996, devendo ser preservada a remição concedida em seu favor.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1520388-30.2019.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/a.m.p

ITAÚ UNIBANCO S/A e Apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado GUILHERME ARRUDA GUIMARAES.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial a ambos os recursos, nos termos que constarão do acórdão. V. U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.280)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BUENO DE CAMARGO (Presidente) e CHRISTIANO JORGE.

São Paulo, 27 de abril de 2023.

GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI, Relatora

Ementa: FURTO QUALIFICADO PELA FRAUDE. ABSOLVIÇÃO NA ORIGEM POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. CONDENAÇÃO PELOS FATOS DESCRITOS NA DENÚNCIA. NECESSIDADE. APELOS PROVIDOS EM PARTE. Materialidade e autoria demonstradas nos autos. Provas documental e oral atestaram: (i) a abertura fraudulenta de conta digital em nome da vítima J. P., junto ao Mercado Bitcoin, em 07/03/2019; (ii) duas semanas depois, mediante ardil empregado a funcionários do Banco Itaú, por dois indivíduos desconhecidos, o resgate de aplicação financeira da vítima J. P., no valor de R$ 198.000,00, seguido de sua conversão em criptomoeda e, logo após, de transferência do ativo financeiro para conta digital aberta ardilosamente em nome de J. P.; (iii) a movimentação das criptomoedas espúrias, junto ao Mercado Bitcoin, precisamente da conta digital fraudada para a carteira digital de titularidade do acusado Guilherme; (iv) o acesso à carteira digital do réu, com conversão da criptomoeda em moeda corrente (Real), transferência de R$ 20.000,00 para conta bancária do réu, compra de novas criptomoedas com o valor remanescente e, após, transferência destas para outra carteira digital do réu, mantida junto à empresa Brasil Bitcoin; e, (v) a utilização do mesmo endereço IP (nº 189.78.230.277) para abrir ardilosamente conta digital em nome da vítima J. P. e, duas

Acesso ao Sumário

semanas depois, após o depósito de criptomoedas ilícitas na conta fraudada, acessar tal conta digital, transferir a res furtiva para carteira digital pertencente ao réu, o qual, ainda com o mesmo endereço de IP (nº 189.78.230.277), acessou a carteira digital de sua titularidade e pulverizou a res em conta bancária física e em conta digital diversa, criada em outra empresa gestora de criptomoeda, no afã de impedir e dificultar a identificação e recuperação da res. Réu, apesar de negar na polícia e em juízo seu envolvimento com a fraude em questão, admitiu ter acessado a própria carteira digital junto ao Mercado Bitcoin e, na ocasião, movimentado as criptomoedas ali depositadas, cuja origem ilícita não poderia aferir, alegou. Versão do acusado que, aliada à robusta prova documental e oral, atestam à saciedade seu envolvimento na fraude que culminou com indevida transferência de vultosa quantia em dinheiro da conta bancária da vítima J. P., porque ele concorreu à criação da conta digital fraudulenta e, após o depósito da res furtiva, transferiu o valor para carteira digital de sua propriedade. Condenação criminal que se impõe. EMENDATIO LIBELLI. DESCLASSIFICAÇÃO PARA ESTELIONATO SIMPLES. NECESSIDADE. Conduta configuradora do crime de estelionato simples. Comparsas do réu compareceram à agência bancária da empresa vítima e, mediante ardil, mas sem subtração da res, induziram em erro os funcionários do banco, que, engodados, promoveram eles mesmos a transferência do ativo financeiro da conta da vítima para a conta digital aberta de forma fraudulenta, ocasião em que os agentes obtiveram vantagem indevida, em prejuízo alheio. Conduta que se amolda ao tipo penal previsto no artigo 171, caput, do Código Penal. Precedente do STJ. Desclassificação que se impõe, sem aplicação de instituto despenalizador pela procedência parcial da ação, insuficiente à reprovação e à prevenção do crime em análise.

PENAS. Base fixada no dobro do mínimo legal (engenhosa premeditação do réu e comparsas, as circunstâncias e consequências do crime – **com obtenção**

de expressiva vantagem indevida, no valor de R$ 198.000,00 –, e a culpabilidade acentuada do réu – que promoveu a pulverização da res furtiva em mercado de criptomoeda, no afã de impedir e dificultar a identificação e recuperação da res), acrescida, na segunda etapa, de 1/6 (vítima sexagenária), sem minorantes e majorantes na terceira fase, mesmo porque o valor da res obsta a incidência do privilégio. Penas fixadas em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 23 (vinte e três) dias-multa mínimos.

REGIME PRISIONAL E BENEFÍCIOS LEGAIS. As circunstâncias judiciais desfavoráveis do réu impedem a concessão de penas alternativas e do sursis penal, justificando, de igual modo, a fixação do regime inicial semiaberto, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal.

VALOR MÍNIMO DE INDENIZAÇÃO. Ante o requerimento expresso pelo Ministério Público na denúncia apresentada, reiterado em razões recursais, e a juntada de diversos documentos atestando o prejuízo suportado pela empresa vítima em razão da fraude empregada pelo réu e seus comparsas, impõe-se a fixação da quantia de R$ 198.000,00 (cento e noventa e oito mil reais) como valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração penal, nos termos do artigo 387, inciso IV, do CPP.

Apelos do Ministério Público e do Assistente de Acusação providos em parte para:

a) operada a emendatio libelli, condenar o réu Guilherme Arruda Guimaraes às penas de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 23 (vinte e três) dias-multa mínimos, por incursão ao artigo 171, caput, do Código Penal; e,

b) fixar a quantia de R$ 198.000,00 (cento e noventa e oito mil reais) como valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração penal, nos termos do artigo 387, inciso IV, do CPP.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelações interpostas pelo Ministério Público e pelo Banco

Itaú Unibanco S/A, assistente de acusação, contra a r. sentença de fls. 632/637, tornada pública em 19/09/2022 (fls. 623 e 636), pela qual se julgou improcedente a pretensão acusatória, absolvendo-se o réu **GUILHERME ARRUDA GUIMARÃES**, ora apelado, do crime previsto no artigo 155, § 4º, inciso II (fraude), do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Buscam a condenação do réu pelo crime de furto qualificado pela fraude, com fixação da pena base acima do mínimo legal, o reconhecimento da agravante relativa à vítima sexagenária e, por fim, a fixação de valor mínimo de indenização, nos termos do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal (fls. 638/649 e 664/678).

Os recursos foram processados e contrarrazoados (fls. 680/682).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça ofertou respeitável parecer, pelo provimento dos apelos, *"observando-se na aplicação da pena as circunstâncias judiciais negativas acima indicadas e a agravante, sem olvidar a necessária fixação de valor mínimo para reparação do dano"* (fls. 692/703).

É o relatório.

Pelo que consta dos autos, o apelado Guilherme foi denunciado por furto qualificado porque, em tese, no dia 22 de março de 2019, por volta das 13h, em agência do Banco Itaú Unibanco S/A, situada na Avenida Santa Catarina, 1234, Vila Mascote, cidade de São Paulo/SP, agindo em concurso e com unidade de desígnios com indivíduos não identificados, mediante fraude, subtraiu, para proveito comum, a quantia de R$ 198.000,00 (cento e noventa e oito mil reais), em prejuízo da vítima J. P. I., maior de sessenta anos à época, e da referida empresa.

Segundo a denúncia (fls. 359/361), o réu Guilherme *"se uniu a um terceiro ainda não identificado para subtrair, mediante fraude, valores do idoso J. P. I.. Nesse contexto, na data dos fatos, por volta das 11h28, o comparsa do acusado (indivíduo, ainda não identificado, que aparentava ser idoso) foi até a agência do Banco Itaú nº 5572, na Av. República, 500, Centro, Santa Isabel/SP e, simulando ser a vítima J. P., consultou o saldo da conta de titularidade da vítima (c/c 20485-2, ag. 8331, Banco Itaú, em São Paulo). Esse comparsa de Guilherme se fazia passar pela vítima para enganar os gerentes do Banco Itaú e, assim, conseguir a subtração de dinheiro existente em conta corrente. Posteriormente, no mesmo dia por volta das 13h, o comparsa do acusado foi a outra agência Bancária do Banco Itaú nº 7909, agora em Ferraz de Vasconcelos/SP, e se passando pela vítima J. P., junto com outra pessoa que se apresentou como seu neto, realizou o resgate parcial do saldo em aplicação CDB da vítima e realizou um TED para a conta recém-criada fraudulentamente, em nome da vítima J. P., na empresa Mercado Biticoin S. Dig. Ltda no valor de R$ 198.000,00 (...), adquirindo assim 12,36151 biticoins (criptomoeda descentralizada, sendo um*

Acesso ao Sumário

dinheiro eletrônico para transações ponto a ponto). Esses valores foram recebidos em 25 de março de 2019 na instituição e na mesma data, os bticoins recém adquiridos foram transferidos para a conta de titularidade de Guilherme que, sabendo da origem criminosa desse numerário e ativos, subtraiu esses importes para si. Ato contínuo, Guilherme resgatou essas criptomoedas (produtos de crime), na cotação do dia por R$ 191.914,98 (...), subtraiu R$ 20.000,00 (...), por meio de sua conta bancária na Caixa Econômica Federal (conta corrente nº 21038-1, agência 1691-8), conta bancária vinculada ao seu cadastro junto a empresa Mercado Biticoin, e com o restante [de moeda corrente], *adquiriu 10,766779 biticoins. Por fim, o denunciado transferiu esses ativos para fora do sistema da empresa Mercado Biticoin em outra conta virtual junto a Brasil Bitcoin. Essa fraude criminosa não passou desapercebida. Assim, em 02 de abril de 2019, a vítima J. P. compareceu ao Banco Itaú para contestar essa transação indevida de sua conta (subtração) e, em pesquisas, a fraude foi confirmada. A vítima J. foi ressarcida pelo Banco Itaú (...) que ingressou com Medida Cautelar para bloqueio de valores transferidos para a conta da Mercado Biticoin, mas os valores já haviam sido transferidos. Em suas declarações, Guilherme apresentou negativa inverossímil e dissociada do contexto probatório. (...). Extratos e comprovantes das transações bancárias foram juntados (...). Segue-se que o acusado ajuizou ação cível indenizatória nº 1013832-79.2020.8.26.0100 (...) contra o Mercado Bitcoin Serviços Digitais Ltda., mas essa demanda foi julgada improcedente em 1ª instância, pois restou reconhecido pelo Poder Judiciário que somente Guilherme se beneficiou com a transação bancária fraudulenta ora narrada".*

Eis a acusação formal.

A meritíssima juíza *a quo* absolveu o réu Guilherme, por insuficiência probatória. Contudo, resguardado o devido respeito à convicção da julgadora a quo, os fatos descritos na denúncia e respectiva autoria estão demonstrados nos autos.

Para demonstração da **materialidade** e **autoria** delitivas, foram juntados aos autos: requerimento de instauração de inquérito policial, apresentado pela empresa vítima Banco Itaú Unibanco S/A (fls. 2/10), portaria de instauração de inquérito policial (fl. 1) e, ainda, vasta prova documental, relativa à abertura fraudulenta de conta digital em nome da vítima J. P., junto ao Mercado Bitcoin (fls. 40/42 e 250/253), à transferência bancária da conta da vítima J. P., junto ao Banco Itaú, para a conta digital aberta de forma fraudulenta, ensejando vantagem indevida pelos criminosos, em prejuízo alheio (fls. 22/23 e 213/214), à movimentação das contas digitais criadas junto à empresa Mercado Bitcoin Serviços Digitais Ltda., tanto aquela de origem fraudulenta, como a de titularidade do réu (fls. 40/45), ao depósito de vinte mil reais feito em conta bancária do réu, junto ao banco Caixa Econômica Federal (fls. 268 e 280), a esclarecimentos do

Acesso ao Sumário

Mercado Bitcoin quanto às operações fraudulentas (fls. 76/86 e 250/253), e, ainda, ao ressarcimento que a empresa vítima Itaú Unibanco S/A promoveu à vítima J. P., após impugnação desta e constatação da fraude pelo banco (fls. 25/27).

Colheu-se, igualmente, prova oral.

O **réu Guilherme** negou, em ambas as fases da persecução penal, o furto qualificado pela fraude. **Na fase policial**, disse que havia mais de dez anos, atuava no ramo de confecção de roupas. Sua empresa foi cadastrada como MEI e, ao final de 2019, como ME, por imposição tributária. No final de 2018, estava em sua loja, na feira da madrugada, quando um senhor de aproximadamente setenta anos, apresentando-se como J., o qual conhecia de compra anterior, chegou ao local acompanhado do neto. Tal senhor revelou interesse em comprar cento e noventa mil reais em calça jeans, acrescentando que pagaria a compra por meio de *bitcoins*. Não tem telefone desse senhor. Não emitiu nota fiscal referente à aquisição das calças jeans. Após o pagamento em criptomoeda, o senhor retornou à loja e retirou a mercadoria. As criptomoedas foram convertidas em moeda corrente, com posterior saque de vinte mil reais, correspondente ao lucro do interrogando, transferindo-se o valor remanescente para outra conta digital, em favor de empresa de tecelagem, de onde o interrogando encomendara os tecidos para atender a demanda solicitada pelo senhor. Não tem informações do número da carteira digital, demasiadamente extenso. Desconhece os fatos apurados neste inquérito policial, mesmo porque não tinha condições de apurar a origem ilícita de valores recebidos em sua carteira digital. Após a venda, o senhor J. ligou ao interrogando e perguntou se estava tudo certo, mas não mais compareceu à loja. Ao visualizar as fotos de fls. 3/4 destes autos, afirma ter certeza de que é o senhor que foi à sua loja e comprou as calças jeans (fls. 131/132 e 192). **Em juízo**, ratificou a versão extrajudicial e asseverou que um cliente, acompanhado do neto, foi ao local, uma banca de rua do interrogando, efetuou uma compra e, meses depois, retornou, fez nova compra e pagou com *bitcoins*. Com a transferência da criptomoeda, liberou a mercadoria ao senhor, que declarou chamar-se J. P.. Não possui nota fiscal da referida venda, apenas recibo. A conta digital do interrogando, no *Bitcoins*, foi bloqueada em valor aproximado à venda que efetuou. Depois, desbloquearam-na (fls. 623/624 e 662).

A **vítima J. P. I.** confirmou, **na fase policial**, que houve uma transferência indevida de R$ 198.000,00, depositada em sua conta do banco Itaú, para uma conta digital junto ao *Bitcoin*, registrada em seu nome, embora nunca houvesse mantido relacionamento com tal instituição gestora de criptomoeda. Desconhece o réu e o modo como se operou a fraude, certo que nunca compareceu à agência do banco Itaú situada na cidade de Ferraz de Vasconcelos/SP (fl. 70). **Em juízo**, não foi ouvida, ante seu falecimento (fl. 573).

A **testemunha Mayara Wilma Masduca Aizawa, funcionária do banco Itaú**, ouvida em ambas as fases da persecução penal, esclareceu que, no dia

Acesso ao Sumário

do ocorrido [22/03/2019], um senhor, acompanhado de uma pessoa mais nova, chegou à agência bancária onde a depoente trabalhava e pegou a senha para atendimento. As duas pessoas sentaram-se à mesa, um dizendo ser o cliente e o outro, neto deste. Em seguida, o suposto cliente solicitou-lhe a realização de uma TED e o resgate de valor para pagar um imóvel que eles pretendiam comprar. Então, solicitou-lhes documento e confirmou o valor solicitado. A princípio, negou promover a transferência, pois a conta bancária do cliente não era daquela agência onde se realizava o atendimento presencial. Após, a gerente autorizou a transferência, ao que a depoente promoveu-a, sob a supervisão da gerente, com crédito dos valores em *bitcoins*. O pedido de transferência foi autorizado em observância ao procedimento interno do banco, mediante confirmação do endereço do cliente e colheita da assinatura, seguida de comparação desta. Não se lembra do réu. A pessoa que se apresentou como cliente era um senhor de idade. Depois, o banco identificou a fraude (fls. 241 e 499/501).

A **testemunha Marcelo Dornellas de Callis**, ouvida na polícia e em juízo, contou que, por ser integrante da equipe jurídica da empresa, averiguou o ocorrido. Durante as diligências, constataram que se abriu uma conta digital em nome de J. P., no mercado de *Bitcoins*, receberam valores nessa conta digital e, por transação interna, enviaram tais valores para uma conta digital em nome do réu Guilherme Arruda, que efetuou aquisição criptomoeda e enviou-a para carteira digital externa. O réu processou a empresa *Bitcoins*, mas o depoente não soube do resultado final do processo. É possível verificar o IP de compra da criptomoeda. **O mesmo endereço IP foi utilizado para criar a conta digital em nome de J. P. e, posteriormente, enviar criptomoedas para conta digital do réu.** A partir da criação da conta digital do réu, é possível identificar movimentações promovidas (fls. 71/72 e 499/501).

A **testemunha Gustavo Dornellas Tabbal Chamati**, ouvida **em juízo**, disse que é sócio e fundador da *Bitcoins*. Não soube da fraude apurada neste feito. Só recentemente, quando recebeu a intimação para depor, soube do ocorrido. Existem mais de 3,5 milhões de clientes e, por isso, não sabe sobre casos específicos. A conta digital é aberta por aplicativo ou outra plataforma, com cadastro e envio de documentos digitalmente. Somente pessoas cadastradas podem adquirir criptomoedas, e a transferência de dinheiro para a conta digital deve originar-se de conta bancária de titularidade da pessoa que efetua tal depósito, ou seja, o CPF do titular das contas bancária e digital deve ser o mesmo. O dinheiro vai para a carteira virtual e, assim, é possível comprar *bitcoins*. A empresa do depoente age como corretora de mercado de capitais. Se a pessoa não compra *bitcoins*, o dinheiro fica na carteira digital, até a compra da criptomoeda. Não consegue dizer se houve fraude no caso, tampouco se a pessoa utilizou dois documentos de identidade (RG) no cadastro, o qual, aliás, é feito com o CPF (fls. 499/501).

Acesso ao Sumário

A **testemunha Carla da Silva Costa, gerente do banco Itaú à época do ocorrido**, narrou em juízo que a vítima, cliente do banco, negou ter solicitado o resgate do valor e a transferência para uma conta digital. Após e-mail interno da instituição financeira e contato telefônico com a vítima, efetuado pela depoente por meio do número cadastrado no sistema, efetivou a transferência do valor, solicitada de outra agência. Por fim, esclareceu que, durante a conversa telefônica com a vítima, ela comentou que utilizaria o dinheiro da transferência em outro investimento (fls. 499/501).

A **testemunha Pedro Paulo Garcia Lorca Júnior**, ouvida em juízo, relatou que, em outra agência do banco Itaú, houve transferência de valores, cuja quantidade não soube precisar, da conta de um senhor de idade. O depoente apenas consultou, na agência da cidade de Santa Isabel/SP, o saldo de uma conta, não atuando o depoente sobre a fraude (fls. 623/624 e 662).

Eis a prova dos autos.

Como visto, a prova documental atestou a criação fraudulenta de conta digital em nome da vítima J. P. (Mercado Bitcoin) e, igualmente, a transferência de R$ 198.000,00 da conta bancária de J. P. (Banco Itaú) para aquela conta digital fraudulenta (Mercado Bitcoin), seguida de repasse do valor, já convertido em criptomoeda, para carteira digital de titularidade do réu Guilherme (Mercado Bitcoin), beneficiado com a transação ilícita, quando, então, ele transferiu parte do valor (R$ 20.000,00) para conta bancária de sua titularidade (Caixa Econômica Federal) e, o restante, para outra carteira digital, também de sua titularidade (Brasil Bitcoin), obtendo, assim, vultosa vantagem indevida em prejuízo de terceiros e, ao mesmo tempo, pulverizando a *res furtiva* no cenário econômico.

Os documentos revelaram, ainda, **o endereço de IP** utilizado tanto para acessar a conta digital criada de forma fraudulenta, transferindo-se dela a criptomoeda ali depositada ilicitamente (IP 189.78.230.227, operação efetuada em 25/03/2019, às 9h56min fls. 41 e 251), como para acessar a carteira digital do réu Guilherme junto ao Mercado Bitcoin, ocasião em que ele efetuou movimentações financeiras e pulverizou a *res furtiva* (IP 189.78.230.227, operações realizadas em 25/03/2019, a partir de 10h04min fls. 43/45 e 251/252). Registra-se, neste ponto, que **a identidade do número do IP e o diminuto espaço de tempo entre as movimentações financeiras revelam, à saciedade, que estas foram efetuadas pelo mesmo usuário do sistema.**

E a prova documental revelou-se em perfeita harmonia com a prova oral coligida.

Com efeito, a vítima J. P. confirmou que não realizou a transferência de valores de sua conta do banco Itaú para conta digital de criptomoeda, esta criada indevidamente em seu nome.

A seu turno, a testemunha Mayara, funcionária do banco Itaú, porme-

Acesso ao Sumário

norizou em juízo como se operara a fraude junto à agência onde trabalhava: um senhor, passando-se pela vítima J. P., esta cliente do banco Itaú, foi até a agência bancária acompanhado de pessoa mais jovem e, induzindo funcionários da instituição financeira em erro, solicitou o envio de R$ 198.000,00 da conta bancária de J. P. para uma conta digital de mesma titularidade, transferência que foi concretizada na ocasião, constatando-se a fraude dias depois. No mesmo sentido, foi o depoimento da testemunha Carla da Silva Costa, gerente do banco Itaú à época do ocorrido, que, em solo judicial, ratificou a ocorrência da fraude e relatou que, depois de adotar o procedimento interno do banco e de contatar a vítima por telefone constante de seu cadastro no banco, efetuou a transferência de valores da conta da vítima, sem, contudo, saber da fraude. A testemunha Pedro Paulo disse em juízo que soube da fraude, asseverando, contudo, que apenas efetuou a consulta do saldo na conta bancária de um senhor [a vítima J. P.].

A testemunha Marcelo, por sua vez, esclareceu que, após notícia de suspeita de fraude, efetuou diligências internas na empresa de criptomoeda e constatou que se criara fraudulentamente uma conta digital em nome da vítima J. P., ao que depositaram nessa conta quantia em dinheiro, compraram-se bitcoins e, após, transferiram a criptomoeda à conta digital em nome do réu Guilherme, esclarecendo o depoente que **foi utilizado o mesmo endereço IP para criação da conta digital fraudulenta e para movimentação de criptomoeda entre esta e a conta digital do réu.**

A testemunha Gustavo, ouvida em juízo, trouxe informes acerca do procedimento de cadastro de conta digital e compra e movimentação de criptomoeda, esclarecendo que sua empresa é gestora de tal ativo financeiro e, por contar com mais de três milhões e meios de clientes, não se inteirou da fraude apurada nestes autos.

Não bastassem esses seguros atos de prova, registro que o réu, apesar de negar na polícia e em juízo seu envolvimento com a fraude em questão, alegando que recebera as criptomoedas em razão de venda de vultosa quantidade de roupa que confeccionara, **admitiu ter acessado a própria carteira digital junto ao Mercado Bitcoin e, na ocasião, movimentado as criptomoedas ali depositadas, operação feita, segundo prova documental juntada aos autos, a partir do endereço IP 189.78.230.277** (fls. 43/45 e 251/252).

Nesse cenário, denota-se que o réu concorreu e se beneficiou da fraude empregada contra a empresa vítima, obtendo vantagem indevida em prejuízo alheio.

Afinal, as provas documental e oral atestaram: **(i)** a abertura fraudulenta de conta digital em nome da vítima J. P., junto ao Mercado Bitcoin, em 07/03/2019; **(ii)** duas semanas depois, mediante ardil empregado a funcionários do Banco Itaú, por dois indivíduos desconhecidos, o resgate de aplicação finan-

Acesso ao Sumário

ceira da vítima J. P., no valor de R$ 198.000,00, seguido de sua conversão em criptomoeda e, logo após, de transferência do ativo financeiro para conta digital aberta ardilosamente em nome de J. P.; **(iii)** a movimentação das criptomoedas espúrias, junto ao Mercado Bitcoin, precisamente da conta digital fraudada para a carteira digital de titularidade do acusado; **(iv)** o acesso à carteira digital do réu Guilherme, com conversão da criptomoeda em moeda corrente (Real), transferência de R$ 20.000,00 para conta bancária do réu, compra de novas criptomoedas com o valor remanescente e, após, transferência destas para outra carteira digital do réu, mantida junto à empresa Brasil Bitcoin; e, **(v)** a utilização do mesmo endereço IP (nº 189.78.230.277) para abrir ardilosamente conta digital em nome da vítima J. P. e, duas semanas depois, após o depósito de criptomoedas ilícitas na conta fraudada, acessar tal conta digital, transferir a *res furtiva* para carteira digital pertencente ao réu, o qual, ainda com o mesmo endereço de IP (nº 189.78.230.277), acessou a carteira digital de sua titularidade e pulverizou a *res* em conta bancária física e em conta digital diversa, criada em outra empresa gestora de criptomoeda, no afã de impedir e dificultar a identificação e recuperação da *res*.

A versão do acusado Guilherme, aliada à robusta prova documental e oral, atestam à saciedade seu envolvimento na fraude que culminou com a indevida transferência de vultosa quantia em dinheiro da conta bancária da vítima J. P., porque bem demonstrado ter ele concorrido à criação da conta digital fraudulenta e, após o depósito da *res furtiva*, transferido o valor para carteira digital de sua propriedade.

Por outro lado, e resguardado o respeito ao entendimento exposto pelo Ministério Público e pelo Banco Itaú Unibanco S/A, assistente de acusação, a conduta comprovada nos autos configuradora o crime de estelionato simples (CP, art. 171, *caput*), já que os comparsas do réu compareceram à agência bancária da empresa vítima e, mediante ardil, **mas sem subtração da *res***, induziram em erro seus funcionários, que, enganados, eles sim promoveram a transferência do ativo financeiro depositado na conta da vítima J. P. para a conta digital aberta de forma fraudulenta, quando, então, os agentes obtiveram vantagem indevida, em prejuízo alheio. E, como cediço, **empregada a fraude, mas ausente subtração da *res*, entregue espontaneamente pelas pessoas induzidas a erro, a conduta subsome-se ao tipo penal previsto no artigo 171, *caput*, do Código Penal**, consoante pacífico entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> *"O furto mediante fraude não se confunde com o estelionato. A distinção se faz primordialmente com a análise do elemento comum da fraude que, no furto, é utilizada pelo agente com o fim de burlar a vigilância da vítima que, desatenta, tem seu bem subtraído, sem que se aperceba; no estelionato, a fraude é usada como meio de obter o consentimento da vítima que, iludida, entre-*

Acesso ao Sumário

> *ga voluntariamente o bem ao agente."* (STJ, Terceira Seção, CC n. 67.343/GO, Relatora Ministra Laurita Vaz, j. em 28/03/2007, DJ de 11/12/2007).

Por essa razão, impõe-se a desclassificação da conduta (CPP, art. 383, *caput*) para o crime de estelionato simples (CP, art. 171, *caput*), sem aplicação de instituto despenalizador pela procedência parcial da ação (CPP, art. 383, § 1º, e Súmula 337 do STJ), mesmo porque o *sursis* processual (Lei nº 9.099/95, art. 89, *caput*) revela-se insuficiente à reprovação e à prevenção do crime em análise, tendo em vista as circunstâncias e consequências do crime, e, ainda, a culpabilidade acentuada do réu, mais bem pormenorizada na dosimetria penal.

Assim, diante do robusto e coeso conjunto probatório coligido, que bem demonstrou a materialidade e a autoria delitivas, é de rigor a condenação do réu Guilherme pelo crime de estelionato simples (CP, art. 171, *caput*), não havendo que se falar em insuficiência probatória.

Passo à análise das penas.

Na primeira etapa da dosimetria, fixo a pena base do apelado Guilherme no dobro do mínimo legal, 2 (dois) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, ante a premeditação do réu e seus comparsas – *que, de posse de informações sigilosas da vítima J. P., criaram conta digital em seu nome, duas semanas antes do emprego do ardil para, então, obterem vantagem indevida –,* as circunstâncias e consequências do crime – *com obtenção de expressiva vantagem indevida, no valor de R$ 198.000,00* –, e a culpabilidade acentuada do réu Guilherme – *que promoveu a pulverização da res furtiva em mercado de criptomoeda, no afã de impedir e dificultar a identificação e recuperação da res.* Confira-se, sobre o tema, entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> *"A premeditação demonstra que o agente teve uma maior reflexão, um tempo para ponderar, trabalhando psiquicamente a conduta criminosa, o que demonstra um maior grau de censura ao comportamento do indivíduo, apto a majorar a pena-base."* (STJ, Sexta Turma, AgRg no REsp nº 1.721.816/PA, Rel.ª Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, j. em 19/6/2018, DJe de 29/6/2018).

Na segunda etapa, majoro as penas em 1/6 (um sexto) pela agravante de vítima sexagenária (CP, art. 61, II, *h*), resultando em **2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 23 (vinte e três) dias-multa mínimos.**

Na terceira e última fase, à míngua de minorantes e majorantes, as penas consolidam-se no referido patamar, mesmo porque o valor da *res* (R$ 198.000,00), demasiadamente superior ao salário-mínimo vigente à época do ocorrido (R$ 998,00), obsta a incidência do privilégio (CP, art. 155, § 2º).

Regime prisional e benesses legais.

As circunstâncias judiciais desfavoráveis do réu impedem a concessão de

Acesso ao Sumário

penas alternativas (CP, art. 44, III) e do *sursis* penal (CP, art. 77, II), justificando, de igual modo, a fixação do regime inicial semiaberto, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal. Nesse sentido, aliás, é o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça.

Valor mínimo de indenização.

Por fim, ante o requerimento expresso do Ministério Público na denúncia apresentada (fls. 359/361), reiterado em razões recursais (fls. 664/678), e a juntada de **diversos documentos atestando o prejuízo suportado pela empresa vítima** em razão da fraude empregada pelo réu e seus comparsas (fls. 22/23, 25/27 e 213/214), impõe-se a fixação da quantia de R$ 198.000,00 (cento e noventa e oito mil reais) como valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração penal, nos termos do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal.

Dispositivo.

Ante o exposto, pelo meu voto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO AOS APELOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO** para: a) operada a *emendatio libelli*, condenar o réu Guilherme Arruda Guimaraes às penas de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 23 (vinte e três) dias-multa mínimos, por incursão ao artigo 171, *caput*, do Código Penal; e, b) fixar a quantia de R$ 198.000,00 (cento e noventa e oito mil reais) como valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração penal, nos termos do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501746-34.2021.8.26.0407, da Comarca de Osvaldo Cruz, em que é apelante M. C. N. DE S., é apelado M. P. DO E. DE S. P..

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U. Esteve presente a adva. Dra. Leticia de Oliveira Cruz", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.106)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FARTO SALLES (Presidente sem voto), MACHADO DE ANDRADE e ZORZI ROCHA.

São Paulo, 27 de abril de 2023.

EDUARDO ABDALLA, Relator

Acesso ao Sumário

SEGREDO DE JUSTIÇA

Ementa: ESTUPRO DE VULNERÁVEL (CONTINUIDADE DELITIVA). Recurso defensivo.

ABSOLVIÇÃO. Impossibilidade. Autoria bem delineada. DOSIMETRIA e REGIME. Sequer impugnados.

DESPROVIMENTO.

VOTO

Trata-se de **APELAÇÃO CRIMINAL** interposta por **M.C.N.S.** contra a sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Judicial de Osvaldo Cruz, que o **condenou** à pena de **10 anos e 8 meses de reclusão**, em regime fechado, como incurso no CP, art. 217-A, (5x), na forma do art. 71, ***caput***, sem recurso em liberdade, pleiteando absolvição, por insuficiência probatória.

Devidamente processada, o Parecer da **PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA** foi pelo não provimento.

É o relatório.

*A acusação é de que, segundo a denúncia, em "(...) setembro de 2021, em datas e horários incertos, na Rua XXX, nº XXX, centro, cidade de Salmourão, nesta Comarca, **M.C.N.S.**, qualificado a fls. 69, em continuidade delitiva, praticou atos libidinosos com o menor P.M.G. (DN XX.XX.XXXX fls. 23), menor de 14 anos"* (fls. 91/94).

Interrogado, negou as imputações. Explicou ter deixado o sacerdócio para cuidar da mãe; após seu falecimento, passou a lecionar em uma escola pública, em Osvaldo Cruz, das 07h:00min às 16h00min, chegando às 17h00min em casa, em cujo imóvel o menor *P.* - conhecido por vender legumes de porta em porta e pedir dinheiro para todo mundo - nunca entrou. Ficou três anos na Europa e, ao retornar para Herculândia, foi acusado criminalmente por outro abuso sexual contra menor, arquivado por falta de provas.

A lançada escusa não convence.

Sempre que ouvido, o menor confirmou a prática dos atos libidinosos. Sob o rito do depoimento especial, *P.* relatou que estava na Praça Salmourão, quando o Padre *M.* pediu seu contato, que forneceu. No dia seguinte, ele enviou mensagem para que fosse à casa dele, onde demonstrou sua pretensão de "querer fazer coisa errada, fazer besteira". Não aceitou e deixou o local. Mas, no outro dia, passava em frente à Delegacia quando, novamente, ele o chamou. Aceitou ir à sua casa, onde, "na marra", *M.* conseguiu fazer as coisas. Ele colocava o pênis em seu ânus e boca. Isso ocorreu nas cinco vezes em que esteve ali. Ele lhe dava dinheiro. Houve ato praticado em dia de semana, quando faltou à escola, mas

Acesso ao Sumário

houve fins de semana também, à noite. Respondendo a questionamento, disse não se recordar de como estavam dispostos os móveis na casa.

A testemunha *A.F.B.* afirmou que conhecia o ofendido, de família muito carente; após insistir para que explicasse a origem de R$ 50 que carregava, disse ter recebido do apelante; meses depois, relatou que o apelante havia colocado o pênis na boca e ânus. Já ouviu sobre o apelante ter realizado abusos.

A Conselheira Tutelar *M.R.N.* confirmou ter atendido *A.F.B.* que chegou com o menor, por quem ficou sabendo dos abusos. P., mantendo sempre idênticos relatos, reproduziu que o apelante teria colocado o pênis em sua boca e "atrás".

O Policial Civil *V.A.P.* disse ter recebido a atribuição de reunir testemunhas que teriam observado o trânsito de crianças na casa do apelante. Várias pessoas - que se recusaram a se identificar - confirmaram que viam crianças entrando na moradia.

Prova mais que suficiente.

Nos casos envolvendo crimes contra a liberdade sexual, a palavra da vítima, desde que coerente e guarde consonância com os demais elementos dos autos, é importante elemento de convicção.

Aqui, seus dizeres vieram consubstanciados pelos depoimentos das testemunhas, não se vislumbrando falsa incriminação por mero deleite.

E nem se alegue a existência de discrepância nas declarações prestadas nas duas fases do procedimento - sequer existente.

Com efeito, a defesa alega que a vítima teria dado três versões diferentes em relação à quantidade de vezes que fora molestada: duas, dez ou cinco vezes.

Para tanto, menciona que, às fls. 16, os relatos dão conta da prática de apenas dois fatos. Ocorre que, a referida lauda, diz respeito ao depoimento prestado pela testemunha *A.F.B.*, e não pela vítima.

Sustenta, ainda, que, às fls. 47, foram dez os abusos perpetrados. No entanto, mais uma vez, não se trata de depoimento prestado pelo menor, mas, sim, de relatório da psicóloga, do qual se infere o seguinte excerto: *"a criança justifica os atos pelo dinheiro que ganhava praticando sexo e que foram várias vezes, 'umas dez vezes' segundo a criança"*. Note-se que a expressão "umas dez vezes" foi colocada entre aspas pelo próprio psicólogo, que, ademais, consignou ter sido a sexta vez que o menor comparecia para dar sua versão, demonstrando-se exausto ao relembrar dos fatos.

Já, sob os auspícios judiciais, na forma de depoimento especial, à luz do contraditório e ampla defesa, a vítima foi categórica em afirmar que foram cinco vezes, tornando, assim, certa a autoria.

Mesmo que assim não fosse, obviamente, algumas contradições são natu-

Acesso ao Sumário

rais e, ao contrário do sustentado, reforçam a ausência de prévia combinação ou qualquer sanha obstinada em imputação fantasiosa.

Como se sabe, *"pequenas dissonâncias na prova oral não têm o condão de fazer esboroar o arcabouço probatório. O importante é constatar-se a concordância nos pontos essenciais, desprezando-se eventuais discrepâncias, em pontos secundários, que são fruto das imperfeições do psiquismo humano"* (JUTACRIM 95/262).

A conclusão negativa do laudo de exame de sexologia forense de fls. 25/27, não o beneficia. Como rotineiramente ocorre, nem sempre há sequelas físicas ou vestígios visíveis, dispensando-se prova técnica, até porque a vítima foi obrigada a realizar felação também.

A vítima asseverou, sem rebuços, que alguns dos molestamentos foram perpetrados em fins de semana e à noite, o que suplanta a tese defensiva de que teriam ocorrido somente em horário letivo (para o menor) e durante o expediente do apelante, que ministraria aula em outra comarca.

Repise-se, por fim, que, quando indagada, a vítima disse não se recordar de como estavam dispostos os móveis na casa do apelante.

A procedência, portanto, foi bem reconhecida, permanecendo incólumes os fundamentos trazidos na decisão de Origem que apreciou, na integralidade, toda a prova oral, bem como os argumentos defensivos:

"(...) Não irei confrontar o laudo pericial, uma vez que me falta expertise para tanto. Porém, a conclusão de que não havia de lesões no ânus, pênis e bolsa escrotal da vítima, bem como ausência de espermatozoides não conduz necessariamente à absolvição do réu.

Comparando o laudo pericial com o conjunto probatório, mormente o depoimento da vítima, verifico que a ausência de lesões no menor não enseja, necessariamente, a negativa de autoria, uma vez que os fatos foram cometidos em diversos dias distintos, podendo ter ocorrido ou não lesão, a depender da forma como o ato sexual foi realizado, além da estrutura corporal da vítima e do réu. Outrossim, o laudo foi realizado somente após o menor ter relatado o ocorrido à Aline, dias depois dos atos praticados pelo réu. Portanto, é possível que nada fosse constatado pelo laudo pericial, em razão do decurso do prazo, uma vez que é possível que os vestígios tenham desaparecido com o passar dos dias.

Ademais, embora constada ausência de lesão no ânus, a vítima relatou que o réu também introduzia o pênis em sua boca, realizando assim o sexo oral.

Na expressão 'ato libidinoso' estão contidos todos os atos de natureza sexual, que não a conjunção carnal, que tenham a finalidade de satisfazer a libido do agente.

Destarte, embora não constada lesão corporal na vítima, o sexo oral

Acesso ao Sumário

praticado pelo menor no réu, além de seu depoimento em que confirma que houve sexo anal e oral por mais de uma vez entre eles, corrobora a acusação apresentada pelo Ministério Público.

O réu alegou que, nos dias que o menor disse ter sido abusado, estava trabalhando em outra cidade, no período das 07h até 16h.

Todavia, no que tange aos dias em que os atos foram praticados, verifico que a vítima relatou que o abuso teria também ocorrido em finais de semana e em período noturno, portanto, afastando a tese defensiva acerca do álibi do réu.

Com relação a esses períodos, o réu não trouxe aos autos um mínimo de prova do que alegou e, como se sabe, o álibi constitui elemento de defesa a ser comprovado pelo réu a quem aproveita. É essa a intelecção do artigo 156 do Código de Processo Penal, consoante o qual a prova da alegação incumbirá a quem a fizer.

***Com relação à alegação da Defesa que o menor não conseguiu descrever corretamente como seria o quarto da vítima, a descrição de objetos e ordem, é preciso levar em consideração que a vítima, adolescente, em momento conturbado, em razão dos abusos sexuais, não necessariamente conseguiria descrever nos mínimos detalhes circunstâncias alheias ao ato sexual em si. Razão pela qual não é possível afastar os relatos da vítima com base apenas nesta questão** (...)"* (fls. 480/496).

A dosimetria, de igual modo, foi corretamente elaborada e sequer impugnada, de modo que permanece tal como lançada, assim como o regime fechado fixado, único compatível com o montante aplicado e natureza hedionda, impeditiva, ainda, de outras benesses.

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

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1007353-92.2022.8.26.0361, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que são apelantes D. F. e M. P. P. E C. LTDA., é apelado M. P. DO E. DE S. P..

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos, com recomendação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45.706)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO MAZINA MARTINS (Presidente) e AMABLE LOPEZ SOTO.

São Paulo, 2 de maio de 2023.

PAULO ROSSI, Relator

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – INVESTIGAÇÃO DE CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO PRATICADA POR ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – INSURGÊNCIA DEFENSIVA CONTRA DECISÃO QUE DEFERIU BLOQUEIO E SEQUESTRO DE BENS ORIUNDO DE DESDOBRAMENTO PARA APURAÇÃO DE LAVAGEM DE DINHEIRO PRODUTO DE TRÁFICO DE DROGAS – PRELIMINAR – FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO – Não verificada. Com base nos elementos dos autos, a decisão foi devidamente fundamentada, em conformidade com o artigo 93, inciso IX, da Carta Magna. Apesar de o art. 131, I, do Código de Processo Penal, estabelecer que o sequestro será levantado se a ação penal não for intentada no prazo de sessenta dias, contado da data em que ficar concluída a diligência, verifica-se que, no caso concreto, essa lavagem envolve diversas pessoas físicas e jurídicas, alcançando quase uma centena de investigados, o que traz grande dificuldade no encerramento de investigações em curto espaço de tempo.

PRAZO EXTRAPOLADO – ART. 131, INC. I, DO CP – RESTITUIÇÃO DE COISA APREENDIDA – IMPOSSIBILIDADE – DEPOSITÁRIO FIEL – INVIABILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. A restituição de coisa apreendida consiste em um incidente processual pelo qual se devolve ao proprietário ou a quem tenha legítimo direito os bens lícitos apreendidos ao longo de um inquérito ou de um processo criminal. Se não há certeza do direito do reclamante sobre a coisa apreendida e/ou se o bem interessa ao processo, revela-se inviável a sua restituição (Inteligência dos arts. 118 e 120, do Código de Processo Penal. A existência de fortes indícios acerca de que os bens e valores apreendidos tenham sido auferidos por meio de infrações criminais inviabiliza a nomeação do Apelante como depositário fiel.

Recursos improvidos, com recomendação.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos

1 – Trata-se de apelação interposta por Mr. Pay Pagamentos e Cobranças Ltda. e Dante Filipine, contra a r. decisão datada de 21 de outubro de 2022 (fls.145/147) e, dos Embargos de Declaração rejeitados (fls.165/166), que indeferiu o desbloqueio de bens e valores em nome do requerente, pois prematuros no presente momento processual, eis que os bens ainda interessam às investigações, nos termos do artigo 118 do Código de Processo Penal.

Inconformada, recorrem **Mr. Pay Pagamentos e Cobranças Ltda. e Dante Filipine**, requerendo em síntese, seja determinado o levantamento de todas as medidas assecuratórias decretadas em face dos apelantes, especialmente porque há muito se extrapolou o prazo previsto no art. 131, inc. I, do CPP; o levantamento de todas as medidas cautelares patrimoniais decretadas em face dos apelantes, tendo em vista a absoluta ausência de preenchimento dos requisitos legais para a sua decretação, especialmente no tocante à falta de "indícios veementes da proveniência ilícita dos bens" (artigo 126, do CPP) ou, ainda a existência de "indícios suficientes de infração penal" (art. 4º, da Lei nº 9.613/98); nomeação do apelante DANTE como depositário fiel do veículo I/BMW 328I, de placas QBA9503, a fim de que possa exercer a plena utilização de seu bem, conservando-o adequadamente, gravando-o apenas com a restrição de alienação e, subsidiariamente, reconhecimento da impenhorabilidade, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos, dos valores cujos bloqueios foram determinados pelo D. Juízo de piso e que foram encontrados nas contas bancárias e similares vinculadas ao apelante DANTE, restituindo-se ("levantamento parcial de bloqueio") ao apelante tal quantia (fls.176/188).

Em contrarrazões, o Ministério Público sustentou o acerto da decisão (fls.195/209).

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso formulado pelas apelantes, a fim de que a r. decisão seja mantida pelos seus próprios e jurídicos fundamentos (fls.218/229).

Em síntese, é o relatório.

2 – Inicialmente, imperioso fazer um resumo dos autos principais (n.º 1506533-50.2021.8.26.361), que determinaram as medidas cautelares.

Consta dos autos de inquérito policial que as investigações tiveram início com a prisão de Mauro Sérgio Rigonatti Júnior e apreensão de volumosa quantidade de entorpecente. Desta prisão, apuraram os investigadores a distribuição de drogas na Região do Alto Tietê, realizada em grande escala por Jackson da Silva Rocha.

Foi deflagrada ampla investigação que deu origem a expedição de mandados de busca e apreensão, além da prisão de Jackson da Silva Rocha. Desta

prisão e da apreensão de celulares e documentos, apuraram os investigadores a prática reiterada de diversos crimes, a indicar, ainda, a atuação de uma grande organização criminosa, cujos envolvidos sinalizavam também a prática de uma ampla rede de lavagem de dinheiro, fruto do tráfico de entorpecentes.

Conforme se depreende do inquérito policial, apurou-se a movimentação, por pessoas físicas e jurídicas, de valores que, somados, ultrapassariam R$ 600.000.000,00 (seiscentos milhões de reais), auferidos na venda de entorpecentes.

Por meio da técnica investigativa denominada *Follow The Money*, diligenciou-se a fim de identificar os depositantes e beneficiários do dinheiro movimentado, tendo como resultado a informação de que parte do dinheiro foi sacado, outra transferida para correntistas e outra convertida em criptoativos.

Munidos de informações do COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras, os investigadores lograram identificar diversas pessoas jurídicas fictas, destinatárias de depósitos em dinheiro, a indicar que eram utilizadas unicamente para ocultar e dissimular os valores obtidos pela prática de tráfico de entorpecentes.

Diante da movimentação de valores apuradas nos autos, há fortes indícios de que as pessoas físicas e jurídicas investigadas nos autos, conforme a representação da Autoridade Policial, sejam utilizadas para a ocultação e dissimulação de valores obtidos pela prática do crime de tráfico ilícito de drogas.

Obviamente, possível que as pessoas jurídicas exerçam, concomitantemente, alguma atividade lícita indicada nos contratos sociais. Contudo, há diversos elementos que indicam que a maior parte do poder econômico delas seja oriundo de atividades ilícita. É o que se passou a denominar "teoria da mescla", onde há uma confusão entre os valores obtidos ilicitamente e aqueles oriundos de atividade legal

Dentre a pessoa física identificada, mereceu atenção por parte de **Dante Felipini**, porque dos elementos coletados nos autos indicam possível prática de lavagem de dinheiro por parte dele.

Conforme conta de fls. 50/51, Dante é um dos sócios da empresa Mr. Pay Pagamentos, suspeita de ser meramente "de fachada". Segundo consta no relatório policial, a empresa em questão teria recebido as quantia de R$ 119.048,00, R$ 521.000,00 e R$ 128.040,00 de outras empresas também investigadas, suspeitas de serem meramente "de fachada".

E jurídica destaca **MR PAY PAGAMENTOS**, dos elementos coletados nos autos indicam possível prática de lavagem de dinheiro por parte de que MrPay Pagamentos.

Conforme fls. 50/51 dos autos, a investigada teria movimentado relevante quantia de R$ 119.048,00 de outra empresa investigada, R$ 521.000,00 de outra

Acesso ao Sumário

investigada e, ainda, R$ 128.040,00 de outro investigado, tudo sem comprovação da origem lícita dos valores. Trata-se de empresa, no estado de São Paulo, mais beneficiada com recursos advindos de tráfico ilícito de entorpecentes (fls. 50/51).

No entanto, não obstante os argumentos expendidos pelos recorrentes, os pleitos devem ser indeferidos

Com efeito, o Juízo de Origem fundamentou adequadamente o seu convencimento na decisão lançada nos autos principais (n.º 1506533-50.2021.8.26.0361), que determinou o bloqueio dos bens dos apelantes e nesses autos.

Verifica-se que os motivos advindos dos fatos, bem como os motivos de direito, estão em tudo em consonância com a conclusão a que chegou o MM. Juiz.

Todas foram proferidas com a necessária fundamentação, sendo respeitados os ditames do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Á propósito:

HABEAS CORPUS. MEDIDA CAUTELAR INOMINADA. BUSCA E APREENSÃO DE COISAS. INVESTIGAÇÃO DO PACIENTE EM CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO. DECISÃO FUNDAMENTADA. (...) LIMITAÇÃO DO OBJETO DA INVESTIGAÇÃO. DESCOBERTA FORTUITA DE CRIMES (SERENDIPIDADE). JURIDICAMENTE IMPOSSÍVEL. TRATA-SE DE RESULTADO DA INVESTIGAÇÃO E NÃO SEU PRESSUPOSTO OU CONDICIONAMENTO. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO. 1. As decisões que autorizaram a busca e apreensão dos bens do paciente, apresentaram fundamentação concreta, tomando por base investigação da prática de delito de lavagem de dinheiro - no qual haveria venda de sentenças - procedimento esse instaurado a partir de informações da Corregedoria-Geral de Justiça, de colaboração premiada, e das informações constantes dos relatórios do COAF, de onde não há que se falar em ilegalidade a justificar a concessão da ordem de habeas corpus. (...) 5. Quanto à limitação do que se buscar nos dados, não é juridicamente possível limitar o que não se sabe e poderá ir a ser descoberto. A descoberta fortuita de crimes (serendipidade) é resultado da ação investigatória e não seu pressuposto ou condicionamento. (...) (STJ HC nº 580.664/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, J. 20.10.2020, DJe 12.11.2020).

Ademais, a determinação de bloqueio e indisponibilidade de valores não fere direito de propriedade, porquanto amparada por expressa disposição do artigo 4º da Lei nº 9.613/98:

Art. 4º - O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público em 24 (vinte e quatro) horas, havendo indícios suficientes de infração penal, poderá

Acesso ao Sumário

decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei ou das infrações penais antecedentes.

Nesse sentido:

EMENTA: HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL. IMPOSSIBILIDADE. PEDIDO DE DESBLOQUEIO DOS BENS DOS INVESTIGADOS. INDEFERIMENTO. I - O Juízo impetrado deferiu a execução de medidas cautelares autônomas assecuratórias em fase de Inquérito Policial, no qual são investigados atos possivelmente relacionados a atividades conhecidas como "pirâmide financeira", "pichardismo" ou "marketing multinível", dentre eles eventuais delitos de estelionato (art. 171 do Código Penal), associação criminosa (artigo 288 do CP), crime contra a economia popular (artigo 2º, IX, da Lei 1.521/51) e lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei nº 9.613/98). II - O habeas corpus é medida excepcionalíssima, sendo que a tese de ausência de justa causa só pode ser admitida em hipóteses taxativas e comprováveis de plano: atipicidade da conduta, ausência de indícios de autoria ou de materialidade do delito ou, ainda, alguma das hipóteses de extinção da punibilidade. Ao Judiciário não cumpre interromper investigações em curso. III - Embora não seja possível aferir, com grau de certeza, a autoria delitiva através desta estreita e inadequada via (sob pena de supressão de instância), a análise perfunctória (própria desta ação mandamental) dos documentos acostados ao presente writ dá conta de que há indício suficiente de autoria para aplicação das medidas cautelares em questão, bem como para indiciamento dos Acusados. IV - Não demonstrada, pela defesa, de forma inquestionável, a falta de justa causa para a persecutio, não há constrangimento ilegal no inquérito policial ou no bloqueio patrimonial dos bens dos investigados, porquanto o ato constritivo fora decretado com o propósito de evitar o desaparecimento das provas de possíveis fatos criminosos antes da deflagração da ação penal e no intuito de apreender os instrumentos, produtos, proveitos e objetos que tenham relação com a prática de infrações penais, com espeque nos arts. 125 e seguintes do Código de Processo Penal (CPP). ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESTA EXTENSÃO, DENEGADA. (TJBA Número do Processo: 0020373-47.2017.8.05.0000 Data de Publicação: 01/12/2017 Órgão Julgador: SEGUNDA CAMARA CRIMINAL – PRIMEIRA TURMA Relator(a): 2 VICE -PRESIDENTE Classe: Habeas Corpus) (grifei)

ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA e "LAVAGEM" OU OCULTAÇÃO DE BENS, DIREITOS E VALORES (artigos 2º, §§ 3º e 4º, II, da Lei nº 12.850/13; e 1º, caput, c.c. § 4º, da Lei nº 9.613/98; c.c. 69 do CP) – PRELIMINARES – Nulidade da decisão que determinou as constrições patrimoniais por falta de fundamentação. Inocorrência. Decisão devidamente fundamentada – Ausência

Acesso ao Sumário

de legitimidade para pleitear, em nome próprio, direito alheio (esposa e filhos) – Rejeição. MÉRITO – Restituição de bens e valores apreendidos no curso de inquérito policial para investigação da organização criminosa descoberta no âmbito da "Operação Raio-X" – Indeferimento pelo Juízo "a quo" bem fundamentado – Apelante que atuava de maneira ampla na defesa dos interesses da organização criminosa, inclusive mediante ocultação, dissimulação e conversão em ativo lícito de valores provenientes de infrações penais. Réu integrante do "núcleo administrativo". Impossibilidade de limitação da constrição ao suposto benefício auferido com os delitos. Extensão da ORCRIM e dos prejuízos causados ainda não delimitados. Informes da Autoridade Policial dando conta de que os contratos superfaturados alcançavam a cifra de R$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais) – Inviável a liberação prematura dos bens – Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Criminal 0000647-26.2021.8.26.0077; Relator (a): Gilberto Ferreira da Cruz; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Birigui – 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 26/10/2021; Data de Registro: 26/10/2021)

Habeas corpus. FALSIDADE IDEOLÓGICA, ESTELIONATO, ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E LAVAGEM DE DINHEIRO. Alegada violação de domicílio. Inocorrência. Paciente que franqueou a entrada dos policiais no estabelecimento comercial. Trancamento do inquérito policial. Inadmissibilidade. Presença de indícios de autoria e materialidade que consubstanciam a justa causa necessária para a instauração e o prosseguimento do feito. Elementos indiciários que apontam para a abertura de empresas fictícias para a realização de operações financeiras fraudulentas, com posterior lavagem do proveito auferido. Bis in idem com ação penal em trâmite na esfera federal. Não verificada, de plano, a aventada duplicidade. Expedição de salvo-conduto. Não acolhimento. Não demonstrado fundado receio de que o paciente possa vir a sofrer coação ilegal ao seu direito de ir e vir. No caso, estando o paciente em liberdade e não havendo qualquer decisão judicial em contrário, inocorre ato atentatório ao direito de locomoção. Pretendido desbloqueio judicial de todas as contas bancárias em nome do paciente, sob a alegação de que não ficou comprovado que nenhuma delas é objeto de ilícito penal. Impossibilidade. Presença de indícios da prática do delito. Ademais, a decisão que determinou o sequestro dos valores móveis e imóveis foi fundamentada e com o escopo de preservar bens, direitos e valores, impedindo a dilapidação patrimonial, o que, inclusive, poderá ser revisto em sede de contraditório. Inexistência de constrangimento ilegal. Ordem denegada. (TJSP; Habeas Corpus Criminal 2175514-69.2019.8.26.0000; Relator (a): Diniz Fernando; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Teodoro Sampaio - Vara Única; Data do Julgamento: 11/11/2019; Data de Registro: 14/11/2019).

Acesso ao Sumário

Assim, a ordem de bloqueio e restrições foram fundamentadas e baseadas

nas investigações até então efetivadas, não merecendo qualquer reforma.

Do levantamento de todas as medidas assecuratórias decretadas em face dos apelantes, especialmente porque há muito se extrapolou o prazo previsto no art. 131, inc. I, do CPP.

Apesar de o art. 131, I, do Código de Processo Penal, estabelecer que o sequestro será levantado se a ação penal não for intentada no prazo de sessenta dias, contado da data em que ficar concluída a diligência, verifica-se que, no caso concreto, essa lavagem envolve diversas pessoas físicas e jurídicas, alcançando quase uma centena de investigados, o que traz grande dificuldade no encerramento de investigações em curto espaço de tempo.

Some-se a isso, ainda, as inúmeras buscas e apreensões efetivadas e que redundaram na colheita de dezenas e dezenas de materiais a serem analisados pela equipe técnica que, diferentemente das articulações criminosas, contam com recursos limitados e fator humano diminuto.

Tem-se, outrossim, a dificuldade de se chegar ao destino dos valores branqueados, já que o esquema investigado tem como destino, em regra, criptoativos, cuja rastreabilidade é deveras complicada.

A superação do prazo legal, que não é peremptório, não se mostrou desarrazoada, tampouco injustificável diante da complexidade do caso (em virtude do elevado número de investigados e centenas de documentos e equipamentos eletrônicos para verificação).

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. OPERAÇÃO HYGEA. SEQUESTRO DE BENS. ALEGADA VIOLAÇÃO AO PRAZO PREVISTO NO ART.131, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXCESSO DE PRAZO NÃO CONFIGURADO. COMPLEXIDADE DA CAUSA. DENÚNCIA POSTERIORMENTE OFERECIDA. EVENTUAL ILEGALIDADE SUPERADA. RECURSO DESPROVIDO. ***1. O princípio da razoabilidade impede que, no caso, o prazo previsto no art. 131, inciso I, do Código de Processo Penal, incida de forma peremptória, nomeadamente porque as instâncias ordinárias consignaram a extrema complexidade do feito, instaurado contra dezenas de investigados para apurar fraudes na execução de obras e contratações feitas por órgãos públicos e diversos municípios, todos em tese a se beneficiar ilicitamente de recursos da União repassados mediante convênios. 2. A alegação de excesso de prazo na medida constritiva resta superada após o início da ação penal. Precedentes.*** 3. Recurso desprovido." (STJ – MSXXXXX/MT – 5ª T. – Rel. Min. Laurita Vaz – j. 12/11/2013) (grifei)

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MEDIDA ASSECURATÓRIA DE SEQUESTRO. LEVANTAMENTO DE BENS. 1. A decretação do sequestro observou os requisitos previstos no art. 126, do

Acesso ao Sumário

Código de Processo Penal, ficando demonstrada a existência de veementes indícios da origem ilícita dos bens. Ultrapassar esse entendimento demandaria ampla incursão no campo fático-probatório, incompatível com a via do mandado de segurança. ***2. Ofensa ao art. 131, I, do Código Penal não evidenciada. Não há violação de direito líquido e certo se o atraso foi justificado pelas peculiaridades da causa, que, no caso, revelase complexa e com pluralidade de autores. Precedentes. 3. Oferecida a denúncia, resta superada a alegação de excesso de prazo na medida assecuratória. Precedentes.*** *4. Recurso ordinário em mandado de segurança improvido."* (STJ – RMS XXXXX/SP – 6ª T. – **Rel. Min. Sebastião Reis Júnior** – j. 20/08/2013) (grifei).

"PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 131, I, DO CPP. INOCORRÊNCIA. SEQUESTRO. PRAZO DE 60 DIAS PARA PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL. LAPSO TEMPORAL NÃO PEREMPTÓRIO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. POSSIBILIDADE DE REITERAÇÃO DA MEDIDA. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. ***1. A análise acerca da violação ao artigo 131, inciso I, do Código de Processo Penal, não passa apenas por uma verificação aritmética, devendo ser analisada à luz do princípio da razoabilidade, segundo as circunstâncias detalhadas de cada caso concreto. 2. Ultrapassado o lapso temporal legal, mostra-se despiciendo o levantamento do sequestro, acaso permaneçam os fundamentos da medida assecuratória, porque esta pode ser reiterada.*** *3. Recurso especial a que se nega provimento."* (STJ – REsp XXXXXRS – 6ª T. – **Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura** – j. 16/02/2012).(grifei)

Assim, no caso vertente, consoante se extrai da decisão que deferiu o pedido de sequestro dos bens, a medida foi autorizada, dentro outras razões, em função da existência de fundadas suspeitas de prática de ilícitos, restando amparada pelo exposto no art. 4º, da Lei nº 9.613/98, nela não se detectando, prima facie, irregularidade alguma que merecesse, de plano, a determinação da cessação de seus efeitos.

Por outro lado, eventual discussão sobre a origem ou o envolvimento dos apelantes na prática delitiva depende de dilação probatória, asseverando-se que a fase de investigação do processo principal ainda está sendo realizadas, não se admitindo, portanto, aqui, a análise da ilicitude ou não da aquisição dos bens (um imóvel e um veículo), bastando apenas meros indícios para a sua constrição.

A apreensão de bens relacionados à infração penal constitui medida processual cautelar, que pode ser realizada ainda durante a fase de inquérito, em decorrência da necessidade e urgência de assegurar a comprovação do ilícito, tendo a diligência efeitos até o trânsito em julgado da sentença final condenatória ou absolutória.

Acesso ao Sumário

Do depositário fiel - Nomeação do apelante DANTE como depositário fiel do veículo I/BMW 328I, de placas QBA9503

Entende-se que tal pleito deve ser rechaçado, pois enquanto a coisa apreendida interessar à investigação e ao processo criminal e existência de fortes indícios acerca de que os bens e valores apreendidos tenham sido auferidos por meio de infrações criminais inviabiliza a restituição almejada e, pelas mesmas razões, a nomeação do apelante como depositário fiel.

Os documentos trazidos aos autos não são suficientes para elucidar o caso, havendo clara necessidade de dilação probatória, inviável na esfera criminal, nos termos do art. 120, § 4º, do Código de Processo Penal e, em não havendo prova segura a esse respeito, a medida é a manutenção da retenção do veículo e o indeferimento do pedido alternativo de tornar o apelante fiel depositário do bem, em observância ao disposto no art. 118, do CPP, o qual prevê a impossibilidade da restituição das coisas apreendidas que interessam ao processo antes do trânsito em julgado da sentença.

A saber:

APELAÇÃO CRIMINAL. PEDIDO INCIDENTAL DE RESTRITUIÇÃO DE VEÍCULO SUPOSTAMENTE UTILIZADO PARA A PRÁTICA DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. 1) PEDIDO DE CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA. NÃO CONHECIMENTO. MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. PRECEDENTES. PEDIDO DE CONCESSÃO DE ISENÇÃO DE CUSTAS DE PÁTIO. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO. 2) PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DO AUTOMÓVEL APREENDIDO E PEDIDO ALTERNATIVO DE NOMEAÇÃO DO APELANTE COMO FIEL DEPOSITÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. VEÍCULO APREENDIDO EM INQUÉRITO POLICIAL QUE APURA A PRÁTICA, PELO APELANTE, DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS, MEDIANTE A UTILIZAÇÃO DO BEM. INVIABILIDADE DA RESTITUIÇÃO NESTE MOMENTO. INTELIGÊNCIA DO ART. 118, DO CPP. POSSIBILIDADE DE CONFISCO, CONFORME DISPÕE O ART. 243, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CF. DESTINAÇÃO DO AUTOMÓVEL A SER DETERMINADA POR OCASIÃO DA SENTENÇA. DISPOSIÇÃO EXPRESSA DO ART.63, DA LEI Nº 11.343/2006. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO." (TJPR – 4ª C. Criminal – XXXXX-53.2020.8.16.0021 – Cascavel – Rel.: JUÍZA DE DIREITO SUBSTITUTO EM SEGUNDO GRAU DILMARI HELENA KESSLER – J. 23.11.2020).

"APELAÇÃO CRIMINAL – PEDIDO DE RESTITUIÇÃO OU NOMEAÇÃO COMO DEPOSITÁRIO DO BEM – IMPOSSIBILIDADE – BEM QUE INTERESSA AO PROCESSO – RECURSO NÃO PROVIDO. Dispõe o artigo 118, do Código de Processo Penal, que "antes de transitar em julgado a sentença

Acesso ao Sumário

final, as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo", cabendo a guarda ao Estado (...)" (TJMG – Apelação Criminal – 1.0702.19.024392-4/001, Relator (a): Des.(a) Eduardo Machado, 5ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 05/11/2019, publicação da sumula em 11/11/2019.

Igualmente se diga quanto à alegação de liberação de bens cujos valores são inferiores a quarenta salário mínimos.

Como bem consignou o douto Promotor de Justiça de 1ª Instância:

"Igualmente se diga quanto à alegação de liberação de bens cujos valores são inferiores a quarenta salário mínimos.

Esta regra se destina a aplicação de casos em que a origem do dinheiro é lícita, diferentemente do caso dos autos, onde os apelantes não lograram comprovar tal requisito, estando sujeitos às investigações que abrangem lavagem de dinheiro e, portanto, a restrição de todo o patrimônio é determinante para o estrangulamento das ações criminosas que permeiam o sistema econômico e financeiro, trazendo diversos prejuízos à sociedade e ao Estado de modo geral.

Por fim, consigne-se que as investigações levadas a efeito e contra as quais se levantam os apelantes estão sendo realizadas de maneira competente e em obediência às leis e visam a descortinar um dos maiores esquemas de lavagem/ocultação de bens, direitos e valores oriundos do tráfico ilícito de entorpecentes, sendo as medidas cautelares deferidas nos autos n.º 1506533-50.2021.8.26.0361 de suma importância como forma de evitar o prosseguimento da atividade ilícita desenvolvida.

Assim, as medidas assecuratórias foram determinadas de modo lícito, fundamentado e proporcional, não podendo ser, data máxima vênia, serem modificadas sob qualquer argumento" (fls.208/209).

Portanto, a restituição manifesta-se prematura, haja vista que o bem interessa ao esclarecimento do processo. A propósito, o artigo 118, do Código de Processo Penal

APELAÇÃO CRIMINAL – PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE BENS APREENDIDOS – INDEFERIMENTO. APELO DOS REQUERENTES – 1. RESTITUIÇÃO DOS BENS – IMPOSSIBILIDADE INTERESSE DOS BENS APREENDIDOS AO PROCESSO – INVESTIGAÇÃO QUE AINDA NÃO ESTÁ CONCLUÍDA – MANUTENÇÃO DA DECISÃO RECURSO DESPROVIDO. 1. A restituição de bens e valores apreendidos em ação penal poderá ser ordenada pela autoridade policial ou pelo juiz, desde que não exista dúvida quanto ao direito do reclamante, imprecisão sobre quem seja o verdadeiro proprietário, ou ainda que o mesmo não interesse mais ao processo, o que inocorre na espécie." (TJPR – 2ª C.Criminal – XXXXX-81.2019.8.16.0189 – Pontal do Paraná – de nossa relatoria – J. 30.03.2020).

Acesso ao Sumário

Mantenho a atacada decisão de indeferimento do pedido de restituição dos bens apreendidos, não havendo se falar em devolução em favor dos recorrentes, neste momento processual.

Consigno, por fim que:

"O juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos." (RJTJESP 115/207).

Recomendando o juízo para que desenvolva os bons ofícios para agilizar o andamento do feito.

3 – Ante o exposto, nega-se provimento aos recursos, mantendo-se a decisão por seus próprios e jurídicos fundamentos, com recomendação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500793-42.2022.8.26.0599, da Comarca de Piracicaba, em que é apelante RODRIGO ANDRADE GONÇALVES, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO ao apelo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.065)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MENS DE MELLO (Presidente) e FREITAS FILHO.

São Paulo, 3 de maio de 2023.

FERNANDO SIMÃO, Relator

Ementa: Apelação. Tráfico de drogas. Recurso defensivo que pleiteia, preliminarmente, a declaração de ilegalidade da prisão realizada por guardas civis municipais. No mérito, pede a absolvição por insuficiência probatória e, subsidiariamente, a desclassificação da conduta para o delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/06. Provas francamente incriminadoras. Guardas civis municipais que, assim como qualquer outra pessoa do povo, podem deter outrem pela prática de crime, contatado o flagrante delito. Nulidade não ve-

Acesso ao Sumário

rificada por este fundamento. Precedentes do E. STJ. Depoimentos dos guardas municipais harmônicos e coerentes com as demais provas produzidas. Droga em quantidade e variedade acondicionadas para o tráfico. Circunstâncias reveladoras da habitualidade no exercício do comércio ilícito. Impossibilidade de absolvição ou desclassificação para o delito do art. 28 da Lei n.º 11.343/06. O fato de ser usuário ou dependente não elide a concomitante atividade de traficância. Penas fixadas com critério. Negado provimento ao recurso.

VOTO

Adotado o relatório da r. sentença de fls. 115/148, acrescenta-se que o réu, ora apelante RODRIGO ANDRADE GONÇALVES foi condenado como incurso nas penas do artigo 33, *caput*, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06, à reprimenda fixada em 01 ano e 08 meses, no regime inicial aberto, e 166 dias-multa, diária mínima, a qual foi substituída pela pena restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária de 01 salário-mínimo. Facultou-se ao apelante recorrer em liberdade, bem como foi decretado o perdimento do dinheiro apreendido em seu poder (vide fls. 56) à União, pois derivado do tráfico de drogas.

Inconformado, insurgiu-se o apelante RODRIGO justificando ser o caso de conhecimento do recurso, julgando-o provido para absolver o mesmo, nos termos do art. 386, V, do CPP, segundo as seguintes teses formuladas: a) tese preliminar consistente no reconhecimento da ilicitude probatória, tendo em vista a atuação inconstitucional e ilegal da Guarda Municipal; b) tese defensiva consistente na insuficiência probatória, por ser embasada nas palavras dos guardas responsáveis pela prisão em flagrante, elementos de prova de fraco teor de convicção, em razão da sua manifesta tendenciosidade; c) tese subsidiária consistente no reconhecimento da desclassificação da conduta para a prevista no artigo 28 da Lei n.º 11.343/06 (fls. 172/189).

Em contrarrazões, o i. Promotor de Justiça pugnou pelo não provimento do recurso (fls. 193/200).

Regularmente processado o recurso nesta instância, a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se (fls. 213/226), opinando pelo desprovimento do apelo.

É o relatório.

Há preliminar arguida consistente no reconhecimento da ilicitude probatória pela atuação ilegal e inconstitucional de guardas municipais, que não

Acesso ao Sumário

merece prosperar, todavia.

Ao contrário do argumentado pelo apelante, não obstante a tarefa precípua da guarda municipal seja a proteção do patrimônio do município, tal limitação não exclui ou retira de seus integrantes a condição de agentes da autoridade, legitimados, dentro do princípio de autodefesa da sociedade, a fazer cessar, prática criminosa.

Acrescenta-se que, numa situação em que a sensação de segurança plena passou a ser rara, ter elementos que possam guardar tal direito deve ser mantido, preservado e aplaudido.

Assim, perfeitamente respaldada a atuação dos guardas municipais que, apesar de excluídos da função repressiva do crime, nem por isto ficam impedidos de prender quem se encontre em flagrante delito, ainda que, transitoriamente, exerça as atribuições de autoridade policial, como de resto facultado a qualquer um do povo pela norma do art. 301 do Código de Processo Penal: *"qualquer do povo poderá e as autoridade policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito"*.

Neste sentido, já decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça, senão, observe-se:

> PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. NULIDADE PELA ATUAÇÃO DA GUARDA CIVIL MUNICIPAL. INOCORRÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS QUE LEGITIMAM A AUTAÇÃO DA REFERIDA ENTIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 301 DO CPP. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA BASILAR. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRETENSÃO DE INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. INOVAÇÃO RECURSAL EM SEDE DE AGRAVO REGIMENTAL. NÃO ENFRENTAMENTO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. ENUNCIADO SUMULAR N. 182/STJ. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO. I - Nos termos da jurisprudência consolidada nesta Corte, cumpre ao agravante impugnar especificamente os fundamentos estabelecidos na decisão agravada. II - Inicialmente, no que se refere à pretensão de reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado, verifico tratar-se de inovação recursal em sede de agravo regimental, uma vez que tal pretensão não foi feita na inicial do writ, o que não é admitido pela jurisprudência. Ademais, ainda que assim não fosse, a reincidência do agravante obsta a concessão da benesse, não havendo que se falar em bis in idem. Precedentes. III - No que se refere à preliminar de nulidade pela atuação da guarda municipal, verifica-se que a Corte de origem invocou fundamentos para refutar a referida alegação que estão em sintonia com

Acesso ao Sumário

o entendimento deste Tribunal que, embora ressalte ser descabida a realização de investigações de práticas de ilícitos, disso não se desume a possibilidade de, mediante notícia de crime, proceder a diligências de averiguação, haja vista a possibilidade de prisão em flagrante, como ocorreu no presente caso. Com efeito, como bem observado pela Corte de origem, "os Guardas Municipais, assim como qualquer outra pessoa do povo, ao contrário do entendido externado pela nobre Defesa, pode deter alguém pela prática de crime, desde que em flagrante delito" (fl. 88), não havendo que se falar em nulidade por este fundamento. Precedentes. (...). Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido. (AgRg no HC n. 748.762/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Quinta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 23/8/2022.).

Ainda neste contexto:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA PRISÃO EM FLAGRANTE EFETUADA POR GUARDAS MUNICIPAIS. PERMISSIVO DO ART. 301 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. FLAGRANTE DELITO. INEXISTÊNCIA ILEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. É assente nesta Corte Superior de Justiça a orientação de que os integrantes da guarda municipal não desempenham a função de policiamento ostensivo; todavia, em situações de flagrante delito, como restou evidenciado ser o caso, a atuação dos agentes municipais está respaldada no comando legal do art. 301 do Código de Processo Penal. 2. Consta dos autos que o paciente, ao avistar os guardas municipais empreendeu fuga em direção a uma mata, tendo dispensado no caminho uma sacola contendo entorpecentes. De tal modo restou demonstrada a existência de justa para a prisão em flagrante. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 711.356/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 26/4/2022, DJe de 3/5/2022.)

Rechaçada a preliminar, passa-se ao exame do mérito.

A r. sentença, no que diz respeito à condenação, foi proferida com inteiro acerto, mesmo porque as provas carreadas aos autos evidenciam satisfatoriamente a prática ilícita pelo apelante.

Consta da inicial acusatória que o apelado RODRIGO, no dia 30 de maio de 2022, por volta de 18h45, na Rua Professora Lourdes Schimidt Furlan, nº 288, bairro Novo Horizonte, na cidade e comarca de Piracicaba, trazia consigo 02 (duas) porções de *crack*, 07 (sete) porções de maconha e 46 (quarenta e seis) porções de cocaína, em tese, destinadas à mercancia ilícita ou entrega de qual-

Acesso ao Sumário

quer forma a consumo de terceiras pessoas, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar (fls. 61/66).

Após regular instrução processual penal, RODRIGO foi condenado, o que motivou a insurgência, todavia, sem razão.

A materialidade do crime decorre do boletim de ocorrência (fls. 07/09), auto de exibição e apreensão (fls. 11), fotografia (fls. 12) e laudo definitivo de exame químico-toxicológico (fls. 92/94).

Além disso, está evidenciada a autoria, pois o apelante foi encontrado na posse de 02 (duas) porções de *crack*, 07 (sete) porções de maconha e 46 (quarenta e seis) porções de cocaína (vide fls. 92/94), razão pela qual fica isolada sua negativa.

Glauco Ageu da Silva, guarda civil municipal que atendeu à ocorrência, relatou em solo policial que, juntamente com seus colegas, estavam em patrulhamento de rotina quando avistaram um indivíduo andando sozinho pela rua. Este, ao perceber a aproximação da viatura, jogou um pacote que estava em suas mãos na tentativa de escondê-lo. Essa atitude suspeita levantou a desconfiança dos guardas, que realizaram uma abordagem. Durante a revista pessoal, foi encontrada uma pequena bolsa com dinheiro e sete porções de uma substância que parecia ser maconha no bolso da blusa do indivíduo. No pacote anteriormente arremessado foram encontradas quarenta e seis porções de cocaína. O acusado afirmou ser um usuário de drogas e que estava na traficância para sustentar seu vício. Na delegacia, durante uma nova revista pessoal, foram encontradas mais duas porções de crack com o acusado, escondidas no cós de seus shorts.

As declarações do guarda civil municipal Luís Fernando Gomes da Silva foram em concordância com o depoimento anterior.

Em seus testemunhos em juízo, os guardas confirmaram que viram o apelante caminhando sozinho e jogando um objeto ao avistar a viatura, o que levou à abordagem. Eles encontraram uma bolsa com drogas em posse do apelante e mais porções de drogas foram encontradas no objeto dispensado, que era uma embalagem plástica transparente contendo pinos de cocaína. O apelante confessou ser usuário e traficante de drogas para sustentar seu vício. O local da abordagem é conhecido por ser um ponto de venda de drogas. Na Delegacia de Polícia, após uma revista mais completa, mais porções de drogas foram encontradas com o apelante. A equipe de guardas municipais havia sido acionada para verificar um alarme em uma escola e estavam voltando em direção ao posto de saúde quando se depararam com o apelante. Essas informações foram relatadas na Delegacia de Polícia. A abordagem ocorreu por volta das 19h00 e havia luz suficiente de um poste para uma boa visibilidade.

Em solo policial e na fase judicial, o apelante permaneceu em silêncio (fls. 04/05 e mídia importada nos autos – fls. 148. ss.).

Acesso ao Sumário

As circunstâncias permitem que se firme a autoria em seu desfavor, sendo de rigor a condenação.

Com efeito, os guardas civis municipais responsáveis pelo flagrante confirmaram, em versão verossímil, os fatos articulados na inicial acusatória (v. mídia importada nos autos – fls. 148 ss).

Neste ponto, importante frisar que os referidos guardas civis municipais exercem função pública relevante e presumidamente cumprem a lei. Não existe razão para desmerecer seus depoimentos, até mesmo porque coesos e harmônicos, na mesma linha do que disseram na fase inquisitiva. Além disso, o apelante não trouxe elementos que permitisse duvidar da idoneidade e sinceridade deles.

Neste ponto, em situação análoga, cumpre observar que há muito se entende que *"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"* (STJ, HC nº 115516/SP, C. 5ª Turma, j. 3.2.2009).

A propósito, já se manifestou o E. STF:

> "O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais - especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório - reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar - tal como ocorre com as demais testemunhas - que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos." (HC 74.608-0, Rel. Min. Celso de Mello, j. 18.2.97).

Portanto, inexiste razão para desmerecer o depoimento dos guardas civis municipais, notadamente porque nada emergiu dos autos que indicasse que tinham motivos para atribuir crime de tal gravidade ao apelante.

Acesso ao Sumário

E, diante do quanto verificado nos autos, as provas produzidas são desfavoráveis ao apelante, posto que devidamente comprovadas autoria e materialidade do delito, assim como o dolo com que agiu e, não havendo nenhuma causa excludente de ilicitude, a condenação é mesmo de rigor.

Noutro ponto, não há se falar em desclassificação para a conduta prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/06. A quantidade e forma de acondicionamento e a apreensão da quantia em espécie, cuja origem lícita não foi comprovada pelo apelante, evidenciam que as drogas apreendidas se destinavam à mercancia. Note-se que não é caso de posse para consumo pessoal. Houve apreensão de quantidade expressiva de porções individualizadas de três tipos distintos de drogas,

quais sejam: *crack*, maconha e cocaína. Não obstante, o depoimento dos guarda civis municipais permitem a inferência de que o entorpecente se destinava à mercancia ilícita, razão pela qual a condenação do apelante pelo crime de tráfico ilícito de drogas deve ser mantida.

Bem firmadas a materialidade e autoria delitivas, passo à análise da dosimetria de pena.

O apelante não possui antecedentes de forma que sua pena-base foi corretamente calculada no mínimo legal, ou seja, reclusão de 05 anos e 500 dias-multa. Considerou-se a questão da menoridade, embora ineficaz, vez que a pena não pode ser aplicada abaixo do mínimo legal. A r. sentença ora desafiada, corretamente, aplicou, o redutor previsto no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06, ponderando que, embora primário, o apelante encontra-se processado pela prática do mesmo delito (autos nº 1500731-02.2022.8.26.0599), inclusive tendo sido beneficiado com liberdade provisória em audiência de custódia em 19 de maio de 2022. Desta forma a pena restou em 01 ano e 08 meses de reclusão e 166 dias-multa. Inexistentes motivos atenuantes, agravantes, causas de aumento ou de diminuição da pena a serem consideradas.

Por fim, considerou-se, também de forma acertada, que, sendo o apelante primário e não tendo o crime sido praticado mediante violência ou grave ameaça à pessoa, a pena privativa de liberdade foi substituída pela pena restritiva de direitos, estabelecida em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária de 01 salário-mínimo.

Ante o exposto, NEGA-SE PROVIMENTO ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1018747-59.2022.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante E. Z. B., é apelado M. P. DO E. DE S. P..

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.151)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente) e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 9 de maio de 2023.

ROBERTO PORTO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – Justificação Criminal – Indeferimento de seu processamento na origem – Pleito de nova oitiva da vítima e realização de avaliação psicológica das partes – Descabimento – Não obstante a justificação criminal constitua instrumento jurídico-processual legítimo a embasar pedido revisional, deve haver prova mínima do interesse de agir, a evidenciar ser nova a prova que se pretende produzir, o que não ocorre in casu – Precedentes – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **E. Z. B.** contra a r. sentença de fls. 232/239, que julgou extinta a ação de justificação criminal com base no art. 485, inc. IV, do Código de Processo Civil.

Inconformada com a r. sentença, recorre a Defesa, requerendo o processamento da justificação para que seja determinada a realização de nova oitiva da vítima em Juízo e a realização de avaliação psicológica das partes para o fim de instruir a revisão criminal (fls. 253/270).

Regularmente processado, o recurso foi contrarrazoado pelo Ministério Público a fls. 276/279.

A douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso, no parecer de fls. 288/297.

Relatei.

O recurso interposto não comporta provimento.

Conforme consta dos autos, **E. Z. B.** foi condenado definitivamente como incurso no art. 214, c.c. o art. 224, alínea "a", art. 226, inc. II e art. 71, todos do Código Penal, ao cumprimento da pena de 12 anos de reclusão. Ajuizou ação de justificação criminal para produzir provas novas (oral e pericial) a fim de embasar pedido revisional.

Pois bem.

O pedido apresentado traduz mero inconformismo com o resultado do processo que resultou na condenação do sentenciado.

Na verdade, o recorrente postula verdadeira reabertura da instrução criminal, com a repetição da oitiva da vítima e a realização de avalição psicológica da ofendida e de sua genitora, bem como do recorrente, sem, contudo, fornecer justificativa minimamente plausível a fundamentar tal pedido.

Para que isso fosse possível, seria necessária mínima evidência que pudesse macular o depoimento já prestado pela ofendida e as avaliações psicoló-

Acesso ao Sumário

gicas anteriormente realizadas.

No entanto, a carta enviada pela vítima G., filha do acusado, endereçada à Penitenciária onde ele cumpre pena, buscando uma suposta "aproximação", não se afigura prova substancialmente nova, nos termos do art. 621 do Código de Processo Penal.

Como bem fundamentado na r. sentença de fls. 232/239: *"As declarações da vítima (fls. 169) não são provas novas (fls. 1107/1127 dos autos nº 0086562-81.2008.8.26.0050). Significa dizer, em outras palavras, a impossibilidade de utilização da justificação criminal para colheita de provas orais que já foram utilizadas na fundamentação do édito condenatório.*

...

Igualmente, as avaliações psicológicas da vítima, de sua genitora e do requerido também foram realizadas nos autos da ação penal (fls. 1024/1033).

Logo, considerando o fato de eventual depoimento da vítima e a avaliação psicológica das partes não consistirem em provas novas, a única solução possível no caso em tela é o indeferimento do processamento da justificação criminal, por não restarem preenchidos os requisitos legais."

Resta patente, portanto, que o apelante pretende refazer a instrução processual, sem que tenha demonstrado a existência de situação que lhe dê apoio, tal como fortes indícios da existência de prova nova apta a embasar nova apreciação do processo.

Não obstante a justificação criminal constitua instrumento jurídico-processual legítimo a embasar eventual pedido revisional, sua utilização deve ser pautada pela demonstração mínima do interesse de agir imediato e efetivo, a evidenciar ser a prova que se pretende produzir dotada da característica da novidade, o que não foi feito *in casu*, não podendo tal instrumento ser empregado, de maneira injustificada e arbitrária, para se refazer a instrução criminal.

Nesse sentido é o entendimento do C. STJ:

"(...) dada ampla oportunidade à defesa para a realização da prova oral no curso do processo penal de conhecimento, momento adequado para a cognição exauriente do thema probandum, ***inviável em sede de justificação a reabertura da instrução criminal, máxime quando não demonstrada claramente que a prova que se pretende produzir seja dotada da característica da novidade.****"* (RHC n. 69.390/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 16/05/2016). 8. Ordem denegada. (HC 489.012/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/05/2019, DJe 27/05/2019 - grifei).

Este também é o entendimento desta C. Câmara:

"Apelação Criminal – Justificação Criminal – Indeferimento de seu pro-

Acesso ao Sumário

cessamento na origem – Medida acautelatória para a propositura de Revisão Criminal que visa à repetição do depoimento dos policiais anteriormente ouvidos, novo interrogatório dos réus, oitiva de novas testemunhas, expedição de ofício a diversos órgãos e entidades para apurar se os apelantes possuem propriedades imobiliárias e quais são as suas dívidas, cópia do registro da informação anônima que levou a polícia civil a agir, e realização de exame toxicológico nos réus – Impertinência do procedimento – ***Não obstante a justificação criminal constitua instrumento jurídico-processual legítimo a embasar pedido revisional, deve haver prova mínima do interesse de agir, a evidenciar ser nova a prova que se pretende produzir, o que não ocorre in casu*** *– Acerto da origem – Precedentes – Recurso improvido."* (TJSP; Apelação Criminal 1018335-58.2021.8.26.0602; Relator (a): Fátima Vilas Boas Cruz; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Sorocaba - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 01/07/2022; Data de Registro: 01/07/2022 - grifei).

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento** ao recurso interposto por **E. Z. B.**, mantendo-se a r. sentença proferida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1065792-14.2019.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/querelante MARCIO PENTEADO WAETGE, é apelado/querelado LUCIANA NATAL WAETGE.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U. Sustentou oralmente o Ilmo. Defensor, Dr. Sandro Lívio SEgnini 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 46.603)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente) e ROBERTO PORTO.

São Paulo, 9 de maio de 2023.

EDISON BRANDÃO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO – CALÚNIA – Sentença absolutória – Prova claudicante sobre a presença do dolo específico necessário à configuração do crime contra a honra, sendo atípicas as calúnias – Condenação –

Descabimento – Recurso desprovido, mantida a decisão absolutória.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto pelo querelante **MARCIO PENTEADO WAETGE** contra a r. sentença de fls. 623/626 que **absolveu** a querelada LUCIANA NATAL WAETGE da acusação de ter infringido, por duas vezes, o art. 138 do Código Penal, com fulcro no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Consta da queixa-crime, resumidamente, que depois de quase 22 anos de casamento, durante o qual tiveram uma filha, à época da queixa com 7 anos de idade, Luciana teria buscado separação com base em suposta agressão física que não aconteceu, *"talvez muito motivada por sua autonomia financeira e eventualmente a manutenção de algum outro relacionamento, a querelada paulatinamente assumiu uma atitude agressiva e dissimuladora que passou por severas agressões verbais contra o querelante, a culminar com a encenação de uma agressão física, cuja gravação e prova pericial anexa deram conta de desmentir" (sic).* Afirma o querelante, ainda, que *"no curso das demandas no seio da família, a querelada tem-se utilizado de ofensas, as mais baixas e vis, num comportamento caracterizado pela vilania" (sic)* e, adentrando no motivo da queixa-crime, que em entrevista à assistente social e à psicóloga, na demanda de guarda, além de reprisar o fato mentiroso e ofensivo da agressão que nunca ocorreu, inovou para ofendê-lo alegando conduta sexual imprópria com a filha, agressões físicas e ameaças, acusações que destroem sua autoestima, sua imagem pessoal, e desconstroem perenemente sua reputação social (fls. 01/11).

Inconformado e buscando demonstrar a inverdade nas palavras da querelada, já que nunca agrediu ninguém, nem investiu sexualmente contra a filha, o apelante/querelante quer a condenação nos termos pleiteados na queixa-crime afirmando que Luciana teria agido com claro propósito de impedir a guarda compartilhada da filha que têm em comum (fls. 641/670).

Ofertadas as contrarrazões, nas quais a querelada defende que *"em momento algum tinha intenção de macular a honra do recorrente, mas apenas narrar suas preocupações na ocasião, já que o que estava em jogo era a segurança de sua filha"* (fls. 686/699), a Douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer, opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 723/728).

Relatei.

Em primeiro lugar relembro que o recurso em sentido estrito movido pelo querelante MARCIO foi provido por esta Turma Julgadora para que, durante a instrução, pudesse ficar clara a existência, ou não, do dolo específico necessário à configuração do crime contra a honra.

Acesso ao Sumário

E, encerrada a instrução, o *non liquet* parece, mesmo, ser a medida acertada, pois além da dúvida pender em favor da acusada, como bem indicou a culta magistrada monocrática, não restou configurado qualquer crime de calúnia.

As partes, extrapolando os limites da lide em questão, prosseguem fazendo acusações mútuas - de um lado a querelada afirma ter sido vítima de agressões físicas durante o relacionamento e, de outro, o querelado diz que tudo o que ela fala são mentiras em busca de macular a sua honra.

Cingindo-se, entretanto, o presente recurso à ocorrência, ou não, de crime de calúnia, somente em relação a tal ponto se restringirá a análise das provas.

Pois bem.

Como bem observado pelo Promotor de Justiça oficiante em primeiro grau, *"As narrativas não tipificam os crimes de calúnia, para cuja configuração é necessário que tenha havido imputação concreta e individualizada, ao querelante, de fato definido como crime" (sic)* e ***"Além do mais, o crime de calúnia, como dito acima, não se contenta com afirmações genéricas e de cunho abstrato, devendo a inicial acusatória conter a descrição de fato específico, marcado no tempo, que teria sido falsamente praticado pela pretensa vítima.*** *Não basta dizer que uma pessoa é ladra, por exemplo, ou que agride terceiro, mas que,* ***em determinada data, no local tal, na hora tal, fulana subtraiu o dinheiro do caixa que ali estava, ou que em tal dia e hora, em determinado local, fulana ofendeu a integridade física de tal pessoa, causando-lhe lesões corporais"*** *(sic) (destaque original)*.

Maria Aparecida Monteiro, trazida como testemunha de MARCIO, explicou ter começado a trabalhar na casa dele depois do fim do relacionamento entre ele e LUCIANA, contratada para cuidar da filha do casal, Mariana, afirmando que seu patrão é ótimo pai, um exemplo, cuida muito bem da filha, passa o tempo com ela, brinca, desenha, joga e leva para passear, jamais tendo presenciado ou sabido de comportamento sexual inapropriado ou dúbio dele com a filha. Informou, contudo, que aos 6 anos de idade a menina não tomava banho sozinha e que ela ou Denise, companheira de MARCIO, a auxiliavam, mas não o pai. Relatou, ainda, que sua "irmã" Maria Cristina, funcionária do casal, afirmou que não viu qualquer agressão, tendo deixado de trabalhar ao "pegar Covid pela terceira vez" e, também, por não querer se envolver na briga do casal.

Acesso ao Sumário

A psicóloga judicial Raquel Monteiro Araújo reiterou o conteúdo de seu relatório esclarecendo que a querelada, durante a entrevista, não deu ênfase ao suposto abuso sexual com relação à criança, mas apenas relatou suas preocupações, às quais não deu muita importância, tanto que sugeriu em sua avaliação a guarda compartilhada. Explicou, ainda, que se a querelada tivesse enfatizado verdadeiro abuso, tal fato lhe levantaria suspeita séria e, assim, não teria opinado pela guarda compartilhada. Inquirida pela defesa, confirmou ter feito

perguntas à querelada para elaboração do relatório, não lhe tendo parecido que houvesse intenção de ofender o querelante.

A assistente social Solange Rolo Silveira, também nomeada pelo juízo no processo civil, disse que a criança, ao ser entrevistada, apenas demonstrou seu descontentamento com a separação dos pais e, consequentemente, com a impossibilidade do convívio em família não tendo percebido, como a primeira, qualquer impedimento para o convívio da menina com o pai e, por isso, também opinou pela guarda compartilhada. Para esta profissional, do mesmo modo, pareceu que a querelada apenas narrava fatos com os quais se preocupava, mas que se estes já eram praticados na constância do casamento, não havia mal em sua continuidade e, por isso, concluiu pela guarda compartilhada.

Denise Velasco Rondon se relacionou com o querelante após a separação do casal, por cerca de três anos e meio, durante os quais soube das acusações feitas por LUCIANA nos relatórios apresentados em juízo, inclusive das supostas agressões e preocupações sobre eventuais abusos contra a Mariana que, inclusive, lhe contou que ouviu a mãe narrar a outras pessoas sobre agressões físicas sofridas, inclusive, durante a gravidez. Explicou que achou importante investigar os fatos para decidir sobre seu relacionamento com MARCIO, tendo conversado com ele e dois melhores amigos dele, bem como com Cristina, funcionária do casal, tendo todos negado a ocorrência de qualquer agressão. Disse, ainda, que ouviu o áudio no qual a querelada dizia "não me bate" no qual, entretanto, não ouviu qualquer ruído de agressão. Informou, ainda, que Mariana lhe contou ter sido agredida pela mãe, bem como ter sido coagida a ocultar tal fato à psicóloga e à assistente social nomeadas pelo r. Juízo em troca de um presente. A criança teria dito, ainda, que era maltratada pela mãe e, numa ocasião, ficou trancada para fora de casa, sendo obrigada a mentir e vítima de xingamentos, embora nunca tenha presenciado tais fatos. Disse que teve acesso a e-mails e mensagens nos quais LUCIANA ofendia o querelante e, por isso, acreditou na fala da criança.

Interrogada, LUCIANA garantiu que nunca caluniou, injuriou ou difamou MARCIO e, embora tenha sido vítima de agressões e ameaças durante o relacionamento, optou por não ofertar representação criminal contra ele, nos termos da Lei Maria da Penha, pois quer apenas ficar em paz, o que não conseguiu mesmo depois de cinco anos e meio separada do querelante, que ainda não aceita o divórcio. Confirmou, contudo, que nas entrevistas à psicóloga e à assistente social, em segredo de justiça, declinou suas preocupações com MARCIO, que dava "selinhos" em sua filha e lhe dava banho, embora na escola já tivessem dito que tais comportamentos não eram adequados, o que a deixava angustiada. Garantiu que nunca comentou sua desconfiança com ninguém explicando que poderia ter chamado testemunhas das agressões, mas que teve receio e vergonha de se expor. Aos insistentes questionamentos dos defensores de MARCIO,

Acesso ao Sumário

malgrado sobre temas irrelevantes aos aqui tratados, garantiu que houve agressões e ameaças, mas tentou manter o casamento, inclusive com participação em sessões de terapia de casal que, entendendo não estarem surtindo efeito, foram descontinuadas. Afirmou, ainda, que as agressões e ameaças eram corriqueiras, mas como aconteciam durante a noite, não eram presenciadas por testemunhas, embora uma vez sua funcionária Cristina tenha intervindo, pedindo que parassem de discutir, pois sua filha estava dormindo. Garantiu, assim, que nunca teve intenção de caluniar e, aliás, que nunca caluniou MARCIO.

Como bem apontado pela culta magistrada sentenciante: *"não se pode inferir das narrativas que a querelada tenha imputado ao querelante a prática de crimes, como exige o artigo em comento, pois não houve imputação concreta que possa ser identificada no tempo e no espaço. Ficou evidente que a querelada estava se sentindo num ambiente seguro para comentar com as profissionais auxiliares da Vara de Família seus medos e angústias envolvendo a guarda da filha, o que é mesmo o esperado em entrevistas desta natureza. Desejasse a querelada cometer crime de calúnia, certamente haveria de ter escolhido outras vias".*

Não se percebe da prova trazida à colação a presença do elemento subjetivo do injusto necessário à configuração do crime pelo qual LUCIANA foi acusada, muito menos, como bem entendeu o juízo *a quo*, a individualização, no tempo e no espaço, de eventual conduta criminosa mostrando-se adequada a opção absolutória.

Considera-se, por fim, 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, **NEGO PROVIMENTO** à apelação interposta, mantendo a absolvição decretada em primeiro grau.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500561-11.2018.8.26.0004, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes VINICIUS CRAVEIRO MARTINS SILVA, KAIO DE OLIVEIRA e ANTONIO FERNANDO PEREIRA OLIVEIRA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "REJEITADAS AS PRELIMINARES, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DO ACUSADO KAIO DE

OLIVEIRA E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS DOS ACUSADOS ANTONIO FERNANDO PEREIRA OLIVEIRA E VINICIUS CRAVEIRO MARTINS SILVA PARA REDUZIR AS PENAS QUANTO AO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 308, § 2º, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO, PARA 05 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME PRISIONAL FECHADO, MANTIDOS OS DEMAIS TERMOS DA R. SENTENÇA CONDENATÓRIA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.522)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e SILMAR FERNANDES.

São Paulo, 11 de maio de 2023.

CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO, Relator

Ementa: Apelação da Defesa – Preliminares – Inépcia da denúncia – Peça acusatória que descreveu satisfatoriamente os fatos imputados aos réus e permitiu o exercício da ampla defesa – Cerceamento de Defesa – Inocorrência – Indeferimento motivado da produção de prova – Inviabilidade da demonstração da pretensão por meio da prova pericial – Prova meramente protelatória a não configurar o cerceamento de defesa – Sentença condenatória bem fundamentada, afastando as teses da defensa – O mero inconformismo com o conteúdo decisório não implica sua nulidade – Preliminares rejeitadas – Mérito – Crime de racha com resultado morte, Direção de veículo automotor sem habilitação e crime de falso testemunho – **Réus Vinícius e Antônio detidos logo após causarem acidente de trânsito com duas vítimas fatais, quando em disputa automobilística não autorizada na via pública – Consistentes depoimentos das testemunhas quanto ao excesso de velocidade na via pública – Laudos periciais insuficientes a demonstrar, com precisão, a velocidade empregada pelos dois veículos – Hipótese que não basta a afastar a conduta delituosa – Negativas dos acusados isoladas do contexto probatório – Acusado Vinícius não habilitado para direção de veículo automotor – Afirmação falsa no distrito policial por parte do acusado Kaio, a fim de afastar a responsabilidade penal dos corréus – Provas suficientes às condenações**

Acesso ao Sumário

– Possibilidade do reconhecimento do concurso formal de infrações em detrimento do concurso material – Penas ajustadas – Recurso de apelação do acusado Kaio desprovido e recursos dos corréus Antonio e Vinicius parcialmente providos.

VOTO

Vistos.

VINICIUS CRAVEIRO MARTINS SILVA foi condenado a cumprir a pena de 10 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e à proibição de obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor pelo prazo de dois anos, por infração ao artigo 308, § 2º, do Código de Trânsito Brasileiro, por duas vezes, em concurso material, e à pena de 06 meses de detenção, por infração ao artigo 309 do mesmo diploma legal, **ANTONIO FERNANDO PEREIRA OLIVEIRA** foi condenado a cumprir a pena de 10 anos de reclusão, em regime prisional fechado, e à proibição de obter habilitação para dirigir veículo automotor pelo prazo de dois anos, por infração ao artigo 308, §2º, do Código de Trânsito Brasileiro, por duas vezes, em concurso material, e **KAIO DE OLIVEIRA** foi condenado a cumprir a pena de 02 anos de reclusão, em regime prisional aberto, e a pagar o valor correspondente a 10 dias-multa em seu mínimo unitário, por infração ao artigo 342, "caput", do Código Penal, com a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito.

Inconformados os réus apelam.

A defesa de KAIO pleiteia a absolvição sob a alegação de insuficiência de provas.

Por sua vez, a Defesa de VINICIUS argumenta com a ocorrência de nulidades, como a inépcia da denúncia, a nulidade do laudo pericial, o cerceamento de defesa, a deficiência da defesa técnica e a falta de fundamentação da sentença condenatória. No mérito pleiteia a absolvição sob a alegação de inexistência de provas e do dolo; alternativamente busca a desclassificação para o crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor e a redução da pena.

Já a Defesa do acusado ANTONIO, também argumenta com a nulidade do processo em razão do cerceamento de defesa, ante o indeferimento da produção de laudo complementar. No mérito pleiteia a absolvição sob a alegação de insuficiência de provas.

Recursos bem processados e respondidos em contrarrazões

A Procuradoria de Justiça opinou pelo não provimento dos apelos.

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 Co-

Acesso ao Sumário

lendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, houve expressa **OPOSIÇÃO** a essa forma de julgamento pela Defesa de ANTONIO, que pretende sustentar oralmente as suas razões recursais.

É o relatório.

Não há que se falar em nulidade processual por inépcia da denúncia, eis que a peça acusatória bem descreveu os fatos, obedecendo ao que prescreve o artigo 41 do Código de Processo Penal, na medida em que houve a correta indicação e individualização das condutas dos acusados.

Constou expressamente da denúncia a imputação relacionada ao crime de racha, de direção de veículo automotor sem a devida habilitação, e de falso testemunho, havendo a transcrição da conclusão lançada nos laudos periciais, a menção às fotografias acostadas aos laudos e aos depoimentos colhidos na fase administrativa da investigação, viabilizando a compreensão acerca dos fatos imputados aos acusados, de forma individualizada.

Ademais, as manifestações das Defesas bem demonstram que a denúncia foi suficiente a garantir o exercício adequado do contraditório, não ocorrendo qualquer prejuízo aos réus.

"DENÚNCIA. PARÂMETROS. Descabe falar em insubsistência da denúncia quando, na peça, são narrados os fatos que, em tese, consubstanciam crime, ficando, assim, viabilizada a defesa" (STF – HC nº 93.553/MG – Rel. Min. Marco Aurélio – Tribunal Pleno – j. 07/05/2009 – LEXSTF 31/369 – 2009). No mesmo sentido: STF – Inquérito nº 2.578/PA – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – Tribunal Pleno – j. 06/08/2009 – Ementário 2374-1/63.

As Defesas também argumentam com nulidade do processo por cerceamento de defesa, ante o indeferimento da realização de laudos periciais complementares, contudo, após a elaboração do primeiro laudo pericial, ainda na fase administrativa da investigação, o representante do Ministério Público e a autoridade policial pleitearam a complementação do referido laudo para que fosse apurada a velocidade empregada pelos acusados, deferida pelo Juízo, mas sem sucesso, por conta da insuficiência de elementos para tanto.

Mas tal circunstância não poderia mesmo acarretar a nulidade da prova pericial, mesmo porque a tal questão completar diz respeito ao próprio mérito da acusação, vale dizer, à suficiência ou não de elementos de prova acerca da materialidade do delito.

Nem mesmo o laudo pericial juntado aos autos pela Defesa do acusado ANTONIO foi conclusivo quanto à velocidade empreendida pelos veículos, a reforçar a conclusão de que seria de nenhum efeito uma terceira determinação, por parte do Juízo, para que o perito oficial se manifestasse a este respeito, tornando prescindível a providência.

Acesso ao Sumário

Além disso, compete ao Juiz, na condição de Presidente do processo, nos termos do artigo 251, do Código de Processo Penal, conduzi-lo e prover sua regularidade, além de indeferir a realização de prova que entenda desnecessária, não caracterizado assim o cerceamento de defesa.

Nesse sentido:

"o deferimento de provas submete-se ao prudente arbítrio do magistrado, cuja decisão, sempre fundamentada, há de levar em conta o conjunto probatório. É lícito ao juiz indeferir diligências que reputar impertinentes, desnecessárias ou protelatórias. Indeferimento de pedido de acareação de testemunhas, no caso, devidamente fundamentado. Inocorrência de afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório ou às regras do sistema acusatório (...)" (STF, RHC 90.399-RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 24/04/2007).

De outro lado, a MM. Juíza bem analisou os elementos de prova produzidos sob o crivo do contraditório e concluiu pela responsabilidade penal dos apelantes, em observância ao artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, de modo que não se há que falar em inexistência de fundamentação da sentença condenatória.

Por óbvio, o mero inconformismo com o desfecho da ação penal não autoriza a sua anulação.

Apelação. Roubo majorado. Art. 157, caput e §2º, I e IV, do CP. Preliminar de nulidade afastada. Ausência de vício na fundamentação da r. sentença. Inconformismo quando ao desfecho que não se confunde com nulidade. Autoria bem comprovada por meio da prova oral, especialmente do reconhecimento da vítima. Tese de falta de provas afastada. Dosimetria. Pena reduzida. Alteração das frações de aumento, na primeira a segunda fase, para 1/6. Recurso provido em parte.

(TJSP; Apelação Criminal 0001979-35.2016.8.26.0390; Relator (a): Reinaldo Cintra; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Nova Granada - Vara Única; Data do Julgamento: 12/12/2018; Data de Registro: 13/12/2018)

Finalmente, soa como inusitada a alegação do próprio Defensor acerca da inexistência de defesa técnica. O acusado VINICIUS estava representado em Juízo pelo advogado constituído, que então participou ativamente dos atos processuais, tratando-se de ônus das partes, ao término da instrução processual, apresentar as alegações finais, nos termos do artigo 403 do Código de Processo Penal.

Rejeitadas as preliminares, passo à análise da questão de fundo.

Consta da denúncia que no dia 1º de novembro de 2018, às 22,28 horas, na Rua Vespasiano, altura do número 980, cidade de São Paulo, VINICIUS

Acesso ao Sumário

CRAVEIRO MARTINS SILVA e ANTONIO FERNANDO PEREIRA OLIVEIRA, na direção de veículos automotores e na via pública, participaram de corrida automobilística, popularmente conhecida como "racha", não autorizada pela autoridade competente, e agindo assim provocaram a morte de Iury Batista de Almeida e Rafael da Macena Gama (exames necroscópicos a fls. 96/103).

Consta ainda que no dia 12 de novembro de 2018, KAIO DE OLIVEIRA fez afirmação falsa como testemunha em inquérito policial relacionado à apuração dos fatos anteriormente narrados.

Segundo o apurado, o acusado VINICIUS estava na condução do veículo VW/Gol, placas CCH-1654, e o corréu ANTONIO estava na condução do veículo VW/Up, placas FFK-1074, ambos em alta velocidade, e a certa altura o primeiro nomeado invadiu a contramão de direção e colidiu contra a motocicleta Honda XRE 300, placa FJI 6960, na qual se encontravam as duas vítimas, causando a morte de ambos.

Consta do laudo pericial a fls. 81/88 que a motocicleta trafegava no sentido correto da faixa de rolamento e que o veículo VW/Gol, conduzido por VINICIUS, trafegava na mesma via, mas na contramão da direção, e que "*estava claramente participando de corrida não autorizada por autoridade competente em via pública, juntamente com o outro veículo (FFK-1074), de acordo com os vestígios encontrados no local*".

O perito oficial ainda esclareceu que a "*fotografia mostra cadáver e motocicleta que foram lançados na outra faixa de rolamento por causa do forte impacto do veículo*".

Ainda a propósito das fotografias juntadas ao laudo, a fls. 87 estão registrados os danos acarretados no veículo VW/Gol, com a sua parte frontal completamente destruída ante o forte impacto com a motocicleta.

Consta também do referido laudo a conclusão no sentido de que o veículo VW/Gol "*continha apenas os dois bancos frontais, sem estofamento ou outras peças comumente encontradas nos veículos. Era dotado de sistema potencializador de motor e acionamento de substância no painel por botão vermelho. Ainda, trafegava em sentido contrário ao da via. Antes do sítio de embate não havia sinais de frenagem aparentes na via.*"

Como é cediço, tal instrumento potencializador do motor, retratado na fotografia a fls. 91, é utilizado para liberar determinada substância combustível que libera maior potência ao veículo, existindo para tanto um botão de acionamento no interior do automóvel VW/Gol, próximo ao volante.

E o laudo complementar acostado a fls. 194/224, elaborado com o objetivo da degravação das imagens das câmeras de segurança instaladas em imóveis nas proximidades do local dos fatos, bem como para a constatação da velocidade aproximada dos veículos envolvidos no evento, não bastou a indicar à

Acesso ao Sumário

conclusão da real velocidade dos automóveis.

A par da prova pericial, foi produzida consistente prova oral em Juízo.

O policial militar Diego Filipin deu conta de que caminhava pela Rua Vespasiano quando avistou os dois veículos em questão trafegando em alta velocidade e que em seguida ele entrou ao pátio da Companhia da Polícia Militar, instalada naquela mesma via pública, onde poucos minutos depois chegou uma pessoa informando sobre o acidente de trânsito.

Consta ainda dos seus relatos que ele e o policial Evander Thomaz acorreram ao local indicado e detiveram os três acusados, que ocupavam os dois veículos envolvidos no acidente, bem como constataram que uma das vítimas não havia resistido aos ferimentos; a segunda vítima foi encaminhada ao hospital, onde chegou sem vida.

No mesmo sentido o depoimento do policial Evander Thomaz Cavalcante, dando conta de que estava no interior da base da Polícia Militar quando ouviu um forte barulho de escapamento de veículos em alta velocidade e que viu quando os dois automóveis passaram em frente à base da polícia militar em velocidade excessiva, "acreditando que estavam em racha", e logo após em seguida uma pessoa chegou à base policial e comunicou o acidente.

A seu turno, o policial Fernando Costa Giorlano esclareceu que manteve contato com o acusado VINICIUS ainda no local dos fatos, oportunidade em que ele alegou que trafegava a uma velocidade aproximada de 70 km/h e que o motivo do acidente se deveu ao fato de ter desviado de um buraco, porém, ele, o depoente, verificou a regularidade do asfalto naquela via.

Por sua vez, a testemunha Visitacion Garcia, ouvida apenas no distrito policial, disse que do interior da sua residência, situada na via pública do acidente, ouviu fortes ruídos de motores de carro, aparentemente em alta velocidade, e logo em seguida ouviu barulhos de batida e gritos e xingamentos de populares.

Interrogado em Juízo, o acusado VINICIUS negou a prática do racha e confirmou o seu relato obtido na fase administrativa da investigação, no sentido de que trabalhava com a preparação de carros para corridas em pistas e que no dia dos fatos trafegava a uma velocidade de 60 km/h, porém, a certa altura, a motocicleta ocupada pelas vítimas atravessou a faixa pela contramão, em alta velocidade, e colidiu com a frente de seu automóvel, dando causa ao acidente de trânsito. Afirmou ainda não possuir habilitação para conduzir veículos automotores.

A seu turno, o acusado ANTONIO também negou a prática do racha, alegando que conduzia o veículo VW/Up em velocidade normal para o local e que não tinha condições de explicar como ocorreu a colisão entre a motocicleta e o veículo conduzido pelo corréu VINICIUS.

Finalmente, o acusado KAIO foi interrogado em Juízo e afirmou que ha-

Acesso ao Sumário

via recebido uma carona de VINICIUS no veículo VW/Gol. Disse que ANTONIO conduzia o automóvel VW/Up e que todos se dirigiram a uma festa, e que notou que o escapamento "cortado" do veículo de VINICIUS potencializava os ruídos do automóvel e por isso pediu para que ele reduzisse a velocidade. Afirmou que em certo momento percebeu que VINICIUS invadiu parcialmente a contramão e cruzou com uma motocicleta no sentido contrário, ocorrendo a colisão.

A fragilidade das versões apresentadas pelos acusados é evidente, pois as testemunhas ouvidas em Juízo foram uníssonas em informar o excesso de velocidade dos dois veículos, perceptível ao policial Diego Filipin, que os visualizou na via pública, e ao policial Evander Thomaz Cavalcante e à testemunha Visitacion, que tiveram a atenção despertada aos ruídos dos motores em alta velocidade.

Não se olvide ainda que consta dos autos a conclusão lançada no laudo pericial quanto à existência de equipamento potencializador do motor instalado no veículo VW/Gol, conduzido pelo acusado VINICIUS, e que este acusado alegou que trabalhava com a instalação deste tipo de dispositivo característico de carros preparados para disputas. Embora a Defesa negue a finalidade do dispositivo, não apresentou uma justificativa idônea para a sua instalação no veículo.

Além disso, é pouco provável o excesso de velocidade por parte do condutor da motocicleta, pois o referido veículo havia acabado de ingressar na Rua Vespasiano, via do acidente, convergindo à esquerda, conforme se verifica pelas imagens das câmeras de segurança.

Ademais, a completa destruição do veículo VW/Gol, que colidiu com a motocicleta, e o arremesso das vítimas a diversos metros de distância do local da colisão, são circunstâncias que evidenciam a alta velocidade empregada pelo automóvel em questão.

Verifico ainda que a Defesa de ANTONIO juntou aos autos (fls. 438) o laudo pericial particular subscrito por um engenheiro mecânico esclarecendo que, tomando por base o modelo do automóvel VW/Up, a potência para o alcance da velocidade máxima e a distância supostamente percorrida naquela via pública, seria possível o veículo alcançar velocidade máxima superior a 82 km/h, mas apesar disso concluiu que o automóvel em questão trafegava a uma velocidade aproximada de 56 km/h.

Todavia, a inexistência de correlação entre a velocidade máxima possível àquela via pública e a conclusão acerca da velocidade empreendida pelo veículo VW/Up, em nada fragiliza a robusta prova de acusação.

Embora não se tenha comprovado a velocidade precisa desenvolvida pelos veículos envolvidos nos fatos, tal circunstância não inviabilizou a demons-

Acesso ao Sumário

tração de que ambos os acusados conduziam os seus automóveis em situação típica de "racha".

O crime em questão, popularmente conhecido como "racha", abrange o maior número possível de condutas: disputa em velocidade por determinado percurso envolvendo dois ou mais veículos, tomada de tempo entre vários veículos, ainda que cada um performe de modo individual, disputa acrobáticas (freadas, cavalos-de-pau), dentre outras, podendo-se concluir que a expressão "competição automobilística" foi empregada de forma genérica pelo legislador, conforme ensina a doutrina (CAPEZ, Fernando; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Aspectos criminais do Código de Trânsito Brasileiro. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 52).

Neste sentido, a comprovação da exata velocidade empregada pelos veículos no momento da colisão se torna prescindível, bastando que os seus condutores pratiquem as condutas descritas no tipo penal na via pública, gerando situação de risco, de modo que a indicação por meio da prova técnica e oral no sentido de que os automóveis trafegavam em velocidade superior à adequada para a via pública, associada às demais elementares mencionadas, parece ser o suficiente a demonstrar a ocorrência do delito.

É irrelevante a demonstração de que houve o emparelhamento dos veículos durante a trajetória, pois a conduta relacionada à disputa automobilística pode se perfazer a despeito de tal circunstância, "*ex vi*", da velocidade alcançada por cada condutor.

De outro lado, é absolutamente irrelevante a demonstração acerca da velocidade da motocicleta e da correta utilização do capacete por parte das vítimas, pois como é cediço, em direito penal não há compensação de culpas.

Portanto, há provas suficientes de que os acusados ANTONIO e VINICIUS conduziram os seus veículos em situação de disputa automobilística não autorizada, e agindo assim, provocaram a morte de duas vítimas, incidindo nas penas do artigo 308, parágrafo 2º, do Código de Trânsito Brasileiro, ficando afastada a pretensão à desclassificação para crime culposo.

Acesso ao Sumário

O acusado VINICIUS também foi condenado por infração ao artigo 309 do Código de Trânsito Brasileiro, haja vista a direção de veículo automotor sem a devida habilitação.

Com relação ao acusado KAIO, ele foi condenado por crime de falso testemunho, o que ficou suficientemente comprovado nos autos, eis que ele afirmou no distrito policial que ocupava o veículo conduzido por VINICIUS e que este acusado empregava velocidade compatível com a via pública e não estava em situação de racha.

Porém, conforme as provas produzidas nos autos, ele fez afirmação falsa quando ouvido como testemunha, alterando fato juridicamente relevante ao des-

fecho das investigações, pretendendo, com o seu depoimento, isentar os acusados VINICIUS e ANTONIO de responsabilidade pelo crime previsto no Código de Trânsito Brasileiro, expediente previsível em razão da relação de amizade.

Convém ressaltar que pouco importa que o ato não tenha produzido efeito sobre a decisão judicial então proferida, eis que o crime de falso testemunho, por se tratar de delito de natureza formal, para a sua configuração basta a simples potencialidade do dano à administração da Justiça.

Deste modo, a sua condenação também era de rigor.

Passo à análise da dosimetria da pena.

Com relação ao acusado KAIO, condenado pelo crime de falso testemunho, foi imposta a pena mínima de 02 anos de reclusão e 10 dias-multa em seu mínimo unitário a míngua de maus antecedentes e de outras causas modificadoras, com a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito e a fixação do regime prisional aberto para o caso de descumprimento das penas alternativas.

Com relação aos acusados ANTONIO e VINICIUS, foi fixada a pena -base mínima para o crime previsto no artigo 308, § 2º, do Código de Trânsito Brasileiro, de 05 anos de reclusão, de forma definitiva, ante a inexistência de maus antecedentes e de outras causas modificadoras da pena, mesmo porque a circunstância atenuante da menoridade relativa não teria o condão de reduzir a pena aquém do patamar mínimo, a teor da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

A MM. Juíza houve por bem em aplicar a regra do concurso material de infrações, ante a ocorrência de duas mortes, contudo, é a hipótese do concurso formal de infrações, pois mediante uma só ação os réus provocaram a morte de duas vítimas que ocupavam a mesma motocicleta.

Tampouco verifico a possibilidade do reconhecimento do concurso formal impróprio, com a aplicação das penas cumulativamente, uma vez que esta hipótese exige a demonstração de que os acusados praticaram uma ação dolosa e que os crimes resultaram de desígnios autônomos, ou seja, com o propósito de produzir, com uma única conduta, mais de um crime.

Porém, uma vez que o delito de racha com resultado morte tem natureza de crime preterdoloso, vale dizer, dolo na conduta e culpa no resultado, há óbice ao reconhecimento de desígnios autônomos.

Deste modo, a hipótese melhor se ajusta à regra do concurso formal próprio, de sorte que fixo a pena de um dos crimes exasperada em 1/6, tornando-a a 05 anos e 10 meses de reclusão, de forma definitiva. Seria de rigor a fixação também de pena de multa, entretanto, a MMª Juíza se olvidou da sua fixação e não houve recurso por parte do representante do Ministério Público.

Não obstante a redução das penas privativas de liberdade, mantenho a

Acesso ao Sumário

pena de suspensão da habilitação e de proibição de obtenção da habilitação para dirigir veículo automotor pelo prazo de dois anos, considerando a elevada reprovabilidade da conduta de praticar racha na via pública, expondo a enorme perigo concreto diversos bens juridicamente relevantes.

E não obstante a primariedade dos acusados e a quantidade de pena fixada, mantenho o regime prisional fechado com fundamento na elevada reprovabilidade e gravidade da conduta, que acarretou a morte de duas pessoas e expôs a perigo real diversos bens jurídicos.

Quanto ao delito de direção sem habilitação (artigo 309 do Código de Trânsito Brasileiro), a MM. Juíza fixou a pena mínima do acusado VINICIUS em 06 meses de detenção a míngua de maus antecedentes, de forma definitiva, o que fica mantido. Entretanto, verifico que não foi fixado o regime prisional para o cumprimento da pena imposta, de modo que fixo o regime aberto, mais benéfico ao acusado, levando em conta se tratar de pena de detenção.

ASSIM, REJEITADAS AS PRELIMINARES, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO DO ACUSADO KAIO DE OLIVEIRA E DOU PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS DOS ACUSADOS ANTONIO FERNANDO PEREIRA OLIVEIRA E VINICIUS CRAVEIRO MARTINS SILVA PARA REDUZIR AS PENAS QUANTO AO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 308, § 2º, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO, PARA 05 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME PRISIONAL FECHADO, MANTIDOS OS DEMAIS TERMOS DA R. SENTENÇA CONDENATÓRIA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500979- 91.2021.8.26.0052, da Comarca de São Paulo, em que é apelante A. C. DA S., é apelado M. P. DO E. DE S. P..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "deram parcial provimento ao recurso para reduzir a pena imposta para dezoito anos e oito meses de reclusão, mantido o mais. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 75)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO MAZINA MARTINS (Presidente sem voto), VICO MAÑAS e PAULO ROSSI.

São Paulo, 22 de maio de 2023.

NOGUEIRA NASCIMENTO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Feminicídio qualificado consumado – Recurso da Defensoria Pública para reduzir pena base pela inexistência de comprovação de dois fatores considerados para seu acréscimo – Risco de disparos de arma de fogo atingirem outras pessoas que não a vítima e personalidade agressiva do autor do crime, traduzida pela existência de testemunhas protegidas sem evidência de que tais circunstâncias tenham efetivamente se verificado – Postulação pelo reconhecimento da atenuante genérica da confissão espontânea que independe de qualquer reflexão ou arrependimento do autor do crime para merecer aplicação por parte do julgador – Parecer da Procuradoria de Justiça pela redução da pena base com afastamento das circunstâncias tidas como improvadas pela Defesa – No mais, subsistência integral da decisão condenatória, inclusive quanto a inaplicabilidade da confissão espontânea enquanto atenuante genérica – Recurso parcialmente provido para afastar as circunstâncias de risco para a vida ou integridade de terceiros e periculosidade presumida do autor do crime pela simples existência de testemunhas protegidas – Evidências probatórias inexistentes contra a pessoa do réu – Atenuante da confissão espontânea refutada ante imputação temerária de ser a vítima mandante de crime de homicídio, sem prova alguma a confortar tal alegação – Inaplicabilidade da circunstância contemplada na Súmula 545 do STJ – Autoria já consolidada por prova diversa da palavra do recorrente – Crime praticado aos olhos de familiares da vítima e de relacionamento íntimo do apelante – Recurso da Defensoria Pública provido em parte para reduzir a pena a dezoito anos e oito meses de reclusão em regime fechado.

VOTO

Vistos.

1. Ao relatório da r. sentença, o qual se adota, acrescenta-se que no Juízo de Direito da 3ª Vara do Júri da Comarca da Capital, A. C. da S, qualificado nos autos, foi condenado à pena 24 anos de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no artigo 121, § 2º, I, IV e VI, § 2°-A, I, do Código Penal (fls. 289/296).

Acesso ao Sumário

Inconformado, apela o acusado, requerendo o redimensionamento da pena base para o patamar mínimo legal ante a inexistência de comprovação de risco de disparos de arma de fogo atingirem outras pessoas que não a vítima e personalidade agressiva do autor do crime, bem como requer o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea (fls. 307/317).

Oferecidas as contrarrazões (fls. 321/325), a d. Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento parcial do apelo defensivo (fls. 404/437).

É o relatório.

2. Narra a denúncia:

Consta do incluso inquérito policial que, no dia 25 de junho de 2021, por volta das 06h53min, na Rua (...), nº (...), Jardim (...), nesta cidade e comarca, A. C. DA S., qualificado a fls. 01/04 (apenso), mediante disparos de arma de fogo, por motivo torpe, com recurso que dificultou a defesa da ofendida e por razões da condição de sexo feminino da vítima, uma vez que se deu no contexto de violência doméstica e familiar, matou a ex companheira M. da S. A., conforme será demonstrado no laudo de exame necroscópico a ser oportunamente juntado aos autos.

Segundo o apurado, o denunciado A. C. DA S. mantinha um relacionamento amoroso com a vítima desde 2009, advindo dois filhos desta relação. Apurou-se, ainda, que o relacionamento do casal era extremamente conturbado, pois o acusado, constantemente, agredia a vítima.

Consta, ainda, que um mês antes dos fatos, a vítima havia se separado do denunciado, que não aceitou muito bem o término da relação.

Assim é, que na data dos fatos, o denunciado A. C. DA S. parou o seu veículo próximo da residência da vítima, na intenção de aguardá-la sair para o trabalho. Dado momento, a vítima abriu o portão e saiu da residência, ocasião em que A desceu do carro, partiu em sua direção, sacou a arma de fogo e desferiu quatro disparos, atingindo-lhe fatalmente.

Em seguida, A. C. DA S. se evadiu, levando consigo a arma de fogo utilizada no homicídio.

O crime foi cometido por motivo torpe, pois o denunciado não se conformava com o fim do relacionamento e, por isso, resolveu matar a vítima, revelando sentimento egoístico e de posse. O crime também foi praticado mediante recurso que dificultou a defesa da ofendida, tendo em vista que o denunciado ficou esperando a vítima sair de casa pela manhã, quando ia para o trabalho, para, surpreendemente, partir em sua direção e matá-la com quatro disparos de arma de fogo.

O delito foi praticado contra a vítima por razões da condição de sexo feminino, uma vez que se deu no contexto de violência doméstica e familiar.

Acesso ao Sumário

A questão debatida no presente recurso interposto pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em favor do assistido A. C. da S cinge-se aos critérios utilizados pelo Juiz Presidente da 3ª Vara do Tribunal do Júri da Comarca da Capital na dosimetria da pena.

A questão debatida no presente recurso interposto pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em favor do assistido A. C. da S se resume no inconformismo quanto aos critérios utilizados pelo Juiz Presidente da 3ª Vara do Tribunal do Júri da Comarca da Capital, que, pela prática de feminicídio contra sua ex-companheira M. da S. A, elevou em demasia a pena base e aplicou posterior acréscimo também por demais elevado quanto às qualificadoras tidas como agravantes, quais sejam, o motivo torpe e o recurso que dificultou a defesa do ofendido, sem considerar a atenuante genérica da confissão espontânea apresentada pelo recorrente quando de seu julgamento pelo júri popular, sendo obrigatória sua inclusão no cômputo da pena nos moldes do artigo 65, III, "d", do Código Penal.

Quanto à pena-base, cumpre destacar que para o seu aumento considerou o Magistrado três fatores tidos como desfavoráveis: a prática do crime em via pública com risco para terceiros que poderiam ser atingidos por projéteis da arma manuseada pelo recorrente; grande trauma para os filhos da vítima, abalados psicologicamente até a data do julgamento, afora ter uma das crianças, com apenas oito anos de idade, presenciado a execução de sua mãe; e a fama de pessoa perigosa atribuída ao recorrente, que, após a prática do feminicídio, ainda teria proferido ameaças contra a mãe da vítima, o que implicou na existência de testemunhas protegidas. Dessa feita, foi a pena base estabelecida em dezoito anos de reclusão em regime fechado.

A crítica atinente aos fundamentos do acréscimo da pena-base destacados na apelação da Defensoria Pública mereceu apoio do Doutor Procurador de Justiça que proferiu parecer nestes autos, entendendo, assim como a Defesa, não haver indicativo de que no local onde ocorreu a prática do crime houvesse, naquele horário das primeiras horas do dia, transeuntes ou moradores que pudessem ter tido suas vidas colocadas em risco. O mesmo entendimento foi compartilhado com relação à personalidade do acusado, tida como violenta, o que teria servido como argumento para exasperar a pena por existirem nos autos motivos para "testemunhas protegidas".

Com efeito, não há indicativo probatório de que pessoas nas cercanias do local onde se deu a prática dos disparos de arma de fogo tivessem corrido direto risco de vida ou integridade física. O mesmo se diga quanto ao fundamento de que a personalidade do acusado justificaria o acréscimo da pena, pois no curso das investigações se teria optado por testemunhas protegidas, tanto mais quando, posteriormente a isto, o acusado permaneceu em liberdade por cerca de dois meses e não demonstrou o propósito de intimar diretamente quem quer

Acesso ao Sumário

que fosse.

O acréscimo da pena base estabelecido originariamente em 3/6, diante do afastamento destas duas circunstâncias não comprovadas, tenho que deve ser reduzido para a casa de 1/6, o que resulta em quatorze anos de reclusão a título de pena-base.

O posterior acréscimo que elevou a pena ao final de vinte e quatro anos de reclusão se deu por conta do motivo torpe, do recurso que impossibilitou a defesa da vítima, bem como a não aplicação da atenuante genérica da confissão espontânea, eis que o acusado teria atribuído à vítima, sem evidência probatória, a pecha demandante de eventual tentativa de homicídio contra sua pessoa.

No que respeita às qualificadoras do motivo torpe e recurso que dificultou a defesa da vítima M., efetivamente se fizeram presentes de acordo com o conselho de sentença e foram valoradas como agravantes genéricas, e, por estabelecer para cada uma delas o acréscimo de 1/6, mantenho o acréscimo de 2/6 sobre a pena retro fixada, o que resulta no cumprimento de dezoito anos e oito meses de reclusão em regime fechado.

Quanto à atenuante genérica da confissão espontânea (artigo 65, III, "d", do CPP), entendo que não exige arrependimento do autor do crime, todavia, para ser reconhecida é preciso que tal confissão não modifique a verdade histórica dos fatos a ponto de transformar a vítima em possível mandante de uma tentativa de homicídio contra a pessoa do acusado, tanto mais quando prova alguma além da palavra do próprio recorrente foi trazida aos autos no sentido de pelo menos colocar como possível a ocorrência de tal imputação. Nem se diga que tal confissão seria fundamento para se acolher a aplicação da atenuante genérica por conta da redação da súmula 545 do STJ, eis que, no presente caso, a identificação da autoria era manifesta, uma vez que foi o homicídio praticado na presença de filha da vítima que mantinha convivência natural com a pessoa do autor do crime, por vínculos familiares e, assim, sua identidade jamais foi objeto de alguma indagação.

É por este motivo que foi o abrandamento da pena refutado pelo Juiz Presidente do Tribunal do Júri. As razões recursais não abalaram o acerto de tal entendimento, tampouco se aplica à espécie o alcance da súmula 545 do STJ.

Portanto, ausentes outras causas modificadoras, torna-se a pena definitiva no patamar acima estabelecido

O regime inicial fechado era mesmo o único cabível em razão do montante da pena fixada.

3. Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso para reduzir a pena imposta para dezoito anos e oito meses de reclusão, mantido o mais.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1505707-54.2018.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que é apelante T. A. P. L., 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: "Deram provimento ao recurso para ABSOLVER T.A.P.L. da acusação que lhe foi imposta, com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.130)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FIGUEIREDO GONÇALVES (Presidente) e MÁRIO DEVIENNE FERRAZ.

São Paulo, 24 de maio de 2023.

ALBERTO ANDERSON FILHO, Relator

Ementa: VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – AMEAÇA E DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA – Condenação – Recurso defensivo – Prestígio – Vítima que não compareceu em juízo para apresentar sua versão – Réu e testemunha que presenciou os fatos afirmaram que o réu não descumpriu a protetiva, uma vez que permaneceu a cerca de 100 metros de distância – Ligação com tom ameaçador incomprovada, uma vez que a vítima não trouxe à balia tal prova – Absolvição necessária – **Sentença reformada – Recurso provido.**

VOTO

Trata-se de apelação interposta por ***T.A.P.L*** contra a r. sentença de fls. 370-376 secundada de acolhimento de aclaratórios de fls. 395-397, cujo relatório é adotado e acrescenta-se que o ***CONDENOU*** pela prática do crime previsto no artigo 24-A da Lei nº 11.340/06, ocorrido no dia 16 de novembro de 2018, a cumprir pena privativa de liberdade de 03 (três) meses de detenção, no regime inicialmente aberto; e o ABSOLVEU da prática dos crimes previstos no artigo 24-A da Lei 11.340/06 e no artigo 147, caput, do Código Penal, combinado com os artigos 5º e 7º da Lei 11.340/06, ambos ocorridos no dia 24 de novembro de 2018, o que faço com fundamento no artigo 386, incisos VII, do Código de Processo Penal, pena corporal substituída por restritiva de direitos consistente

Acesso ao Sumário

na limitação de limitação de final de semana.

Inconformado, recorre o réu e pede a reforma da r. sentença com a consequente absolvição dada fragilidade probatória. Fala que não há comprovação das ameaças e que não descumpriu a medida protetiva, uma vez que estava há uma quadra da casa dela enquanto seu amigo se dirigiu até o local para tentar fazê-la reatar o namoro.

Contrarrazões a fls. 437-442 com manifestação pela manutenção da r. sentença.

A Procuradoria Geral de Justiça, em parecer às fls. 450-452 opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Data maxima venia não há como manter a sentença condenatória.

A vítima não compareceu em juízo para comprovar as ameaças alegadas. Na fase extrajudicial disse que recebeu uma ligação do réu e que ele teria proferido intimidações, porém, nada trouxe aos autos para comprovar a tese acusatória.

Sobre o descumprimento da medida protetiva, tampouco considero que o crime se concretizou.

O réu e seu amigo foram firmes em afirmar que o réu ficou aguardando dentro do carro cerca de um quarteirão de distância, sendo certo que o próprio genitor da vítima disse que ele não se aproximou da casa, permaneceu dentro do carro enquanto o amigo pedia para que a vítima aceitasse conversar com o réu e mediante a negativa foram embora.

O réu, afirmou, que apenas queria tentar a reconciliação, pois ainda gostava da vítima, mas não chegou nem perto.

Logo, se a proteção da mulher não foi colocada em risco, não há ofensa ao bem jurídico tutelado.

Lembramos que o direito penal existe para proteger bens vitais à sociedade e não para punir – de forma automática – quem preenche os elementos de um tipo incriminador.

Adverte-se que temos que ter muito cuidado ao analisar casos como o em comento para não banalizarmos o instituto, uma vez que está sendo recorrente episódios em que as vítimas se utilizam das medidas protetivas como vingança privada contra seus ex-parceiros.

Crimes, no meu sentir, não houveram!

A condenação é francamente descabida. Logo, o panorama fático determina o **non liquet**.

Ante o exposto, por meu voto, dou provimento ao recurso para ABSOLVER ***T.A.P.L.*** da acusação que lhe foi imposta, com fulcro no artigo 386, inciso

III, do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0000158-76.2017.8.26.0352, da Comarca de Miguelópolis, em que são apelantes J. M. J. e M. P. F., é apelado M. P. DO E. DE S. P..

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram a preliminar de nulidade insuperável do processo ventilada pela Defesa do apelante J. M. J., prejudicadas as demais questões suscitadas, para anular a r. sentença de fls. 526/537 e, por consequência, determinar a reabertura do prazo para apresentar as suas alegações finais, nos termos do v. Acórdão. V.U. Dispensada a sustentação oral pela Turma Julgadora, acompanhou o julgamento a Ilma. Defensora, Dra. Anamaria Prates Barroso.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 58.203)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores CAMILO LÉLLIS (Presidente) e EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 23 de maio de 2023.

EUVALDO CHAIB, Relator

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – DESVIO DE VERBA PÚBLICA COM PREJUÍZO AO ERÁRIO – NULIDADE INSUPERÁVEL, ABSOLVIÇÃO E REDUÇÃO DAS PENAS – IMPÕE-SE A APLICAÇÃO DO NOVO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – RÉU NÃO COLABORADOR QUE TEM O DIREITO DE OFERTAR SUAS ALEGAÇÕES FINAIS DEPOIS DO RÉU QUE FIRMOU COLABORAÇÃO PREMIADA – SENTENÇA ANULADA COM DEVOLUÇÃO DO PRAZO PARA ALEGAÇÃO FINAL – PRELIMINAR ACOLHIDA PARA ANULAR A R. SENTENÇA, NOS TERMOS DO V. ACÓRDÃO.

Acesso ao Sumário

VOTO

J. M. J. e M. P. F. foram condenados pelo r. Juízo da 1ª Vara da Comarca de MIGUELÓPOLIS, nos autos do Processo nº 0000158-76.2017.8.26.0352,

sentença da lavra do eminente Juiz de Direito Dr. Daniel Diego Carrijo, como incursos no artigo 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67, c.c. o artigo 29 do Código Penal, ambos às penas de 02 (dois) anos de reclusão, em regime semiaberto, sendo deferido a ambos o apelo em liberdade (fls. 526/537).

Os apelantes foram processados porque no mês de novembro de 2014, nas dependências da Prefeitura Municipal de Miguelópolis, J., agindo em concurso de com identidade de desígnios com o servidor público municipal M., desviou rendas públicas em prejuízo do erário municipal, para proveito do referido servidor público.

Apela M. pleiteando a absolvição diante da fragilidade das provas ou atipicidade da conduta, pois entende que não restou demonstrada a lesão ao erário, pois o valor percebido a título de exoneração era seu por direito, não houve má-fé (fls. 583/594).

Apela também J. pleiteando a nulidade da sentença, pois não lhe foi dada oportunidade de refutar as alegações feitas pelo corréu delator em suas alegações finais, nos termos do artigo 4º, § 10-A, da Lei nº 12.850/2013. No mérito, pretende a absolvição diante da atipicidade dos fatos ou, subsidiariamente, a redução da pena, que sejam afastados os maus antecedentes, que a pena-base seja mantida no mínimo legal, que seja reconhecida a confissão espontânea e a atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal, reduzindo a pena do réu na fração de 1/6 (um sexto), que seja fixado regime aberto e deferida a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (fls. 608/630).

Contrariados os recursos (fls. 598/600 e 673/677), o douto Procurador de Justiça Dr. José Carlos Meloni Sícoli opina pelo acolhimento da preliminar de nulidade ou, caso superada, pelo desprovimento dos recursos (fls. 688/701).

É o relatório.

Como já antecipou a manifestação ministerial de primeiro grau (fls. 673/677), a fim de se evitar futuras alegações de nulidade, cabível a anulação da r. sentença proferida às fls. 526/537 e os atos posteriores a ela, com a consequente reabertura de prazo para o oferecimento de novas alegações finais por parte do réu não colaborador, conforme preliminar alegada pelo recorrente J..

Como já decidiu esta egrégia Câmara de Direito Criminal em outras oportunidades, impõe-se adotar o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal que, em casos relacionados à "Operação Lava-jato", decidiu que as alegações finais de réus colaboradores devem preceder aos réus delatados, caso contrário, evidente a nulidade insuperável por violação dos preceitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa, nos termos do artigo 5º, inciso LV, da Carta da República (HC nº 166373, DJE nº 246, divulgado em 02/12/2022).

Em arremate, consigna-se que a operação levada a êxito pelo GAECO do

Acesso ao Sumário

Ministério Publico consolidou um importante modelo de combate à criminalidade no seio do Poder Público e seu êxito na peleja à endêmica crença da impunidade à sistêmica corrupção brasileira, mas, na espécie, é preciso cumprir o que determinou o nosso guardião da Constituição Federal, não sem olvidar de que a formalidade não pode nunca prevalecer sobre a finalidade do processo penal, que é o encontro da verdade real sobre um fato típico e antijurídico.

Diante do exposto, pelo meu voto, acolhe-se a preliminar de nulidade insuperável do processo ventilada pela Defesa do apelante J. M. J., prejudicadas as demais questões suscitadas, para anular a r. sentença de fls. 526/537 e, por consequência, determinar a reabertura do prazo para apresentar as suas alegações finais, nos termos do v. Acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0009374-98.2022.8.26.0477, da Comarca de Praia Grande, em que é apelante V. DOS P., é apelado M. P. DO E. DE S. P..

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "não conheceram do recurso, prejudicado o exame do pedido de liminar formulado em sede de contrarrazões pelas empresas recorridas (fl. 530), determinando-se a imediata liberação dos valores até então bloqueados em favor das empresas requerentes, na forma da decisão de fls. 196/198. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.129)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO MAZINA MARTINS (Presidente sem voto), PAULO ROSSI e AMABLE LOPEZ SOTO.

São Paulo, 30 de maio de 2023.

VICO MAÑAS, Relator

Ementa: Apropriação indébita – condenação de sócio de empresas de grupo econômico – recurso de tal sócio, em nome próprio, contra decisão que determinou o levantamento de valores bloqueados em favor das empresas-vítimas – pessoa física que não se confunde com a pessoa jurídica, ainda mais por se tratar de sócio condenado por desfalques contra as próprias firmas - não conhecimento do apelo por falta de legiti-

Acesso ao Sumário

midade ad causam e interesse processual

VOTO

V. dos P. foi condenado pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Praia Grande a 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 800 (oitocentos) dias-multa, cada qual estipulado em R$ 2.000,00 (dois mil reais), como incurso no art. 168, § 1º, III, por quarenta e uma vezes, na forma do art. 71, ambos do Código Penal (fls. 76/97).

Apelou e esta C. Câmara, em 14.08.2019, por unanimidade, nos Autos nº 0001836-47.2014.8.26.0477, rejeitou preliminares suscitadas e deu parcial provimento ao recurso para reduzir a 66 (sessenta e seis) a quantidade de dias-multa, bem como acolheu parcialmente o apelo da assistência da acusação para garantir a restituição dos rendimentos auferidos com a aplicação financeira dos valores apropriados, se superiores à sua atualização legal, após o trânsito em julgado da condenação (fls. 108/122).

Na ocasião, consignou-se que:

> "não obstante a relevância dos argumentos da assistência [da acusação], ressaltando a crise financeira das empresas, o ressarcimento do [montante] recolhido depende, por óbvio, de título executivo judicial, que se origina do trânsito em julgado. Não há, portanto, como antecipar a devolução. Afinal, a condenação pode ser revertida em instâncias superiores".

Manejados Recursos Especial e Extraordinário contra o aresto, sucedidos por agravos.

O Superior Tribunal de Justiça, enfim, em 23.11.2021, deu provimento a agravo regimental para conhecer em parte do REsp, acolhendo-o parcialmente na parcela conhecida para reduzir as sanções de V. a 05 (cinco) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e multa de 43 (quarenta e três) diárias (fls. 131/139).

Acesso ao Sumário

Esgotados recursos subsequentes naquela Corte Superior, os autos foram remetidos ao Supremo Tribunal Federal para análise de agravo em Recurso Extraordinário.

A inicial negativa de seguimento ao RExt sucederam-se agravos, embargos de declaração e de divergência, bem como agravo com pedido de concessão de "habeas corpus" de ofício para anulação do processo. Ao final, ratificada a negativa de seguimento do RExt, e por decisão de 05.12.2022 não provido o último agravo, com determinação para que se certificasse o trânsito em julgado (fls. 680/685).

Nesse ínterim, sete empresas integrantes do grupo econômico "Cuca" postularam na origem o levantamento dos valores recolhidos nos Autos nº

0001836-47.2014.8.26.0477, o que foi deferido em 24.11.2022 pelo Juiz da 2ª Vara Criminal de Praia Grande. Ponderou o Magistrado que já havia se operado, àquela altura, o trânsito em julgado no tocante ao confisco, remanescendo apenas discussão pertinente à dosimetria das penas (fls. 196/198).

Houve oposição de embargos de declaração (fls. 206/207), não conhecidos porque, antes deles, interposta a presente apelação, operando-se a preclusão consumativa (fl. 358).

Neste recurso, V. busca a cassação da decisão. Alega que, além de ainda não certificado o trânsito em julgado nos autos, descabido o autorizado "levantamento universal" dos valores, uma vez que nem todas as empresas-vítimas figuraram como requerentes, – mencionando a ausência de duas firmas do próprio apelante – bem como não discriminado o quinhão dos ofendidos pessoas físicas, como observado por dois ex-sócios das empresas postulantes. Pleiteia, assim, a suspensão do processo, nos moldes do art. 92 do CPP, até que o juízo cível dirima a controvérsia acerca da distribuição dos montantes entre os diversos litigantes, em múltiplas ações pendentes.

Contrarrazões às fls. 530/552 e 660/661.

A D. Procuradoria de Justiça opina pelo não conhecimento ou pelo improvimento do apelo.

É o relatório.

De início, consigne-se que superada a ventilada questão da inocorrência de trânsito em julgado da condenação. Como bem observado pela assistência da acusação e pelo Procurador de Justiça no parecer, determinado pelo Ministro Relator do último agravo regimental perante o STF que, "considerado o caráter protelatório do recurso", fosse imediatamente certificado o trânsito em julgado do acórdão daquela Corte que negara seguimento ao RExt, o que foi feito, com data de 19.11.2022 (fl. 376).

Isso posto, cabe pormenorizar o que já constou do relatório.

As empresas SUPERMERCADO CUCA DE MONGAGUÁ LTDA, RESTAURANTE E PIZZARIA DO BIRA LTDA, SUPERMERCADO CUCA DE ITANHAÉM, SUPERMERCADO CUCA DO LEBLON LTDA, SUPERMERCADO NOVO CUCA DE PRAIA GRANDE LTDA, SUPERMERCADO CUCA DE PERUÍBE LTDA e SUPERMERCADO CUCA DO MELVI LTDA, integrantes do mesmo grupo econômico, pleitearam o levantamento dos montantes apreendidos nos Autos nº 0001836-47.2014.8.26.0477, o que o Magistrado permitiu, independentemente do trânsito em julgado, na forma especificada à fl. 198:

> "defiro o levantamento dos valores bloqueados e apreendidos nos presentes autos, observado o procedimento previsto nos artigos 1.112 e seguintes das Normas de Serviço da Corregedoria Geral de Justiça. Bens

Acesso ao Sumário

e direitos creditórios, todavia, deverão aguardar o retorno dos autos físicos para consolidação da pena de perdimento. O advogado das empresas requerentes deverá preencher o formulário de que trata o § 8º do art. sobredito das normas de serviço, autorizado o crédito em prol do advogado constituído com poderes para receber e dar quitação".

V. apelou de tal decisão (fl. 200) e o recurso foi recebido (fl. 201).

Todavia, antes de apresentar as pertinentes razões, V. opôs embargos de declaração (fls. 206/207). Alegou omissão da decisão porque, não obstante nove as pessoas jurídicas lesadas, todas membros do grupo econômico "Cuca", duas delas, SUPERMERCADO CUCA DO RIO BRANCO LTDA. e SUPERMERCADO CUCA DO HUMAITÁ LTDA., não demandaram o levantamento. Nesse quadro, inadequada a determinação de restituição do valor integral.

À fl. 358, o Juiz não conheceu dos embargos, pois, com a precedente interposição da apelação, verificada a preclusão consumativa dos declaratórios. De todo modo, deixou claro que

> "a alusão no decisório embargado à liberação dos valores em prol de grupo econômico, assim referido às fls. 196, já era suficiente para afastar o vício enfocado".

Logo, acabou por enfrentar a matéria, ainda que não tenha conhecido dos embargos.

V., então, peticionou nos autos demandando a inclusão, entre as destinatárias do levantamento das quantias bloqueadas, das duas outras firmas mencionadas acima, ambas de sua propriedade, também supostamente vítimas dos delitos pelos quais fora condenado (fls. 444/445).

Rechaçada a solicitação à fl. 483. Ponderou o Magistrado:

> "Quanto à petição de fls. 444/445, sequer cabe exame, posto que não se concebe que o réu tenha legitimidade para requerer nada em prol de empresas que ele mesmo aponta como supostas vítimas".

Somente após todos esses atos é que finalmente apresentadas as razões da apelação contra a decisão às fls. 196/198. Nelas, postulada a suspensão do processo ante a não contemplação, na ordem de levantamento, das duas pessoas jurídicas pertences a V. e de dois ex-sócios, pessoas físicas, das demais firmas do grupo (S. A. da S. e J. V. de S. N.) (fls. 486/494).

O caso é de não conhecimento do inconformismo, não por suposta supressão de instância, como aventado pelo "Parquet" no parecer, – já que a matéria impugnada tem pertinência com o conteúdo da decisão recorrida e, bem ou mal, foi enfrentada pelo Juiz ao tratar dos embargos de declaração, embora formalmente não conhecidos – mas por falta de legitimidade e interesse processual.

Com efeito, nos termos do art. 577, parágrafo único, do CPP, e do art.

49-A, do Código Civil, V. não dispõe de legitimidade ad causam para defesa judicial de interesses de suas empresas e de ex-sócios. Conceito básico de direito empresarial, a personalidade do sócio/proprietário não se confunde com a das pessoas jurídicas cujos interesses, em tese, estaria tentando preservar, em especial no caso, em que inculpado justamente por tê-las desfalcado.

Em situação semelhante, estatuiu o Superior Tribunal de Justiça que "inexiste legitimidade ativa ad causam do sócio de pessoa jurídica que, em nome próprio, postula indenização por prejuízos causados ao patrimônio da empresa, visto que eventual procedência do pedido teria como destinatária final a própria sociedade, além da recomposição do capital social lesado. O interesse meramente econômico do sócio é insuficiente para caracterizar interesse jurídico apto a justificar o prosseguimento da ação" (REsp n. 1.985.206/RJ, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 11/4/2023, DJe de 24/4/2023).

Evidente o propósito do recorrente de, por via indireta, tentar obstaculizar o levantamento de quantias já determinado em prol das demais empresas lesadas. Eventuais demandas das duas firmas do réu devem ser veiculadas na esfera cível, entre tantas outras que, consoante noticiado, tramitam naquele âmbito.

O fato de que dois ex-sócios das empresas requerentes formularam pedidos semelhantes não socorre o acusado. Igualmente rechaçados os pleitos de ambos, até porque incorreram no mesmo erro de postularem em nome próprio, e não das pessoas jurídicas vítimas. Como os dois não se insurgiram, absolutamente despropositado que V. o faça por eles.

De qualquer forma, consigne-se que descabida a pretensão do apelante de suspensão do processo. Nítido que não se configura hipótese de incidência do art. 92 do CPP. O dispositivo só se aplica quando a decisão sobre a própria existência da infração depender da solução de controvérsia em outra esfera judicial. Aqui, entretanto, não se discute a existência dos crimes de apropriação indébita. Como se falou, por eles o réu já foi definitivamente condenado.

Apesar de tudo indicar inadequada conduta processual pelo recorrente, não há como condená-lo por litigância de má-fé, dado que impossível a aplicação analógica do art. 80 do CPC ao processo penal.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça:

"Esta Corte Superior firmou o entendimento de que não é cabível a imposição de multa por litigância de má-fé no âmbito do processo penal, porquanto sua aplicação constituiria indevida analogia in malam partem, haja vista ausência de previsão expressa no Código de Processo Penal. Precedentes" (HC n. 401.965/RJ, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 26/9/2017, DJe de 6/10/2017).

Não conhecido o apelo, de rigor a imediata liberação dos valores até en-

Acesso ao Sumário

tão bloqueados em favor das empresas requerentes, na forma da decisão de fls. 196/198.

Frente ao exposto, não se conhece do recurso, prejudicado o exame do pedido de liminar formulado em sede de contrarrazões pelas empresas recorridas (fl. 530), determinando-se a imediata liberação dos valores até então bloqueados em favor das empresas requerentes, na forma da decisão de fls. 196/198.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1505566-58.2021.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante M. P. DO E. DE S. P., é apelada B. O. S..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.528)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores XISTO ALBARELLI RANGEL NETO (Presidente) e MARCELO SEMER.

São Paulo, 2 de junho de 2023.

MARCELO GORDO, Relator

Ementa: Sentença absolutória – Recurso ministerial voltado à condenação – Fragilidade de conjunto probatório – Dúvida razoável que deve favorecer a ré em respeito ao Princípio do Estado de Inocência – Absolvição mantida – Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença (fls. 317/322) que julgou improcedente a ação penal e absolveu a ré **B.O.S.** da imputação que lhe fora irrogada na denúncia (artigo 217-A, *caput*, c/c. artigo 226, inciso II, por duas vezes, ambos do Código Penal, e artigo 240, *caput* e §2º, inciso III, da Lei nº 8.069/1990, por duas vezes, em concurso material), com fundamento no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Inconformada, apela a Justiça Pública; busca a condenação da ré, nos termos da exordial acusatória, que entendeu provada (fls. 339/341).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 345/352), opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo provimento do recurso (fls. 230/240).

É o relatório.

Consta dos autos que, nas circunstâncias de tempo e lugar descritas na incoativa, a acusada, visando à satisfação de sua lascívia, praticou, por duas vezes, ato libidinoso diverso da conjunção carnal com *D. L. S. M*, seu filho, que contava com 5 (cinco) anos de idade à época dos fatos.

Consta, ainda, que, nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar, a acusada, por duas vezes, fotografou, filmou e registrou cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo a criança *D. L. S. M*.

Segundo a denúncia, para satisfação da própria lascívia, B.O.S. manipulou o pênis da vítima, estimulando-o para que ficasse ereto. Em outra oportunidade, a acusada retirou o seio para fora da blusa e pediu para a vítima apalpá-lo.

Ademais, segundo narra a exordial acusatória, B.O.S fotografou e filmou a criança durante a prática dos atos criminosos suso descritos, enquanto, supostamente, se masturbava.

As imputações, entretanto, porquanto não há provas bastantes de que os eventos tenham se sucedido, não prevalecem, ainda que considerada, em tese, a gravidade dos malfeitos.

Perquirida a respeito, em juízo, a ré refutou as faltas que lhe são irrogadas (cf. mídia inserta nos autos digitais). Segundo historiou, os vídeos e fotografias constantes dos autos eram encaminhados ao pai da vítima para que ele pudesse acompanhar e entender o comportamento do filho, que demandava a presença da figura paterna. Asseverou que a fotografia do pênis ereto tinha por escopo demonstrar para o genitor tal situação, que acontecia com frequência e a criança chorava. Explicou que o infante costumava andar pelado e que ainda hoje é muito difícil fazer com que a criança vista roupa. Negou tenha se masturbado perto do filho. Sobre a dinâmica familiar, relatou estar se divorciando e possuir dois filhos, a vítima e uma adolescente de 12 anos. Afirmou trabalhar como autônoma, sobretudo por conta das terapias do filho.

Posta a negativa, os demais elementos tampouco a tornam indigesta.

A vítima não foi ouvida em nenhuma das fases da persecução penal, mormente porque possui diagnóstico de Transtorno do Espectro Autista e não consegue se comunicar verbalmente (fls. 259).

De outro giro, o testigo de L.T.M, genitor do ofendido, corroborou a versão apresentada pela acionada (mídia acostada aos autos digitais). A respeito do sucedido, o depoente afirmou que os fatos imputados à acusada jamais ocorreram. Aduziu que ela costumava lhe enviar vídeos do filho para que ele pudesse acompanhar o crescimento e desenvolvimento da criança. Sobre o teor dos vídeos, reportou se tratar de vídeos relativos à rotina do infante. Questionado, relatou que, à época dos fatos, a acusada não mais amamentava o filho. Indagado sobre algum problema que teria ensejado a necessidade de manipulação

Acesso ao Sumário

do pênis da vítima, referiu fimose. Aduziu que o celular apreendido era de sua propriedade e que as imagens e vídeos foram encaminhados a ele pela acionada. Asseverou que o filho é muito apegado à mãe. Questionado, disse que o filho é autista e que, em razão da doença do infante, costuma conversar com a acusada. Explicou que o filho tem o costume de ficar pelado em casa; que chora se não tirarem a roupa dele. Aduziu que tal comportamento é costumeiro em crianças diagnosticadas com transtorno do espectro autista.

E nisso se resumiu a prova oral.

Insta destacar que a imputação é sui generis.

E, no particular, não há prova segura nos autos de que **B.O.S** tenha cometido as infrações penais que lhe são imputadas. A negativa de autoria da apelante não está dissociada da prova amealhada aos autos, que se encontra contraditória.

In casu, segundo os relatos apresentados em juízo, o ofendido, diagnosticado com transtorno do espectro autista, teria o costume de ficar nu – recusando-se a permanecer vestido – e as imagens acostadas aos autos teriam sido enviadas pela acionada ao genitor da vítima tão somente para que este acompanhasse o desenvolvimento e a rotina do filho.

Digno de nota, ainda, o relatório do atendimento realizado com a irmã da vítima e filha da ré – ouvida mediante escuta especializada (fls. 248/249). Na oportunidade, a adolescente asseverou ser um absurdo o que estava ocorrendo com a mãe, que sempre a orientou a não permitir que tocassem seu corpo.

Insta ressaltar, outrossim, que, do laudo pericial de fls. 210/226, não é possível inferir em que contexto as gravações foram realizadas, tampouco que a acionada estaria se masturbando, dado este essencial a reconhecer o dolo específico, de satisfação à lascivia.

E, ainda que as imagens carreadas aos autos causem estranheza, conforme bem ressaltado pelo magistrado sentenciante, não são conclusivas, de sorte que delas não se depreende, estreme de dúvidas, a prática delitiva imputada à ré.

No aspecto, vale complementar: não é por que a conduta seja moralmente reprovável, incomum ou até inaceitável para alguns (muitos) que poderá ser havida como criminosa, mormente em desvios da espécie, cuja repercussão penal é condizente a malfeitos dos mais odiosos.

Ficando apenas no aspecto técnico: há de se reconhecer que o acervo probatório, de fato, não foi suficiente para concluir que o evento tenha se sucedido como descrito na exordial acusatória, com vênias ao entendimento contrário, de modo que deve ser mantida a sentença proferida na origem.

Enfim, uma eventual certeza moral, não traduzida em provas incontestes, não seria o bastante a conferir provimento ao recurso que ora se enfrenta.

E, insta salientar, que a teor do artigo 156 do Código de Processo Penal,

Acesso ao Sumário

a prova da acusação é tarefa do órgão delator.

Desta forma, essa incerteza sobre a efetiva ocorrência, aqui não aquietada por outros dados, impera na hipótese. Vale dizer, não consta dos autos prova da existência da falta. E sua admissão, por ilação, com esteio em mero juízo de probabilidade, porque afronta diretamente o Princípio do Estado de Inocência (artigo 5º, LVII da Constituição Federal), seria de todo inaceitável.

E não se trata de exigir prova além do necessário ao convencimento do magistrado, mas de equacionar o risco de engano, tomando-o em favor da acionada.

Pelo exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500490-29.2021.8.26.0416, da Comarca de Panorama, em que é apelante R. S. DE M., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso defensivo para absolver, com arrimo no artigo 386, III, do Código de Processo Penal, R. S. DE M. da acusação de estar incurso no 24-A da Lei nº 11.340/06. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.705)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MENS DE MELLO (Presidente) e FREITAS FILHO.

São Paulo, 5 de junho de 2023.

IVANA DAVID, Relatora

EMENTA: SENTENÇA CONDENATÓRIA PELO DELITO DE DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS (LEI 11.340/06, ART. 24-A) – APELO DEFENSIVO BUSCANDO A ABSOLVIÇÃO PELA ATIPICIDADE DA CONDUTA, DEDUZINDO-SE PEDIDO SUBSIDIÁRIO DE ABRANDAMENTO DA PENA.

CABIMENTO DA IRRESIGNAÇÃO – CONJUNTO PROBATÓRIO A EVIDENCIAR RECONCILIAÇÃO E CONSENTIMENTO DE REAPROXIMAÇÃO DO ACUSADO POR PARTE DA VÍTIMA

Acesso ao Sumário

– AUSÊNCIA DE LESÃO AO BEM JURÍDICO PROTEGIDO E DE DOLO DO AGENTE – CONDUTA ATÍPICA – PRECEDENTES – ABSOLVIÇÃO COM BASE NO ARTIGO 386, III, DO CPP DE RIGOR – RECURSO PROVIDO.

VOTO

Ao relatório da r. sentença de fls. 124/130, declarada às fls. 144/145 e proferida pelo MM. Juiz de Direito Dr. **Tiago Henrique Grigorini**, ora fazendo parte integrante deste, acrescenta-se que a ação penal foi julgada procedente para condenar **R. S. DE M.** como incurso no artigo 24-A da Lei nº 11.340/06, à pena de **03 meses de detenção**, no regime semiaberto, concedido o direito de recorrer em liberdade.

Apelou a Defesa, buscando a absolvição com base no artigo 386, VI, do Código de Processo Penal. Subsidiariamente almeja a fixação do regime aberto e substituição por restritivas de direitos (fls. 149/155).

Bem processado o recurso e ofertadas as contrarrazões de fls. 165/169, subiram os autos e a d. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento (fls. 178/181), vindo conclusos a esta relatoria em 02 de dezembro de 2022.

É o relatório.

A acusação foi a de que, no dia 11 de setembro de 2021, por duas vezes, em horários incertos, na rua (...) nº (...), na cidade e comarca de Panorama, **R. S. DE M.**, prevalecendo-se de relações domésticas e familiares, no âmbito de relação íntima de afeto, descumpriu decisão judicial que deferiu medidas protetivas de urgência previstas na Lei nº 11.340/06, em favor da vítima *M. A. de O.*, ocasião em que a ameaçou por palavras de causar-lhe mal injusto e grave.

Segundo o apurado, R. e M. conviveram maritalmente por aproximadamente um ano e, atualmente, estavam separados. Ocorre que, em virtude do comportamento agressivo do acusado, foram deferidas medidas protetivas de urgência em favor de M. nos autos do processo nº 1500127-42.2021.8.26.0416, dentre elas a proibição de contato e de aproximação da ofendida, de seus familiares e testemunhas, a distância inferior a 100 metros. Não obstante, devidamente intimado da referida decisão em 09.05.2021, R. descumpriu a ordem judicial na madrugada do dia 11.09.2021, pois compareceu, em duas oportunidades, na residência da vítima.

A seguir, o acusado deparou-se com a vítima na companhia de D., momento em que investiu contra D. e o agrediu. Ato contínuo, R. segurou M. pelo braço e a interpelou quem era aquele rapaz que estava na companhia dela, momento em que a polícia foi acionada e R. se evadiu. Na manhã do mesmo dia, R.

Acesso ao Sumário

retornou à residência da vítima, descumprindo mais uma vez as medidas protetivas, e ameaçou M. com os seguintes dizeres *"vou chegar chegando, batendo em você e na pessoa que você estiver junto"* (sic) (**conf. Denúncia – fls. 35/37 aditada às fls. 46/48**).

Materialidade delitiva inegável, como se vê do auto de prisão em flagrante (fls. 02/03), boletim de ocorrência (fls. 04/06), concessão de medidas protetivas e respectiva intimação (fls. 12/17), além do inteiro teor da prova oral colhida nas duas fases do processo (fls. 07/09, 22, 25 e arquivos digitais).

Representação à fl. 07.

A autoria também é inconteste.

R. S. de M. ao ser ouvido na Delegacia de Polícia disse que *"manteve relacionamento com M. por 01 ano, estão separados há 03 meses. O declarante informa que na madrugada do dia 11/09, foi até a residência de M.. Chegando ao local, sem explicação, um indivíduo que estava na companhia de M. foi para cima dele, como se fosse agredi-lo com um soco. Sendo assim, o declarante desferiu um golpe, utilizando o capacete que estava em suas mãos, na face deste indivíduo. Nega que tenha ameaçado ou agredido M.. Disse ainda que desconhece o fato alegado por M. que esteja na posse do celular de sua ex enteada. Não sabe informar por que M. fez esta alegação. Por fim, disse que tomou ciência que M. solicitou medidas protetivas de urgência, e foram deferidas, por isso se comprometeu não se aproximar de M. ou seus familiares."* (fl. 22).

Em juízo relatou que na data dos fatos chegou no local e encontrou o D. na frente de sua casa, quando pensou que seria agredido e arremessou o capacete nele. Tinham um relacionamento faz tempo e haviam conversado que ela havia tirado a medida protetiva, por isso que frequentava a casa. Não proferiu ameaças a ela, pois sequer a viu, uma vez que jogou o capacete no R. e foi embora. Havia sido intimado das medidas protetivas por Oficial de Justiça e não foi informado por Oficial de Justiça que as medidas protetivas haviam sido revogadas. Foi informado da revogação por M. e acreditou (arquivo digital).

De seu lado, a vítima **M. A. de O.** contou à autoridade policial que *"manteve relacionamento com R., vulgo Manchinha, por 01 ano aproximadamente, não possuem filhos em comum. Informa que estão separados há 01 semana. A declarante informa que possui medida protetiva em desfavor de R. desde o mês de março do corrente ano, no entanto,* ***mesmo com medida protetiva continuaram a se relacionar normalmente****. A declarante informa que na madrugada do dia 11/09, estava em frente a sua residência com D., pessoa que havia acabado de conhecer e não sabe seu nome completo, onde reside ou número telefônico, bem como não deseja envolvê-lo nos fatos narrados. Sua genitora M. A. também presenciou o ocorrido. Disse que R. chegou ao local, e a declarante perguntou se ele estava com o celular de sua filha, R. disse que estava na casa da sua ge-*

Acesso ao Sumário

nitora. R. foi em direção a D. e desferiu um golpe, com o capacete que estava em mãos, atingiu a face de D.. A declarante relata que após agredir D., R. foi em direção a declarante, agarrou seus braços, e lhe perguntou quem era aquele outro rapaz. A declarante esclarece que ligou para a polícia militar, nesse momento R. deixou o local. Quando amanheceu o dia, R. voltou à residência da declarante e a ameaçou dizendo: 'vou chegar chegando, batendo em você e na pessoa que você estiver junto', bem como se negou a devolver o celular de sua filha." (fl. 07).

Em juízo disse que tinha feito o primeiro boletim de ocorrência e requerido medida protetiva, mas daí *"já tinha até ido à Delegacia para poder tirar porque tinham voltado"*. Nesse dia que aconteceu, estavam juntos e estava dentro de casa, quando ouviu o réu ligando a moto e saiu. Não viu muita coisa. Recorda-se de ter ouvido ele dizendo 'vou chegar chegando e bater em você...'. Não ficou assustada ou com medo de o réu fazer alguma coisa. *"No dia dos fatos, já tinha ido bem antes na Delegacia para retirar as medidas"*, ocasião em que o rapaz disse para aguardar o chamamento judicial. Não tem interesse nas medidas, "já tinha tirado já". O oficial de justiça foi na sua casa levar uma intimação e ao ser indagada por ele se queria retirar as medidas, disse que sim e escreveu sua vontade no documento dizendo "eu quero tirar a medida protetiva do R.". A Declarante e o acusado sabem que as medidas protetivas não foram retiradas formalmente e que, assim, elas estavam vigentes. Não sabe por que registrou a ocorrência e representou contra o réu. Não está lembrada se esteve na Delegacia de Polícia. Na data dos fatos não se sentia ameaçada por R. e hoje estão vivendo juntos (arquivo digital).

Traga-se, ainda, o depoimento da informante **M. A. de O.** (genitora da vítima), quem, ao ser ouvida em solo policial, disse, em suma, que a vítima e acusado tinham um relacionamento conturbado e que a filha tinha medida protetiva contra ele. No dia dos fatos, o acusado surgiu e agrediu um amigo da filha com o capacete, depois sua filha pelos braços e disse-lhe que se não ficasse com ele, não ficaria com mais ninguém. Ligou para a polícia militar, mas R. saiu antes da chegada dos agentes da lei. A vítima disse que R. retornou no dia seguinte, quando foi ameaçada novamente (fl. 08).

Já a testemunha **D. J. A.**, também ouvida somente em solo policial, narrou, em suma, que foi agredido pelo acusado, quando ficou com vistas escuras. Não visualizou e nem ouviu ameaças proferidas pelo acusado. M. A. (mãe da vítima) utilizou seu telefone celular para acionar a polícia (fl. 09).

E com base nesse conjunto probatório, entendeu o MM. Juízo *a quo* pela condenação do acusado por descumprimento das medidas protetivas, ao fundamento, em suma, de que ainda estavam vigentes quando da ocasião dos fatos aqui apurados.

Acesso ao Sumário

Contudo, respeitado referido entendimento, necessária a absolvição do acusado pela atipicidade da conduta.

Não se desconhece que a palavra da vítima é de maior peso e relevância, conforme jurisprudência dominante, contudo, conforme apurado, a vítima desde o registro da ocorrência, bem asseverou que *"mesmo com medida protetiva continuaram a se relacionar normalmente"*; o que voltou a dizer quando de sua oitiva judicial, bem esclarecendo que havia ido à Delegacia de Polícia para retirar as medidas protetivas por conta da reconciliação.

Também disse não se lembrar porque registrou a ocorrência e se esteve na Delegacia de Polícia, versão que é corroborada pelos relatos testemunhais, os quais bem retrataram que a polícia foi acionada pela genitora da vítima.

Por fim, em consulta ao sistema informatizado deste e. Tribunal de Justiça, pôde se verificar que a vítima, ao ser intimada do deferimento das medidas protetivas nos autos nº 1500127-42.2021.8.26.0416 (autos principais nº 1500130-94.2021.8.26.416) bem esclareceu ao oficial de justiça acerca do seu desinteresse nas medidas protetivas, ocasião em que escreveu no mandado *"não tem mais interesse na medida protetiva"*, tal como narrado ao MM. Juízo a quo (fls. 54/55).

Enfim, ainda que referido documento tenha sido juntado aos autos após a ocorrência dos fatos aqui apurados, o que de certo se deu em razão do curto lapso temporal decorrido entre a concessão e revogação das medidas protetivas, é de se inferir ao menos que, ainda que vigentes as medidas, houve reconciliação e permissão da vítima para que o acusado se aproximasse. Não se verificando, assim, efetiva lesão ao bem jurídico protegido e sequer dolo de desobedecer a decisão judicial.

Nesse sentido, entendimento do e. STJ:

"HABEAS CORPUS. LEI MARIA DA PENHA. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA (ART. 24-A DA LEI N. 11.340/06). ABSOLVIÇÃO. APROXIMAÇÃO DO RÉU DA VÍTIMA. CONSENTIMENTO DA OFENDIDA. AMEAÇA OU VIOLAÇÃO DE BEM JURÍDICO TUTELADO. AUSENTE. MATÉRIA FÁTICA INCONTROVERSA. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. A intervenção do direito penal exige observância aos critérios da fragmentariedade e subsidiariedade. 2. Ainda que efetivamente tenha o acusado violado cautelar de não aproximação da vítima, isto se deu com a autorização dela, de modo que não se verifica efetiva lesão e falta inclusive ao fato dolo de desobediência. 3. A autorização dada pela ofendida para a aproximação do paciente é matéria incontroversa, não cabendo daí a restrição de revaloração probatória. 4. Ordem concedida para restabelecer a sentença absolutória." (HC nº 521.622/SC, Rel. Min. Néfi Cordeiro, j.

Acesso ao Sumário

12.11.2019, DJe 22.11.2019).

E deste Tribunal de Justiça:

"DESCUMPRIMETO DE MEDIDAS PROTETIVAS. Réu condenado pelos delitos de ameaça e lesão corporal, mas absolvido da imputação relativa ao descumprimento de medida protetiva, por ausência de dolo. Recurso do MP que busca a condenação do réu também por este delito, Inadmissibilidade. Provas dos autos a revelar que réu e vítima, meses após a concessão de medida protetivas, reataram e passaram a viver juntos, tendo a vítima dito em juízo que chegou a se dirigir ao fórum para informar e pedir a revogação delas, o que acabou não se concretizando eis que, segundo ela, não conseguiu entrar no fórum, pois não portava sua carteirinha de vacinação da Covid-19. Atipicidade da conduta. Dolo de descumprir a medida protetiva não evidenciado. Precedente do STJ. Absolvição fundada no artigo 386, inciso III, do CPP. Recurso do MP desprovido." (Apelação Criminal nº 1500234-87.2022.8.26.0081, 16ª Câmara de Direito Criminal, rel. Des. Otávio de Almeida Toledo, j. 04.04.2023).

Fato é que, emergindo dos autos a reconciliação do casal e permissão de aproximação do acusado por parte da vítima, inexiste o dolo de descumprimento das medidas cautelares, a tornar, assim, atípica a conduta imputada ao acusado.

Diante do exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO AO RECURSO DEFENSIVO** para absolver, com arrimo no artigo 386, III, do Código de Processo Penal, **R. S. DE M.** da acusação de estar incurso no 24-A da Lei nº 11.340/06.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1523548-43.2021.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante EWERTON DOUGLAS DE MACEDO SOUZA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "ACOLHERAM A PRELIMINAR e DERAM PROVIMENTO ao recurso para JULGAR IMPROCEDENTE A PRETENSÃO PUNITIVA e absolver EWERTON DOUGLAS DE MACEDO SOUZA, qualificado nos autos, da acusação de ter infringido o artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.399)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente), LEME GARCIA e NEWTON NEVES.

São Paulo, 6 de junho de 2023.

CAMARGO ARANHA FILHO, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. Artigo 33, caput, do Código Penal. Sentença condenatória. Recurso defensivo. Preliminar. Pleito de declaração de ilicitude da prova obtida mediante busca pessoal e domiciliar, levadas a efeito sem justa causa. Irresignação acolhida. Inexistência de fundadas suspeitas a motivarem a realização de busca pessoal, nos termos do artigo 244, do Código de Processo Penal. Réu abordado por policiais militares durante patrulhamento de rotina, simplesmente pelo fato dele ter saído correndo e tentado entrar em sua residência ao notar a aproximação da viatura. Atuação ilegítima dos agentes públicos no caso concreto. Reconhecimento. Precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Ilicitude das provas que torna o conjunto probatório insuficiente para o juízo de procedência da pretensão punitiva. Absolvição que se impõe. Artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. Sentença reformada. PRELIMINAR ACOLHIDA. RECURSO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra r. sentença (fls. 233/248) que julgou procedente a pretensão punitiva para condenar EWERTON DOUGLAS DE MACEDO SOUZA a 4 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por 2 (duas) restritivas de direitos nas modalidades prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de 1 (um) salário mínimo, e no pagamento de 400 (quatrocentos) dias-multa, no piso legal, como incurso no artigo 33, *caput*, da lei nº 11.343/06.

Em suas razões (fls. 233/248), a combativa Defensoria Pública argui preliminarmente a ilicitude da prova porque obtida mediante busca pessoal abusiva e violação de domicílio, além da inobservância da cadeia de custódia, com a consequente absolvição do acusado. No mérito, requer a absolvição por insuficiência de provas e, subsidiariamente, a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da lei n.º 11.343/06, no patamar máximo.

Acesso ao Sumário

Oferecidas contrarrazões (fls. 251/258), a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou apela manutenção do julgado (fls. 268/279).

É o relatório.

Conheço do recurso, presentes os requisitos de desenvolvimento válido e regular, e de admissibilidade, para acolher a preliminar de ilicitude da prova e, no mérito, dar provimento ao recurso.

Consta da denúncia que, no dia 27 de setembro de 2021, por volta das 21h30, na rua Ludovice, altura do nº 89, Jardim Ângela, cidade e comarca de São Paulo, o apelante trazia consigo e mantinha sob sua guarda e depósito, para fins de entrega ao consumo de terceiros, 3 (três) tabletes de maconha, com peso líquido de 1.455,3g (um mil e quatrocentos e cinquenta e cinco gramas e três decigramas), sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Infere-se que policiais militares realizavam patrulhamento de rotina pelo local dos fatos quando visualizaram o acusado, que caminhava pela via pública, ficar nervoso e sair correndo ao visualizar a presença da polícia. Diante da atitude suspeita, os policiais passaram a persegui-lo e conseguiram detê-lo no momento em que tentava entrar em sua residência.

Nesse contexto, foi submetido à busca pessoal que resultou no encontro de um tablete de maconha em seu poder. Em vistoria na residência, cujo ingresso teria sido autorizado pela avó de EWERTON, os policiais localizaram, no quarto dele, mais dois tabletes de maconha, além de cartões bancários em nome de diversas pessoas, máquinas de cartão de crédito e nove aparelhos celulares.

A MM. Juíza de origem se convenceu da existência de provas suficientes que sustentassem a procedência da pretensão punitiva, lastreada sobretudo no auto de prisão em flagrante (fl. 1), no boletim de ocorrência (fls. 2/4), no auto de exibição e apreensão (fl. 8), no laudo de constatação (fls. 22/24), no laudo de exame químico-toxicológico (fls. 78/80), nos laudos periciais (fls. 136/144 e 155/158) e na prova oral colhida.

Acesso ao Sumário

Ouvidos em juízo, os policiais militares *Rafael Willian Ferreira* e *Mauro Willian de Araújo* informaram, em essência, que estavam em patrulhamento quando se depararam com uma pessoa caminhando, a qual, ao ver a aproximação da viatura policial, saiu correndo. Deliberaram pela abordagem e foram atrás dela, que foi detida quando tentava entrar em uma casa na rua Ludovice, nº 89-A. Realizada a busca pessoal, foi localizado em seu poder um tablete de substância aparentando ser maconha. Em seguida, saiu uma senhora da residência, que se identificou como sendo a avó do réu e, indagada se havia mais drogas na residência, franqueou a entrada no local. Em vistoria no imóvel localizaram no quarto do acusado mais dois pedaços da mesma substância, vários cartões bancários em nome de pessoas diversas, duas máquinas de cartão de crédito e

nove aparelhos celulares.

O apelante, por sua vez, negou a imputação. Estava em casa jantando com sua avó quando os policiais entraram falando "denúncia" e foram para o quarto. A avó não autorizou o ingresso deles na residência. No mais, disse que não havia drogas no quarto e nem máquinas de cartão, bem como que os celulares encontrados no local estavam quebrados.

Ressalvado e respeitado entendimento em sentido diverso, reputo ilegítima a atuação dos agentes públicos no caso concreto.

Conforme se tira da prova oral colhida em juízo, a abordagem ao apelante se deu durante patrulhamento de rotina dos policiais, com base em parâmetros subjetivos dos agentes públicos – estar o réu caminhando pela via pública e, ao avistar a polícia, ter corrido e tentado entrar rapidamente em sua residência. Tal fato, por si só, não constitui fundamento suficiente para caracterizar justa causa para a realização de busca pessoal ou domiciliar sem mandado judicial, mormente porque não visualizaram qualquer conduta que indicasse atos de mercancia, ocultação de entorpecentes ou outros corriqueiramente verificados na ambiência do narcotráfico.

Não havia, pois, situação clara de flagrante delito a justificar a hipótese do artigo 301, do Código de Processo Penal.

Assim, forçoso reconhecer, a partir do contexto delineado nos autos, a inexistência de fundadas razões para a realização da busca pessoal no réu, mormente se até então não haviam notícias de pendências em seu desfavor, como denúncia prévia ou investigação em andamento a indicar o cometimento de algum delito pelo acusado, fora ou dentro de sua residência.

Prossigo para anotar que esse cenário não se altera diante da natureza permanente do crime de tráfico de drogas, sob pena de subversão da sistemática procedimental, que, acaso autorizada, permitiria justificar toda e qualquer atuação estatal ilegítima tendo-se em conta, tão somente, o resultado alcançado.

Nesse sentido, confira-se os precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> *RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. AUSÊNCIA DE FUNDADA SUSPEITA. ALEGAÇÃO VAGA DE ATITUDE SUSPEITA. INSUFICIÊNCIA. ILICITUDE DA PROVA OBTIDA. TRANCAMENTO DO PROCESSO. RECURSO PROVIDO.*
>
> *1. Exige-se, em termos de standard probatório para busca pessoal ou veicular sem mandado judicial, a existência de fundada suspeita (justa causa) baseada em um juízo de probabilidade, descrita com a maior precisão possível, aferida de modo objetivo e devidamente justificada pelos indícios e circunstâncias do caso concreto*

Acesso ao Sumário

de que o indivíduo esteja na posse de drogas, armas ou de outros objetos ou papéis que constituam corpo de delito, evidenciando-se a urgência de se executar a diligência.

2. Entretanto, a normativa constante do art. 244 do CPP não se limita a exigir que a suspeita seja fundada. É preciso, também, que esteja relacionada à posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito. Vale dizer, há uma necessária referibilidade da medida, vinculada à sua finalidade legal probatória, a fim de que não se converta em salvo- conduto para abordagens e revistas exploratórias (fishing expeditions), baseadas em suspeição genérica existente sobre indivíduos, atitudes ou situações, sem relação específica com a posse de arma proibida ou objeto (droga, por exemplo) que constitua corpo de delito de uma infração penal. O art. 244 do CPP não autoriza buscas pessoais praticadas como rotina ou praxe do policiamento ostensivo, com finalidade preventiva e motivação exploratória, mas apenas buscas pessoais com finalidade probatória e motivação correlata.

3. Não satisfazem a exigência legal, por si sós, meras informações de fonte não identificada (e.g. denúncias anônimas) ou intuições e impressões subjetivas, intangíveis e não demonstráveis de maneira clara e concreta, apoiadas, por exemplo, exclusivamente, no tirocínio policial. Ante a ausência de descrição concreta e precisa, pautada em elementos objetivos, a classificação subjetiva de determinada atitude ou aparência como suspeita, ou de certa reação ou expressão corporal como nervosa, não preenche o standard probatório de fundada suspeita exigido pelo art. 244 do CPP.

4. O fato de haverem sido encontrados objetos ilícitos independentemente da quantidade após a revista não convalida a ilegalidade prévia, pois é necessário que o elemento fundada suspeita de posse de corpo de delito seja aferido com base no que se tinha antes da diligência. Se não havia fundada suspeita de que a pessoa estava na posse de arma proibida, droga ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, não há como se admitir que a mera descoberta casual de situação de flagrância, posterior à revista do indivíduo, justifique a medida.

5. A violação dessas regras e condições legais para busca pessoal resulta na ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal do(s) agente(s) público(s) que tenha(m) realizado a diligência.

Acesso ao Sumário

6. Há três razões principais para que se exijam elementos sólidos, objetivos e concretos para a realização de busca pessoal vulgarmente conhecida como dura, geral, revista, enquadro ou baculejo, além da intuição baseada no tirocínio policial:

a) evitar o uso excessivo desse expediente e, por consequência, a restrição desnecessária e abusiva dos direitos fundamentais à intimidade, à privacidade e à liberdade (art. 5º, caput, e X, da Constituição Federal), porquanto, além de se tratar de conduta invasiva e constrangedora mesmo se realizada com urbanidade, o que infelizmente nem sempre ocorre, também implica a detenção do indivíduo, ainda que por breves instantes;

b) garantir a sindicabilidade da abordagem, isto é, permitir que tanto possa ser contrastada e questionada pelas partes, quanto ter sua validade controlada a posteriori por um terceiro imparcial (Poder Judiciário), o que se inviabiliza quando a medida tem por base apenas aspectos subjetivos, intangíveis e não demonstráveis;

c) evitar a repetição ainda que nem sempre consciente de práticas que reproduzem preconceitos estruturais arraigados na sociedade, como é o caso do perfilamento racial, reflexo direto do racismo estrutural.

7. Em um país marcado por alta desigualdade social e racial, o policiamento ostensivo tende a se concentrar em grupos marginalizados e considerados potenciais criminosos ou usuais suspeitos, assim definidos por fatores subjetivos, como idade, cor da pele, gênero, classe social, local da residência, vestimentas etc. Sob essa perspectiva, a ausência de justificativas e de elementos seguros a legitimar a ação dos agentes públicos diante da discricionariedade policial na identificação de suspeitos de práticas criminosas pode fragilizar e tornar írritos os direitos à intimidade, à privacidade e à liberdade.

8. Os enquadros se dirigem desproporcionalmente aos rapazes negros moradores de favelas dos bairros pobres das periferias. Dados similares quanto à sobrerrepresentação desse perfil entre os suspeitos da polícia são apontados por diversas pesquisas desde os anos 1960 até hoje e em diferentes países do mundo. Trata-se de um padrão consideravelmente antigo e que ainda hoje se mantém, de modo que, ao menos entre os estudiosos da polícia, não existe mais dúvida de que o racismo é reproduzido e reforçado através da maior vigilância policial a que é submetida a população negra. Mais do que isso, os policiais tendem a enquadrar mais pessoas jo-

Acesso ao Sumário

vens, do sexo masculino e de cor negra não apenas como um fruto da dinâmica da criminalidade, como resposta a ações criminosas, mas como um enviesamento no exercício do seu poder contra esse grupo social, independentemente do seu efetivo engajamento com condutas ilegais, por um direcionamento prévio do controle social na sua direção (DA MATA, Jéssica, A Política do Enquadro, São Paulo: RT, 2021, p. 150 e 156).

9. A pretexto de transmitir uma sensação de segurança à população, as agências policiais em verdadeiros "tribunais de rua" cotidianamente constrangem os famigerados elementos suspeitos com base em preconceitos estruturais, restringem indevidamente seus direitos fundamentais, deixam- lhes graves traumas e, com isso, ainda prejudicam a imagem da própria instituição e aumentam a desconfiança da coletividade sobre ela.

10. Daí a importância, como se tem insistido desde o julgamento do HC n. 598.051/SP (Rel. Ministro Rogerio Schietti, 6ª T., DJe 15/3/2021), do uso de câmeras pelos agentes de segurança, a fim de que se possa aprimorar o controle sobre a atividade policial, tanto para coibir práticas ilegais, quanto para preservar os bons policiais de injustas e levianas acusações de abuso. Sobre a gravação audiovisual, aliás, é pertinente destacar o recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal dos Embargos de Declaração na Medida Cautelar da ADPF n. 635 ("ADPF das Favelas", finalizado em 3/2/2022), oportunidade na qual o Pretório Excelso em sua composição plena e em consonância com o decidido por este Superior Tribunal no HC n. 598.051/SP reconheceu a imprescindibilidade de tal forma de monitoração da atividade policial e determinou, entre outros pontos, que "o Estado do Rio de Janeiro, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, instale equipamentos de GPS e sistemas de gravação de áudio e vídeo nas viaturas policiais e nas fardas dos agentes de segurança, com o posterior armazenamento digital dos respectivos arquivos".

11. Mesmo que se considere que todos os flagrantes decorrem de busca pessoal o que por certo não é verdade, as estatísticas oficiais das Secretarias de Segurança Pública apontam que o índice de eficiência no encontro de objetos ilícitos em abordagens policiais é de apenas 1%; isto é, de cada 100 pessoas revistadas pelas polícias brasileiras, apenas uma é autuada por alguma ilegalidade. É oportuno lembrar, nesse sentido, que, em Nova Iorque, o percentual de eficiência das stop and frisks era de 12%, isto é, 12 vezes a porcentagem de acerto da polícia brasileira, e, mesmo assim,

Acesso ao Sumário

foi considerado baixo e inconstitucional em 2013, no julgamento da class action Floyd, et al. v. City of New York, et al. pela juíza federal Shira Scheindlin.

12. Conquanto as instituições policiais hajam figurado no centro das críticas, não são as únicas a merecê-las. É preciso que todos os integrantes do sistema de justiça criminal façam uma reflexão conjunta sobre o papel que ocupam na manutenção da seletividade racial. Por se tratar da porta de entrada no sistema, o padrão discriminatório salta aos olhos, à primeira vista, nas abordagens policiais, efetuadas principalmente pela Polícia Militar. No entanto, práticas como a evidenciada no processo objeto deste recurso só se perpetuam porque, a pretexto de combater a criminalidade, encontram respaldo e chancela, tanto de delegados de polícia, quanto de representantes do Ministério Público a quem compete, por excelência, o controle externo da atividade policial (art. 129, VII, da Constituição Federal) e o papel de custos iuris, como também, em especial, de segmentos do Poder Judiciário, ao validarem medidas ilegais e abusivas perpetradas pelas agências de segurança.

13. Nessa direção, o Manual do Conselho Nacional de Justiça para Tomada de Decisão na Audiência de Custódia orienta a que:

"Reconhecendo o perfilamento racial nas abordagens policiais e, consequentemente, nos flagrantes lavrados pela polícia, cabe então ao Poder Judiciário assumir um papel ativo para interromper e reverter esse quadro, diferenciando- se dos atores que o antecedem no fluxo do sistema de justiça criminal".

14. Em paráfrase ao mote dos movimentos antirracistas, é preciso que sejamos mais efetivos ante as práticas autoritárias e violentas do Estado brasileiro, pois enquanto não houver um alinhamento pleno, por parte de todos nós, entre o discurso humanizante e ações verdadeiramente transformadoras de certas práticas institucionais e individuais, continuaremos a assistir, apenas com lamentos, a morte do presente e do futuro, de nosso país e de sua população mais invisível e vulnerável. E não realizaremos o programa anunciado logo no preâmbulo de nossa Constituição, de construção de um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

15. Na espécie, a guarnição policial "deparou com um indivíduo desconhecido em atitude suspeita" e, ao abordá-lo e revistar sua

Acesso ao Sumário

mochila, encontrou porções de maconha e cocaína em seu interior, do que resultou a prisão em flagrante do recorrente. Não foi apresentada nenhuma justificativa concreta para a revista no recorrente além da vaga menção a uma suposta atitude suspeita, algo insuficiente para tal medida invasiva, conforme a jurisprudência deste Superior Tribunal, do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

16. Recurso provido para determinar o trancamento do processo.

(RHC n. 158.580/BA, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 19/4/2022, DJe de 25/4/2022.)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. REQUISITOS DO ART. 244 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE FUNDADA SUSPEITA. ILICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS. ABSOLVIÇÃO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. No caso dos autos, a busca pessoal foi efetuada porque o Paciente era conhecido nos meios policiais pela prática de crimes, tentou empreender fuga ao avistar a viatura policial e teria se comportado de "modo suspeito". Como se vê, não foi demonstrada a necessária justa causa, apta a demonstrar a legalidade da medida invasiva.

2. Os arts. 240, § 2.º, e 244, ambos do Código de Processo Penal, exigem que haja fundada suspeita, e não mera impressão subjetiva, sobre a posse de objetos ilícitos para que seja possível a referida diligência. Esta fundada suspeita deve, portanto, ser objetiva e justificável a partir de dados concretos, independentemente de considerações subjetivas acerca do "sentimento", "intuição" ou o "tirocínio" do agente policial que a executa.

3. A posterior situação de flagrância não convalida a revista pessoal realizada ilegalmente, pois amparada em meras suposições ou conjecturas. A propósito, nem mesmo o histórico criminal mencionado no acórdão impugnado legitima a diligência policial, pois, na hipótese, não havia fundada suspeita de que o Acusado estava na posse do entorpecente.

4. Ordem de habeas corpus concedida para anular as provas obtidas mediante a busca pessoal realizada pelos policiais militares, bem como as provas delas decorrentes e, em consequência, absolver o Acusado da imputação feita na Ação Penal n. 0700426-55.2021.8.02.0049.

(HC n. 737.075/AL, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma,

julgado em 2/8/2022, DJe de 12/8/2022.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE. BUSCA PESSOAL OU VEICULAR. FUNDADAS RAZÕES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. "Não satisfazem a exigência legal [para se realizar a busca pessoal e/ou veicular], por si sós, meras informações de fonte não identificada (e.g. denúncias anônimas) ou intuições e impressões subjetivas, intangíveis e não demonstráveis de maneira clara e concreta, apoiadas, por exemplo, exclusivamente, no tirocínio policial. Ante a ausência de descrição concreta e precisa, pautada em elementos objetivos, a classificação subjetiva de determinada atitude ou aparência como suspeita, ou de certa reação ou expressão corporal como nervosa, não preenche o standard probatório de "fundada suspeita" exigido pelo art. 244 do CPP" (RHC n. 158.580/BA, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/4/2022, DJe 25/4/2022.)

2. Entretanto, no caso em tela, os agentes policiais receberam denúncias anônimas e visualizaram imagens de rede social com a oferta de drogas, motivo suficiente para autorizar a busca pessoal e veicular, ocasião em que apreenderam 980g (novecentos e oitenta gramas) de skank atribuídas ao ora agravante.

3. Infirmar as conclusões das instâncias ordinárias demandaria extenso revolvimento de acervo fático- probatório, mormente considerada a superveniência de sentença condenatória e apelação confirmatória, que serão refeitas, dada a concessão parcial da presente ordem para anular as provas obtidas mediante invasão forçada a domicílio.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 683.169/SC, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 19/12/2022, DJe de 21/12/2022.)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PROVA ILÍCITA. REVISTA PESSOAL. AUSÊNCIA DE FUNDADAS SUSPEITAS. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. Considera-se ilícita a revista pessoal realizada sem a existência da necessária justa causa para a efetivação da medida invasiva, nos termos do art. § 2º do art. 240 do CPP, bem como a prova derivada da busca pessoal.

2. Se não havia fundadas suspeitas para a realização de busca

Acesso ao Sumário

pessoal no acusado, não há como se admitir que a mera constatação de situação de flagrância, posterior à revista do indivíduo, justifique a medida. Assim, o fato de o acusado se amoldar ao perfil descrito em denúncia anônima e ter empreendido fuga ante a tentativa de abordagem dos policiais militares, não justifica, por si só, a invasão da sua privacidade, haja vista a necessidade de que a suspeita esteja fundada em elementos concretos que indiquem, objetivamente, a ocorrência de crime no momento da abordagem, enquadrando-se, assim, na excepcionalidade da revista pessoal.

3. Habeas corpus concedido para reconhecer a nulidade das provas obtidas a partir da busca pessoal realizada, bem como as delas derivadas, anulando-se a sentença para que outra seja prolatada, com base nos elementos probatórios remanescentes.

(HC 625.819/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 23/02/2021, DJe 26/02/2021)

No caso em exame, como visto, a busca pessoal não se sustentou em *fundada suspeita*, conforme exigido pelo artigo 244[1], do Código de Processo Penal, o que invalida o ato de apreensão e os dele decorrentes.

De se concluir, portanto, que a descoberta e apreensão dos entorpecentes decorreu de atuação ilegítima dos policiais militares, caracterizando prova ilícita, inadmissível nos termos do artigo 157, do Código de Processo Penal.

Destaque-se que a hipótese não é de anulação do julgado, já que a ilicitude se restringiu aos elementos de convicção colhidos, inexistindo outros que fundamentem a acusação, razão pela qual não resta alternativa que não a absolvição do apelado por insuficiência de provas.

Ante o exposto, **ACOLHO A PRELIMINAR** e **DOU PROVIMENTO** ao recurso para **JULGAR IMPROCEDENTE A PRETENSÃO PUNITIVA** e absolver EWERTON DOUGLAS DE MACEDO SOUZA, qualificado nos autos, da acusação de ter infringido o artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502760- 93.2022.8.26.0544, da Comarca de Itatiba, em que é apelante CARLOS HENRIQUE OLIVEIRA SANTO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO

1 Art. 244. A busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

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: "Rejeitada a preliminar, negaram provimento, nos termos que constarão do acórdão. V. U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº** 3.399)

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WILLIAN CAMPOS (Presidente) e RICARDO SALE JÚNIOR.

São Paulo, 20 de junho de 2023.

CHRISTIANO JORGE, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. Tráfico de drogas. Sentença condenatória. Recurso defensivo pelo qual se postula a absolvição por insuficiência probatória e existência de crime impossível por ter sido o flagrante preparado. Também se busca a desclassificação para o delito do art. 28 da Lei nº 11.343/2006 e a aplicação da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado. Preliminar de gratuidade rejeitada. No mérito, não acolhimento. Materialidade e autoria comprovadas. Os policiais civis, em campana, visualizaram o ora apelante receber dinheiro de transeunte e entregar-lhe pequeno objeto. O réu indicou o local onde armazenava a cocaína em forma de "crack" e confessou informalmente a traficância. Flagrante esperado que não se confunde com o preparado. Reincidência do recorrente não permite o reconhecimento da causa de diminuição do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006. Sentença mantida.

PRELIMINAR REJEITADA E, NO MÉRITO, NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença (fls. 149/152) proferida pelo Meritíssimo Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca Itatiba pela qual o ora apelante foi condenado nos seguintes termos:

"(...) Posto isso, JULGA-SE PROCEDENTE a pretensão acusatória para condenar CARLOS HENRIQUE OLIVEIRA SANTO pela prática da conduta descrita no art. 33, da Lei n. 11.343/06, à pena de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses

Acesso ao Sumário

e 20 (vinte) dias de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado, além de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, com valor unitário no mínimo legal (art. 49, § 1º, do CP). (...)".

A defesa interpôs recurso de apelação (razões às fls. 162/186). Pleiteia seja Carlos Henrique absolvido, por não ter sido suficientemente comprovada a autoria do delito e em razão de ter havido, supostamente, flagrante preparado pelos policiais civis, o que tornaria impossível a consumação do crime. Subsidiariamente, requer a desclassificação da conduta do ora recorrente para aquela prevista no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 ou, caso mantida a condenação como incurso nas penas do artigo 33, "caput", do mesmo diploma legal, o reconhecimento da figura privilegiada do §4º do mesmo artigo, em sua fração máxima. Por fim, roga pela concessão do benefício da gratuidade de justiça à defesa.

Contrarrazões de apelação às fls. 207/211, pela manutenção da r. sentença.

A douta Procuradoria Geral de Justiça ofertou o parecer de fls. 218/225, opinando seja negado provimento ao recurso.

É o relatório.

Por primeiro, afasto o pedido preliminar de gratuidade de justiça.

Isso porque as custas processuais têm natureza jurídica de taxa e decorrem da prestação de serviço público de natureza forense (Lei Estadual nº 11.608/03, art. 1º). Nas ações penais de iniciativa pública, uma vez condenado o réu, o pagamento das custas deve ser efetuado perante o Juiz da Vara onde tramitou o processo (NSCGJ, art. 479, "caput"), após o trânsito em julgado da decisão judicial (Lei Estadual nº 11.608/03, art. 4º, § 9º, "a"), de modo que eventuais questões referentes à impossibilidade de pagamento devem ser formuladas perante tal E. Juízo.

Neste sentido, a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"O momento de verificação da miserabilidade do condenado, para fins de suspensão da exigibilidade do pagamento, é na fase de execução, visto que é possível que ocorra alteração na situação financeira do apenado entre a data da condenação e a execução da sentença condenatória." (STJ, Sexta Turma, AgInt no REsp 1.637.275/RJ, Rel.ª Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, j. em 06/12/2016, DJe de 16/12/2016).

Outro não é o entendimento desta C. Câmara:

"TRÁFICO DE DROGAS – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA – INSURGÊNCIA DEFENSIVA – DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DO ARTIGO 28, DA LEI DE DROGAS – IMPOSSIBILIDADE – CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO SOBREMANEIRA INDICATIVAS DE TRÁFICO – RÉUS QUE TRANSPORTAVAM QUANTIDADE DE MACONHA INCOMPATÍVEL COM O CONSUMO PESSOAL, ALÉM DE BALANÇA DE PRECISÃO COM RESQUÍCIOS DE ENTORPECENTE – CONDE-

NAÇÃO MANTIDA – DOSIMETRIA – AFASTAMENTO DA AGRAVANTE DO ART. 61, II, "j", DO CÓDIGO PENAL – SUBSTITUIÇÃO POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS INSUFICIENTE PARA A REPRESSÃO E PREVENÇÃO DA CONDUTA PERPETRADA – PENA PECUNIÁRIA APLICADA PROPORCIONALMENTE À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE – MANUTENÇÃO – **INVIÁVEL A ISENÇÃO DO PAGAMENTO DE CUSTAS PROCESSUAIS – EVENTUAL HIPOSSIFUCIÊNCIA A SER ALEGADA EM FASE DE EXECUÇÃO** – RESTITUIÇÃO DOS APARELHOS CELULARES APREENDIDOS – POSSIBILIDADE, MEDIANTE COMPROVAÇÃO DA PROPRIEDADE PERANTE O JUÍZO DE ORIGEM – RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS". (TJSP; Apelação Criminal 1500191-16.2021.8.26.0622; Relator (a): Willian Campos; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Itapeva - 3ª Vara Judicial; Data do Julgamento: 07/02/2023; Data de Registro: 07/02/2023)

No mérito, o recurso não comporta provimento.

O ora recorrente foi denunciado, processado e condenado porque, no dia 1º de novembro de 2022, às 13h45min, na rua Santo Antônio, nº 999, bairro Jardim México, cidade de Itatiba, neste Estado de São Paulo, guardava, para fins de tráfico, onze porções de cocaína na forma de "crack", com peso bruto total de 12,9g (doze gramas e nove decigramas), sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar (denúncia acostada às fls. 79/81).

Comprovou-se a materialidade do delito pelo auto de prisão em flagrante de fls. 01 e seguintes, pelo boletim de ocorrência de fls. 05/06, pelo auto de exibição e apreensão de fls. 07, pelo laudo de constatação de fls. 16/18, pelo laudo de exame químico-toxicológico de fls. 96/98 e pela prova oral produzida em juízo.

A autoria é inconteste.

Em audiência e sob o crivo do contraditório, foram ouvidas duas testemunhas arroladas pela acusação, os policiais civis Daniel Pierre Cavedal Soto e Fabio Origuela, e duas testemunhas arroladas pela defesa, Vanessa da Silva Porto e Jacira Belgini Montico, além de interrogado o réu.

Fabio Origuela, corroborando o outrora narrado na fase inquisitorial (fls. 03), revelou que estava em patrulhamento com o colega Daniel Pierre em região conhecida como ponto de tráfico na cidade de Itatiba quando avistaram os agentes públicos indivíduo, posteriormente identificado como Carlos Henrique, sentado aos pés de uma árvore. Os policiais civis passaram a observar, então, o ora apelante e visualizaram o momento em que transeunte não identificado dele se aproximou e entregou-lhe quantia em dinheiro, rapidamente guardada no bolso pelo ora recorrente. Carlos Henrique, ato contínuo, levantou-se e buscou em um monte de entulho próximo pequeno objeto, entregando-o à pessoa, que deixou o local em seguida. Em razão da movimentação típica de tráfico, os policiais deci-

Acesso ao Sumário

diram pela abordagem pessoal, encontrando, com o recorrente, quarenta e cinco reais em notas fracionadas. O réu confessou a prática da traficância, alegando ter se envolvido na mercancia espúria para sustentar o próprio vício em drogas. O apelante revelou aos agentes públicos o local onde guardava as drogas para venda e, lá, foram encontradas onze porções de cocaína na forma de "crack", razão pela qual foi realizada a sua prisão em flagrante.

Daniel Pierre Cavedal Soto (fls. 02) confirmou o relatado pelo colega policial civil.

Vanessa da Silva Porto e Jacira Belgini Montico não presenciaram os fatos ora apurados e em nada contribuíram para a elucidação do ocorrido.

Na fase inquisitorial, o ora apelante optou por manter-se em silêncio (fls. 04).

Interrogado em juízo, negou o cometimento do delito. Afirmou que realizava o trajeto do trabalho para casa quando parou no local da abordagem para descansar e para tentar comprar drogas, pois é usuário da droga conhecida como "crack". Após cinco minutos de sua chegada, foi abordado pelos policiais civis, que indagaram onde estaria a droga. Por responder desconhecer tal informação, foi algemado, colocado na viatura e conduzido até a Delegacia de Polícia. Negou ter presenciado a localização de pedras de "crack" no entulho ou ter drogas consigo no momento da prisão; porém, confirmou a posse de quarenta e cinco reais.

De toda a prova carreada nos autos, depreende-se ter o ora recorrente incidido na conduta descrita no artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/2006.

De acordo com os policiais civis ouvidos em juízo, Carlos Henrique confessou, informalmente, a prática da traficância, tendo, inclusive, indicado o local onde guardava as drogas para posterior mercancia.

Neste ponto, saliente-se não haver provas da existência de prévia desavença entre o réu e os agentes públicos envolvidos na sua prisão em flagrante, ou ainda qualquer motivo minimamente crível a denotar que os policiais civis teriam mentido e manipulado a situação com a intenção de incriminar, falsamente, o ora apelante.

Acesso ao Sumário

Não é demais assinalar terem sido os agentes públicos ouvidos em juízo, na qualidade de testemunhas, isto é, prestaram o compromisso de dizer a verdade e não têm qualquer motivo – ou, ao menos, inexistem provas nesse sentido – para mentir perante a autoridade judiciária.

A negativa de Carlos Henrique restou completamente isolada nos autos.

Disse ser apenas usuário de drogas e ter ido ao local para comprá-las. Porém, não produziu qualquer prova em seu favor. Não soube dizer quem seria o traficante da região, de quem supostamente comprava drogas, e por qual motivo os agentes públicos tentariam incriminá-lo falsamente, além de ter afirmado

ignorar a origem da droga apreendida.

Trata-se de narrativa inverossímil e insustentável do ponto de vista lógico. Ademais, o fato de ser usuário de drogas não exclui automaticamente a possibilidade de também traficá-las; é comum a prática da mercancia de drogas justamente para sustentar o próprio vício, exatamente o confessado por Carlos Henrique, informalmente, aos policiais civis quando de sua prisão.

De acordo com o auto de exibição e apreensão de fls. 07, foram apreendidos com Carlos Henrique quarenta e cinco reais em dinheiro e onze porções de cocaína na forma de "crack".

Exame químico-toxicológico confirmou a natureza da substância apreendida (laudo às fls. 96/98).

A quantidade de droga apreendida, onze porções de cocaína na forma de "crack", não é ínfima, como alega a defesa em suas razões de apelação. Trata-se de substância com alto poder vulnerante acondicionada de forma individualizada, pronta para ser comercializada em porções unitárias. Ainda, os policiais civis visualizaram o ora recorrente praticando a traficância, ou seja, recebendo dinheiro de transeunte e, em troca, entregando-lhe a droga. Estes elementos, combinados com a confissão informal de Carlos Henrique, revelam a finalidade de mercancia da substância, estando caracterizado, assim, o delito previsto no artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/2006.

Não há como ser acolhido, portanto, o pedido recursal de desclassificação para a conduta prevista no artigo 28, da Lei nº 11.343/2006, pois comprovada a prática do crime tipificado no artigo 33 do mesmo diploma legal, que, diga-se de passagem, prescinde, para a sua configuração, da verificação da conduta de venda de drogas, por ser tipo misto alternativo.

Ou seja, ainda que os policiais civis não tivessem visualizado a venda da substância, esta seria a tipificação adequada para a conduta do recorrente, pois guardava drogas em local próximo, conforme indicado por ele próprio aos agentes públicos.

Ademais, em seu interrogatório, o ora apelante negou veementemente ter consigo drogas quando de sua prisão ou ser sua a droga apreendida; logo, não há que se falar na ocorrência do crime de porte de drogas para consumo pessoal.

A defesa embasa seu pedido de absolvição também na alegação de ter havido flagrante preparado, o que resultaria em crime de impossível consumação.

Porém, sem razão, pois não houve flagrante preparado pelos policiais civis.

Diante de encontrar-se Carlos Henrique parado em região conhecida como ponto de tráfico, os agentes públicos decidiram simplesmente observar a situação e, assim, visualizaram a mercancia da substância ilícita, o que ensejou a abordagem pessoal do ora recorrente.

Acesso ao Sumário

Os policiais civis, portanto, não interferiram no *iter criminis* do delito ou incentivaram o seu cometimento.

Trata-se da diferença existente entre flagrante esperado (ocorrido na espécie e perfeitamente punível) e flagrante preparado, abordada recorrentemente na doutrina:

> *"O flagrante preparado, também conhecido por crime putativo provocado, não é punido, em razão do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal por meio da Súmula 145 que assevera: 'não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível sua consumação'. Como exemplo, pode-se trazer à baila o caso de investigadora de polícia grávida que solicita a médico para lhe fazer aborto e, minutos antes, declara sua prisão em flagrante por tentativa de aborto (Capez, 2005, p. 247). Nessa situação, o agente faz parte de uma simulação, que não tem qualquer chance de se consumar. Daí o porquê do entendimento firmado pelo STF. Não se deve confundir o flagrante preparado, no qual o agente policial induz o autor a praticar o crime, com o flagrante esperado, em que a polícia, previamente avisada da intenção de alguém praticar um crime, apenas espera o agente delitivo iniciar sua conduta para, só depois, decretar a sua prisão em flagrante. Como exemplo, pode-se mencionar o policial que se posta em um determinado bar no aguardo da presença de um indivíduo que todos os dias ali comparece armado e sem porte. Ao avistar e prender tal pessoa, não cometeu o policial crime impossível. A diferença reside no fato de que, neste último exemplo, o policial, com seu comportamento, não incentivou a prática do criminoso, ao contrário do exemplo do médico e da policial grávida".* (Christiano Jorge Santos, 2007, p. 87).

Em verdade, ainda que os policiais civis tivessem simulado serem usuários de droga para identificar e prender Carlos Henrique na prática de venda da cocaína na forma de "crack", seria possível a sua prisão em flagrante pelo cometimento do crime tipificado no artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/2006.

Isso porque, muito embora a conduta de vender fosse crime impossível, neste caso hipotético (porque existente apenas em razão de ter sido o agente incentivado a fazê-lo pelos agentes públicos), seria perfeitamente lícito o flagrante, considerada a conduta anterior, qual seja, guardar drogas.

Não é demais salientar que a conduta de guardar drogas configura o crime de tráfico de drogas tipificado no artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/2006, classificado como crime permanente, ou seja, cuja consumação se protrai no tempo.

Portanto, não haveria ilicitude na prisão em flagrante ainda que os policiais civis tivessem simulado serem usuários de drogas e, assim, incentivado a venda da substância; por terem os agentes públicos apenas observado a situação que transcorreria da mesma maneira caso não estivessem ali, por óbvio, não se configura o crime impossível, tratando-se de flagrante meramente esperado.

Acesso ao Sumário

Logo, por qualquer prisma que se analise a questão, conclui-se que era mesmo o caso de condenação de Carlos Henrique pela prática do crime de tráfico de drogas.

Passo à análise da dosimetria das penas.

Na primeira fase, corretamente foram exasperadas à razão de um sexto por ostentar o réu maus antecedentes (fls. 90/95).

Na segunda etapa, em razão da reincidência (condenação nos autos de nº 1503913-48.2020.8.26.0281 – fls. 90/95), foram aumentadas as penas novamente em um sexto, totalizando seis anos, nove meses e vinte dias de reclusão e pagamento de seiscentos e oitenta dias-multa.

Na derradeira fase, corretamente deixou-se de aplicar a causa de diminuição prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006. Carlos Henrique é multirreincidente, razão pela qual uma de suas condenações foi utilizada para agravar as penas na segunda fase da dosimetria e as demais consideradas na primeira etapa, como maus antecedentes.

Portanto, não restaram preenchidos os requisitos legais: ser o agente primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas nem integrar organização criminosa, razão pela qual não merece prosperar o pedido recursal subsidiário.

Em atenção à reincidência do réu, outro não poderia ser o regime inicial de cumprimento da pena reclusiva senão o fechado.

Em conclusão, não há modificações a serem operadas na r. sentença.

Pelo exposto, **rejeito a preliminar suscitada e, no mérito, NEGO PROVIMENTO ao recurso** para manter a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Para fins do artigo 1.025 do Código de Processo Civil, considero prequestionada toda a matéria suscitada pela parte recorrente e eventualmente não apreciada, consignando-se, ainda, em consonância com a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, que "*O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão.*". (EDcl no MS 21.315/DF, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada TRF 3ª Região), Primeira Seção, julgado em 08/06/2016, DJe 15/06/2016).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1504574-21.2022.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/ape-

lado LUCAS LIRA DA SILVA e Apelante/A.M.P IFOOD.COM AGENCIA DE RESTAURANTES ONLINE S.A. - IFOOD, é apelado 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 interposto pela Defesa, para afastar o decreto de perdimento da motocicleta e dos aparelhos celulares apreendidos, para reduzir o quantum de aumento de pena-base e para afastar o valor de R$ 1.300,00 estabelecido para indenização da vítima Rafaela, e deram parcial provimento ao recurso interposto pelo Assistente de Acusação, para, por emendatio libelli, desclassificar a conduta do acusado para a prevista no artigo 155, §4ª-B, do Código Penal, readequando a pena estabelecida, ficando Lucas Lira da Silva condenado, como incurso no artigo 155, §4º-B, do Código Penal, à pena de 04 anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa, no valor unitário mínimo, mantida, no mais, a r. sentença de primeiro grau. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.085)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA (Presidente), SÉRGIO RIBAS e MARCO ANTÔNIO COGAN.

São Paulo, 22 de junho de 2023

LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – ESTELIONATO – RECURSO DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO – PRETENDIDA A CONDENAÇÃO PELO CRIME DE FURTO MEDIANTE FRAUDE POR MEIO DE DISPOSITIVO ELETRÔNICO – ACOLHIMENTO – Não tendo a vítima conhecimento de que a quantia em dinheiro estava saindo da sua esfera de disponibilidade, não há que se falar em crime de estelionato, de forma que a conduta do réu se enquadra no artigo 155, §4º-B, do Código Penal, tendo em vista que, além de ter empregado a fraude utilizando-se da plataforma do aplicativo Ifood, o acusado se utilizou da maquininha de cartão bancário modificada para que não aparecesse as informações no visor, ou seja, se utilizou de dispositivo eletrônico. RECURSO DA DEFESA – PRETENDIDA A RESTITUIÇÃO DA MOTOCICLETA E DOS APARELHOS CELULARES APREENDIDOS – PARCIAL ACOLHIMEN-

Acesso ao Sumário

TO – Muito embora a motocicleta do réu tenha sido utilizada por ele na prática do crime, para ludibriar a vítima a acreditar que ele se tratava do motoboy que iria entregar o pedido dela, e que os aparelhos celulares também fossem utilizados na prática do crime, não há provas de que se trate de objetos ilícitos, o que inviabiliza o decreto de perdimento. Por outro lado, não tendo o réu comprovado a propriedade dos aparelhos celulares e estando a motocicleta sem placa de identificação, o pedido de restituição de referidos bem deverá ser formulado perante o Juízo de primeiro grau, juntamente com a comprovação da propriedade e regularização da situação da motocicleta, no que couber. Recurso da Defesa parcialmente provido, para afastar o decreto de perdimento da motocicleta e dos aparelhos celulares apreendidos, para reduzir o quantum de aumento de pena-base e para afastar o valor de R$ 1.300,00 estabelecido para indenização da vítima Rafaela. Recurso do Assistente de Acusação parcialmente provido, para, por emendatio libelli, desclassificar a conduta do acusado para a prevista no artigo 155, §4ª-B, do Código Penal, readequando a pena estabelecida.

VOTO

Vistos.

Lucas Lira da Silva e Ifood.com Agência de Restaurantes Online S.A. (Assistente de Acusação) interpuseram recursos de Apelação da r. sentença datada de 28.07.2022, proferida pela MMª Juíza de Direito da 32ª Vara Criminal Central da Comarca da Capital, que condenou o réu à pena de 01 ano e 08 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 16 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, e substituiu a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, por incurso no artigo 171, "caput", do Código Penal, além de declarar certa a obrigação de indenizar a empresa-vítima "*Ifood*", bem como indenizar a vítima com relação ao R$ 1.300,00 mencionados por ela como prejuízo decorrente de juros bancários (fls. 299/304).

Em suas razões, o Assistente de Acusação requereu a desclassificação da conduta para a de furto mediante fraude cometido por meio de dispositivo eletrônico, prevista no artigo 155, §4º-B, do Código Penal. Pleiteou, ainda, com

Acesso ao Sumário

relação à dosimetria, a readequação da pena e a fixação do regime inicial semiaberto (fls. 313/321).

Por sua vez, a Defesa pugnou pela redução das penas, pela restituição da motocicleta e dos aparelhos celulares apreendidos, e pela isenção de custas de pátio e guincho em caso de restituição da motocicleta (fls. 348/352).

Os recursos foram contrarrazoados (fls. 342/344, 364/370 e 378/382).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso do Assistente de Acusação e pelo parcial provimento do recurso da Defesa, para restituir a motocicleta e os aparelhos celulares apreendidos (fls. 391/398).

É o relatório.

O réu foi denunciado como incurso no artigo 171, "caput", do Código Penal, porque, no dia 23.02.2022, por volta das 16h, na Rua Comandatuba, nº 199, bairro Itaim Bibi, na cidade e Comarca da Capital, previamente ajustado e com unidade de desígnios com outros indivíduos não identificados, obteve, em proveito comum, vantagem ilícita, no valor de R$ 9.061,00, em prejuízo de Rafaela Lidia Santos Iwamoto, induzindo-a em erro, mediante ardil e meio fraudulento, consistente em conversa enganosa e utilização de uma máquina de cartão de crédito (fls. 85/88).

Após regular instrução, sobreveio sentença que condenou o acusado, nos termos da denúncia.

Em que pesem as razões da Defesa, o recurso só pode ser parcialmente provido, para afastar o decreto de perdimento da motocicleta e dos aparelhos celulares apreendidos, bem como para reduzir o *quantum* de aumento de pena-base e para afastar o valor de R$ 1.300,00 estabelecido para indenização da vítima Rafaela. Já o recurso do Assistente de Acusação deve ser parcialmente provido, para, por *emendatio libelli*, desclassificar a conduta do acusado para a prevista no artigo 155, §4ª-B, do Código Penal, readequando a pena estabelecida.

Com efeito, a materialidade delitiva está demonstrada através dos boletins de ocorrência (fls. 12/16 e 49/50), do auto de exibição e apreensão (fls. 04), do auto de reconhecimento de pessoa (fls. 17), do laudo pericial da motocicleta (fls. 280/284), do laudo pericial da maquininha de cartão de crédito (fls. 286/290), bem como da prova oral produzida.

Da mesma forma, é inequívoca a autoria.

Interrogado em Juízo, o réu confessou a prática do delito, afirmando que um indivíduo de nome Carlos lhe pediu para fazer a entrega e passar um valor a mais na maquininha. Sustentou que sabia que ia passar o valor errado e que receberia R$ 150,00 pelo serviço. Alegou que não tinha acesso à conta que recebia o dinheiro. Acrescentou que os dois celulares eram de sua propriedade, Carlos apenas fez o *login* (fls. 298 – gravação audiovisual).

Acesso ao Sumário

A confissão do réu com relação à prática do delito foi corroborada pelos demais elementos de provas trazidos aos autos.

Em depoimento seguro, a vítima, Rafaela Lídia Santos Iwamoto, esclareceu que efetuou um pedido no *Ifood*, todavia, a entrega começou a demorar muito e ela viu que o motoboy não se mexia. Segundo Rafaela, diante disso, tentou entrar em contato por mensagem, ocasião em que o pedido foi cancelado. Sustentou que, na sequência, recebeu uma ligação informando que o *motoboy* tinha se acidentado e que estavam enviando outro *motoboy* com o pedido. Relatou que, pouco depois, o acusado chegou e entregou o seu pedido, tendo ela passado o cartão na maquinha dele. Asseverou que a tela estava bastante iluminada, mas o valor que aparecia estava correto, R$ 60,00. Salientou que, posteriormente, recebeu uma mensagem do banco dizendo que a transação foi de R$ 9.060,00. Informou que ficou desesperada e ligou para o banco, o qual disse que ela já era a terceira vítima do dia. Acrescentou que o *Ifood* lhe ressarciu o valor, mas ela teve o prejuízo dos juros bancários (fls. 298 - gravação audiovisual).

Reforçando a versão acusatória, a testemunha Rodrigo do Valle Paiva, policial civil, sustentou que estava retornando de uma diligência quando foi informado por um motoqueiro de que havia um indivíduo, com uma moto e uma mochila do *Ifood*, em atitudes suspeitas. Segundo Rodrigo, diante disso, efetuou diligências e logrou êxito em avistar o acusado, cujas características eram semelhantes às descritas pelo denunciante. Relatou que, efetuada a abordagem, o réu confessou que estava praticando o "golpe do *Ifood*". Salientou que o golpe consiste em uma ligação, informando que o motorista sofreu um acidente e que o restaurante reenviará o pedido, sendo necessário que o cliente pague a entrega; a maquinha já vem programada para aparecer apenas os quatro últimos dígitos. Acrescentou que a ofendida reconheceu o réu na Delegacia (fls. 298 – gravação audiovisual).

No mesmo sentido foi o depoimento da testemunha Eder dos Santos Oliveira, também policial civil, o qual narrou os fatos à semelhança de seu colega, confirmando, entre outras coisas, a denúncia indicando as características do acusado; a abordagem do réu e a confissão informal do mesmo no sentido de que estava aplicando o "golpe do *Ifood*"; e o reconhecimento efetuado pela vítima (fls. 298 - gravação audiovisual).

No tocante à idoneidade dos depoimentos dos policiais, importante ressaltar que na condição de servidores públicos, agindo no estrito cumprimento do dever funcional, com a observância aos preceitos legais, são merecedores de toda confiança, como de resto, qualquer pessoa há de merecer, até a prova em contrário, inexistente nos autos.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal pacificou entendimento: *"O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais - especialmente quan-*

Acesso ao Sumário

do prestados em juízo, sob garantia do contraditório reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que este servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar tal como ocorre com as demais testemunhas que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos". (HC. nº. 74.608-0/SP, Rel. Min. Celso de Mello).

Consigne-se ainda que, no caso em questão, não se vislumbra qualquer razão para que a vítima e as testemunhas procurassem imputar falsamente ao réu um delito que ele não cometeu.

Frise-se, além disso, que a confissão judicial não pode ser desprezada, porquanto amparada nos demais elementos de prova trazidos aos autos, em atenção aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Cumpre mencionar também que as declarações prestadas na fase inquisitiva não podem ser desprezadas neste momento processual, uma vez que encontram amparo nos demais elementos de prova produzidos em Juízo, em atenção ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

Nesse sentido: *"A prova policial, inquisitória, só deve ser desprezada, afastada, arredada, como elemento válido e aceitável de convicção, quando totalmente, absolutamente, ausente prova judicial confirmatória ou quando desmentida, contrariada ou nulificada pelos elementos probantes colhidos em juízo, através de regular instrução"* (RT 622/276).

Verifica-se, portanto, da prova documental e oral, que, após ludibriar a vítima, fingindo o ocorrência de um problema com o motoboy, informando que o pedido efetuado por ela seria realizado pelo próprio restaurante e não mais pelo *Ifood*, bem como solicitando que ela fizesse o pagamento diretamente na maquininha do cartão apresentada pelo acusado, subtraiu, efetivamente, para ele ou outrem, a quantia de R$ 9.061,00.

Assim, neste ponto, atendendo ao pedido do Assistente de Acusação, entendo que realmente é caso de aplicar a regra do artigo 383 do Código de Processo Penal, que dispõe: *"O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.",* porquanto, *in casu*, entendo que restou bem caracterizado o crime de furto, uma vez que a vítima não dispôs da quantia em dinheiro que lhe foi subtraída, pois, ainda que tenha passado o cartão bancário na maquininha apresentada pelo réu, ela o fez acreditando que estava passando o valor aproximado de R$ 60,00, que apareceu na tela, e não o valor realmente subtraído, de R$ 9.061,00. Em outras palavras, a ofendida não retirou o valor de

R$ 9.061,00 da sua esfera patrimonial para entregá-lo ao acusado. Dessa forma, não tendo a vítima conhecimento de que a quantia acima exposta em dinheiro estava saindo da sua esfera de disponibilidade, não há que se falar em crime de estelionato, de forma que a conduta do réu se enquadra no artigo 155, §4º-B, do Código Penal, tendo em vista que, além de ter empregado a fraude utilizando-se da plataforma do aplicativo *Ifood*, o acusado se utilizou da maquininha de cartão bancário modificada para que não aparecessem as informações no visor, ou seja, se utilizou de dispositivo eletrônico.

Bem a propósito, leciona Guilherme de Souza Nucci: *"No estelionato, a vítima entrega o bem ao agente, acreditando fazer o melhor para si; no furto com fraude, o ofendido não dispõe de seu bem, podendo até entregá-lo, momentaneamente, ao autor do delito, mas pensando em tê-lo de volta"* (*in* "Código Penal Comentado", Ed. RT, 11ª edição, 2012, p. 780).

Sobre o tema: *"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. FURTO MEDIANTE FRAUDE. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE ESTELIONATO. IMPROPRIEDADE. [...] 3. No caso, cumpre anotar que o furto mediante fraude não se confunde com o estelionato. Segundo Damásio, "[n]o furto, a fraude ilude a vigilância do ofendido, que, por isso, não tem conhecimento de que o objeto material está saindo da esfera de seu patrimônio e ingressando na disponibilidade do sujeito ativo. No estelionato, ao contrário, a fraude visa a permitir que a vítima incida em erro. Por isso, voluntariamente se despoja de seus bens, tendo consciência de que eles estão saindo de seu patrimônio e ingressando na esfera de disponibilidade do autor." 4. Na hipótese em tela, a vítima entregou as chaves de seu carro para que o Paciente, na qualidade de segurança da rua, o estacionasse, não percebendo que o seu veículo estava sendo furtado. Conforme ressaltado pelo Tribunal de origem, a vítima "não tinha a intenção de se despojar definitivamente de seu bem, não queria que o veículo saísse da esfera de seu patrimônio", restando, portanto, configurado o furto mediante fraude. 5. [...]"* (STJ, Rel. Min. Laurita Vaz, Data de Julgamento: 03/12/2013, Quinta Turma).

Ainda, importante mencionar: *"FURTO QUALIFICADO (mediante fraude e concurso de pessoas) – CORRUPÇÃO DE MENOR – RECEPTAÇÃO DOLOSA – Apelo da defesa – Pleitos de concessão de prisão domiciliar ou liberdade provisória – Descabimento – Recorrente reincidente, que permaneceu custodiado durante toda a instrução criminal – Ausente notícia de estado de saúde grave em virtude da alegada comorbidade (tuberculose) – Questões já enfrentadas por esta Câmara em sede de Habeas Corpus – Inexistência de modificação* do quadro fático-jurídico – Mérito – *Pretendida absolvição* por insuficiência probatória – Impossibilidade – *Autoria e materialidade delitivas comprovadas pela confissão judicial do réu, declarações das vítimas e depoi-*

Acesso ao Sumário

mentos das testemunhas – Condenação de rigor – ***Almejada desclassificação do delito de furto qualificado pelo emprego de fraude para o crime de estelionato – Inviabilidade – Engodo utilizado por meio do aplicativo de entrega de refeições "Ifood" – Estratégia ardilosa que propiciou a redução da vigilância da ofendida, fazendo com que efetuasse pagamento por meio de cartão de crédito, acreditando que teria sido descontado apenas o valor devido pela compra, quando, na verdade, foram efetivadas transações em numerários sobremaneira superiores – Ausência de entrega voluntária da "res"*** *– Hipótese que se amolda ao tipo penal do art. 155, §4º, inc. II, do CP – Dosimetria – Afastamento da agravante prevista no 61, inc. II, "j", do CP – Impossibilidade – Delitos praticados durante estado de calamidade pública decorrente do advento da pandemia causada pela Covid-19 – Agravante de natureza objetiva – Reconhecimento do concurso formal entre os delitos de furto e corrupção de menor – Senten*ça reformada apenas nesse ponto *– Regime inicial fechado mantido. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO."* (TJSP; Apelação Criminal 1518249-22.2020.8.26.0228; Relator (a): Cesar Mecchi Morales; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 04/09/2021; Data de Registro: 04/09/2021) - grifo nosso.

Portanto, na espécie, é cabível nova definição jurídica do crime, uma vez que o réu se defende dos fatos descritos na denúncia, e não da capitulação jurídica atribuída à conduta.

A esse respeito, ensina Júlio Fabbrini Mirabete: *"Permite o Código que a sentença possa considerar na capitulação do delito dispositivos penais diversos dos constantes da denúncia, ainda que tenha de aplicar pena mais grave. Não há no caso uma verdadeira mutatio libelli mas, simplesmente uma corrigenda da peça acusatória (emendatio libelli). Estando os fatos descritos na denúncia, pode o juiz, dar-lhe na sentença definição jurídica diversa, inclusive quanto às circunstâncias da infração penal, porquanto o réu se defendeu daqueles fatos e não da capitulação inicial."* (Código de Processo Penal Interpretado, Ed. Atlas, 11ª edição, São Paulo, 2003, p. 982).

Acesso ao Sumário

Aliás, já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça: *"EMENDATIO LIBELLI. CONCURSO DE PESSOAS. CONDUTAS AUTÔNOMAS. ABSOLVIÇÃO DE CO-RÉU. POSSIBILIDADE. O réu, em nosso sistema processual penal, defende-se da imputação fática e não da imputatio iuris, logo, restando caracterizada a emendatio libelli e não a mutatio libelli, desnecessária a observância das disposições do artigo 384 do Código de Processo Penal. (...)"* (STJ - 5ª Turma, Resp nº 754.301/PA, 11/04/06, Rel. Min. Laurita Vaz).

No tocante às penas aplicadas, a sentença, agora, merece reparo.

Na primeira fase, a MMª. Juíza sentenciante, considerando o disposto no

artigo 59 do CP, fixou a pena-base no dobro do mínimo legal, tendo em vista as graves consequências do fato para a empresa "*Ifood*", que se viu obrigada a ressarcir a ofendida em mais de R$ 9.000,00.

Observo, neste ponto, que as consequências do delito efetivamente extrapolaram aquelas inerentes ao tipo penal, tendo em vista que, além de atingirem a própria ofendida Rafaela, também atingiram a empresa *Ifood*, que se viu obrigada a ressarcir a vítima, justificando, portanto, um aumento da pena-base. Todavia, não sendo desfavoráveis ao acusado as demais circunstâncias judiciais, entendo mais adequado um aumento de 1/6 e, com base na nova classificação do delito, a pena-base fica estabelecida em 04 anos e 08 meses de reclusão e 11 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Na segunda fase, presente a circunstância atenuante da confissão espontânea, a sentenciante corretamente reduziu as penas, retornando, agora, para o mínimo legal, de 04 anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa, nos termos da Súmula 231 do STJ: "*A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir a pena abaixo do mínimo legal*".

Na terceira fase, à falta de causas de aumento ou de diminuição de pena, fica a reprimenda definitiva no patamar em que agora se encontra.

Com relação ao regime inicial de cumprimento da pena, nos termos do artigo 33, § 2º, "c", do Código Penal, foi fixado corretamente o regime aberto. Anoto, neste ponto, que, a despeito da circunstância judicial desfavorável utilizada para fixar a pena-base acima do mínimo, não sendo o acusado reincidente e não tendo o crime ora apreciado sido praticado mediante violência ou grave ameaça à pessoa, entendo que o regime inicial aberto se mostra adequado e suficiente para a reprovação de sua conduta.

Presentes os requisitos do artigo 44 do Código Penal, a sentenciante substituiu as penas privativas de liberdade por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, e por pena pecuniária, de 10 dias-multa, no valor unitário mínimo, o que se afigura adequado e suficiente à prevenção e à reprovação do crime.

Todavia, ressalta-se, neste ponto, que no dispositivo da sentença constou que a pena privativa de liberdade foi **"substituída por prestação de serviços à comunidade a ser definida na fase executória"**, quando o correto seria **"substituída por prestação de serviços à comunidade a ser definida na fase executória e pena pecuniária de 10 dias-multa, no valor unitário mínimo"**, o que, apesar de configurar erro material, ante a ausência de pedido expresso neste ponto, não pode ser alterado em face da impossibilidade de "*reformatio in pejus*".

Já quanto ao pedido de restituição dos aparelhos celulares e da motocicleta apreendida, entendo que, muito embora a motocicleta do réu tenha sido

Acesso ao Sumário

utilizada por ele na prática do crime, para ludibriar a vítima a acreditar que ele se tratava do *motoboy* que iria entregar o pedido dela, e que os aparelhos celulares também fossem utilizados na prática do delito, não há provas nos autos de que se trate de objetos ilícitos, o que inviabiliza o seu perdimento.

Sobre o tema, convém mencionar o disposto no artigo 91, inciso II, alínea "a", do Código Penal: **"Art. 91 – São efeitos da condenação: II – a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito"**

A esse respeito, cabe ressaltar a lição de Guilherme de Souza Nucci: *"Os instrumentos que podem ser confiscados pelo Estado são os ilícitos, vale dizer, aqueles cujo porte, uso, detenção, fabrico ou alienação é vedado. Ex.: armas de uso exclusivo do Exército ou utilizadas sem o devido porte; documentos falsos; máquinas de fabrico de dinheiro etc [...]. Não cabe para instrumentos de uso e porte lícitos: cadeira, automóvel, faca de cozinha etc"* (*in* Código Penal Comentado, 16ª ed., Forense, 2016, pág. 620).

No mesmo sentido é o entendimento de Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini: *"Quanto aos instrumentos do crime, somente podem ser confiscados os que consistem em objetos cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito. Não são confiscados, embora possam ser apreendidos, os instrumentos que eventualmente foram utilizados para a prática do ilícito. Aplica-se o dispositivo em estudo apenas aos instrumentos que, por destinação específica, são utilizados na prática de crime (punhais, gazuas, petrechos para falsificação de documentos e moeda, substâncias que causam dependência física ou psíquica etc.) ou cujo porte é proibido (armas de guerra, de exclusivo uso das Forças Armadas etc.). Não se podem confiscar, porém, ainda que utilizados ocasionalmente para a prática de ilícito penal, automóveis, armas permitidas, telefones etc."* (*in* Manual de Direito Penal, Vol. 1, Parte Geral, 28ª ed., Atlas, 2012, pág. 338/339).

Frise-se, ainda, a lição de André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves: *"Não são todos os instrumentos do crime (instrumenta sceleris) que podem ser confiscados, mas apenas aqueles cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua* ***fato ilícito****. Podem ser citados como exemplos os petrechos para falsificação de moeda, as chaves falsas (mixas) utilizadas em crimes de furto, documentos falsos utilizados na prática de estelionato etc."* (*in* Direito Penal Esquematizado, Parte Geral, 5ª ed., Saraiva, 2016, pág. 643).

Convém mencionar também julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça: *"O confisco é disciplinado no artigo 91, do Código Penal, como forma de expropriação, em favor do Estado, dos instrumentos e produtos de crime, com a finalidade de assegurar a indisponibilidade dos bens ilícitos utilizados*

Acesso ao Sumário

para a prática da infração ou que tenham sido angariados com a conduta ilícita" (REsp 1316694/PR, 5ª Turma, Relª. Minª. Regina Helena Costa, j. em 17.12.2013, DJe de 03.02.2014).

Assim, ainda que o acusado tenha utilizado os aparelhos celulares e a motocicleta na prática do crime, não havendo provas de que se trate de objetos ilícitos, não pode ocorrer o seu perdimento em favor da União, nos termos do artigo 91, inciso II, alínea "a", do Código Penal.

Ademais, ainda que a decretação da perda da motocicleta tenha sido feita em favor da empresa "*Ifood*", é certo que, conforme exposto, não se tratando de nenhuma das hipóteses da alínea "a" e nem da alínea "b" do artigo 91, inciso II, do Código Penal, a decretação da perda do bem em favor da vítima não encontra amparo legal, devendo referida empresa buscar a indenização dos prejuízos sofridos pelas vias próprias.

Todavia, por outro lado, observa-se que o acusado não comprovou a propriedade dos aparelhos celulares e, muito embora tenha comprovado a propriedade da motocicleta Honda/CG 160 Fan, placa GHM4G47 (fls. 168), conforme a prova oral e o laudo pericial de fls. 280/284, a mesma se encontrava sem placa de identificação, razão pela qual entendo que o pedido de restituição de referidos bem deverá ser formulado perante o Juízo de primeiro grau, ocasião em que deverá comprovar a propriedade e a regularização da situação da motocicleta, no que couber.

E, com relação a isenção das custas de pátio e guincho, anoto que o pedido da Defesa não pode ser acolhido. Isto porque o acusado deu causa à apreensão da motocicleta, uma vez que, além de estar praticando delito com ela, ela estava sem placa de identificação e, sendo assim, as despesas de remoção e estada do bem devem ficar ao seu encargo.

Por fim, com fundamento no artigo 91, inciso I, do Código Penal, a sentenciante declarou certa a obrigação de o réu indenizar a empresa-vítima "*Ifood*", bem como indenizar a vítima Rafaela pelo prejuízo de R$ 1.300,00 decorrentes dos juros bancários. No entanto, muito embora seja efetivamente cabível a declaração da obrigação de indenizar as vítimas como efeito da condenação, *in casu*, o valor de R$ 1.300,00 foi mencionado pela ofendida apenas na audiência e foi estabelecido sem que a Defesa tivesse oportunidade de impugná-lo, pois sequer constou da denúncia, razão pela qual referido valor não pode mantido, devendo o valor de eventual indenização ser pleiteado na esfera cível.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso interposto pela Defesa, para afastar o decreto de perdimento da motocicleta e dos aparelhos celulares apreendidos, para reduzir o *quantum* de aumento de pena-base e para afastar o valor de R$ 1.300,00 estabelecido para indenização da vítima Rafaela, e dou parcial provimento ao recurso interposto pelo Assistente de Acusação, para, por

Acesso ao Sumário

emendatio libelli, desclassificar a conduta do acusado para a prevista no artigo 155, §4ª-B, do Código Penal, readequando a pena estabelecida, ficando Lucas Lira da Silva condenado, como incurso no artigo 155, §4º-B, do Código Penal, à pena de 04 anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa, no valor unitário mínimo, mantida, no mais, a r. sentença de primeiro grau.

Cautelares Inominadas

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Cautelar Inominada Criminal nº 2262170-24.2022.8.26.0000, da Comarca de Comarca de Origem do Processo Não informado, em que é requerente M. P. DO E. DE S. P., são D. M. R. F. B., V. I. Z., C. H. DA C. F. (DO M. DE P. e B. V. Z..

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por unanimidade, a turma negou o afastamento do Prefeito, com observação. Compareceram o Procurador de Justiça, dr. Mário Antônio de Campos Tebet, e o advogado, dr. João Ribeiro Sampaio.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 55.170)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente sem voto), LUIZ FERNANDO VAGGIONE e LAERTE MARRONE.

São Paulo, 24 de abril de 2023.

COSTABILE E SOLIMENE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Prefeito. Ação Penal. Cautelar. Pedido de afastamento. Requerente, o Subprocurador Geral de Justiça. Fundamento, Código de Processo Penal, artigo 319, VI. Outras medidas acautelatórias deferidas e em execução. Busca e apreensão de documentos nos prédios da Administração Municipal, inclusive recolhimento de equipamentos tecnológicos, para conferência de conteúdo. Suspensão dos pagamentos da desapropriação amigável tida por suspeita, com apreensão de valores. Provas documental e oral promovidas pelo Ministério Público realizadas, rema-

nescendo o contraditório. Denúncia apresentada nos autos principais. Não conferência do risco de desaparecimento dos indicadores necessários para apuração dos fatos. Prefeito que nega as imputações. Inicial que coloca em destaque o Diretor Jurídico, como sendo aquele que teria engendrado a desapropriação, como os meios para aprovação e indenização. Necessidade do contraditório para conferir as imputações disparadas contra o Chefe do Poder Executivo local. Manutenção do mandato com observação: eventual reexame do tema se o autor da ação disponibilizar indicadores de riscos para a imparcial, serena e independente instrução. Pedido rejeitado com o destaque acima.

VOTO

Ação Cautelar preparatória de Ação Penal promovida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face do Prefeito de (...) e outros.

Particularmente ao ora tratado, é diretamente interessado o atual Prefeito de (...), porque há requerimento de que seja afastado do exercício do seu mandato durante a instrução, porém, antes, em homenagem ao voto popular, como também em razão da presunção de inocência, permitimos que S. Exa. formulasse suas considerações preliminares, especificamente em relação à suspensão do seu mandato (item 3 de fl. 1025 dos autos).

Desde logo, em nossa primeira manifestação nos autos, atendemos a totalidade de requerimentos ministeriais, vale dizer, deferimos o compartilhamento das provas; baixamos o sigilo nos autos; afastamos o diretor jurídico B. da Administração (ao que parece mais tarde exonerado pelo Prefeito); proibimos o seu ingresso ao interior das repartições públicas municipais e também proibimos até mesmo conversas dele (B.) com o Prefeito e outros ex-colegas de trabalho; também deferimos a expedição de diversos mandados de busca-e-apreensão de equipamentos e documentos; realizamos constrição de valores e bens (conforme fls. 983/1042, em 20/11/2022).

Oportuno fazer um breve resumo do caso, extraído de fl. 5, consoante descrição apresentada pelo próprio autor, *verbis*:

> "(...) *B. V. Z. Diretor Jurídico do Município de (...) (cargo de provimento em comissão), adquiriu em junho de 2021, por negociação mantida com a empreendedora 'Continental Imóveis', e pelo preço simbólico de R$ 100,00 (cem reais) cada, 94 (noventa e quatro) terrenos que, trinta dias depois, foram todos declarados de utilidade p*ública pelo município

Acesso ao Sumário

de (...), *sendo que, em uma 'primeira etapa', deu-se a 'desapropriação amigável' de 37 (trinta e sete) deles, após avaliação individual que atingiu o montante de quase 02 milhões de reais (R$ 1.757.354,06 fl. 4), apenas pelos terrenos desapropriados nesta etapa. Estes mesmos documentos indicavam ainda que B. V. Z. não efetuou o recolhimento do ITBI quando da aquisição dos 94 terrenos, tendo o município primeiro autorizado o recolhimento 'posterior' à transmissão da propriedade e, depois, certificado que o recolhimento havia sido feito por 'compensação' com o valor pago por ocasião da desapropriação, nada mais sendo devido, pois, a este respeito* (...)".

Vale dizer, o Ministério Público acusa o Prefeito de se mancomunar com o então Diretor Jurídico do Município, que ele mesmo nomeou para a Administração local, tendo, ambos, assim expressou-se o *Parquet*, trabalhado no sentido de desapropriar, com dinheiro público, temerariamente, muitos e muitos lotes de terrenos comprados por valores bem menores do que a remuneração desapropriatória, que foi realizada no modo *amigável* (*verbis*).

Inicialmente, consoante assim foi exposto pelo autor, houve prospecção de bens com apoio de empresa privada contratada por B. *(i)*; mais tarde B. manteve contatos com os titulares de domínio *(ii)*; entabularam (B. e os alienantes) preço individual por lote na faixa de cem reais *(iii)*; B. pagou os valores aos vendedores e, em seguida, pediu registro imobiliário das aquisições, para o que interferiu junto das correspondentes repartições municipais de molde a conseguir postergar o recolhimento do ITBI, para o que teriam concorrido o gabinete do Prefeito e o próprio, com trocas de correspondências e edição de certidão entregue ao Registrador de Imóveis, que promoveu os registros, com atraso do pagamento do tributo *(iv)*; o investigado B. enviou arquivos eletrônicos ao gabinete do Prefeito, utilizados para providenciar o andamento da desapropriação amigável *(v)*; o Prefeito nomeou comissão avaliadora, que mais tarde, descontente com os resultados auferidos, se demitiu *(vi)*; B. encaminhou novos arquivos ao gabinete do Prefeito, de sorte que este, por meio dos modelos enviados, determinasse o parcelamento dos pagamentos *(vii)*; o Ministério Público local interferiu e deu início ao bloqueio da operação, mais tarde desdobrada para o Tribunal de Justiça porque foi arrastado para o presente caso o próprio Prefeito – detentor de foro por prerrogativa de função *(viii)*.

Acesso ao Sumário

Feitos os devidos esclarecimentos, lembro também que, além das medidas já anteriormente adotadas neste feito, especialmente para coleta de provas e eventual garantia de futura execução, o Ministério Público do Estado de S. Paulo ainda requereu que um dos ora investigados, o Prefeito de (...) C. H. da C. F., fosse afastado de sua função pública, tema remanescente para exame agora nos presentes autos. E para tal mister formulou a seguinte fundamentação, *verbis*:

"(...) foram demonstrados inúmeros elementos de prova a respeito

da ocorrência de delitos graves praticados pelo atual Diretor Jurídico em conjunto com o Prefeito do município de (...). Estes elementos compõem os requisitos de materialidade delitiva e indícios de autoria necessários à concessão de medidas cautelares em geral.

Estes elementos complementam o quadro de provas já existente e decorrente de interceptações telefônicas, o qual também aponta pelo protagonismo de B. V. Z. nas tratativas e na elaboração de documentos voltados à desapropriação de 94 lotes de terreno pelo município de (...), sempre referendado pelo Prefeito local.

Todos os elementos de prova já produzidos até o momento a respeito destes fatos indicam que o Diretor Jurídico B. e o Prefeito C. F. são os principais regentes deste esquema fraudulento, havendo, evidentemente, outros atores inseridos no serviço público que também aderiram a tais propósitos criminosos. No entanto, é inegável que o comando dos atos ilícitos em andamento provém da Chefia do Poder Executivo e da Diretoria Jurídica do Município, sendo que B. ocupa, além desta última posição, também a de proprietário dos imóveis desapropriados e, consequentemente, destinatário dos valores a serem pagos a título de indenização, o que torna a situação ainda mais grave.

Impõe-se que sejam afastados do exercício de suas funções, de modo a impedir que continuem fazendo uso de seus cargos para lograr benefícios em favor de si mesmos, estancando, assim, a sangria de recursos públicos que os dois implementaram em desfavor do erário de (...).

Conforme já demonstrado acima e consta dos documentos públicos (Escritura Pública, Decreto e respectivo Processo de Desapropriação, atos assinados pelo Prefeito) que instruem os autos, os pagamentos decorrentes das desapropriações já tiveram início, pois estão sendo feitos de forma parcelada.

Além disso, por ora, apenas uma 'etapa' das desapropriações foi efetivada, mediante a transferência de 37 lotes, de um total de 94, cujo remanescente será efetivado brevemente, ampliando ainda mais o dano ao erário municipal (...)" (fls. 63/64).

Oportuno destacar que o presente requerimento teve como base legal o disposto no artigo 319, VI do Código de Processo Penal (*verbis*):

"Artigo 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

(...)

VI - Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais".

A respeito, o e. Subprocurador-Geral de Justiça, em reforço ao seu pedido

Acesso ao Sumário

de afastamento do mandato de Prefeito, articulou seu **temor de impunidade** (último parágrafo de fl. 54), acusou o Administrador **de que tudo irá fazer para pressionar seus subordinados**, adstritos ao seu poder administrativo e, portanto, à sua área de influência (fls. 63/67). Relevante sobre o ponto transcrever o parágrafo quarto da manifestação ministerial de fl. 67, *verbis*:

> *"(...) O Prefeito C. se prestou a colocar em prática estratagema protagonizado por seu Diretor Jurídico B. com o claro e manifesto propósito de dilapidar os cofres públicos e enriquecer ilicitamente. Os valores que já foram pagos a B. e sua esposa permanecem incólumes e livres de qualquer constrição judicial, sendo impositiva, pois, a decretação de medidas cautelares que visem a constrição de bens de valor aptos a assegurar a recomposição do erário prejudicado".*

Este relator, repito, consoante expresso no item 3 de fl. 1025, achou de boa cautela permitir um breve (mas relevante) contraditório antecipado a respeito do pedido de afastamento do Prefeito e, instado a se manifestar, o investigado, C. H. da C. F., se pronunciou alegando, em resumo, que os depoimentos colhidos pelo Ministério Público, durante a investigação, demonstraram que ele, Prefeito, não teria envolvimento nos fatos em apuração, pois todas as pessoas ouvidas teriam dito não saber de sua participação com os fatos, tampouco que as teria influenciado a prestarem depoimentos a seu favor. Alegou que o afastamento da função pública representa *"pena de morte para qualquer político:* [porque] *ainda que futuramente demonstre a sua inocência (...) a sua carreira estará para sempre manchada com essa medida extrema (...) Por essa razão, em respeito à soberania do voto popular, essa cautelar somente deve ser deferida em casos extremamente graves e com indícios gritantes de participação em crime, além de prova do receio da prática de outros delitos. (...) E isso tudo, como demonstrado, não existe no presente caso (...)"* (*verbis*, fl. 1855).

Por conta destas circunstâncias, requereu fosse mantido no exercício (fls. 1849/1856).

Observo que entre estas manifestações aconteceram pedidos de dilação de prazo e reclamações contra suposta insuficiência documental.

É o resumo do quanto necessário.

VOTO N. 55.170

Observo que, neste julgamento, **tão apenas em discussão o pedido de afastamento do Prefeito**, pois o mais já foi e vem sendo atendido. Aliás, transcrevo parte de minha deliberação que resultou na instauração deste específico contraditório (*verbis*):

> "(...) *Examinarei o pedido de afastamento em relação ao Prefeito tão-somente depois de S. Exa. se manifestar nestes autos, notificação que defiro, devendo, no entanto, ser intimado para tal mister logo depois de*

Acesso ao Sumário

realizadas as demais medidas abaixo determinadas. Fica assinalado o prazo de dez dias para tal mister, contados da data da intimação. Aqui o respeito ao princípio do contraditório é especialmente relevante.

Entretanto, desde já, o Prefeito fica proibido de conversar com B. V. Z., nos termos do item 2 acima. Igualmente fica proibido de retirar ou apagar qualquer documento enquanto não deliberado acerca do seu afastamento. O tratamento excepcional dispensado ao Prefeito, qual seja, remeter a discussão sobre o seu afastamento para depois de seu pronunciamento, tem dois fundamentos: (i) respeito do Judiciário ao mandato popular que ele está exercendo. Em termos concretos, a medida importaria suspensão (quase cassação judiciária) do seu mandato, sem que antes S. Exa. pudesse apresentar defesa. A suspensão do mandato, pendente algumas dúvidas, recomenda cautela redobrada e controle firme sobre o desenrolar administrativo que vem a seguir; (ii) ademais, o conjunto probatório coligido pelo Ministério Público, para ser concluído, não dispensa a defesa escrita do Prefeito. O e. Subprocurador-Geral de Justiça formulará suas questões em até cinco dias e no momento oportuno, findas as demais diligências, o Prefeito as responderá em até dez dias, contados da intimação, objetivamente, e fará as observações que entende deverão ser apresentadas.

A notificação do Prefeito será providenciada logo depois de realizadas as buscas-e-apreensões. E será providenciada via carta de ordem expedida ao MM Juiz de Direito da própria comarca (...)" (fls. 1025/1027).

A cautela então adotada tem razão de ser, na esteira do quanto predicado anteriormente em caso diverso pelo Ministro Enrique Ricardo Lewandowski, lá no Supremo, no julgamento da SL 808 MC AgR Amapá, em 7/5/2015, *verbis*:

"(...) sopeso com muita parcimônia essa questão do afastamento do cargo de alguém que foi eleito pelo voto popular (...)".

É certo que o mandato popular não imuniza o mandatário para fazer o que bem entende, quando assim entender ou ao arrepio do Direito posto. Obviamente que não. Mas, de todo o modo, por conta das implicações administrativas, para tanto é relevante adotar critérios. A suspensão cautelar do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira, no âmbito do processo penal, tem por objetivo obstar a prática de infrações criminais. De sorte que, aqui, nestes autos, uma vez já **deferidas medidas graves como a apreensão de equipamentos eletrônicos e a quebra dos sigilos, o recolhimento imediato de dados que permitiram ao Ministério Público, a partir deles, requisitar aos órgãos de Estado as respectivas perícias, como também formular denúncia, não vejo, repito, neste caso, risco premente em permitir**

Acesso ao Sumário

prazo ao Prefeito para se pronunciar de antemão, sendo que, desde então, aqui não aportou nova reclamação ministerial de que o mesmo estaria criando entraves para apuração da verdade.

A extensa e minuciosa representação da d. Subprocuradoria Geral de Justiça foi no sentido de que *(i)* o Prefeito nomeou aquele que teria engendrado o plano, vale dizer, o Diretor Jurídico B (fl. 382, em 4/10/2017); *(ii)* recebeu minutas do ato expropriatório do gabinete de B., tendo também os mesmos documentos passado por sua secretaria política; *(iii)* ele, Prefeito, nomeou a comissão de avaliação; *(iv)* homologou suposta superavaliação; *(v)* dispensou o pagamento do imposto de transmissão no ato do registro dos imóveis, em favor do Diretor Jurídico B., autorizando extração de certidão por aquele apresentada ao Delegado do Registro, ao arrepio das regras de direito civil e de direito tributário; *(vi)* entabulado a desapropriação amigável; *(vii)* ordenado os pagamentos fracionados; *(viii)* e, quando descoberto, preparado resposta para a Promotoria de Justiça local com dados não verdadeiros.

Foram estas as razões do pedido de afastamento do Prefeito.

Entretanto, aquelas tarefas, segundo o autor debitadas às mãos do Prefeito, consoante percuciente fundamentação posta na exordial, de lavra do e. Subprocurador-Geral de Justiça, teria tido antes um personagem relevante, o Diretor Jurídico B., **por nós já suspenso**, proibido de ingressar aos próprios municipais, sabe-se até que foi exonerado pelo Prefeito após a instauração desta cautelar e atingido pelas medidas constritivas.

A proeminência do sobredito Diretor Jurídico naquela petição inicial é fácil de conferir, basta lê-la com atenção. Dali exsurge ideia de que não só planejou como teve a iniciativa de fazer o necessário para executá-la, afirmação que não vincula este relator, porque estamos tão-somente destacando o quanto alegado pelo Ministério Público. De toda a forma, até aqui, o Prefeito negou ter agido maliciosamente e chamou atenção para a prova oral coligida, que, segundo defende, a ele seria favorável. Contudo, aquela prova ainda não é definitiva, porque será a instrução, por nós oportunamente presidida, que irá revelar com exatidão, se o caso, o envolvimento de cada parte denunciada.

O mote deste pedido de afastamento, torno a dizer, elaborado pelo Ministério Público, está no fato de o investigado ser o Chefe do Poder Executivo local e, supostamente, estaria atuando em coautoria com seu então Diretor Jurídico, B. V. Z., nomeado em 4/10/2017, consoante fl. 382, mais o perigo de trabalhar para impedir a livre apuração dos fatos. Em razão disso deveria ser afastado das funções enquanto não concluída a instrução penal, pois, continuou o autor, tem aquela máquina pública à sua disposição, o que poderia implicar em óbices à continuidade dos atos ou mesmo má influência sobre a coleta de provas junto aos demais servidores.

Não obstante as judiciosas razões expostas pelo e. Subprocurador Geral de Justiça, as provas reclamadas pela acusação, assim nos parece, já foram coligidas; as medidas de apreensão de equipamentos eletrônicos foram deferidas; estão vindo para os autos os respectivos laudos. Ou seja, o contexto probatório parece estar preservado. E o funcionário comissionado, que na descrição exposta na petição inicial teve atividade prevalecente (B.), foi afastado e medidas constritivas foram adotadas com êxito em face do mesmo. Vale dizer, **não se há falar em risco para coleta das provas e até foram adotados mecanismos para eventual reposição do acervo municipal.**

Nesta quadra, o afastamento seria mais ético, uma salvaguarda dos preceitos republicanos, do que propriamente uma medida de preservação do contexto processual, o que, ressalvado um melhor juízo, **esbarra no valor constitucional da presunção de inocência**, especialmente em razão do conteúdo da inicial e das negativas do Prefeito. E, afinal, **nada impede que, oportunamente, o Ministério Público, trazendo novos dados materiais no sentido de que o gestor público está trabalhando para alterar ou adulterar a prova, reexaminaremos o mesmo pleito se reavivado.**

Proponho, então, à turma julgadora que, nos termos do presente voto, negue o afastamento do Prefeito, porém, com a destacada observação em negrito acima.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2051137-84.2023.8.26.0000, da Comarca de Teodoro Sampaio, em que são impetrantes MATHEUS DA SILVA SANCHES e RICARDO TOLEDO SANTOS FILHO e Paciente RODRIGO DO PRADO ZANONI.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram prejudicada a impetração em parte e, no restante, denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 55.098)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente), GRASSI NETO e ALCIDES MALOSSI JUNIOR.

São Paulo, 27 de abril de 2023.

SÉRGIO COELHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Habeas Corpus. Art. 171, caput, na forma do artigo 71 e 288, caput, todos do Código Penal e artigo 1º, §1, inc. I, da Lei n º. 9.613/1998, todos na forma do artigo 69 do Código Penal. Insurgência defensiva contra a designação de audiências de instrução na modalidade híbrida, podendo as partes se fazer presentes ao Fórum, ou serem inquiridas por videoconferência, conforme desejarem. Pretensão de que a instrução seja feita integralmente na modalidade presencial. Superveniente notícia de que as audiências foram regularmente realizadas de forma híbrida, com a anuência da Defesa, inexistindo oposição oportuna quanto à designação de audiência em continuação nessa modalidade. Perda do objeto. *Writ* parcialmente prejudicado, com denegação da ordem no restante.

VOTO

Os Drs. Matheus da Silva Sanches e Ricardo Luiz Toledo Santos, Advogados, impetram a presente ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de **RODRIGO DO PRADO ZANONI**, apontando como autoridade coatora o MM. Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Teodoro Sampaio.

Sustentam, em resumo, a ocorrência de constrangimento ilegal por cerceamento de defesa, na medida em que a autoridade a quo manteve a realização da audiência em continuação, designada para as datas de 13 e 14 de março de 2023, na forma híbrida, facultando às partes, conforme desejarem, comparecer ao Fórum ou participar do ato de forma virtual (fls. 12/15 e 65/66). Aduzem, desse modo, que o *decisum* contraria o disposto na Resolução nº 481 do CNJ (petição de oposição à realização da audiência na modalidade virtual fls. 55/57), acrescentando a existência de alto número de réus no feito e também a sua complexidade (fl. 02).

Pleiteiam, assim, que a audiência nos autos da Ação Penal nº 1500317-85.2020.8.26.0627 ocorra integralmente na modalidade presencial, intimando-se todas as testemunhas e corréus para comparecerem no Fórum da Comarca.

A impetração veio acompanhada de documentos (fls. 12/66).

Indeferida a liminar (fls. 68) e prestadas as informações de praxe pela Autoridade apontada como coatora (fls. 71/72), a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou seja julgada prejudicada impetração, pela perda do seu objeto (fls. 77/79).

A Defesa, então, apresentou emenda à inicial, a fim de impugnar também a designação de audiência em continuação na modalidade híbrida (fls. 83/88).

Acesso ao Sumário

É o relatório, em síntese.

Releva notar, desde logo, que, durante a tramitação do *writ*, as audiências de instrução designadas para 13 e 14 de março de 2023 foram regularmente realizadas na forma híbrida, sem intercorrências, não constando das respectivas atas qualquer objeção do paciente ou de sua Defesa técnica (fls. 6248/6255 da ação penal), de sorte que não resta ao acusado interesse processual na tutela jurisdicional perseguida.

Destarte, nessa parte, prejudicado se encontra o *habeas corpus*, pela perda do objeto, pois, a despeito da irresignação ventilada na presente impetração, as audiências acabaram realizadas de forma híbrida com a concordância do acusado e de sua Defesa, fato que, como bem destacou a d. Procuradoria Geral de Justiça, *"[...] atrai a incidência do efeito sanatório da preclusão, a que aludem os artigos 565, segunda figura, 571, VIII, e 572, I, II e III, todos do Código de Processo Penal [...]"* (fls. 78).

Impende acrescentar, ainda, ao revés do que quer fazer crer a combativa Defesa (fls. 83/88), que a designação de audiência em continuação para 05/06/2023 - também na forma híbrida -, não é situação caracterizadora de justa causa para concessão do *habeas corpus*. Ora, sendo o ato vindouro continuação daquele ao qual o paciente e sua Defesa fizeram-se presentes e ali anuíram com a instrução na modalidade híbrida, é certo que tal concordância há de se estender à audiência de 05/06/2023, sobretudo porque a Defesa nada opôs quando designada a continuação da instrução por essa forma mista, o que foi feito ainda durante a audiência de 14/03 *p.p.*, na presença das partes, que saíram disso devidamente intimadas (fls. 85/87).

Ademais, o fato de a Defesa ter se quedado inerte, deixando de impugnar no momento oportuno a designação de audiência em continuação na modalidade híbrida, torna certa a superação de eventual constrangimento ilegal, pelo advento da preclusão.

De fato, é cara à processualística penal a premissa segundo a qual os vícios devem ser arguidos no primeiro momento oportuno, sob pena de preclusão, tanto assim que mesmo as nulidades ditas absolutas se sujeitam à preclusão e à necessidade de demonstração do prejuízo: *"A jurisprudência desta Corte evoluiu para considerar que no processo penal mesmo as nulidades absolutas exigem prejuízo e estão sujeitas à preclusão"* (STJ, RHC nº 43.130/MT Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 16/06/2016).

Em suma, a combativa Defesa conformou-se com o início da instrução na modalidade híbrida, deixando passar o momento próprio para alegar vício decorrente da continuação do ato por essa forma, e não logrou comprovar a existência de prejuízo concreto ao paciente, limitando-se a fazer conjecturas e abstrações, motivo pelo qual não há como reconhecer qualquer mácula, tendo

Acesso ao Sumário

em vista o princípio consagrado nos arts. 563 e 566, ambos do CPP, de que sem efetiva prova de prejuízo não se anula ato processual (*pas de nullité sans grief*).

Nesta esteira: *"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE ESTUPRO (ART. 213 C/C 29 DO CÓDIGO PENAL) NULIDADE PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA DEFESA DA DATA DE JULGAMENTO DA APELAÇÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO. PRECLUSÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. O WRIT NÃO É SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. SUSTENTAÇÃO ORAL. ATO ESSENCIAL À DEFESA. DESCARACTERIZAÇÃO. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.* ***1. A nulidade não suscitada no momento oportuno é impassível de ser arguida através de habeas corpus, no afã de superar a preclusão, sob pena de transformar o writ em sucedâneo da revisão criminal*** *[...]" (STF, RHC nº 107.758 - Rel. Min. Luiz Fux, DJE 28/09/2011); "HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO DE DROGAS. INTERROGATÓRIO REALIZADO COMO ATO INAUGURAL DA INSTRUÇÃO. ATO REALIZADO APÓS O JULGAMENTO DO HC-127.900/STF.* ***VÍCIO NÃO ALEGADO PELA DEFESA NA PRIMEIRA OPORTUNIDADE. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO SUPORTADO PELO RÉU.*** *EXCESSO DE PRAZO NA INSTRUÇÃO. MATÉRIA NÃO EXAMINADA NO ACÓRDÃO IMPUGNADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício. 2. Em recente decisão do plenário da Suprema Corte, no exame do HC n. 127.900/AM, julgado em 3/3/2016, ficou assentado que "a norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aplica-se, a partir da publicação da ata do julgamento, aos procedimentos penais regidos por legislação especial, incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado".* ***3. No caso, embora a defesa tenha apontado a ocorrência de afronta as garantias do contraditório e da ampla defesa, deixou de alegar o vício na primeira oportunidade, bem como não apontou concretamente o dano causado em razão da manutenção do interrogatório como primeiro ato da instrução, o que impede o reconhecimento da nulidade, a teor do princípio pas de nullité sans grief (art. 563 do CPP). Precedentes.*** *4. A alegação de excesso de prazo na instrução criminal não foi objeto de exame pelo no acórdão impugnado, o que impede esta Corte Superior de apreciar o tema, sob pena de indevida supressão de instância.* (STJ, 445.312/SP - Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJE 20/06/2018).

À luz do exposto, julgo prejudicada em parte a impetração e, no restante, denego a ordem.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2050886-66.2023.8.26.0000, da Comarca de Suzano, em que são impetrantes M. J. C., Y. R. C., L. A. DE S., M. H. A. e O. R. e Paciente J. A. P. DE M..

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V. U. Sustentou oralmente o Ilmo. Defensor, Dr. Marcelo José Cruz 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 41.585)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente sem voto), EDISON BRANDÃO e ROBERTO PORTO.

São Paulo, 9 de maio de 2023

CAMILO LÉLLIS, Relator

Ementa: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. VIOLAÇÃO SEXUAL MEDIANTE FRAUDE. REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. VIOLAÇÃO AO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 316 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXCESSO DE PRAZO.

1. Inocorrência de violação ao parágrafo único do art. 316 do Código de Processo Penal, haja vista que esta Corte atuou como órgão revisor, cassando a decisão de origem e, na prática, restabelecendo a prisão preventiva outrora decretada pelo juízo de origem, que, destarte, permanece competente para eventualmente reavaliá-la nos termos do referido artigo.

2. Necessidade da manutenção da custódia cautelar devidamente reavaliada em várias oportunidades pelo Juízo de origem, em consonância aos ditames do art. 316, parágrafo único do Código de Processo Penal.

3. Impossibilidade de se reconhecer o alegado excesso de prazo, uma vez que encerrada a instrução processual, fica superada a alegação de excesso de prazo nos termos da Súmula 52 do Superior Tribunal de Justiça.

Inexistência de constrangimento ilegal. Ordem dene-

Acesso ao Sumário

gada.

VOTO

Vistos.

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado pelos advogados **Marcelo José Cruz, Octavio Rolim, Yuri Ramos Cruz, Luiz Americo de Souza** e **Marcio Harrinson Augusto**, em favor de **J. A. P. de M.**, preso preventivamente e denunciado como incurso no art. 215 do Código Penal, por 09 vezes, apontando como autoridade coatora o **M. Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Suzano**, em que se pleiteia a revogação da prisão preventiva.

De saída, argumentam os impetrantes que se está diante de patente excesso de prazo, haja vista que o feito tramita há mais de 03 anos, sem que o acusado tenha dado causa à referida mora, inexistindo, ainda, previsão para formação da culpa.

Aclaram que, quando o juízo *a quo* lhe revogou a custódia, em 30.04.2021, o paciente permaneceu solto por 08 meses, cumprindo integralmente com suas obrigações processuais, contribuindo com o juízo e se mantendo afastado do exercício da medicina, quando, por decisão emanada desta Colenda Câmara, que deu provimento ao Recurso em Sentido Estrito interposto Pelo Ministério Público, foi nova e inadequadamente preso, isso em 07.12.2021.

Sustentam que se observa violação ao parágrafo primeiro do art. 316 do Código de Processo Penal, haja vista que, desde então, este Tribunal de Justiça não reanalisou a necessidade da mantença do encarceramento provisório decretado, não bastando eventuais manifestações nonagesimais efetuadas pelo juízo *a quo* sobre a pertinência, ou não, da preservação da custódia, posto que incompetente para tanto.

Nessa senda, alegam que este Sodalício Bandeirante não atuou como revisor da constrição cautelar, mas sim como órgão emissor de tal medida, de maneira que lhe incumbe ocasionais reanálises, nos moldes dispositivo legal suso aludido (fls. 01/21).

Indeferido o pedido de liminar e requisitadas informações de estilo (fls.63/66), as quais aportaram aos autos a fls. 72/730, tendo o ilustre Procurador de Justiça, Dr. Álvaro Busana, opinado pela denegação da ordem (fls.77/80).

É o relatório.

Este caso já é conhecido por essa Câmara Criminal, inicialmente com a impetração do *habeas corpus* nº 2259797-88.2020.8.26.0000, julgado em 17.12.2020, em votação unanime, voto 35236 de minha relatoria, foi denegada a ordem, conforme ementa a seguir colacionada:

"HABEAS CORPUS VIOLAÇÃO SEXUAL MEDIANTE FRAUDE - Plei-

Acesso ao Sumário

to de revogação da prisão preventiva, ainda que mediante imposição de outras cautelares - Impossibilidade - Paciente ginecologista que, em tese, valeu-se da confiança nutrida pelas pacientes para, mediante simulação de procedimentos médicos, praticar atos libidinosos - Elementos informativos que constituem suficientes indícios de autoria - Impossibilidade de maiores incursões meritórias - Reiteração criminosa, inclusive em outro Estado da Federação, e 'modus operandi' que demonstram a potencial periculosidade do agente - Necessidade de manutenção da segregação processual para a garantia da ordem pública - Insuficiência de outras cautelares, mesmo a eventual proibição de exercício da medicina - Precedentes - Ausência de ofensa à presunção de inocência- Constrangimento ilegal não verificado. Ordem denegada".

Consta também, referente ao mesmo caso, a interposição do Recurso em Sentido Estrito nº 0001825-72.2021.8.26.0606 pelo Ministério Público, contra a decisão do juízo de primeiro grau que revogou a prisão cautelar por excesso de prazo, sendo certo que o referido recurso foi julgado em 07.12.2021, em votação unânime, voto nº 37797 de minha relatoria, foi dado provimento ao recurso, conforme fls. 79/90 dos referidos autos, valendo a transcrição da ementa:

"RECURSO EM SENTIDO ESTRITO VIOLAÇÃO SEXUAL MEDIANTE FRAUDE Prisão preventiva revogada na origem por excesso de prazo Inconformismo ministerial Com razão Presença dos requisitos autorizadores da segregação, conforme já decidido no bojo do 2259797-88.2020.8.26.0000, julgado por esta C. 4ª Câmara Ausência do suposto excesso de prazo Feito complexo que demanda tempo superior ao comum, dada a multiplicidade de vítimas e diligências com o escopo de se buscar a verdade real. Recurso provido, com determinação.

Assim sendo, ao contrário do que alegam os nobres impetrantes, como já esclarecido em sede do pedido de liminar, esta Corte atuou como órgão revisor, cassando a decisão de origem e, na prática, restabelecendo a prisão preventiva outrora decretada pelo juízo de origem, que, destarte, permanece competente para eventualmente reavaliá-la nos termos do art. 316, parágrafo único, da Lei Penal Adjetiva.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça assim já se posicionou: *"Nos termos do parágrafo único do art. 316 do CPP, a revisão, de ofício, da segregação cautelar cabe ao julgador que a decretou inicialmente e essa obrigação se encerra com a prolação da sentença, quando eventuais reexames do decreto prisional devem ser provocados pelos meios processuais adequados"* (AgRg nos EDcl no RHC n. 163.246/MG, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 23/8/2022).

E, em consulta aos autos de origem verifica-se que a autoridade apontada

Acesso ao Sumário

como coatora reanalisou em várias oportunidades a necessidade da manutenção da prisão cautelar, conforme consta dos despachos a fls.1164/1165, 1208/1209, 1274/1275 e, recentemente no último dia 09 de março (fls. 1282/1283), em consonância aos ditames do artigo supramencionado.

Dessa forma, o argumento de violação ao parágrafo único do art. 316 do Código de Processo Penal, não encontra guarida.

Nada mais é preciso acrescentar.

Lado outro, não há que se falar em excesso de prazo, pois a questão resta superada, haja vista a decisão proferida pelo magistrado *a quo*, Dr. Fernando Oliveira Camargo, *in verbis*: *"Por fim, diante da presente decisão,* ***declaro encerrada a instrução****. Abra-se vistas ao Ministério Público para que apresente suas alegações finais. Em seguida, intime-se os assistentes de acusação para o mesmo fim. Após, intime-se a defesa para o que apresente suas alegações finais"* (fls.1369/1372 dos autos de origem).

E, nos termos da Súmula 52 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça: *"Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação do constrangimento por excesso de prazo"*.

Assim, sob todos os aspectos, não se vislumbra, ao menos por ora e nos estritos limites cognitivos do *writ*, flagrante constrangimento ilegal, suficiente para ensejar a concessão da medida emergencial, pertinente apenas em casos de ilegalidade evidente e incontestável, situação em que a mácula processual salte aos olhos, independentemente de análise probatória. Não é, a toda evidência, o caso dos autos.

Ante o exposto, pelo meu voto, **denego a ordem de *habeas corpus*.**

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2244501-55.2022.8.26.0000, da Comarca de São José dos Campos, em que é impetrante CRISTIANO JOUKHADAR e Paciente LEANDRO SAPIA DE SOUZA.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "CONCEDERAM A ORDEM, reconhecendo a ocorrência da prescrição da pretensão executória, referente à pena do processo nº 0712399-02.2004.8.26.0577, JULGANDO EXTINTA A PUNIBILIDADE DE LEANDRO SAPIA DE SOUZA, com fulcro no art. 107, inciso IV, c.c. arts. 110, § 1º, 109, IV e art. 112, I, e na antiga redação do artigo 117, inciso IV, todos do Código Penal, determinando a expedição de contramandado

de prisão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 49.035)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores TOLOZA NETO (Presidente sem voto), JAYME WALMER DE FREITAS e ÁLVARO CASTELLO.

São Paulo, 16 de maio de 2023.

RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO, Relator

Ementa: HABEAS CORPUS – Pedido de reconhecimento de prescrição da pretensão executória – POSSIBILIDADE – Fixado o lapso temporal para o cálculo da prescrição em 08 anos, nos termos do art. 109, IV, do CP, com incidência do teor da Súmula 497 do STF – Crime ocorrido no ano de 2004 – Aplicação da antiga redação do inciso IV, do artigo 117 do CP, sem a modificação pela 11.596/07, por se tratar de lei penal mais gravosa – Da data do trânsito em julgado da condenação para a acusação, em 23/08/2010, até a data atual transcorreram mais de 08 anos, tendo em vista que o paciente não deu início ao cumprimento da pena – Configurada a prescrição da pretensão executória, nos termos dos arts. 110, § 1º, 109, IV, art. 112, I, e antiga redação do art. 117, IV, todos do Código Penal - ORDEM CONCEDIDA.

VOTO

O advogado CRISTIANO JOUKHADAR impetra o presente pedido de *habeas corpus* em favor de **LEANDRO SAPIA DE SOUZA**, alegando que está sofrendo constrangimento ilegal por parte do MM. Juízo de Direito da 4ª Vara Criminal da Comarca de São José dos Campos.

Informa o impetrante que o Juízo coator negou a recontagem do prazo prescricional, em acordo à legislação aplicada à época dos fatos: *"crime ocorrido no ano de 2004 e foi aplicada em prejuízo do paciente a Legislação nº 11596/07, que promoveu alterações ao art. 117, IV, do Código Penal, sendo que no momento do delito apenas mencionava como marco interruptivo a sentença condenatória recorrível e não trazia a menção de acórdão condenatório recorríveis"*.

Aduz que o juízo impetrado considerou o trânsito em julgado do acórdão para se iniciar a contagem da prescrição, qual seja, a partir de 12/12/2017, insurgindo-se o impetrante e requerendo novamente que a Lei 11.596/07 não

Acesso ao Sumário

retroagisse, restando o pleito indeferido, sob os mesmos argumentos anteriores.

Alega que a alteração do CP pela Lei 11.596/07 não pode ser aplicada ao caso em tela, pois o delito foi cometido no ano de 2004, antes da vigência da referida lei, que é prejudicial ao paciente, de modo que, uma lei posterior só retroagiria nos casos que fosse para beneficiar o paciente.

Destaca que "o marco interruptivo ocorrido em 12/12/07 – trânsito em julgado do acórdão referente ao julgamento do recurso defensivo perante o Supremo Tribunal Federal, trata-se de interpretação da atual redação do art. 117, IV, do CP, modificado pela Lei nº 11.596/07" e que não pode retroagir para alcançar o paciente por crime ocorrido em data anterior, tendo em vista que o delito ocorreu em 2004, devendo ser aplicável a antiga redação que estabelecia como marco interruptivo da prescrição somente a sentença condenatória recorrível.

Pleiteia, liminarmente, a extinção da punibilidade do paciente, ante a prescrição da pretensão executória, conforme os artigos 107, inciso IV, e 110, § 1º, c.c. art. 109, inciso IV, na antiga redação do art. 117, IV, todos do CP. Subsidiariamente, pretende a concessão da liminar para suspender o cumprimento do mandado de prisão expedido em desfavor do paciente.

No mérito, requer a confirmação da liminar, declarando-se a extinção da punibilidade do paciente ante a prescrição da pretensão executória, com fundamento nos artigos 107, IV, e 110, § 1º, c.c. art. 109, IV, e na antiga redação do art. 117, IV, todos do CP.

Indeferido o pedido liminar (fls. 16/17). Prestadas as informações pela autoridade impetrada (fls. 18/19).

Houve oposição ao julgamento virtual (fls. 14).

Manifestando-se nos autos, opinou o representante do Ministério Público pela denegação da ordem (fls. 23/32).

É O RELATÓRIO.

O dever do Estado é punir quando ocorrer violação da lei penal. Entretanto, perde o direito, quando deixar de fornecer em tempo hábil a resposta jurisdicional.

Tem-se, então, a ocorrência da prescrição, que pode ser da pretensão punitiva ou da pretensão executória.

No caso vertente, tem-se que o paciente foi condenado à pena de 04 anos e 01 mês de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 40 dias-multa, como incurso no artigo 129, § 1º, inciso II, c.c. artigo 61, inciso II, letra "e" e artigo 71, todos do CP, por **crime ocorrido em 13/02/2004 e datas anteriores** (fls. 42/47).

Houve recurso da defesa, tendo **a sentença transitado em julgado para**

Acesso ao Sumário

o Ministério Público em 23/08/2010 (fls. 48).

Em consulta aos autos originais, cujas cópias foram juntadas ao presente *writ*, depreende-se que, proferido Acórdão, foi dado parcial provimento ao recurso, apenas par afastar os dias-multa fixados, mantida, no mais, a condenação de Leandro, por seus próprios fundamentos. Foram rejeitados os embargos declaratórios. O trânsito em julgado para o Ministério Público se deu em 13/05/2014.

Interpostos recursos especial e extraordinário, estes não foram admitidos.

O agravo em recurso especial não foi conhecido e foi negado provimento ao agravo regimental, em 02/02/2016. Diante dessa decisão, o Juízo de 1º Grau determinou a expedição de mandado de prisão aos 18/10/2016.

Também foi negado seguimento do agravo em recurso extraordinário e negado provimento ao agravo interno, em 27/10/2017.

O Acórdão proferido pelo C. Supremo Tribunal Federal transitou em julgado para as partes em 12/12/2017.

Foi regularizada a ordem de prisão, tendo sido expedido novo mandado em 22/02/2018, agora em razão de decisão irrecorrível, o qual aguarda cumprimento desde então, ou seja, o paciente não deu início ao cumprimento de sua pena até a presente data.

Formulado pedido de extinção da punibilidade com base na prescrição da pretensão executória perante a autoridade coatora, este foi deferido parcialmente para fixar o prazo de 08 anos para cálculo da prescrição, afastado o acréscimo decorrente da continuidade delitiva, nos termos do art. 109, inciso IV, do CP, não se vislumbrando a ocorrência de prescrição.

Contra essa decisão se insurge o impetrante.

Pois bem.

Inicialmente, cumpre ressaltar que correta está a decisão do magistrado "a quo" quanto ao afastamento do aumento decorrente da continuidade delitiva, de acordo com o teor da Súmula 497 do STF, *in verbis*: *"Quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta, não se computando o acréscimo decorrente da continuação"*.

Portanto, o **lapso temporal a ser considerado para o cálculo de prescrição é o de 08 anos,** conforme reza o art. 109, inciso IV, c.c. art. 110, ambos do Código Penal.

No tocante ao **termo inicial para contagem da prescrição da pretensão executória,** há que se considerar o disposto no artigo 112, inciso I, primeira parte, do Código Penal.

Referido dispositivo não foi revogado, não havendo que se falar que não tenha sido recepcionado pela Constituição Federal.

Acesso ao Sumário

Por longa data, o C. Supremo Tribunal Federal adotava entendimento no sentido de que *"A prescrição da pretensão executória verifica-se após o efetivo trânsito em julgado da sentença, para ambas as partes (CP. art. 110). Começa a fluir, entretanto, da data do trânsito em julgado para a acusação (CP, art. 110, §1º). Regula-se pela pena concretizada na sentença"* (HC 81150/MG, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 04/09/2001).

Contudo, em decisão recentíssima, ocorrida em 12/04/2023, o Plenário da Suprema Corte, por unanimidade, entendeu que a contagem do prazo prescricional da pretensão executória do Estado inicia-se apenas com o trânsito em julgado para ambas as partes (ARE 786009 – AgR-ED-EDv – Rel. Min. Edson Fachin – julg. 12/04/2023).

Não obstante o atual entendimento jurisprudencial, no presente caso há uma particularidade que precisa ser considerada, no tocante ao disposto no inciso IV, do artigo 117, do CP.

Nesse ponto, é necessário consignar que o referido dispositivo legal sofreu modificação introduzida pela Lei 11.596 de 2007.

Anteriormente, estabelecia que o curso da prescrição seria interrompido somente "pela sentença condenatória recorrível", com a entrada em vigor da Lei 11596/07, foi definida como causa interruptiva a publicação da sentença ou acórdão condenatório recorrível.

No entanto, *in casu*, embora o Acórdão proferido pelo C. STF no agravo interno tenha transitado em julgado para as partes em 12/12/2017, o **delito foi cometido no ano de 2004, ou seja, antes da alteração que introduziu um novo marco interruptivo.**

Em que pese o entendimento da D. Procuradoria de Justiça, tratando-se de modificação mais gravosa, não pode a lei alcançar os acusados por crimes ocorridos em datas anteriores, assim, não há que se falar em retroatividade.

Logo, deve ser aplicada a redação vigente a época dos fatos, que considerava apenas a interrupção pela sentença condenatória recorrível, por se tratar de matéria penal.

Nesse sentido é o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. OCORRÊNCIA. ALTERAÇÃO DO INCISO IV DO ARTIGO 117 DO CÓDIGO PENAL PELA LEI N. 11.596/2007. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. INSTITUIÇÃO DE NOVO MARCO INTERRUPTIVO. INAPLICABILIDADE AOS DELITOS ANTERIORES. DECISÃO REFORMADA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme ao asseverar que, "[d]e acordo com a literalidade do artigo 112, inciso I, do Código

Acesso ao Sumário

Penal, o termo inicial da contagem do prazo prescricional da pretensão executória é o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação. Precedentes do STJ" (AgRg no RCD na PET no HC n. 449.842/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, 5ª T., DJe 10/10/2018).

2. É imperioso consignar também que '[p]acífico era o entendimento desta Corte Superior no sentido de que o acórdão que confirma a condenação, ainda que majore ou reduza a pena, não constitui marco interruptivo da prescrição. Precedentes. 3. O Plenário do STF, no recente julgamento do AGRG no HC n. 176.473/RR, ocorrido em 27/4/2020, firmou a tese no sentido de que, nos termos do inciso IV do artigo 117 do Código Penal, o acórdão condenatório sempre interrompe a prescrição, inclusive quando confirmatório da sentença de 1º grau, seja mantendo, reduzindo ou aumentado a pena anteriormente imposta' (AgRg no REsp n. 1.863.639/BA, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 30/6/2020).

3. Entretanto, a despeito de o trânsito em julgado do acórdão referente ao julgamento do apelo defensivo haver ocorrido apenas em 26/5/2016, ***deve-se manter como marco interruptivo para a aferição da prescrição da pretensão executória o trânsito em julgado para a acusação, pois trata-se de interpretação da atual redação do art. 117, IV, do CP, modificado pela Lei n. 11.596/2007, e a lei penal mais gravosa porque criou um novo marco interruptivo da prescrição não pode retroagir para alcançar os acusados por crimes ocorridos em datas anteriores.***

4. No caso vertente, como os delitos ocorreram entre 1997 e 2002, é ***aplicável ao réu a antiga redação do dispositivo legal em apreço, que estabelecia como marco interruptivo da prescrição somente a "sentença condenatória recorrível".*** *Assim, dado que a audiência admonitória ocorreu tão-somente em 23/3/2017, decorreu, desde o trânsito em julgado para a acusação, em 5/12/2008, o período de 8 anos, previsto no art. 109, IV, do Código Penal.*

5. Agravo regimental provido para declarar extinta a punibilidade do agravante ante a prescrição da pretensão executória, com lastro nos arts. 107, IV e 110, § 1°, c/c o 109, IV, e na antiga redação do art. 117, IV, todos do Código Penal".

(AgRg no HC nº 603.139/SP, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 02/12/2020) (grifo nosso).

Desse modo, a data a ser considerada como marco inicial para a contagem da prescrição da pretensão **executória** é a do **trânsito em julgado da sentença para a acusação, ocorrido em 23/08/2010,** de modo que a pena imposta não sofreria qualquer aumento com o recurso da defesa (art. 112, I, CP).

Lembro que o paciente está foragido, encontrando-se o mandado de pri-

Acesso ao Sumário

são pendente de cumprimento desde a sua expedição, em fevereiro de 2018, ou seja, Leandro não deu início ao cumprimento de sua reprimenda até o presente momento.

Portanto, tendo sido **ultrapassado mais de 08 anos, desde o trânsito em julgado da sentença para a acusação até a data atual, ocorreu a prescrição da pretensão executória.**

Pelo exposto, **CONCEDE-SE A ORDEM**, reconhecendo-se a ocorrência da prescrição da pretensão executória, referente à pena do processo nº 0712399-02.2004.8.26.0577, **JULGANDO EXTINTA A PUNIBILIDADE DE LEANDRO SAPIA DE SOUZA**, com fulcro no art. 107, inciso IV, c.c. arts. 110, § 1º, 109, IV e art. 112, I, e na antiga redação do artigo 117, inciso IV, todos do Código Penal, expedindo-se contramandado de prisão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2064221-55.2023.8.26.0000, da Comarca de Piracicaba, em que é paciente M. E. G. F., Impetrantes J. C. C. e C. A. A. DE A..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V. U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.321)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MENS DE MELLO (Presidente) e IVANA DAVID.

São Paulo, 20 de maio de 2023.

REINALDO CINTRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: *Habeas Corpus*. Violência doméstica e familiar contra a mulher. Inquérito policial arquivado. Manutenção da medida protetiva de afastamento do paciente do lar conjugal pelo prazo de 12 meses. Caráter de cautelaridade das medidas protetivas de urgência que foi observado no caso concreto. Necessidade da manutenção do afastamento do paciente ante a grande litigiosidade entre as partes. Período delimitado pela d. Autoridade Coatora.

Jurisprudência recente do C. STJ. As medidas protetivas de urgência podem ser prorrogadas ou concedi-

das pelo magistrado, independentemente da extinção de punibilidade do autor, devendo a vítima ser ouvida antes do encerramento da cautelar protetiva. Constrangimento ilegal não configurado. Ordem denegada.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de **M. E. G. F.**, alegando, em síntese, que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal por ato da MM. Juíza de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Piracicaba.

Alega a defesa, em síntese, que o paciente *"foi falsamente acusado de ter agredido a mãe de sua filha, R. L. T., o que ensejou medidas protetivas, nos autos nº 1501354-25.2022.8.26.0451 da 1ª Vara Criminal de Piracicaba"* (fls. 02), sendo que, dentre elas, havia a determinação de seu afastamento do lar.

A vítima, genitora de sua filha e ex-companheira, alega que teria sido supostamente agredida pelo paciente no dia 26/04/2022, razão pela qual foi instaurado o inquérito policial de nº 1502463-74.2022.8.26.0451.

Após a elaboração do relatório final pela Autoridade Policial, o Ministério Público se manifestou pelo arquivamento do feito, tendo a d. Autoridade Coatora acolhido o parecer ministerial, mantendo, no entanto, a medida protetiva de afastamento do lar pelo período de 12 meses.

Explica que a medida protetiva de afastamento do lar, prevista no art. 22, II, da Lei nº 11.340/06, não poderia ser mantida pelo MM. Juízo "a quo", tendo em vista o arquivamento do inquérito policial, até mesmo porque tal medida tem caráter penal e cautelar, impondo restrição à liberdade do paciente, de modo que não deve prevalecer indefinidamente e desatrelada a inquérito policial ou processo penal em andamento.

Aduz que, embora o paciente esteja litigando com a vítima acerca da propriedade do imóvel do ex-casal, não se justifica a manutenção da medida protetiva, tendo a ofendida se valido da Lei Maria da Penha para manter-se exclusivamente no bem.

Destaca que o inquérito policial foi arquivado a pedido do Ministério Público, vez que as agressões teriam sido simuladas pela vítima.

Assevera que a decisão que arquivou o inquérito policial e manteve o afastamento do paciente do lar fere o princípio do devido processo legal, resultando em constrangimento ilegal.

Assim, requer a concessão da liminar para que sejam revogadas todas as medidas protetivas impostas ao paciente (fls. 01/11).

Acesso ao Sumário

O pedido liminar foi indeferido (fls. 161/164). Vieram as informações (fls. 167/169). A d. Procuradoria Geral de Justiça ofereceu parecer (fls. 173/177), opinando pela denegação da ordem do presente *habeas corpus*.

É o relatório.

Verifica-se dos autos que foi instaurado inquérito policial para apuração dos fatos tratados no Procedimento Cautelar nº 1501354-25.2022.8.26.0451, cujo escopo era a aplicação das medidas protetivas de urgência previstas na Lei nº 11.340/2006.

Aos 03 de maio de 2022, foi proferida decisão no mencionado procedimento cautelar deferindo as medidas protetivas previstas nos incisos II e III, alíneas "a", "b" e "c", do artigo 20 e inciso II do artigo 23, todos da Lei Especial (fls. 32/33 – apenso). Com isso, em 05 de maio de 2022, foi dado cumprimento ao mandado de afastamento do paciente do domicílio de convivência com a ofendida, reconduzindo-a ao respectivo imóvel (fls. 49 e 51 – apenso).

Os pedidos de revogação das medidas protetivas formulados pelo paciente no procedimento cautelar foram indeferidos, conforme decisões de fls. 102 e 152, do respectivo apenso. Na data de 19 de maio de 2022, a digna Defesa do paciente ingressou com uma representação criminal para instauração de inquérito policial visando a apuração de eventuais delitos de ameaça e falsa comunicação de crime perpetrados pela vítima contra o paciente, a qual foi distribuída sob nº 1009008-23.2022.8.26.0451 e apensado a estes autos.

Conforme decisão de fls. 62 da representação, foi encaminhada cópia da cota ministerial (fls. 60) à Delegacia de Defesa da Mulher, na qual o r. Promotor de Justiça determina à autoridade policial que amplie o escopo do presente inquérito policial para que nele também sejam apurados os fatos objetos da representação feita pelo paciente. O presente feito foi relatado em 14 de fevereiro do corrente ano. O Órgão Ministerial se manifestou, em 16 de fevereiro de 2023, pelo arquivamento com a ressalvado art. 18 do CPP, ante a ausência de elementos necessários à persecução Penal (fls. 91/92).

Acesso ao Sumário

Em 13 de março de 2023, a vítima requereu que não fosse homologado o pedido de arquivamento feito e que os autos tornassem com vista ao Ministério Público para análise da possibilidade de oitiva das testemunhas da vítima (fls. 94/95). Em seguida, aos 15 de março de 2023, a ofendida peticionou novamente, desta vez pleiteando que, caso acolhida a manifestação de arquivamento dos autos pelo Juízo, **fossem mantidas as medidas protetivas impostas e, alternativamente, que a medida de afastamento do lar fosse mantida** (fls. 101/102). O paciente, por sua vez, em 16 de março de 2023, peticionou para que fosse acolhido o requerimento de arquivamento formulado pelo Ministério Público (fls. 101/102).

Assim, em 17 de março de 2023, não obstante o arquivamento do inqué-

rito policial de nº 1502463-74.2022.8.26.0451, a d. Autoridade reputada Coatora revogou as demais medidas protetivas impostas ao paciente, mas manteve, excepcionalmente, a medida de afastamento do lar conjugal pelo prazo de 12 meses, sob os seguintes fundamentos (fls. 135/136):

> "Fls. 97/98 e 101/102: analisando as manifestações apresentadas pela vítima e averiguado, assim como a manifestação ministerial de fls. 133, **verifica-se que continuam presentes indícios de animosidade entre as partes que justificam a manutenção da medida protetiva de afastamento do averiguado do lar conjugal, o qual encontra-se habitado pela vítima e seu filho de quatro anos. Assim, em que pese o arquivamento dos presentes autos, FICA MANTIDO, em caráter excepcionalíssimo, o AFASTAMENTO DO AVERIGUADO DO LAR CONJUGAL PELO PRAZO DE 12 (MESES), NELE SÓ PODENDO ADENTRAR COM A AUTORIZAÇÃO DA OFENDIDA,** revogando-se esta decisão em data anterior se eventualmente houver decisão em sentido contrário a ser proferida pelo Juízo Cível em ação ajuizada pela parte interessada, devendo este Juízo ser comunicado em caso de sentença ou liminar deferida, para baixa da medida protetiva e realização das comunicações necessárias" (grifei).

Diante dos fatos narrados, em que pese o entendimento do d. impetrante, suas alegações não devem prosperar, havendo elementos concretos a justificar a manutenção do afastamento do lar com o fim de preservar a integridade física e psicológica da vítima, inexistindo qualquer violação ou abuso frente a direitos do paciente.

Em consulta ao sítio eletrônico deste E. TJSP, verificou-se que nos autos nº 1009793-82.2022.8.26.0451, da 2ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Piracicaba, reconheceu-se o direito da vítima à meação do imóvel, assim como o direito de uso exclusivo do bem até a extinção do condomínio ou alienação, independentemente de qualquer contraprestação.

Assim, *"faculta-se à requerente, pelo fato de residir em companhia da filha comum (fls. 171), o direito de uso exclusivo do bem imóvel comum, até a efetiva extinção do condomínio ou alienação, independentemente de qualquer contraprestação ao requerente, arcando, contudo, com a integralidade das despesas relacionadas ao consumo de água e luz do imóvel durante o período de ocupação exclusiva (fls. 456 dos autos nº 1009793-82.2022.8.26.0451)".*

Frise-se que a d. Autoridade Coatora estipulou o prazo de 12 meses de afastamento do averiguado do lar conjugal, até mesmo porque *"as medidas protetivas de urgência possuem o caráter de cautelaridade, isto é, devem vigorar apenas enquanto forem necessárias ao processo e a seus fins"* (STJ. 6ª Turma. AgRg no REsp 1.769.759/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 14/05/2019).

Acesso ao Sumário

Como bem ressaltado pelo i. Procurador de Justiça, é de rigor a preservação da aludida medida protetiva, pois *"serve até mesmo para a satisfação do direito concedido à vítima na esfera cível, de cunho patrimonial, mas também inserido no contexto da dignidade da pessoa humana (moradia com a filha menor do casal)"* (fls. 177).

Insta salientar o recente julgado do C. Superior Tribunal de Justiça, que entendeu que a concessão da medida protetiva de urgência à vítima não está condicionada à existência de fato que configure, em tese, ilícito penal, sendo necessária a oitiva da mulher em situação de violência acerca do fim de tais. Confira-se:

> "AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 4º, 7º E 22, TODOS DA LEI N. 11.340/2006. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE, DIANTE DA NÃO PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL E EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE DO AGENTE, HOUVE POR NÃO CONCEDER MEDIDAS PROTETIVAS. NECESSIDADE DE OITIVA DA VÍTIMA ACERCA DA PRESERVAÇÃO DA SITUAÇÃO FÁTICA DE PERIGO QUE POSSA JUSTIFICAR A PERMANÊNCIA DAS CAUTELARES. VALORAÇÃO DO DIREITO À SEGURANÇA E PROTEÇÃO DA VÍTIMA QUE SE IMPÕE. 1. Não se desconhece a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, extinta a punibilidade, não subsistem mais os fatores para a manutenção/concessão de medidas protetivas, sob pena de eternização da restrição de direitos individuais. 2. As duas Turmas de Direito Penal deste Superior Tribunal de Justiça vêm decidindo que, embora a lei penal/processual não prevê um prazo de duração da medida protetiva, tal fato não permite a eternização da restrição a direitos individuais, devendo a questão ser examinada a luz dos princípios da proporcionalidade e da adequação. [...] Na espécie, as medidas protetivas foram fixadas no ano de 2017 (proibição de aproximação e contato com a vítima). O recorrente foi processado, condenado e cumpriu integralmente a pena, inexistindo notícia de outro ato que justificasse a manutenção das medidas. Sendo assim, as medidas protetivas devem ser extintas, evitando-se a eternização de restrição a direitos individuais (RHC n. 120.880/DF, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 28/9/2020). 3. Se não há prazo legal para a propositura de ação, normalmente criminal, pela competência ordinária para o processo da violência doméstica, tampouco se pode admitir eterna restrição de direitos por medida temporária e de urgência. [...] Dado o lapso temporal transcorrido entre o deferimento das medidas protetivas no ano de 2016 até o presente momento, havendo, inclusive, o reconhecimento da extinção da punibilidade do agente, em relação aos fatos descritos no boletim

Acesso ao Sumário

de ocorrência, deve ser mantida a decisão recorrida que revogou medidas protetivas, indevidamente eternizadas pela não propositura da ação de conhecimento, sendo despiciendo o retorno dos autos para avaliação da manutenção da medida protetiva (AgRg no REsp n. 1.769.759/SP, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe de 14/5/2019). 4. **Nos termos do Parecer Jurídico emanado pelo Consórcio Lei Maria da Penha, a revogação de medidas protetivas de urgência exige a prévia oitiva da vítima para avaliação da cessação efetiva da situação de risco à sua integridade física, moral, psicológica, sexual e patrimonial. Tanto mais que assinala o Protocolo para o Julgamento com Perspectiva de Gênero, "as peculiares características das dinâmicas violentas, que, em regra, ocorrem no seio do lar ou na clandestinidade, determinam a concessão de especial valor à palavra da vítima" (CNJ, 2021, p. 85). [...], enquanto existir risco ao direito da mulher de viver sem violência, as restrições à liberdade de locomoção do apontado agente são justificadas e legítimas. O direito de alguém de não sofrer violência não é menos valioso do que o direito de alguém de ter liberdade de contato ou aproximação. Na ponderação dos valores não pode ser aniquilado o direito à segurança e à proteção da vítima (fls. 337/338). 5. Antes do encerramento da cautelar protetiva, a defesa deve ser ouvida, notadamente para que a situação fática seja devidamente apresentada ao Juízo competente, que diante da relevância da palavra da vítima, verifique a necessidade de prorrogação/concessão das medidas, independente da extinção de punibilidade do autor**. 6. Agravo regimental provido para que a agravante seja ouvida acerca da necessidade das medidas protetivas de urgência à mulher em situação de violência e, caso constatada a permanência da situação de perigo, seja a referida medida concedida ou mantida".

(STJ, AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1775341 – SP, Rel. Min. Ministro Sebastião Reis Júnior, j. em 12/04/2023) (grifei).

Conclui-se, portanto, que a digna autoridade impetrada agiu em perfeita conformidade com a lei e não se vislumbra qualquer ato que justifique a concessão da ordem.

Ante o exposto, **DENEGA-SE** a ordem ao presente *habeas corpus* impetrado em favor de **M. E. G. F.**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Habeas Corpus Criminal nº

Acesso ao Sumário

2102231-71.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é paciente ALCEU CEU GOMES NOGUEIRA e Impetrante BRUNO FERULLO RITA.

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram em partes da impetração e, na parte conhecida, DENEGARAM A ORDEM. V.U. Sustentou oralmente o advogado, dr. Bruno Ferullo Rita, e usou da palavra o Exmo. Sr. Procurador de Justiça, dr. Valter Foletto Santin.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.660)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente), COSTABILE E SOLIMENE e LUIZ FERNANDO VAGGIONE.

São Paulo, 22 de maio de 2023

ALEX ZILENOVSKI, Relator

HABEAS CORPUS EXECUÇÃO PENAL Necessidade da realização do exame criminológico para apreciação do requerimento de progressão de regime. Particularidades do caso concreto que recomendam a mais cautelosa análise do pedido de progressão. Constrangimento ilegal não evidenciado. Ordem denegada.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ordem de ***habeas corpus*** impetrada em favor de **ALCEU CEU GOMES NOGUEIRA**, com pedido liminar, sob a alegação de estar ele sofrendo constrangimento ilegal, partido do MM. Juízo da Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal do Foro de São Paulo/SP DEECRIM 1ª RAJ.

Segundo se extrai da impetração, o paciente formulou pedido de progressão de regime e, para avaliação do requisito subjetivo, o D. Juízo *a quo* entendeu pela necessidade de realização do exame criminológico.

Insurge-se contra esta decisão.

Alega-se que o paciente preencheu os pressupostos para concessão da benesse e a decisão impugnada careceria de fundamentação idônea.

Ressalta que *"já descontou prazo muito superior ao preenchimento do requisito objetivo"*, bem como que sua última falta grave ocorreu há mais de quinze anos, possuindo comportamento carcerário exemplar.

Reclama que seu histórico prisional não foi apreciado, suscitando a ine-

Acesso ao Sumário

xistência de elementos na execução que autorizem a realização do exame criminológico.

Diante disto, requer a concessão da liminar para que sejam suspensos os efeitos da decisão até o julgamento final deste *writ*. No mérito, pugna pela progressão do paciente ao regime intermediário *"ou, ao mínimo, que seja determinado que o juízo de piso profira nova decisão, desconsiderando os argumentos inidôneas lançados da decisão ora combatida, devendo o Paciente ter o seu pedido de progressão de regime analisado sem a necessidade da realização de seu exame criminológico."*

Indeferida a liminar, prestadas as informações de estilo (fls. 31), manifestou-se a d. Procuradoria de Justiça pelo não conhecimento da ordem ou, caso conhecida, pela sua denegação (fls. 35/41).

É o relato do necessário.

A d. Autoridade, ora coatora, informou que o paciente foi condenado, por feitos diversos, às penas de: 15 anos, 07 meses e 10 dias de reclusão, 01 ano e dois meses de reclusão, 03 anos, 01 mês e 10 dias de reclusão, e 11 anos e 03 meses de reclusão.

Descreveu indeferimento relativamente recente da progressão de regime (em 05 de setembro de 2022) e a determinação de realização de exame criminológico (em 27 de abril de 2023).

Destarte, o pleito principal (buscava-se a progressão de regime em si) não há de ser conhecido. Conforme narram as informações prestadas, o renovado pedido de progressão de regime não foi, ainda, examinado pelo d. Juízo de primeira instância. A análise da matéria por este Tribunal, portanto, se traduziria em indevida supressão de instância.

No que toca o exame determinado, parte-se da premissa que o exame criminológico não foi abolido, podendo ser determinado se as particularidades do caso concreto assim o exigirem. Nesse sentido é a súmula de número 439, do e. STJ:

> Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada. (SÚMULA 439, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/04/2010, DJe 13/05/2010)

In casu, trata-se de apenado que, embora ostente bom comportamento carcerário (fls. 12), possui histórico que recomenda maior cautela na análise de benefícios.

Além da longa pena a cumprir, acima citada, nota-se que foi preso pela primeira vez, em flagrante delito, ainda em 2003. Deste então, recebeu a liberdade por múltiplas vezes (seja pela concessão de *Habeas Corpus*, seja pela concessão da liberdade provisória, seja pelo cumprimento de penas alternativas), tornando ao cárcere após sua prisão em flagrante (fls. 15).

Acesso ao Sumário

Expia, atualmente, penas pela prática dos crimes previstos nos artigos 288 e 148, § 2º, ambos do Código Penal, e 2º, § 2º, da Lei 12.850/13.

É bem verdade que as faltas disciplinares que praticou encontram-se reabilitadas. Todavia, há anotações de envolvimento com facção criminosa (fls. 18). Além disso, o renovado ingresso pela vereda delitiva, quando em liberdade, de fato aconselha a medida determinada pela d. Autoridade.

No mais, nota-se que a citada Autoridade, com cautela, determinou a elaboração da perícia com urgência, de modo que se nota esforços para o célere exame do pleito.

Ante o exposto, conhece-se em partes da impetração e, na parte conhecida, **DENEGA-SE A ORDEM.**

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Criminal nº 2022742-82.2023.8.26.0000, da Comarca de Ourinhos, em que é impetrante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é impetrado MM. JUIZ (A) DA 2ª VARA CRIMINAL - FORO DE OURINHOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam a segurança para conferir às medidas protetivas prazo indeterminado, devendo o Juízo "a quo" analisar o pedido de revogação das medidas de urgência formulado pela vítima com a necessária brevidade e, caso sejam mantidas, deverá reavaliar a permanência da situação que ensejou o deferimento das cautelares em questão a cada 90 (noventa) dias. V. U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.054)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RENATO GENZANI FILHO (Presidente), XAVIER DE SOUZA e PAIVA COUTINHO.

São Paulo, 22 de maio de 2023.

RENATO GENZANI FILHO, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Artigos 129, § 9º, 140 e 147, todos do Código Penal – Insurgência Ministerial contra a fixação de prazo para a vi-

Acesso ao Sumário

gência das medidas protetivas – Concessão do "mandamus" – Necessidade – Hipótese em que as referidas cautelares devem permanecer em vigor enquanto houver risco à integridade física e psíquica da vítima e não por prazo certo pré-estabelecido – Necessidade de reavaliação periódica da permanência das circunstâncias que ensejaram o seu deferimento.

Segurança concedida, com determinação.

VOTO

Vistos.

Trata-se de mandado de segurança impetrado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, contra ato do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de OURINHOS, que fixou prazo de validade às medidas protetivas de urgência fixadas em favor de M. H. C. da C., nos autos registrados sob nº 1500324-50.2023.8.26.0408.

Aduz o i. impetrante que em razão de representação de M. H., vítima de violência doméstica, foram impostas em face de seu ex-companheiro R. M. F., as seguintes medidas: afastamento do lar; proibição de aproximação dela e de seus familiares; e, proibição de contato por qualquer meio de comunicação, pelo prazo de seis meses.

Insurge-se o "Parquet" contra a fixação de prazo para a permanência das medidas de urgência, argumentando que tais providências visam preservar a saúde física e psicológica da vítima, além de preservar seus direitos fundamentais à liberdade, sexualidade, moralidade e patrimônio afastando de seu convívio e proximidade o agressor doméstico. Portanto, devem perdurar até a cessação da situação de risco.

Ainda neste sentido, sustenta que a Lei nº 11.340/06, seja no artigo 22, seja em outros preceitos, não prevê prazo mínimo ou máximo de vigência das medidas e cautelas nela previstas.

Postula, assim, a concessão da ordem, para cassar o termo final fixado pelo Juízo de primeiro grau de jurisdição, mantendo-se sem prazo pré-determinado as medidas protetivas.

A liminar indeferida (fls. 50/51).

Informações prestadas (fls. 54/55).

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela concessão da segurança (fls. 73/79).

É o relatório.

Segundo informações prestadas pela autoridade apontada como coatora:

Acesso ao Sumário

"Em 6 de fevereiro de 2023 foi registrada ocorrência versando acerca da prática, em tese, dos delitos previstos nos artigos 129, § 9º, 140 e 147, todos do Código Penal, ocasião em que a vítima solicitou as medidas protetivas de urgência previstas no artigo 22, da Lei nº 11.340/2006 (Doc. nº 01 – págs. 23/26).

Em 06 de fevereiro de 2023 o Ministério Público manifestou-se favoravelmente ao requerimento da vítima (Doc. nº 02 – págs. 23/26).

Por r. decisão proferida em 7 de fevereiro de 2023 foram concedidas à vítima as medidas protetivas previstas no artigo 22, incisos II e III, alíneas "a" e "b", da Lei nº 11.304/2006 (Doc. nº 03 – págs. 27/29).

Em 13 de fevereiro de 2023, apesar da diligência empreendida pelo oficial de justiça, o averiguado não foi notificado da impetração do Mandado de Segurança por parte do Ministério Público.

No momento, os autos encontram-se aguardando a vinda do respectivo Inquérito Policial."

Inicialmente, de acordo com dados extraídos dos registros eletrônicos desta Corte, a vítima apresentou pedido de revogação das medidas protetivas alegando que se reconciliou com o paciente (fls. 72 dos autos originários), pretensão que ainda aguarda apreciação pelo Juízo "a quo".

Portanto, considerando a vigência das medidas protetivas, de rigor o conhecimento do presente *"mandamus"*, com a concessão da segurança com determinação, como a frente se verá.

"In casu", verifica-se que a vítima M. H. C. da C., companheira do paciente, por ter sido agredida verbal e fisicamente teve deferidas em seu favor medidas protetivas de urgência. Relata a ofendida que na data dos fatos, por não ter permitido acesso do acusado, que se encontrava sob efeito de entorpecentes, à motocicleta e ao veículo do casal, foi ameaçada de morte e agredida com socos e tapas no rosto.

Pois bem.

Sobre a questão tratada neste *"mandamus"*, observa-se que a Lei nº 11.340/06 não fixa prazo de validade para as cautelares em questão, logo, presume-se que devem vigorar enquanto persistir a situação de risco à integridade física e psíquica da vítima, sob pena de se tornarem insuficientes para a repressão dos crimes cometidos no âmbito doméstico.

Acesso ao Sumário

Neste sentido, julgou esta Egrégia 11ª Câmara de Direito Criminal:

"Não obstante a denominada Lei Maria da Penha não tenha estipulado prazo de validade para as medidas protetivas, é certo que essas devem durar por período suficiente para atingir seu objetivo, ou seja, que garanta a proteção integral à mulher que se encontra em situação de violência doméstica, enquanto perdurar o risco, sem limite temporal." (Mandado de Segurança

nº 2260662-43.2022.8.26.0000, Relator Desembargador Paiva Coutinho, j. 20/03/2023).

"Desse modo, como há notícia nos autos de que o averiguado vinha importunando a vítima, com alguma prova da materialidade de crime de violência doméstica, consubstanciada nas cópias de mensagens e registros extraídos de telefone celular (fls. 22/81), estão presentes os requisitos autorizadores das medidas protetivas, ainda que não haja, por ora, comprovação efetiva de que o averiguado tenha praticado agressão física, ou qualquer outro delito contra a vítima, até porque essa análise não pode ser feita nesse momento processual.

Entretanto, é certo que o Código de Processo Penal não estipulou prazo determinado para a vigência das cautelares, mas estabeleceu sua incidência de acordo com a necessidade e adequação (art. 282 do Código de Processo Penal) e revisão periódica (art. 282, § 5º, do Código de Processo Penal)." *– (Apelação nº 1500631-49.2021.8.26.0157, Relator Desembargador Alexandre Almeida, j. 22/05/2022).*

Assim, embora não possam se prolongar no tempo indeterminadamente, não estão limitadas a prazo de vigência, de maneira que deve prevalecer a proteção da vítima, diante da imprevisibilidade existente em casos tais de violência doméstica.

Todavia, por seu caráter provisório e por inegavelmente implicarem em restrição ao direito de locomoção do paciente, não devem vigorar indefinidamente, como acima mencionado.

Destarte, a necessidade de sua permanência deve ser analisada periodicamente, oportunidade em que será verificado se continuam presentes os motivos que ensejaram o seu deferimento.

Neste sentido, confira julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"HABEAS CORPUS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. AMEAÇA. MEDIDA PROTETIVA TORNADA DEFINITIVA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. DESPROPORCIONALIDADE. DIREITO DE LOCOMOÇÃO DO PACIENTE AFETADO DE FORMA PERPÉTUA. ILEGALIDADE CONSTATADA. HIPÓTESE DE INDETERMINAÇÃO DA MEDIDA, COM A NECESSÁRIA AVALIAÇÃO PERIÓDICA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Como cediço, esta Corte possui o entendimento segundo o qual "as medidas de urgência, protetivas da mulher, do patrimônio e da relação familiar, somente podem ser entendidas por seu caráter de cautelaridade - vigentes de imediato, mas apenas enquanto necessárias ao processo e a seus fins" (AgRg no REsp n. 1.769.759/SP, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 7/5/2019, DJe de 14/5/2019).

2. Sendo assim, não há como se esquivar do caráter provisório das medidas protetivas, ainda que essa provisoriedade não signifique, necessariamente,

Acesso ao Sumário

um prazo previamente definido no tempo, até porque se mostra imprescindível que a proteção à vítima perdure enquanto o risco recair sobre ela, de forma que a mudança ou não no estado das coisas é que definirá a duração da providência emergencial. Ora, fixar uma providência por prazo indeterminado não se confunde, nem de longe, com tornar essa mesma providência permanente, eterna. É indeterminado aquilo que é impreciso, incerto, vago. Por outro lado, é permanente, eterno, aquilo que é definitivo, imutável.

3. No caso, ao tornar definitiva, na sentença condenatória, a medida protetiva de proibição de aproximação da vítima, anteriormente imposta, o Magistrado de piso acabou por desnaturar por completo a natureza e a razão de ser das medidas protetivas que, por serem "de urgência", tal como o próprio nome diz, equivalem a uma tutela de defesa emergencial, a qual deve perdurar até que cessada a causa que motivou a sua imposição. Não é à toa que são chamadas de medidas acautelatórias "situacionais" e exigem, portanto, uma ponderação casuística.

4. O que se tem, na verdade, na espécie, é uma providência emergencial, acautelatória e de defesa da vítima, imposta em 15/1/2018, ou seja, assim que os fatos que culminaram na condenação do paciente chegaram ao conhecimento do poder judiciário, e que se eternizou no tempo para além do prazo da própria pena aplicada ao paciente (1 mês e 10 dias de detenção), sem nenhum amparo em eventual perpetuação do suporte fático que a legitimou no início da persecução penal.

5. Levando em conta a impossibilidade de duração "ad eternum" da medida protetiva imposta - o que não se confunde com a indeterminação do prazo da providência -, bem como a necessidade de que a proteção à vítima perdure enquanto persistir o risco que se visa coibir - aferição que não pode ser realizada por esta Corte, na via exígua do writ -, é caso de se conceder a ordem de habeas corpus, ainda que em menor extensão, a fim de que, aplicando-se, por analogia, o disposto no art. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal, o Magistrado singular examine, periodicamente, a pertinência da preservação da cautela imposta, não sem antes ouvir as partes.

6. Ordem parcialmente concedida para tornar por prazo indeterminado a medida protetiva de proibição de aproximação da vítima, revogando-se a definitividade estabelecida na sentença condenatória, devendo o Juízo de primeiro grau avaliar, a cada 90 dias e mediante a prévia oitiva das partes, a necessidade da manutenção da cautela." *– (HC 605113/SC, Relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, j. 08/11/2022, DJe 11/11/2022).*

Ante do exposto, **concede-se a segurança para conferir às medidas protetivas prazo indeterminado, devendo o Juízo "a quo" analisar o pedido de revogação das medidas de urgência formulado pela vítima com a neces-**

Acesso ao Sumário

sária brevidade e, caso sejam mantidas, deverá reavaliar a permanência da situação que ensejou o deferimento das cautelares em questão a cada 90 (noventa) dias.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Criminal nº 2086767-07.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são impetrantes G. B. I. LTDA e G. L., é impetrado M. J. DE D. DO D. DE I. P. DA C. D. 3.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deferiram em parte a segurança para, mantendo-se a ordem de quebra de sigilo de dados, nos termos estabelecidos em primeiro grau, determinar a fixação de termos inicial e final para as medidas a serem cumprida pelos impetrantes, nos itens em que possível a limitação temporal, nos termos do acórdão. V.U. Presente à sessão de julgamento a Exma. Dra. Sofia Rodrigues Pinto.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 61.688)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WILLIAN CAMPOS (Presidente), RICARDO SALE JÚNIOR e GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI.

São Paulo, 14 de junho de 2023

WILLIAN CAMPOS, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – QUEBRA DE DADOS SIGILOSOS JÁ ARMAZENADOS PRECEDIDA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL – NÃO CABIMENTO DOS REQUISITOS ESTAMPADOS NA LEI 9.296/96. APLICAÇÃO DO MARCO CIVIL DA INTERNET. NECESSIDADE DE PROPORCIONALIDADE DA MEDIDA. SEGURANÇA CONCEDIDA EM PARTE.

Acesso ao Sumário

VOTO

Os advogados *Rafael Henrique Nogarotto Kohl* e *Carona Quito* impetram o presente mandado de segurança em favor de **G. B. I. LTDA.** e **G. L.** contra r. decisão de fls. 61/64, proferida pela M. Juíza de Direito do Departamento de Inquéritos Policiais da Capital DIPO 3.2.1 que, violando direito líquido e certo

dos impetrantes, a fim de instruir inquérito policial em andamento que apura crime de difamação (Processo nº 1517432-36.2022.8.26.0050), determinou a quebra de sigilo de dados cadastrais do usuário (interessado protegido), com fornecimento de dados cadastrais completos e registros de conexão, além das seguintes informações: ***a)*** *dados cadastrais das contas de e-mail vinculadas, incluindo nome e outros endereços de e-mail;* ***b)*** *atividade da respectiva conta, com logs de acesso, IPs, data e hora dos acessos (logins), incluindo Informações de conexão, como o nome da operadora e do Provedor de Conexão, além do navegador, fuso horário e número de celular e porta de conexão;* ***c)*** *marca e modelo do aparelho telefônico bem como o número telefônico do dispositivo vinculado ao e-mail em referência;* ***d)*** *envio, em mídia, como link para download, do conteúdo do Google Fotos, ou seja, das fotos armazenadas, com os respectivos metadados (exif);* ***e)*** *relação dos locais salvos no Google Maps, e similares;* ***f)*** *histórico de localização e deslocamento (location history), incluindo localizações geográficas específicas, por meio de GPS, Bluetooth, proximidade, sinal Wi-Fi ou outro meio de localização, não só do serviço Google como qualquer serviço de localização utilizado pelos aplicativos instalados nos dispositivos ora investigados;* ***g)*** *endereços físicos registrados pelo usuário e vinculados às suas respectivas contas;* ***h)*** *acesso a todos os endereços pesquisados e trajetos obtidos junto aos aplicativos google maps, waze ou outro que importe a função de GPS nos últimos 180 dias;* ***i)*** *fornecimento de agenda de contatos utilizando dispositivos móveis bem como indexados para cada conta;* ***j)*** *informações sobre pagamentos com cartão de débito ou de crédito caso conste serviços de compras e transações financeiras;* ***k)*** *acesso a todos os dados capturados pelo servidor relacionados a plataforma passwords.google.com bem como a todo autocompletes dos navegadores;* ***l)*** *arquivos dos álbuns de fotos / rolo de câmera e seus metadados - EXIF - geomarcação;* ***m)*** *arquivos presentes no cartão de SD;* ***n)*** *disponibilização de link para download do conteúdo dos arquivados no backup do Google Drive e similares, desincriptografados, em formado *.HTML; *.Db e in natura, individualizado para cada aplicação.*

Os impetrantes alegam violação ao artigo 5º, incisos X e LXXIX, da Constituição Federal, em se tratando de dados e informações sensíveis e privadas, inseridas no âmbito da proteção constitucional. Sustentam a desproporcionalidade entre as medidas e a conduta em tese praticada, de menor potencial ofensivo e apenada com detenção.

Esclarecem terem fornecido ao juízo as informações solicitadas nos itens "a", "b" e "c" da ordem judicial, observando que havia impedimento legal ao fornecimento dos conteúdos privados armazenados na conta-alvo (itens "d", "e", "f", "h", "g", e "n"), por força do disposto no art. 2º, inciso III, da Lei Federal nº 9.296/96, aplicável por analogia às quebras desses conteúdos.

Dessa forma, requerem a concessão da segurança para anular, em parte, a

Acesso ao Sumário

ordem judicial, desobrigando a impetrante de fornecer o conteúdo armazenado na conta referida conta, notadamente no que concerne aos dados do Google Fotos, Google Drive, histórico de localização e endereços físicos pesquisados e registrados.

Indeferida a liminar (fls. 74/76), e prestadas informações pela autoridade indicada coatora (fls. 79/145), a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela denegação da segurança (fls. 151/161).

É o Relatório.

Os ora impetrantes insurgem-se contra decisão judicial proferida no bojo de inquérito policial (autos nº 1517432-36.2022.8.26.0050), instaurado para investigar a suposta prática de crime de difamação contra Delegado de Polícia, o qual recebeu mensagens de cunho difamatório e intimidatório das três linhas telefônicas apontadas nos autos, logo após concluir investigações sobre crime de abuso de autoridade em tese praticado por um vereador.

Apurou-se, após uma primeira quebra de sigilo (fls. 111/114), que as três linhas telefônicas foram usadas em um único aparelho celular, um iPhone de IMEI devidamente identificado, cujo e-mail vinculado era (endereço eletrônico constante no texto original).

Entendeu-se, portanto, pela necessidade de informações complementares sobre o usuário do endereço eletrônico acima mencionado.

Por meio da decisão ora vergastada, foi determinado ao **G. L. (G. B. I. Ltda.)** a quebra de sigilo de dados, com fornecimento dos dados cadastrais completos do titular da conta (endereço eletrônico constante no texto original), assim como registros de conexão (IP, Data, Hora e GMT) dos dias 27/03/2022 a 14/04/2022, além das informações supramencionadas (fls. 61/64).

Conforme consta das informações prestadas pelo juízo *a quo, "A impetrante alegou que foi requisitada extensa lista de dados pessoais privados, com conteúdos não comunicacionais privados de natureza sensível e que não foram fornecidas informações privadas da conta alvo por impedimento legal, sustentando que a determinação visa a instruir investigação de crime de menor potencial ofensivo."* (fls. 80/82).

Pois bem.

Para o Direito, sobretudo para a persecução penal, o ambiente virtual ainda é arcabouço complexo e sem clara definição dos limites de atuação da tutela jurisdicional, especialmente em relação às dificuldades de compatibilização entre o acesso a informações privadas e os direitos fundamentais previstos na Carta Constitucional.

Debruçando-se sobre o tema, o E. Supremo Tribunal Federal tem estabelecido diferentes âmbitos de proteção para os dados particulares, distanciando a comunicação em tempo real daqueles conteúdos já armazenados em disposi-

Acesso ao Sumário

tivos eletrônicos.

Com efeito, o Pretório Excelso, em mais de uma oportunidade, esposou o entendimento de que a tutela conferida pelo artigo 5º, inciso XII, da Carta Magna, não abrange os conteúdos já registrados em aparelhos eletrônicos, mas apenas a efetiva troca de informações, isto é, a fluência de comunicação em andamento:

> *"(...) Descabe invocar a garantia constitucional do sigilo das comunicações de dados quando o acesso não alcança a troca de dados, restringindo-se apenas às informações armazenadas nos dispositivos eletrônicos. A orientação jurisprudencial do STF assinala que "A proteção a que se refere o art.5º, XII, da Constituição, é da comunicação 'de dados' e não dos 'dados em si mesmos', ainda quando armazenados em computador. (cf. voto no MS 21.729, Pleno, 5.10.95, red. Néri da Silveira - RTJ 179/225, 270)" (RE 418.416, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 19.12.2006) (...)"* (RHC 132062, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 22/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-243 DIVULG 23-10-2017 PUBLIC 24-10-2017).

Nesse diapasão, a própria Lei nº 9.296/96 *(Lei de Interceptações Telefônicas)*, ao regulamentar a parte final do referido inciso do artigo 5º da Constituição Federal, aduz expressamente sobre a aplicação de suas disposições para a captação de comunicações em fluxo, conforme exegese de seu artigo 1°, § único:

> "Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do **fluxo de comunicações** em sistemas de informática e telemática."

Os requisitos trazidos pela referida norma federal para a quebra de sigilo informático e telemático, portanto, são aplicáveis apenas à troca de dados **em tempo real**, quais sejam: ordem emanada de juiz criminal, mediante a existência de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal apenada com reclusão, e desde que a prova do fato não possa ser feita por outros meios disponíveis.

Acesso ao Sumário

Em tal cenário, limitando-se o âmbito de proteção do inciso XII do artigo 5º da Carta Constitucional à efetiva fluência da comunicação, não cabe falar em aplicação, ainda que subsidiária, dos requisitos previstos na Lei de Interceptações Telefônicas à quebra de sigilo de dados já armazenados, conforme ocorre no presente caso.

Nessa esteira, aliás, já decidiu pelo C. Superior Tribunal de Justiça em caso análogo, envolvendo celulares e smartphones:

"(...) *O sigilo a que se refere o art. 5º, XII, da Constituição da República é em relação à interceptação telefônica ou telemática propriamente dita, ou seja, é da comunicação de dados, e não dos dados em si mesmos. Desta forma,*

a obtenção do conteúdo de conversas e mensagens armazenadas em aparelho de telefone celular ou smartphones não se subordina aos ditames da Lei n. 9.296/96 (...)" (HC 372.762/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 16/10/2017).

Por outro lado, não se pode negar que as informações e dados íntimos atualmente registrados em dispositivos eletrônicos, a exemplo de mensagens, fotos e vídeos, fazem parte da vida privada dos usuários, gozando, portanto, da proteção conferida pelo artigo **5º, inciso X, da Constituição Federal.**

No entanto, também é cediço que não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos e garantias que possuam caráter absoluto ou que se sobreponham aos demais.

Não por outra razão, a Lei Federal nº 12.965/2014 *(Marco Civil da Internet)*, ao assegurar a inviolabilidade e sigilo das comunicações privadas armazenadas, **ressalva, expressamente, a possibilidade de quebra de sigilo por ordem judicial**, nos termos de seu artigo 7º, inciso III, e artigo 10, ora transcritos:

> "Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:
>
> III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial.
>
> (...)
>
> Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do **conteúdo de comunicações privadas**, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.
>
> § 1º O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os **registros mencionados no caput**, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, **mediante ordem judicial**, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º."

Ocorre que, diversamente da referida Lei de Interceptações Telefônicas, que tutela as comunicações em fluxo, o Marco Civil não traz regulamentação específica quanto à finalidade penal e à natureza da infração objeto da quebra de sigilo, o que poderia levar, em última instância, à desmedida violação da intimidade e vida privada do particular.

Em atenção a tal problemática, o C. Superior Tribunal de Justiça, visando a evitar a abusiva devassa de informações privadas, tem se manifestado no sentido de que, para a quebra de sigilo de dados armazenados, devem estar presentes os requisitos de **cautelaridade e imprescindibilidade, além da proporciona-**

Acesso ao Sumário

lidade da medida:

> *"(...) A Constituição Federal de 1988 prevê como garantias ao cidadão a inviolabilidade da intimidade, do sigilo de correspondência, dados e comunicações telefônicas, salvo ordem judicial. 3. A Lei n. 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet, em seu art. 7º, assegura aos usuários os direitos para o uso da internet no Brasil, entre eles, o da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, do sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, bem como de suas comunicações privadas armazenadas. 4. A quebra do sigilo do correio eletrônico somente pode ser decretada,* ***elidindo a proteção ao direito, diante dos requisitos próprios de cautelaridade que a justifiquem idoneamente, desaguando em um quadro de imprescindibilidade da providência*** *(...)"* (HC 315.220/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/09/2015, DJe 09/10/2015).

Na hipótese vertente, verifica-se que o Delegado de Polícia passou a receber mensagens de cunho difamatório e intimidatório em razão de suas atividades investigativas, relacionadas à suposta prática de crime de abuso de autoridade por um vereador (fls. 08/18 dos autos de origem).

Dessa forma, a despeito da alegação dos impetrantes de que se trata de crime de menor potencial ofensivo, não se pode negar a gravidade concreta da conduta praticada, porquanto direcionada a autoridade policial em razão do exercício de suas funções.

E, como alhures fundamentado, não há falar na aplicação analógica da Lei nº 9.296/96, motivo pelo qual o simples fato de o crime ser apenado com detenção não impede a quebra do sigilo determinada pelo juízo.

Dessa forma, as determinações do juízo de origem não se mostraram descabidas, eis que necessárias para a identificação dos autores do delito e imprescindíveis para a elucidação dos fatos.

Conforme consta dos autos, inclusive, havia sido deferida uma quebra de sigilo anteriormente, em menor extensão (fls. 29/32), a qual se mostrou insuficiente para as investigações. Aliás, consta do relatório de investigações que não foi possível a identificação de um dos suspeitos pela base de dados do Estado de São Paulo, corroborando suspeitas de que os endereços cadastrados junto à operadora de telefonia são falsos (fl. 118).

Destarte, cometido o suposto delito no próprio ambiente virtual, em que existe maior dificuldade na apuração da autoria delitiva, são evidentes a cautelaridade e imprescindibilidade das medidas determinadas.

Entretanto, a quebra de sigilo não pode ser indiscriminada e irrestrita, sob a pena de violar direitos fundamentais constitucionalmente protegidos, razão pela qual qualquer limitação da esfera privada do indivíduo deve ser determina-

Acesso ao Sumário

da de maneira proporcional e bem delineada.

Em análise da decisão de fls. 127/130 dos autos de origem, verifica-se que somente houve limitação da abrangência temporal no tocante aos registros de conexão, como IP, data, hora e GMT (27/03/2022 a 15/04/2022), bem como aos endereços pesquisados e trajetos obtidos junto aos aplicativos Google Maps, Waze e outros que importem a função de GPS (item "h" - 180 dias).

Desta feita, com o fim de compatibilizar a proteção à intimidade, prevista no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, com o direito à segurança pública, nos termos do artigo 5º, *caput*, e artigo 144 da mesma Carta Constitucional, de rigor a fixação, pelo juízo *a quo*, dos termos inicial e final da quebra de sigilo em todos os itens em que cabível limitação temporal, a exemplo de fotos e mídias, locais salvos, histórico de localização e deslocamento e arquivos, de forma proporcional às circunstâncias do caso concreto e à excepcionalidade da medida.

Nessas circunstâncias, defere-se em parte a segurança para, mantendo-se a ordem de quebra de sigilo de dados, nos termos estabelecidos em primeiro grau, determinar a fixação de termos inicial e final para as medidas a serem cumprida pelos impetrantes, nos itens em que possível a limitação temporal, nos termos do acórdão.

Procedimentos Investigatórios

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Procedimento Investigatório Criminal (pic-mp) nº 2120456-76.2022.8.26.0000, da Comarca de Cardoso, em que é denunciante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são JAIR CESAR NATTES (PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CARDOSO), FABER FERNANDES VELOSO, APARECIDA DE LOURDES TOSCHI PEQUITO, LUIS ROBERTO PEQUITO e ROBERTO DE SOUZA CASTRO.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Receberam a denúncia contra JAIR e determinaram o desmembramento do feito com relação aos denunciados LUIS, APARECIDA, FABER e ROBERTO. V. U. Sustentou oralmente o Exmo. Advogado Dr. Julio Cezar Roversi e fez uso da palavra o Exmo. Procurador de Justiça Dr. Norberto Joia. Presente a sessão de julgamento o Exmo. advogado Dr. Helio José dos Santos.", de conformidade com o voto do Relator, que integra

Acesso ao Sumário

este acórdão. **(Voto nº 24.115)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente sem voto), NEWTON NEVES e OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO.

São Paulo, 9 de maio de 2023

LEME GARCIA, Relator

Ementa: AÇÃO PENAL. Competência originária. Prefeito municipal. Denúncia ofertada contra o prefeito do Município de Cardoso e contra outros particulares pela prática do crime previsto no artigo 90, da Lei n. 8.666/93.

Pedido do Ministério Público de desmembramento dos autos em relação aos não detentores de foro por prerrogativa de função e o seu encaminhamento ao juízo de primeiro grau. Possibilidade. Foro por prerrogativa de função que guarda relação com o cargo público e deve ser analisado de forma estrita. Competência do Tribunal de Justiça para processar somente os Prefeitos, sendo indevida, em regra, a sua extensão aos não detentores do benefício constitucional. Precedentes do STJ e do STF. Desmembramento que se impõe, nos termos dos artigos 80 e 84 do CPP.

Recebimento da denúncia contra o Prefeito Municipal de Cardoso. Alegação de inépcia da denúncia. Não cabimento. Inicial acusatória que preenche os requisitos legais, descrevendo o fato criminoso de maneira suficiente a possibilitar a ampla defesa. Presentes elementos que conferem suporte probatório mínimo para o recebimento da denúncia. Denúncia formalmente em ordem. Alegação de ausência de justa causa para o recebimento da inicial acusatória. Inocorrência. Existência de provas do crime de fraude à licitação e indícios suficientes de sua autoria. Teses defensivas que demandam regular instrução. Prosseguimento do feito que se impõe.

Denúncia recebida contra Jair Cesar Nattes, desmembrando-se o feito com relação aos denunciados Luis Roberto Pequito, Aparecida de Lourdes Toschi Pequito, Faber Fernandes Veloso e Roberto de Souza

Acesso ao Sumário

Castro, para que o i. magistrado decida sobre o recebimento da denúncia, delegando-se a instrução do processo ao Juízo com relação ao réu Jair Cesar Nattes (Arts. 7º a 9º da Lei n.º 8.038/90).

VOTO

Trata-se de denúncia oferecida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO contra JAIR CESAR NATTES (Prefeito do Município de Cardoso), LUIS ROBERTO PEQUITO, APARECIDA DE LOURDES TOSCHI PEQUITO, FABER FERNANDES VELOSO e ROBERTO DE SOUZA CASTRO, a quem se imputa a prática do delito previsto no artigo 90, da Lei n. 8.666/93.

Os investigados Faber Fernandes Veloso, Roberto de Souza Castro, Jair César Nates e Luiz Roberto Pequito foram devidamente notificados (fls. 777, 779, 781 e 783). A investigada Aparecida de Lourdes Toschi Pequito não foi encontrada (fls. 784).

Nos termos do que dispõe o artigo 4º, da Lei n. 8.038/90[1] c.c. o art. 1º da Lei nº 8.658/93, o investigado Roberto de Souza Castro apresentou manifestação nos autos, requerendo a rejeição da denúncia pela atipicidade de sua conduta (fls. 787/792).

Por sua vez, a Defesa de Jair César Nattes apresentou manifestação, pugnando pela rejeição da denúncia por ausência de justa causa para o exercício da ação penal ou pela inépcia da inicial acusatória (fls. 841/853).

A Defesa dos investigados Faber Fernandes Veloso e Luis Roberto Pequito, em manifestação escrita, reservou-se ao direito de se manifestar no decorrer da instrução criminal (fls. 883/884).

A douta Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra dos Drs. Mario Antonio de Campos Tebet e Luiz Fernando Gagliardi Ferreira, manifestou-se pelo recebimento da denúncia somente em relação ao investigado Jair César Nattes, autorizando-se o desmembramento e o encaminhamento dos autos ao juízo de origem para o recebimento da denúncia em relação aos demais investigados.

É o breve relatório.

Consta da denúncia que, no mês de março de 2017, na cidade de Cardoso/SP, JAIR CESAR NATTES, Prefeito do Município de Cardoso, fraudou, mediante a prática dos expedientes ilícitos adiante narrados, o caráter competitivo da licitação Pregão presencial n. 16/2017, realizada pelo município de Cardoso, com o objetivo de obter, para si e para terceiros, vantagem decorrente da adju-

1 Art. 4º - Apresentada a denúncia ou a queixa ao Tribunal, far-se-á a notificação do acusado para oferecer resposta no prazo de quinze dias.

§ 1º - Com a notificação, serão entregues ao acusado cópia da denúncia ou da queixa, do despacho do relator e dos documentos por este indicados.

Acesso ao Sumário

dicação do objeto da licitação.

Consta ainda que, nas mesmas circunstâncias de tempo e local acima indicadas, LUIS ROBERTO PEQUITO, APARECIDA DE LOURDES TOSCHI PEQUITO, FABER FERNANDES VELOSO e ROBERTO DE SOUZA CASTRO concorreram para a prática do crime de fraude licitatória atribuído a JAIR CESAR NATTES, mediante atos de auxílio material.

Narra a denúncia que, em março de 2017, JAIR CESAR NATTES, agindo como prefeito do município de Cardoso, autorizou a abertura de procedimento licitatório com o objetivo de formar ata de registro de preços para contratar empresa para fornecimento de materiais de construção para obras diversas do referido município.

A par disso, foi realizado o pregão presencial n. 16/2017, do qual participaram apenas duas empresas, as pessoas jurídicas "Luis Roberto Pequito ME" (nome fantasia "L e L Cardoso Materiais para Construção") e "Antonio Marcelo Marques de Souza ME".

Conforme se infere dos autos, a empresa de Luis Roberto Pequito se sagrou vencedora em praticamente todos os itens, com exceção de apenas um.

Ocorre que este procedimento licitatório foi inteiramente fraudado para que a empresa "Luis Roberto Pequito ME" vencesse o procedimento licitatório.

Segundo os elementos contidos nos autos, "Luis Roberto Pequito ME" era uma "empresa de fachada", constituída por Luis Roberto Pequito, esposo de Aparecida de Lourdes Toschi Pequito, apenas para participar do referido certame e formalizar a relação contratual com o município.

Isso porque, segundo também apurado, Aparecida de Lourdes Toschi Pequito, esposa de Luis Roberto Pequito, era sócia proprietária da empresa "Construfer Cardoso Materiais para Construção Ltda-EPP", empresa com quem o município de Cardoso já mantinha relações comerciais anteriores a realização daquele certame, sem ter se submetido a qualquer procedimento licitatório.

Ao que consta, naquela ocasião (início de 2017) a empresa "Construfer" enfrentava problemas de ordem financeira e fiscal, de modo que se viu impossibilitada de formalmente participar do certame licitatório Pregão 16/2017 da Prefeitura de Cardoso. No entanto, para não "perder seu cliente", Aparecida de Lourdes e seu marido criaram a pessoa jurídica "Luis Roberto Pequito ME" para que esta empresa participasse formalmente da licitação promovida pelo município de Cardoso e, assim, continuasse a fornecer materiais de construção civil para a Prefeitura local.

Com efeito, a pessoa jurídica "Luis Roberto Pequito ME" foi criada apenas formalmente, pois não tinha sede e nem depósito. Pelo contrário, a referida empresa se valia da estrutura e dos materiais de construção da "Construfer Cardoso Materiais para Construção Ltda-EPP".

Acesso ao Sumário

Deste modo, o certame licitatório em questão foi realizado apenas para favorecer a pessoa jurídica Luis Roberto Pequito ME, uma vez que, de fato, quem continuou fornecendo material de construção para o município de Cardoso após aquele certame foi a Construfer, pertencente à investigada Aparecida de Lourdes, esposa de Luis Roberto Pequito.

De início, é o caso de recebimento da denúncia apenas com relação ao investigado Jair Cesar Nattes, Prefeito do Município de Cardoso e detentor de foro por prerrogativa de função, devendo ser desmembrado o feito no tocante aos demais investigados.

Com efeito, pelo que se infere do artigo 29, inciso X, da Constituição Federal[2], e do artigo 74, inciso I, da Constituição do Estado de São Paulo[3], o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo é o foro competente para julgamento das ações penais envolvendo prefeitos municipais.

Entretanto, por ser instituto previsto para proteção do cargo de prefeito municipal, o foro por prerrogativa de função deve ser interpretado de forma estrita, não devendo, em regra, se estendido àqueles não ocupantes do cargo de chefe executivo municipal.

Nesse sentido é a jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal:

> RECURSO – PRAZO – TERMO INICIAL – MINISTÉRIO PÚBLICO. A contagem do prazo para o Ministério Público começa a fluir no dia seguinte ao do recebimento do processo no Órgão. **COMPETÊNCIA – PRERROGATIVA DE FORO – NATUREZA DA DISCIPLINA. A competência por prerrogativa de foro é de Direito estrito, não se podendo, considerada conexão ou continência, estendê-la a ponto de alcançar inquérito ou ação penal relativos a cidadão comum.** (Inq 3515 AgR, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 13/02/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-050 DIVULG 13-03-2014 PUBLIC 14-03-2014)
>
> Ementa: INQUÉRITO. ACUSADOS NÃO DETENTORES DE FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. DESMEMBRAMENTO DO PROCESSO. PRECEDENTES. INEXIGIBILIDADE INDEVIDA DE LICITAÇÃO (ART. 89 DA LEI 8.666/1993). AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO. DESVIO DE RENDAS PÚBLICAS (ART. 1º, I, DO DECRETO-LEI 201/1967). REALIZAÇÃO

Acesso ao Sumário

2 Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

X - julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça

3 Artigo 74 - Compete ao Tribunal de Justiça, além das atribuições previstas nesta Constituição, processar e julgar originariamente:

I - nas infrações penais comuns, o Vice-Governador, os Secretários de Estado, os Deputados Estaduais, o Procurador-Geral de Justiça, o Procurador-Geral do Estado, o Defensor Público Geral e os Prefeitos Municipais

DE DESPESA EM DESACORDO COM AS NORMAS FINANCEIRAS PERTINENTES (ART. 1º, V, DO DECRETO- LEI 201/1967). INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA E DE MATERIALIDADE DELITIVA. 1. Cabe apenas ao próprio tribunal ao qual toca o foro por prerrogativa de função promover, sempre que possível, o desmembramento de inquérito e peças de investigação correspondentes, **para manter sob sua jurisdição, em regra, apenas o que envolva autoridade com prerrogativa de foro, segundo as circunstâncias de cada caso** (Inq 3.515 AgR, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJe de 14.3.2014), ressalvadas as situações em que os fatos se revelem de tal forma imbricados que a cisão por si só implique prejuízo a seu esclarecimento (AP 853, Rel. Min. ROSA WEBER, DJe de 22.5.2014), o que não ocorre no caso. Deferimento do desmembramento do processo quanto aos não detentores de foro por prerrogativa de função. (Inq 4106, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 25/10/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-239 DIVULG 09-11-2016 PUBLIC 10-11-2016)

Também é esse o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA REJEITADA. PROCESSAMENTO CONJUNTO. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA. CORRÉU. TITULAR DE PRERROGATIVA DE FORO. PRETENDIDO DESMEMBRAMENTO. EXCEPCIONALIDADE DEMONSTRADA. CORRELAÇÃO ENTRE FATOS INVESTIGADOS. SÚMULA N. 704 DO STF. PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INAPLICABILIDADE. AÇÃO PENAL DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. **As normas que estabelecem o foro por prerrogativa de função devem receber interpretação estrita; portanto, o desmembramento previsto no art. 80 do CPP deve ser a regra.**

2. Se as circunstâncias concretas dos autos evidenciarem a correção entre os fatos investigados, a contraindicar o desmembramento do feito, excepcionalmente, admite-se a reunião dos processos e o julgamento conjunto.

3. Caberá ao tribunal competente para julgar a autoridade com foro por prerrogativa de função decidir sobre a conveniência do desmembramento do processo quanto aos denunciados não detentores dessa prerrogativa.

4. Nos termos da Súmula n. 704 do STF, não há falar em ofensa "ao princípio do juiz natural, em razão da atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados".

Acesso ao Sumário

5. O princípio do duplo grau de jurisdição não se aplica às decisões em ações penais de competência originária dos tribunais.

6. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 627.759/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 7/12/2021, DJe de 14/12/2021.)"

Assim, a teor do disposto nos artigos 80 e 84, ambos do Código de Processo Penal, é o caso de análise do recebimento da denúncia apenas com relação ao investigado Jair Cesar Nattes, devendo ser desmembrado o feito no tocante aos investigados Luis Roberto Pequito, Aparecida de Lourdes Toschi Pequito, Faber Fernandes Veloso e Roberto de Souza Castro, que deverão ser julgados pelo juízo competente da Comarca de Cardoso.

A par disso, dos elementos carreados autos, denota-se a presença de suporte probatório mínimo para a admissão da acusação no que se refere ao investigado Jair Cesar Nattes.

Prima facie, o fato narrado se amolda ao tipo penal indicado na inicial acusatória, de modo que esta deve ser recebida, sem prejuízo de, no decurso da instrução, comprovar-se sua improcedência.

Do mesmo modo, não há que se cogitar em rejeição da denúncia por inépcia da inicial acusatória. Da simples leitura da exordial, observa-se que o texto preenche os requisitos legais, nos moldes previsto no artigo 41, do Código de Processo Penal, descrevendo de forma minuciosa os fatos criminosos, com as suas datas, locais e circunstâncias, de maneira suficiente a possibilitar a ampla defesa.

Anoto, ainda, que a Defesa sustenta a ausência de justa causa, pois o investigado *"foi denunciado exclusivamente em razão do cargo ocupado. E, ainda mais grave, a denúncia não lhe imputa qualquer conduta, não narra como a fraude teria ocorrido; como teria se dado o direcionamento do certame licitatório; qual a vantagem obtida; quem obteve a dita vantagem; por qual razão o contrato se mostrou oneroso à Administração; qual foi o prejuízo suportado pela Fazenda Pública do Município de Cardoso,"* (fls. 842).

Entretanto, ao contrário do alegado pela Defesa, subsistem nos autos prova da materialidade e indícios de autoria suficientes para o recebimento da denúncia contra o investigado.

Conforme apurado no procedimento de investigação criminal conduzida pelo Ministério Público, o investigado Jair Cesar Nattes, prefeito municipal de Cardoso, em 22.03.2017, autorizou a abertura de processo licitatório para aquisição de materiais de construção para a cidade (fls. 139).

A par disso, foi realizado o processo licitatório n. 16/2017, realizado na modalidade pregão (fls. 267/639), que contou com a participação de apenas duas empresas (cf. ata se sessão pública de fls. 402), Luis Roberto Pequito ME, de

Acesso ao Sumário

propriedade formal do investigado Luis Roberto Pequito, e Antonio Marcelo Marques de Souza – ME, pertencente ao investigado Antonio Marcelo Marques de Souza.

Ocorreu que, conforme apurado em diligências investigativas (fls. 446 e 658/693), a empresa Luis Roberto Pequito ME é fictícia, pois se trata, em verdade, da empresa Construfer Cardoso Materiais para Construção Ltda EPP, de propriedade dos investigados Aparecida de Lourdes Toschi Pequito, esposa de Luis Roberto Pequito, e Faber Fernandes Veloso.

Nesse sentido, conforme apurado, a empresa Luis Roberto Pequito ME não possuía sede própria, se valendo do estabelecimento, funcionários e materiais da empresa Construfer Cardoso Materiais para Construção Ltda EPP, que estava impossibilitada de participar do procedimento licitatório por irregularidades fiscais e trabalhistas. A propósito, conforme se observa da ata de sessão pública de fls. 402 e de procuração de fls. 355, a empresa Luis Roberto Pequito ME, no dia do procedimento licitatório, foi representada por Faber Fernandes Veloso, o que dá respaldo à tese acusatória.

Ademais, com relação à empresa Antonio Marcelo Marques de Souza ME, foi constatado por meio de investigações que o referido estabelecimento comercial funcionava como "Supermercado Sertanejo", o que se difere de uma loja de material de construção e aumenta os indícios de fraude existentes no processo licitatório.

Vale registrar, ainda, que foi constatada a existência de quatro "comércio varejista de materiais de construção" na cidade de Cardoso, quais sejam: (i) Construfer Cardoso Materiais para Construção Ltda EPP; (ii) Suzarley Tavares de Souza ME (Império Mat. P/ Construção); (iii) Pinheiral Materiais para Construção Ltda; e (iv) Luis Roberto Pequito ME (fls. 268). Contudo, conforme se infere dos depoimentos de Marcio Teixeira Santana e Rogério Gonçalves Mendonça, representantes legais das empresas Pinheiral e Império, ambos não foram informados sobre a abertura do procedimento licitatório para aquisição de materiais de construção pela Prefeitura de Cardoso, sendo que se tivessem tomado conhecimento a tempo do pregão, certamente teriam se habilitado no processo de licitação (fls. 45 e 47).

Portanto, diante dos elementos amealhados durante o procedimento de investigação criminal conduzido pelo Ministério Público, constata-se que há provas suficientes da ocorrência do crime previsto no artigo 90 da Lei n. 8.666/93, e indícios de sua autoria.

Ademais, no tocante ao investigado Jair Cesar Nattes, prefeito do município de Cardoso, ficou constatado que ele é sócio do escritório de advocacia Nattes e Castro Sociedade de Advogados, cujo outro sócio é Roberto de Souza Castro, procurador jurídico responsável pelo parecer que atestou a legalidade do

Acesso ao Sumário

certame público (fls. 700/736).

Nesse sentido, vale pontuar que Roberto de Souza Castro e sua esposa Maria Luiza Nates de Souza são advogados da empresa Construfer Cardoso Materiais para Construção Ltda EPP, bem como adquiriram seis imóveis dos investigados Aparecida de Lourdes Toschi Pequito, Luis Roberto Pequito e Faber Fernandes Veloso, em datas próximas aos fatos apurados nos autos, em "aparente fraude à credores destes últimos e/ou das respectivas pessoas jurídicas que eles figuram como sócios." (fls. 700/736).

Portanto, os laços existentes entre Jair Cesar Nattes, chefe do executivo municipal de Cardoso e responsável pelo processo licitatório, de Roberto de Souza Castro, procurador jurídico municipal que atuou na fiscalização do certame, e os demais investigados pela suposta fraude no procedimento licitatório, notadamente Aparecida de Lourdes Toschi Pequito, Luis Roberto Pequito e Faber Fernandes Veloso, aliados aos demais elementos de prova que revelam a existência de suposta fraude à licitação, permitem a constatação da existência de indícios suficientes de autoria para a deflagração da ação penal.

Em caso análogo, assim decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. FRAUDE EM LICITAÇÃO E CRIME DE RESPONSABILIDADE. TRANCAMENTO DO PROCESSO-CRIME. EXCEPCIONALIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. PREENCHIMENTOS DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL. MATERIALIDADE DELITIVA E INDÍCIOS DE AUTORIA DEMONSTRADOS. RECURSO DESPROVIDO.

1. Nos termos do entendimento consolidado desta Corte, o trancamento da ação penal por meio do habeas corpus é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca 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.

2. Embora não se admita a instauração de processos temerários e levianos ou despidos de qualquer sustentáculo probatório, **nessa fase processual deve ser privilegiado o princípio do in dubio pro societate. De igual modo, não se pode admitir que o Julgador, em juízo de admissibilidade da acusação, termine por cercear o jus accusationis do Estado, salvo se manifestamente demonstrada a carência de justa causa para o exercício da ação penal.**

3. No caso em exame, a denúncia narra a conduta do recorrente - então Prefeito Municipal de Palhoça - consubstanciada na suposta fraude, mediante ajuste conjuntamente com os demais acusados, de processo lici-

Acesso ao Sumário

tatório cujo objetivo era alienar 3 terrenos do Município de Palhoça, por preço abaixo de mercado, para a empresa Terra Nova Rodobens Incorporadora Imobiliária - Residence IV - SPE Ltda. Apurou-se, ainda, a existência de manobras arquitetadas pelos denunciados destinadas a impedir a participação de outras empresas.

4. **Hipótese em que a peça acusatória permite a deflagração da ação penal, uma vez que narrou fato típico, antijurídico e culpável - qual seja a adjudicação e homologação do procedimento licitatório, que teve superfaturamento do valor, além de fraudado o caráter competitivo -, suas circunstâncias, a qualificação dos acusados, a classificação do crime e o rol de testemunhas, viabilizando a aplicação da lei penal pelo órgão julgador e o exercício da ampla defesa pela denuncia.**

5. Não há falar em ausência de justa causa, porquanto devidamente delineada a materialidade delitiva e os indícios de autoria, uma vez que o recorrente foi denunciado em virtude de ter concorrido para suposta fraude de procedimento licitatório de 3 terrenos do Município de Palhoça, por preço abaixo de mercado, causando, assim, prejuízo ao ente municipal.

6. A jurisprudência deste Superior Tribunal é no sentido de que a conduta descrita "no art. 90 da Lei n. 8.666/1993 é formal, bastando para se consumar a demonstração de que a competição foi frustrada, independentemente de demonstração de recebimento de vantagem indevida pelo agente e comprovação de dano ao erário" (HC 341.341/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/10/2018, DJe 30/10/2018).

7. Recurso ordinário desprovido.

(RHC n. 94.327/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 13/8/2019, DJe de 19/8/2019.)"

Assim, considerando que a análise acerca dos demais elementos probatórios demanda exame aprofundado dos fatos, possível somente após a devida instrução processual, a denúncia deve ser recebida.

A par disso, não constato a ocorrência de nenhuma das hipóteses previstas no artigo 397, do Código de Processo Penal.

Nesse ponto, sustenta a Defesa que o investigado foi absolvido nos autos da ação cível de improbidade administrativa n. 1000733-89.2019.8.26.0128, o que reforçaria a ausência de justa causa para a deflagração da ação penal.

Entretanto, a despeito da decisão proferida nos autos da ação civil de improbidade administrativa n. 1000733-89.2019.8.26.0128, é cediço que vigora no ordenamento jurídico o princípio da independência das esferas cível, administrativa e penal, de modo que uma sentença absolutória em ação de improbidade administrativa não tem o condão de produzir efeitos em eventual ação penal.

Acesso ao Sumário

Esta, inclusive, é a posição do E. Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. JUSTA CAUSA. RECEBIMENTO DA INICIAL. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SOCIETATE. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO STJ. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. BIS IN IDEM. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. INCIDÊNCIA. AGENTE POLÍTICO. LEI N. 8.429/1992. APLICAÇÃO. DECRETO-LEI N. 201/1967. INEXISTÊNCIA DE INCOMPATIBILIDADE. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUTÔNOMA EM FACE DAS INSTÂNCIAS PENAL E ADMINISTRATIVA. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

(...)

II - O acórdão recorrido está em consonância com orientação desta Corte segundo a qual, na fase de recebimento da inicial da ação civil pública de improbidade administrativa, deve-se verificar a presença de indícios da prática de ato ímprobo, ou, fundamentadamente, as razões de sua não apresentação, à luz do princípio do in dubio pro societate.

III - Rever o entendimento do tribunal de origem, reconhecendo a inadequação da via eleita por existir ação penal correlata, baseada nos mesmos fatos (bis in idem) e com pedido de ressarcimento ao erário, deduzido nos mesmos termos da presente lide, demandaria necessário revolvimento de matéria fática, o que é inviável em sede de recurso especial, à luz do óbice contido na Súmula n. 07 desta Corte.

IV - Este Tribunal Superior firmou entendimento segundo o qual o conceito de agente público estabelecido no art. 2º da Lei n. 8.429/1992 abrange os agentes políticos, como prefeitos e vereadores, não havendo bis in idem, nem incompatibilidade entre a responsabilização política e criminal estabelecida no Decreto-Lei n. 201/1967, com a responsabilização pela prática de ato de improbidade administrativa e respectivas sanções civis (art. 12 da LIA). Precedentes.

V - **O acórdão recorrido observou a jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal, bem como nesta Corte, segundo a qual, por não possuir natureza penal ou administrativa, a ação de improbidade é autônoma em relação a tais instâncias, não configurando óbice ao processamento da presente demanda a existência de ação penal em trâmite.** Precedentes.

Acesso ao Sumário

(...)

(AgInt no REsp n. 1.947.699/SP, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 3/11/2021, DJe de 8/11/2021. grifo nosso)"

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE. CONTRATAÇÃO DE CONSULTORIA SEM NECESSIDADE. CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DE BENS. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. CONCESSÃO DA MEDIDA LIMINARMENTE. POSSIBILIDADE. INDÍCIOS CONSTATADOS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. HISTÓRICO DA DEMANDA

(...)

9. A alegação de que a constrição foi indeferida na Ação Penal 0000434-67.2017.8.16.0132, que versa sobre os mesmos fatos, não prospera, pois trata-se de tese contrária ao princípio da independência das instâncias, consagrado no STJ. Nesse sentido: "É ainda menos consistente o argumento de que houve violação manifesta àqueles artigos antes citados (arts. 2º, 4º e 11 da LIA) porque a Administração Pública descartou a prática de improbidade pelo agente público, aplicando-lhe apenas a pena de advertência. Ora, o próprio art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa decompõe e autonomiza as instâncias penais, civis e administrativas, de modo que a aplicação, na instância administrativa, de sanção diversa da cominada para o ato de improbidade não impede que, em sede de ação de improbidade, se reconheça e se puna a conduta ímproba. A exceção fica por conta tão somente do decreto absolutório na instância criminal sob o fundamento de inexistência de materialidade ou autoria (ver CC, art. 935; Lei n. 8.112/90, art. 126; CPP, arts. 66 e 67)" (AR 6.657/DF, Relator Min. Francisco Falcão, Primeira Seção, DJe 30.3.2021). IMPOSSIBILIDADE DE REEXAMINAR PRESSUPOSTOS FÁTICOS PARA A DECRETAÇÃO DA CAUTELAR 10. Alega-se no Recurso: "com relação ao ora agravante, que não há uma linha sequer a justificar, sequer indiciariamente, a prática de eventuais atos ímprobos por parte do próprio» (fl. 504, e-STJ).

(...)

(AgInt no AREsp n. 1.765.047/PR, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 14/6/2021, DJe de 1/7/2021. grifo nosso)"

Ante o exposto, pelo meu voto, (i) recebo a denúncia contra Jair Cesar Nattes, Prefeito do Município de Cardoso, como incurso no artigo 90, da Lei n. 8.666/93, determinando a expedição de carta de ordem ao D. Juízo de Direito da Comarca de Cardoso, com delegação de poderes para o prosseguimento do feito nos termos dos artigos 7º e seguintes da Lei n. 8.038/90, consignando que, na es-

Acesso ao Sumário

teira das alterações realizadas pela Lei n. 11.719/08, o interrogatório do acusado deverá ser realizado somente ao final da instrução probatória; e (ii) determino o desmembramento do feito com relação aos denunciados Luis Roberto Pequito, Aparecida de Lourdes Toschi Pequito, Faber Fernandes Veloso e Roberto de Souza Castro (art. 80, do CPP), para que o Juízo da Vara Criminal de Cardoso -SP, com relação a eles, decida sobre o recebimento da denúncia.

Recursos em Sentido Estrito

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 2246936-02.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente ISABELA LEITE E SILVA, é recorrido MM JUIZ DE DIREITO DA VARA DE VIOL. E FAM. CONTRA A MULHER DO FORO REGIONAL DE ITAQUERA.

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 44.714)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente) e GUILHERME DE SOUZA NUCCI.

São Paulo, 29 de maio de 2023.

OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO, Relator

Ementa: DECLARAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO EX OFFICIO. Inconformismo. Não acolhimento. Episódio de violência entre mãe e filha em contexto de disputa patrimonial. Ausência de motivação de gênero na violência perpetrada. Acerto na declaração de incompetência. Descaracterização da violência doméstica e familiar contra a mulher. Recurso desprovido.

VOTO

1. Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por ISABELA LEITE E SILVA, com fulcro no art. 581, II do CPP, contra a r. decisão de fls. 129/131

Acesso ao Sumário

dos autos nº 1503047-18.2022.8.26.0007, proferida pela MMª. Juíza de Direito da Vara de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher do Foro Regional VII – Itaquera, que não reconheceu violência doméstica contra a mulher no caso em análise, declinou de sua competência e determinou a remessa do processo ao Juizado Especial Criminal daquele foro.

Inconformada, a recorrente narra ter obtido medidas protetivas de urgência que afastaram sua genitora do lar e impedem sua aproximação e contato com familiares da vítima, ressalvado o exercício da guarda do filho menor de idade e irmão da recorrente.

A medida protetiva foi fixada a pedido da recorrente porque no dia 18 de julho de 2022, a recorrida teria ofendido a integridade física da vítima, por meio de investida contra o pescoço dela, puxão de cabelo que provocou a queda, prática de soco na face e chutes, além de tê-la injuriado com os xingamentos: *"vagabunda, puta, nojenta"* e a ameaçado de espancamento, caso a vítima não fosse retirada da residência pelo tio paterno da ofendida.

A medida foi cumprida e, ao apreciar o pedido de sua revogação, formulado pela agravada, o juízo ***a quo*** concluiu, com amparo em manifestação ministerial, pela incompetência do juízo, porquanto o caso não seria de violência de gênero, muito embora a vítima seja mulher.

Inconformada, a vítima interpôs o presente recurso, com pedido de tutela antecipada para suspensão da decisão recorrida, pretendendo que a agressora não possa retornar ao lar e colocar em risco, além da integridade física e moral, a própria vida da ofendida, ora recorrente. Articula estar nítida a relação doméstica e familiar entre as partes, bem como configurada a violência de gênero. Colacionou jurisprudência pretensamente favorável a sua tese, buscando, no mérito, a reforma da decisão declinatória de competência (fls. 01/72).

Indeferido o pedido de tutela antecipada e recebida a pretensão recursal como recurso em sentido estrito (fls. 74/76), seguiu-se a apresentação de contrarrazões (fls. 85/86), com saneamento do feito (fls. 95/98), manutenção da decisão recorrida pelo juízo *a quo* (fl. 107) e parecer da douta Procuradoria de Justiça (fls. 110/114).

É o relatório.

2. O recurso não comporta provimento.

A recorrente alega ser inexplicável a mudança de postura do membro do Ministério Público ao defender a incompetência do juízo ***a quo***, após opinar favoravelmente à concessão de medidas protetivas de urgência, bem como ilegal a decisão recorrida, que no mesmo sentido, afastou a caracterização de violência de gênero e declinou de sua competência, após três meses de vigência das medidas protetivas.

Em que pese o inconformismo, os relatos apresentados por ambas as par-

Acesso ao Sumário

tes corroboram o reconhecimento de que o motivo dos crimes relatados é a disputa patrimonial da casa onde coabitavam a agressora e a vítima.

Nota-se que os ex-cônjuges (recorrida e genitor da recorrente) brigam por conta do patrimônio. A recorrida alega ter sido preterida pelo acordo realizado em divórcio consensual e a recorrente aduz que após gastar a parte da partilha que lhe cabia, a recorrida passou a provocar grandes problemas familiares, os quais envolvem violência contra os filhos.

Diante de tal panorama, não existem dúvidas de que a prática de violência não é tolerada pelo ordenamento jurídico, não se justifica pela situação de total desarmonia familiar, que envolve ofensas recíprocas, e será objeto de apuração penal.

A respeito do juízo competente para julgar a causa, não encontro no caso apresentado, provas suficientes de que houve violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da Lei nº 11.340/06, pois não demonstrado que as agressões são baseadas no gênero da vítima.

"Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: ...".

Agressora e vítima são do sexo feminino e possuem inegável laço familiar e doméstico, diante do vínculo existente entre mãe e filha.

Não encontro na conduta da recorrida, entretanto, indícios de desprezo à condição de mulher da filha, ora vítima.

A violência de gênero é de difícil conceituação e exige uma análise do papel social reservado à mulher que lhe impede de realizar suas próprias escolhas e ter respeitada sua dignidade.

É também marcada a violência de gênero por uma conivência social que faz com que parentes, vizinhos e amigos tenham conhecimento e tolerem tais violências, por tê-las como aceitáveis e sem maior importância.

A prática mostra que os crimes que envolvem violência doméstica e familiar contra a mulher possuem uma motivação imediata: o ciúme, a possessão, a traição, o serviço doméstico não cumprido a contento, a embriaguez associada a qualquer motivação banal, entre outras.

Ela também possui uma causa mediata, que é o desprezo à condição humana da mulher, a quem parcela da sociedade ainda lhe nega o direito de sair de um relacionamento amoroso por sua vontade, lhe abusa psicológica, patrimonial, sexual e fisicamente pela certeza de que tal esposa, companheira, filha e sobrinha é emocional ou materialmente dependente do agressor.

No caso em análise, a partir das peças até então apresentadas, não se ig-

Acesso ao Sumário

nora que a vítima demonstra certa vulnerabilidade. Esta decorre da constatação de que, em meio à briga familiar, foi ela quem apanhou, bem como porque a agressora seria sua própria mãe, pessoa da qual legitimamente se esperava a conduta de proteção. Tal vulnerabilidade não decorre, entretanto, do desrespeito a seu gênero.

Prova disso é que a agravada também se encontra em conflito com o filho homem, irmão da recorrente, tendo o acusado de feri-la em uma discussão presenciada pela vítima desses autos, a qual, por outro lado, alega que as acusações da mãe são falsas (autos nº 1505168-53.2021.8.26.0007).

Pelo que se extrai, os filhos alegam que a mãe vem fazendo uso ilícito do registro de boletins de ocorrência, imputando falsamente a prática de agressões físicas ao ex-cônjuge e ao filho maior de idade, com o objetivo de favorecer-se patrimonialmente. Indicam que a recorrida faz mal uso de Lei Maria da Penha, pois não se encontra em posição de vulnerabilidade e usa ardilosamente do instrumento legal com a única finalidade de possuir maior conquista patrimonial. A recorrida, por outro lado, alega estar sofrendo de alienação parental provocada pelo ex-cônjuge, o qual a agrediu, assim como o filho maior de idade.

Após conseguir o afastamento do ex-cônjuge e registrar um B.O. contra seu filho, a então vítima tomou o lugar de agressora, em razão das agressões tratadas nestes autos, e foi alvo das medidas protetivas deferidas a sua filha, ora recorrente, que a obrigaram a deixar o lar.

Os fatos relatados pelas partes demonstram que o casal possui várias propriedades imóveis.

Embora a convivência se mostre no momento indesejada e desaconselhável, há uma queda de braço para determinar quem deixará a morada comum, arcando ambas as partes com acusações recíprocas para resolver tal questão patrimonial.

Não é possível identificar qualquer vulnerabilidade de gênero e sujeição entre as partes, que litigam em igualdade de armas.

Resta mantido, portanto, o declínio de competência para a vara criminal comum.

3. Em face do acima exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

Revisões Criminais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 2206103-

39.2022.8.26.0000, da Comarca de Taubaté, em que é peticionário LEANDRO DOS SANTOS CAMPOS RODRIGUES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual do 8º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deferiram o pedido revisional. V.U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão." **(Voto nº 30.055)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente), LEME GARCIA, WILLIAN CAMPOS, NEWTON NEVES, OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO e GUILHERME DE SOUZA NUCCI.

São Paulo, 13 de junho de 2023.

RICARDO SALE JÚNIOR, Relator

Ementa: REVISÃO CRIMINAL – Homicídio qualificado – Deficiência técnica reconhecida – Nulidade configurada – Pleito que não se restringe ao mero inconformismo com a estratégia defensiva adotada pelo advogado anteriormente nomeado ao réu – Necessidade de submissão do revisionando a novo julgamento pelo Tribunal do Júri, observando-se os princípios da ampla defesa e do devido processo legal – Revisão criminal deferida.

VOTO

Trata-se de Revisão Criminal ajuizada por **LEANDRO DOS SANTOS CAMPOS RODRIGUES**, devidamente qualificado nos autos principais, objetivando a desconstituição da r. sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da Vara do Júri da comarca de Taubaté, nos autos do processo nº 0013296-04.2016.8.26.0625.

O revisionando foi condenado como incurso no artigo 121, § 2º, incisos III e IV, do Código Penal, ao cumprimento de 15 (quinze) anos de reclusão, no regime inicial fechado.

A r. sentença transitou em julgado em 29 de novembro de 2021 (fls. 666 dos autos principais).

Em resumo, o peticionário pleiteia a nulidade do processo, por ausência de defesa técnica, bem como em virtude da falta de intimação pessoal do ora revisionando para o julgamento da sessão plenária, o que ocasionou a indevida decretação da revelia, com a consequente designação de novo júri, respeitando-se as garantias constitucionais e o devido processo legal (fls. 01/19).

Acesso ao Sumário

Os autos da ação penal foram devidamente apensados, tendo a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinado pelo indeferimento da revisão criminal (fls. 32/40).

É o relatório.

O pedido revisional deve ser deferido.

Isso porque, consoante se observa dos autos, afigura-se patente a nulidade do segundo julgamento a que submetido o revisionando, ante a nítida hipótese de deficiência de defesa técnica, senão vejamos.

O peticionário foi denunciado como incurso no artigo 121, § 2º, incisos I, III e IV, do Código Penal, porque, no dia 25 de setembro de 2016, por volta das 20h29min, na Estrada Particular Dito Costa, bairro Santa Tereza, cidade e comarca de Taubaté, com manifesta intenção de matar, por motivo torpe, com emprego de meio cruel e mediante recurso que dificultou a defesa da vítima, matou Francisco dos Santos Campos Rodrigues.

Consoante apurado, no dia dos fatos, o revisionando, de posse de um pedaço de pau e uma faca, foi até a residência do ofendido e o chamou. Assim que a vítima saiu da residência para atendê-lo, o peticionário desferiu dois golpes com um pedaço de madeira em sua cabeça, momento em que Francisco caiu inconsciente no chão. Ato contínuo, Leandro arrastou o corpo do ofendido até a porteira da entrada do sítio em que ele residia, sendo que, nas margens da estrada, desferiu mais um golpe com arma branca no abdômen da vítima. Em seguida, o revisionando fugiu e jogou fora os instrumentos utilizados na prática do crime.

O delito foi praticado por motivo torpe, uma vez que Leandro queria se vingar das ameaças feitas pelo ofendido. Além disso, o revisionando valeu-se de meio cruel, uma vez que destrinchou o abdômen da vítima, revelando a vontade de provocar maior sofrimento a Francisco. Por fim, o peticionário valeu-se de meio que dificultou a defesa da vítima, porque a atacou de forma repentina e surpreendente assim que Francisco abriu a porta de sua casa, local onde se sentia seguro e protegido.

Acesso ao Sumário

O peticionário foi submetido, pela primeira vez, a julgamento pelo Júri Popular, em 01 de março de 2019, oportunidade em que, por maioria de votos, os jurados responderam afirmativamente ao primeiro quesito, reconhecendo a materialidade delitiva, porém votaram negativamente ao segundo quesito, atinente à autoria.

Assim, ao final, foi o revisionando absolvido da imputação e ele intentada, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Irresignado com o desate absolutório, o órgão ministerial interpôs recurso de apelação, requerendo a realização de novo julgamento do réu pelo Tribunal Popular, sob o argumento de que a decisão dos jurados foi manifestamente con-

trária à prova dos autos.

A apelação em questão foi distribuída ao Des. Maurício Valala, da 8ª Câmara de Direito Criminal, sendo que, em sessão datada de 29 de agosto de 2019, por votação unânime, foi dado provimento ao apelo ministerial, determinando-se a submissão do réu a novo julgamento.

O novo julgamento do revisionando pelo Tribunal do Júri ocorreu em 23 de novembro de 2021, oportunidade em que foi decretada a revelia do réu, diante do seu não comparecimento à solenidade, posto que não localizado para ser intimado pessoalmente, vez que mudou de endereço sem informar ao Juízo (fls. 645 dos autos principais).

Finalizados os debates e após a leitura pública dos quesitos, decidiram os jurados pela condenação do revisionando, reconhecendo as qualificadoras do emprego de meio cruel e do recurso que dificultou a defesa da vítima.

Após o resultado da sessão plenária, foi proferida a r. sentença de fls. 641/644 dos autos principais, tendo o MM. Juiz de primeiro grau condenado o réu à pena de 15 (quinze) anos de reclusão, no regime inicial fechado, tendo o *decisum* transitado em julgado para as partes em 30 de novembro de 2021 (fls. 666 dos autos principais).

Inconformada com a r. decisão supra, a defesa do revisionando busca a anulação do segundo julgamento, argumentando, para tanto, a ocorrência de duas nulidades aptas a contaminar os atos praticados a partir da referida sessão plenária, consistentes na deficiência de defesa técnica do peticionário, bem como na irregular decretação da revelia do réu.

A ação revisional comporta deferimento, na medida em que patente a nulidade do segundo julgamento do peticionário pelo Tribunal do Júri.

Sabe-se que, no processo penal, não basta que o acusado possua defensor, seja ele constituído ou nomeado, fazendo-se imprescindível, também, que a assistência jurídica a ele fornecida seja suficiente para assegurar a plena observância ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal, princípios esses consagrados pelo constituinte originário no artigo 5º, incisos LV e LIV, da Magna Carta.

Dessa forma, tem-se que a defesa do acusado deve ser efetiva, tendo em vista as consequências incontornáveis de uma possível condenação, dentre as quais a eventual privação de liberdade.

Nesse sentido, o Colendo Supremo Tribunal Federal, com o claro escopo de salvaguardar o direito de defesa plena e efetiva do acusado, editou a Súmula nº 523, que assim dispõe: *"No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu"*.

Pela leitura do enunciado supramencionado, conclui-se que, para fins de

Acesso ao Sumário

demonstração de deficiência de defesa, imperioso se faz a especificação da negligência, inércia ou mesmo na grave imperícia técnica por parte do advogado.

Corroborando tal posicionamento, já decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça que *"cabe à defesa demonstrar que eventual atuação diversa do advogado poderia, de forma concreta, ter acarretado a absolvição do paciente, ainda que pela geração de dúvida no julgador"* (HC 299.760/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 23.08.2016).

Não se nega, aqui, que diferenciar as situações em que o réu pode, ou não, ser considerado indefeso, guarda certa subjetividade. Evidente, por exemplo, que não há como se considerar uma deficiência deficiente ou inexistente com base, unicamente, em argumentação genérica e abstrata, repousando no fato de ter o causídico feito ou deixado de fazer algo específico.

Faz-se necessário, portanto, demonstrar que, em um determinado caso concreto, o defensor agiu de forma desidiosa, materialmente equivocada ou omissa. Como bem salientado pela Ministra Rosa Weber, a nulidade deve ser decretada quando *"a deficiência da defesa é tão gritante que representa, na prática, ausência de defesa"*, cabendo ao julgador *"velar para que o acusado tenha, em seu benefício, defesa técnica real e não meramente ilusória"* (STF, HC nº 110.271/ES, j. em 07.05.2013).

No caso dos autos, é possível constatar que, durante o primeiro julgamento, o revisionando encontrava-se assistido pelo advogado Dr. Samuel Eduardo Gomes Bezerra, que o patrocinou através do convênio entre a Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil de Taubaté e a Defensoria Pública.

Na ocasião da primeira sessão plenária, o causídico acima indicado pugnou pela absolvição do réu, por negativa de autoria, argumentando que o acusado não cometeu o homicídio a ele imputado, tampouco dele participou de qualquer forma, afirmando, ainda, que a sua confissão na fase extrajudicial teria sido fruto de coação por parte dos policiais que o interrogaram.

Ocorre que, à época da anulação do primeiro julgamento, o Dr. Samuel Eduardo Gomes havia se descredenciado do convênio entre a OAB e a Defensoria Pública, renunciando aos processos que patrocinava, renúncia esta que foi devidamente acolhida pelo Juízo de primeiro grau, que determinou a indicação de novo profissional que atuasse em processos de competência do Tribunal do Júri, oportunidade em que houve a indicação do advogado Décio de Paula Barros.

Posteriormente, foi designada a data de 23 de novembro de 2021 para a realização do novo julgamento do peticionário pelo Tribunal Popular, ocasião em que foram expedidos mandados de intimação para o réu, para o novo defensor nomeado, bem como para as testemunhas que haviam participado do primeiro julgamento.

A intimação do réu, contudo, restou infrutífera, tendo a Sra. Oficial de Justiça informado que fora até o endereço indicado – no caso a residência do peticionário há anos – em apenas uma única diligência, sendo então informada "por moradores", que o réu havia se mudado para local incerto e não sabido (fls. 591 dos autos principais).

De igual sorte, a testemunha protegida A também não foi intimada acerca da sessão plenária, tendo o Sr. Oficial de Justiça certificado nos autos que se dirigiu ao endereço do depoente, ocasião em que foi informado pelas pessoas que ali residiam que não conheciam a testemunha (fls. 590 dos autos principais).

Diante das informações trazidas pelos senhores Oficiais de Justiça, o novo defensor dativo do ora revisionando foi instado a se manifestar, oportunidade em que consignou que não se opunha à decretação da revelia do réu, nada alegando, também, em relação à eventual ausência da testemunha protegida A na sessão do júri (fls. 597/598 dos autos principais).

Cabe ressaltar que não se mostra de todo incabível que o revisionando tenha se esquivado propositalmente da intimação, sendo certo que, agora, não lhe seria facultado arguir a nulidade de tal ato, à luz do princípio *nemo auditur propiam turpitudinem allegans* (ninguém pode se beneficiar da própria torpeza), princípio este que encontra ressonância no direito processual penal pátrio por meio do artigo 565, da Lei Penal Adjetiva, que dispõe que: *"Nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse"*.

Todavia, ainda que o peticionário possa eventualmente ter escapado de forma intencional à intimação acerca da nova sessão do tribunal do júri designada, é certo que tal situação não restou cabalmente demonstrada, tendo em vista que a Sra. Oficial de Justiça se dirigiu apenas uma única vez ao seu endereço (a saber: Estrada Municipal Visconde de Mossoró, nº 3601, Sítio Bardan – Pinheirinho – Taubaté/SP), onde supostamente foi informada por algumas pessoas (cujas identidades não foram informadas) que ele não mais residia ali, mudando-se para local incerto e não sabido.

Ocorre que causa estranheza tal constatação, um vez que, quando sobreveio a condenação do revisionando, sendo expedido o competente mandado de prisão, o peticionário foi localizado e preso exatamente no mesmo endereço do qual ele supostamente se mudara (Estrada Municipal Visconde de Mossoró, nº 3601, Sítio Bardan Pinheirinho Taubaté/SP), como outrora certificado pela Sra. Oficial de Justiça.

Dessa forma, ainda que a parte não possa arguir nulidade a que tenha dado causa, o fato é que não é possível afirmar, de forma extreme de dúvidas, de que esta foi a hipótese dos autos, uma vez que não restou claro em que circunstâncias foi realizada a tentativa de intimação do peticionário, afigurando-se

Acesso ao Sumário

incerto o motivo pelo qual ele supostamente se mudara sem comunicar ao Juízo, porém foi localizado posteriormente naquele mesmo endereço, na data do cumprimento do mandado de prisão expedido em seu desfavor.

Percebe-se, também, que o novo defensor constituído, ao aquiescer com a decretação da revelia do réu, acabou por prejudicá-lo sobremaneira, visto que lhe retirou a faculdade de ser novamente ouvido em plenário e apresentar a sua versão dos fatos.

Além disso, consoante anteriormente já consignado, no primeiro julgamento do revisionando sua defesa repousou na tese de negativa de autoria, tendo o peticionário afirmado, durante a sessão do júri, que não praticou o crime, esclarecendo, também, que a única razão pela qual confessou o delito na delegacia foi porque teria sido coagido pelos policiais, mediante tortura psicológica.

Ocorre que, na segunda oportunidade em que o peticionário foi submetido à Júri Popular, o segundo defensor dativo nomeado, Dr. Décio de Paula Barros, que não manteve nenhum contato com o revisionando previamente ao julgamento – fato este confirmado por ele próprio em sua manifestação de fls. 597/598 dos autos principais – apresentou a tese de que o réu teria cometido o crime em legítima defesa putativa, tese esta que contrariou, frontalmente, a versão apresentada pelo revisionando no primeiro julgamento, cujo desfecho fora a ele favorável.

Dessa forma, percebe-se que o nobre causídico decidiu modificar a tese defensiva que havia se revelado vitoriosa – tanto que acabou por conduzir à absolvição do peticionário – sem sequer ter consultado o revisionando a tal respeito.

Conquanto a doutrina e a jurisprudência sejam uníssonas no sentido de que a mera discordância acerca da tese defensiva adotada pelo advogado ou pelo defensor público não basta, por si só, para demonstrar a ocorrência de deficiência técnica da defesa, não há como se olvidar que, na espécie, a mudança na linha defensiva adotada pelo causídico causou inegável prejuízo ao réu.

Isso porque, durante o segundo julgamento de Leandro, verifica-se que o combativo Promotor de Justiça oficiante se utilizou justamente da mudança da versão defensiva para convencer os jurados de que o réu havia mentido descaradamente na primeira sessão plenária, ao afirmar que a confissão extrajudicial fora obtida mediante coação por parte dos policiais.

A suposta mentira do peticionário, inclusive, foi utilizada pelo Juízo de primeiro grau como fundamento para promover a exasperação da pena-base, restando consignado na r. sentença que "*merece especial destaque a mentirosa negativa de autoria, formulada sem pudor e em desprezo robusto ao acervo probatório coligido aos autos. A mentira do réu, caluniosa por imputar o crime de tortura psicológica a policiais durante o interrogatório na fase de inquérito,*

Acesso ao Sumário

foi hábil para induzir em erro os jurados do primeiro julgamento. O malicioso expediente acarretou na equivocada absolvição pelo Conselho de Sentença naquela cerimônia e na prematura colocação do réu em liberdade".

Veja-se, portanto, que a mudança na tese defensiva, a qual, repita-se, foi feita ao alvedrio do réu, que sequer se reuniu com o novo causídico, foi determinante para convencer os jurados de que ele havia mentido sobre a coação supostamente sofrida na fase inquisitorial e que, por tal razão, confessara a prática delitiva, circunstância esta que, inegavelmente, contribuiu para passar uma péssima imagem do peticionário junto ao conselho de sentença e até mesmo ao Juiz Presidente do Júri, influindo, de forma inegável, na sua condenação.

Outrossim, merece destaque os elementos trazidos pela atual advogada constituída do revisionando, que colacionou aos autos cópias de algumas mensagens eletrônicas trocadas entre ela e o segundo defensor nomeado ao revisionando, oportunidade em que o Dr. Décio afirmou acreditar que o senhor Leandro seria *"portador de psicopatia, exigindo, portanto, muitos cuidados para lidar com ele"* (fl. 09) recomendando, ainda, que a nobre causídica tivesse *"cautela"* ao entrar em contato com o peticionário, muito embora nunca tenha se encontrado pessoalmente com o revisionando, como declarado pelo próprio advogado em questão.

Além disso, quando questionado por que não teria recorrido, o Dr. Décio informou que *"durante a instrução conduzida por outro advogado que não era eu, ele alternou confissões e retratações nas várias audiências até o primeiro plenário"*, afirmando, por fim, que *"com um histórico desses, dificilmente conseguiria reversão da sentença do segundo plenário, do qual participei"*.

Ora, ainda que a opinião pessoal do defensor a respeito do seu cliente ou assistido não seja relevante para o exercício pleno da defesa deste, tendo em vista o profissionalismo que se espera de tal mister, é certo que, na hipótese concreta dos autos, o advogado nomeado ao peticionário nitidamente permitiu que seu conceito a respeito do acusado refletisse diretamente nas decisões e estratégias defensivas, tanto que sequer recorreu da r. sentença por acreditar que seria difícil reverter o desfecho condenatório, muito embora o réu tivesse sido absolvido no primeiro julgamento.

Dessa forma, analisando-se todos os atos praticadas pelo advogado dativo do revisionando no curso dos autos principais, é possível concluir que houve, de fato, uma deficiência técnica em grau elevado, a tal ponto que se pode afirmar, em concretude, que o réu esteve efetivamente indefeso.

O primeiro ponto defensivo controverso consistiu na ausência de oposição quanto à revelia do réu. Conquanto a ausência do acusado em plenário, por si só, não enseja a nulidade do julgamento, é certo que, no caso concreto, a participação do revisionando era de suma importância, uma vez que, no primei-

Acesso ao Sumário

ro julgamento, a narrativa dos fatos por ele apresentada foi determinante para a sua absolvição, eis que explicou os motivos que o fizeram confessar na delegacia o crime, imputando aos policiais uma suposta coação, sendo tal versão tão convincente que, à época, foi capaz de conduzir o conselho de sentença a votar negativamente quanto ao quesito da autoria delitiva.

Dessa forma, causa estranheza que o defensor dativo tenha anuído com a decretação da revelia do réu, sem sequer ter insistido em nova intimação, mormente quando se percebe a forma como tal ato foi feito, tendo a Sra. Oficial de Justiça se dirigido apenas uma vez à residência do acusado, ocasião em que certificou que o peticionário havia se mudado, encontrando-se em local incerto e não sabido.

Todavia, consoante alhures consignado, o revisionando foi posteriormente preso naquele mesmo logradouro, de modo que pairam fundadas dúvidas sobre a sua suposta mudança de endereço, o que tornaria, a meu ver, inválida a decretação da sua revelia, porquanto fundada em circunstância não comprovada de forma satisfativa.

Em segundo lugar, há que se ressaltar que a mudança da estratégia defensiva também se mostrou completamente equivocada; a uma, porque feita sem qualquer diálogo prévio com o peticionário, não tendo o defensor dativo o encontrado pessoalmente em momento algum, de modo que não lhe foi facultado anuir com a nova versão sustentada em plenário; a duas, porque foi frontalmente contrária à tese sustentada no primeiro julgamento, que resultou no desfecho absolutório.

Ora, é inegável que a mudança da tese da defesa serviu como suporte para que o órgão acusatório afirmasse, em plenário, que o réu havia mentido sobre a confissão extrajudicial, circunstância esta que claramente influenciou o ânimo dos jurados e contribuiu, sobremaneira, para a condenação do revisionando.

Com todo o respeito à pessoa do segundo advogado nomeado ao réu, afigura-se de todo ilógico que, em um primeiro momento, a defesa tenha afirmado que o ora revisionando não esteve no local do crime e que a única prova contra ele, consistente na sua própria confissão, teria sido fruto de coação por parte dos policiais, sendo tal versão acolhida pelos jurados, culminando com a absolvição do réu, ao passo que, no segundo julgamento, o novo advogado, sem qualquer razão aparente, tenha sustentado que o réu não só estava no local dos fatos como efetivamente praticou o delito a ele atribuído, tendo agido, porém, em uma situação de legítima defesa putativa, fulminando, assim, com a primeira tese aventada, cujo desfecho havia sido favorável ao revisionando.

Acesso ao Sumário

Por fim, percebe-se que o segundo advogado deixou se recorrer da sentença, não por uma questão de estratégia defensiva, mas sim porque ele mesmo não acreditava na versão do réu e o julgava “portador de psicopatia”, além de

uma pessoa perigosa de lidar e que, levando em consideração tais circunstâncias, seria praticamente impossível conseguir reverter a condenação.

Nota-se, portanto, que o defensor tomou a decisão de não recorrer somente levando em conta a sua opinião pessoal sobre o caso, sem qualquer tipo de consulta prévia ao réu, demonstrando, assim, não ter agido em observância ao melhor interesse do acusado.

Cabe salientar que a análise de cada ponto aqui levantado, isoladamente considerado, não seria capaz, por si só, de ensejar a decretação da nulidade do julgamento do peticionário. Contudo, quando se volve o olhar para o conjunto de atos praticados, como um todo, percebe-se que não se trata o caso concreto de mera discordância da atual advogada do revisionando em relação às estratégias e teses adotadas pela defesa anterior, mas sim de inconformismo com uma situação em que o réu, de fato, se achou virtualmente indefeso.

Como bem leciona a doutrina, *"é de suma importância que haja um equilíbrio de competência entre a acusação e a defesa. Quando o defensor do acusado não se mostrar à altura da defesa de seus interesses processuais, este deve ser substituído por outro causídico, para que não se permita erro quanto ao julgamento"* (MOSSIN, Heráclito Antonio. Comentários ao Código de Processo Penal. Manole: Baueri, 2005, p. 947).

Ressalte-se, ainda, que cabe ao magistrado, dado o seu relevante papel dentro da estrutura do Poder Judiciário, primar pela efetivação do direito à defesa do acusado, bem como pela tutela de todos os demais direitos e garantias assegurados pela Constituição Federal e pelas normas processuais, o que somente se torna possível por meio de uma atuação ativa, com análise atenta a todas as particularidades envolvendo cada caso concreto.

Frente a tais realidades, à luz do princípio constitucional da ampla defesa, alçado à categoria de garantia fundamental pelo legislador constituinte originário nos termos do artigo 5º, inciso LV, da Lei Maior, imperioso se faz o reconhecimento da nulidade do segundo julgamento a que submetido o revisionando, ante a comprovada ausência de defesa técnica.

Pelo exposto, defere-se o pedido revisional, a fim de anular o segundo julgamento a que submetido o peticionário **LEANDRO DOS SANTOS CAMPOS RODRIGUES**, determinando-se a designação de nova sessão do Tribunal do Júri, expedindo-se as devidas comunicações, intimações necessárias e validas na origem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 2061214-

Acesso ao Sumário

55.2023.8.26.0000, da Comarca de Barra Bonita, em que é peticionário M. R. M..

ACORDAM, em 4º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram improcedente a revisão criminal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.131)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA (Presidente), IVANA DAVID, SÉRGIO RIBAS, MARCO ANTÔNIO COGAN, FERNANDO SIMÃO, FREITAS FILHO e JUSCELINO BATISTA.

São Paulo, 13 de junho de 2023.

MENS DE MELLO, Relator

Ementa: REVISÃO CRIMINAL – condenação por estupros de vulnerável em continuidade delitiva – pedido de redução da pena – afastamento da causa de aumento prevista no artigo 226, inciso II, do Código Penal – réu que tinha autoridade em relação as menores – aumento de 2/3 mantido pela continuidade delitiva em face a prova oral – jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que permite exasperação em grau máximo – irretocável a dosimetria realizada – julgado improcedente.

.

VOTO

Ingressa o peticionário com a presente revisão criminal contra decisão transitada em julgado[1], amparada no artigo 621, inciso I do Código de Processo Penal, narrando que foi condenado à pena de 40 anos de reclusão, em regime fechado[2].

A r. sentença[3], proferida em 08 de outubro de 2019, foi parcialmente reformada pelo v. acórdão da egrégia 4ª Câmara de Direito Criminal[4], quando do julgamento do recurso de Apelação nº 0005784-80.2011.8.26.0063, que sob a relatoria do i. Desembargador Luís Soares de Mello, rejeitou a preliminar e negou provimento ao recurso.

Alega[5] o peticionário que a exasperação em terceira fase de dosimetria foi excessiva, requerendo o afastamento da causa de aumento prevista no artigo

Acesso ao Sumário

1 Folhas 421 dos autos principais - 0001200-45.2017.8.26.0358.
2 Folhas 31.
3 Folhas 20.
4 Folhas 31.
5 Folhas 07.

226, inciso II, do Código Penal e reduzir o acréscimo de 2/3 para 1/6 no tocante a continuidade delitiva.

A procuração que comprova que o i. Advogado recebeu poderes de representação do peticionário para ajuizamento da presente ação revisional encontra-se acostado em folhas 18.

Como os autos originários são eletrônicos, é dispensável o seu apensamento a presente ação revisional.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou[6] pela improcedência do pedido revisional.

É o relatório.

Conforme narrado na denúncia[7], em datas e horários incertos, mas em meados de julho de 2011, o peticionário praticou atos libidinosos diversos da conjunção carnal com as vítimas M. E. R. e T. R., à época, com 05 e 08 anos de idade, respectivamente.

As vítimas descreveram para a equipe técnica, com detalhes, as circunstâncias em que se deu a prática dos atos libidinosos aos quais foram submetidos pelo réu, que no início da prática das condutas era amigo da genitora das vítimas, e após se tornar companheiro daquela, continuou a praticar os atos libidinosos diversos da conjunção carnal descritos na denúncia. Além disso, os relatórios constantes dos autos, todos realizados por equipe técnica especializada corroboram a prova oral coligida durante a instrução e apontam para a prática reiterada das condutas descritas na inicial acusatória. Resulta claro que, por diversas vezes, primeiro na condição de amigo da genitora das menores e, depois, na condição de padrasto das menores, o réu praticou atos libidinosos diversos da conjunção carnal[8].

Os atos libidinosos consistiam em o peticionário despir-se e pedir que as menores beijassem o seu pênis, tirando as suas próprias roupas. Mesmo com a recusa das vítimas, as obrigava a fazerem carícias em seu órgão genital.

Os abusos intensificaram-se quando o acusado passou a morar com elas. Inicialmente pedia que M. E. segurasse seu pênis. Passou a abusar também de T., esfregando-se na menor, pedindo, ainda, que ela subisse em seu corpo. Nas primeiras vezes em que o peticionário se esfregou em T., a vítima permaneceu com as vestes, porém, gradativamente, a situação passou a ocorrer com a ofendida despida.

Muito embora no relatório informativo datado em 21/08/2018 constasse da declaração que, durante o período de internação foram realizados diversos atendimentos, onde ambas mãe P. e a adolescente T. relatam que a adolescente em questão e sua irmã M. E. sofreram situações de violência sexuais cometidos

6 Folhas 62.
7 Folhas 243.
8 Folhas 300/301 – autos 0005784-80.2011.8.26.0063.

Acesso ao Sumário

pelo atual padrasto. Em 2013 não estava na condição de padrasto, passou a se relacionar com a mãe P. após episódio e que reside atualmente com todas as descritas acima. As folhas 152 nada consta acerca de os atos foram praticados quando o réu era padrasto ou não. Já as folhas 153 – relatório subscrito pela psicóloga da casa de amparo à criança e adolescente em entrevista com uma enfermeira – "Foi relatado por T. à profissional de enfermagem Luiza situações graves de avulso sofrida pela adolescente e sua irmã M. E., acolhida também na entidade. Descreveu que seu padrasto, M., realizava rituais de Magia Negra, colocando T. e M. E. deitadas em uma cama, ambas nuas e com sangue animal ao redor eram envolvidas no ritual a fazer sexo oral e a masturbação no mesmo. Era de conhecimento de P. R., tudo que era feito, de início não aceitou, mas logo foi convencida por M. que o ritual era 'benéfico e libertador' (SIC). O ano que tal situação ocorreu não foi citado"

Na denúncia consta que os fatos ocorreram pelo menos 10 vezes. As folhas 04 a genitora das menores informou que o réu durante a sua ausência em sua casa, abusou sexualmente de suas filhas por uma dez vezes, inclusive disse em que consistia os abusos dizendo que ele tirava a roupa, ficar com o pênis ereto e pedir para que as meninas também tirassem a roupa. M. mandava que beijassem e como não faziam ele pegava as mãos das meninas e fazia com que elas acariciassem o pênis dele ereto. T. também disse que os atos ocorreram mais de 10 vezes – folhas 05. Assim como M. E. – folhas 06.

Inclusive em avaliação psicológica T. disse que inicialmente o réu era amigo de sua mãe e os abusos se iniciaram e posteriormente sua mãe foi morar na casa dele os abusos se intensificaram.

Os abusos ocorreram sempre da mesma maneira e por pelo menos dez vezes.

Assim M. foi denunciado como incurso no artigo 217-A, *caput*, por dez vezes, c.c. artigo 71, ambos do Código Penal.

Descritos os fatos, passa-se a análise da presente revisão criminal.

A presente ação tem por objetivo desconstituir a coisa julgada e reanalisar a questão, de modo que por ser a coisa julgada um dogma emanado da segurança jurídica, apenas pode ser rescindida em situações excepcionais, quando de fato a decisão apresenta contrariedade à prova dos autos, sob pena de se vulnerar por demais a segurança trazida pela coisa julgada.

É esta a lição que se extrai da doutrina de RENATO BRASILEIRO DE LIMA ao afirmar que *"a expressão 'evidência' deve ser compreendida como a verdade manifesta. Portanto, só se pode falar em sentença contrária à evidência dos autos quando esta não se apoia em nenhuma prova produzida no curso do processo, nem tampouco, subsidiariamente, em elementos informativos produzidos no curso da fase investigativa. Essa contrariedade pode se referir tanto*

Acesso ao Sumário

à autoria do fato delituoso, quanto ao crime em si, ou, ainda, a circunstâncias que determinem a exclusão do crime, isenção ou diminuição da pena. Portanto, a mera fragilidade ou precariedade do conjunto probatório que levou à prolação de sentença condenatória não autoriza o ajuizamento de revisão criminal. De fato, quando o artigo 621, I do Código de Processo Penal se refere à decisão contrária a evidência dos autos, exige a demonstração de que a condenação não tenha se fundado em uma única prova sequer. A expressão contra a evidência dos autos não autoriza, portanto, o ajuizamento de revisão criminal para se pleitear absolvição por insuficiência ou precariedade da prova"[9].

No mesmo sentido ensina GUILHERME DE SOUZA NUCCI, confirmando que *"para ser admissível a revisão criminal, torna-se indispensável que a decisão condenatória ofenda frontalmente as provas constantes dos autos"*[10].

Inviável também a revisão criminal para trazer aos autos pontos já discutidos. Preceitua FAUZI HASSAN CHOUKR que *"a mera discussão jurídica de temas já aventados na ação original não enseja o reconhecimento do fundamento deste artigo"*[11].

Acerca do tema trata o Superior Tribunal de Justiça.

> *"1. Na esteira da jurisprudência do STJ, a revisão criminal não deve ser adotada como um segundo recurso de apelação, pois nada mais é que a desconstituição da coisa julgada em face da prevalência, na seara penal, do princípio da verdade real sobre a verdade formal. 2. O acolhimento da pretensão revisional deve ser excepcional, cingindo-se às hipóteses em que a contradição à evidência dos autos seja manifesta, estreme de dúvidas, dispensando, pois, a interpretação ou análise subjetiva das provas produzidas. 3. O Tribunal a quo, reexaminando o conjunto fático-probatório, acolheu o pedido revisional com fulcro na suposta insuficiência da prova da autoria, o que fere o sistema processual penal"*[12].

Como já apontado, o pedido da Defensoria Pública limita-se exclusivamente à dosimetria da pena fixada pelo juízo em primeiro grau e mantida em segundo grau de jurisdição.

O peticionário ingressa com revisão criminal insurgindo-se contra o fato de que era padrasto das menores e que os abusos tenham acontecido por várias vezes.

Quanto ao primeiro argumento, a r. sentença, às folhas 25, ressaltou que: *"No caso em comento, é certo que as vítimas descreveram para a equipe técnica, com detalhes, as circunstâncias em que se deu a prática dos atos libidinosos*

Acesso ao Sumário

9 Manual de Processo Penal – 3ª edição – Salvador – Editora Juspodivm – 2015 – pág. 1795.
10 Código de Processo Penal Comentado – 11ª edição – São Paulo – Editora RT – 2012 – pág. 1071.
11 Código de Processo Penal – 6ª edição – São Paulo – Editora Saraiva – 2014 – pág. 1158.
12 STJ – AgRg no REsp 1295387 / MS – Rel. Min. Jorge Mussi – Quinta Turma – DJe 18/11/2014.

aos quais foram submetidas pelo réu, que no início da prática das condutas era amigo da genitora das vítimas, e após se tornar companheiro daquela, continuou a praticar os atos libidionosos diversos de conjunção carnal descritos na denúncia". Logo fica mantida a causa de aumento prevista no artigo 226, inciso II, do Código Penal, pois, mesmo levando em consideração que o réu, no início da prática de atos libidinosos não era companheiro da mãe delas, as menores ficavam sob os seus cuidados.

O v. acórdão confirmou a ocorrência da majorante, as folhas 47, *"Os elementos probatórios carreados comprovaram que o acusado conviveu em união estável com P., inclusive residindo com ela e com as vítimas, assumindo, assim, a figura de um verdadeiro padrasto.*

(...)

De outro lado, é certo que, mesmo antes de passaram a residir juntos, as vítimas já ficavam sob os cuidados do acusado enquanto P. se ausentava, tendo ele próprio afirmado que alimentava e dava banho nas meninas, e que uma delas até pernoitava em sua casa.

De forma que, efetivamente, tinha certa relação de autoridade sobre elas, tanto que se valeu de tal circunstância para, dentro do seio familiar, estuprá-las continuadamente".

No que tange ao segundo argumento o peticionário, as vítimas narraram que a ocorrência de abusos sexuais sofridos por elas e praticados pelo peticionário iniciaram quando ele era amigo da mãe delas e depois quando passou a morarem com ele, ficando na condição de padrasto, sendo que os abusos não só continuaram a ocorrer, mas se intensificaram. Assim sendo o número incerto de vezes em que os atos libidinosos distintos da conjunção carnal ocorreram correta a fração de aumento de 2/3 pela continuidade delitiva.

O v. acórdão corroborou a manutenção da fração de 2/3, às folhas 28, *"Afinal, o acusado abusou sexualmente das vítimas por pelo menos 10 vezes, como por elas relatado tanto em sede policial, como à genitora e à equipe técnica do setor de psicologia.*

Ademais, não se pode olvidar que a prática de atos libidinosos com as vítimas ocorreu em datas repetidas e variadas, a evidenciar uma infinidade de condutas a que eram submetidas.

Note-se que os fatos foram ocorrendo de forma gradativa, iniciando-se com a vítima M. E. e seguindo com a vítima T..

Ainda, começaram quando as vítimas apenas frequentavam a casa do réu e se intensificaram quando passaram a residir juntos.

Por fim, aconteceram com as vítimas vestidas, tocando as partes íntimas do réu e evoluíram, de forma que o acusado passou a deitar-se sobre as menores e esfregar-se em seus corpos nus.

Acesso ao Sumário

Tudo a evidenciar uma sequência de atos, que foram se repetindo e evoluindo, por considerável período de tempo, de maneira gradual.

A deixar nas vítimas um indelével marco de abuso sexual desde os 5 e 8 anos de idade, usurpando-lhes o doce sabor da infância".

Importante asseverar que o fato de o abuso sexual ter sido cometido durante longo período de tempo é o suficiente para se manter o aumento pela continuidade delitiva acima do mínimo. O raciocínio se justifica, ainda que não se tenha analisado o número exato de atos libidinosos praticados.

Este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *"Esta Corte tem decidido que, "em regra, a escolha da quantidade de aumento de pena em virtude do reconhecimento da continuidade delitiva considera o número de infrações praticadas pelo agente". Porém, "na hipótese de crimes sexuais em que os episódios ocorrem durante longo período, não é viável exigir a quantificação exata do número de eventos criminosos" (AgRg no REsp 1.281.127/PR, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 18/09/2014; AgRg no AREsp 455.218/MG, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 16/12/2014). Tendo sido constatada pelas instâncias inferiores "a ocorrência de diversos crimes da mesma natureza por mais de dois anos", é adequado o aumento da pena pela continuidade delitiva (CP, art. 71) no patamar de 2/3 (dois terços)"*[13].

Portanto, irretocável a r. sentença e o v. acórdão.

Não se justifica, portanto, a alteração do título penal condenatório, não estando presentes os requisitos do artigo 621, inciso I, do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, **JULGO IMPROCEDENTE** a presente Revisão Criminal.

13 STJ – HC 311146 / SP – Rel. Min. Newton Trisotto – Quinta Turma – DJe 31/03/2015.

Acesso ao Sumário

ÓRGÃO ESPECIAL

Ações Penais - Procedimentos Ordinários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Penal – Procedimento Ordinário nº 2001479-62.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é réu (...) (DEPUTADO ESTADUAL).

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DECLINARAM DA COMPETÊNCIA DESTE COLENDO ÓRGÃO ESPECIAL, COM DETERMINAÇÃO DE REMESSA AO PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50.350)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), MATHEUS FONTES, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, FIGUEIREDO GONÇALVES, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, FLAVIO ABRAMOVICI, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO e CAMPOS MELLO.

São Paulo, 19 de abril de 2023.

FÁBIO GOUVÊA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação Penal. Eventual prática do crime disposto no art. 215-A do Código Penal por Deputado Estadual. Cessação do mandato e fato não relacionado ao exercício do cargo. Insubsistência de foro por prerrogativa por função. Princípio da simetria constitucional. Incompetência deste Órgão Colegiado para processar e julgar o caso, determinando-se a remessa dos autos à Primeira Instância Criminal. Competência declinada, com determinação.

VOTO

Trata-se de ação penal movida em face de (...) pela suposta prática do crime disposto no art. 215-A, c.c. art. 61, inc. II, alíneas "c" e "g", ambos do Código Penal.

Por acórdão de fls. 657/677, a denúncia foi devidamente recebida.

Após a citação, a Defesa manifestou-se pela remessa dos autos à primeira instância. Além disso, sustentou a inocência do réu e requereu a realização de exame de corpo de delito e produção de prova oral e documental.

Diante do término do mandato como Deputado Estadual do réu (...), a assistente de acusação e a Procuradoria Geral de Justiça manifestaram-se pela declinação da competência do Órgão Especial, com a remessa dos autos a uma das Varas Criminais da Comarca de São Paulo (fls. 827 e 833/834).

É o relatório.

Acolhe-se na íntegra a valiosa manifestação subscrita pelo eminente Procurador de Justiça, Dr. Mario Antonio de Campos Tebet.

De fato, em razão do encerramento do mandato de Deputado Estadual do réu, entendo que deve ser declinada a competência desse C. Órgão Especial.

Sobre o tema, cumpre ressaltar que o plenário do Excelso STF, ao apreciar questão de ordem suscitada na Ação Penal nº 937, de relatoria do Exmo. Min. Roberto Barroso, decidiu pela interpretação restritiva das regras constitucionais de competência de foro por prerrogativa de função, fixando as seguintes teses: "(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo".

Considerando a decisão da Corte Constitucional e o princípio da simetria, o Colendo STJ aplicou as teses referidas em decisão monocrática proferida pelo Exmo. Min. Luis Felipe Salomão na Ação Penal nº 866/DF, entendendo por sua incidência na hipótese de Governador processado por fatos anteriores e não relacionados ao exercício do mandato.

Em razão de tais precedentes, cujos fundamentos são perfeitamente aplicáveis ao presente caso, no qual o réu é processado por fatos não relacionados ao exercício do cargo e houve o término de seu mandato como Deputado Estadual, penso que ele não faz jus ao foro por prerrogativa de função, que deve ser interpretado restritivamente.

Diante do exposto, pelo meu voto, entendo que deve ser declinada a competência deste C. Órgão Especial, com a remessa dos autos a uma das Varas Criminais da Capital, para prosseguimento da presente ação penal.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Penal – Procedimento Ordinário nº 0020895-50.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é réu (...) (JUIZ DE DIREITO).

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "INDEFERIRAM O PEDIDO DE ADIAMENTO, AFASTARAM AS MATÉRIAS REPETIDAS, REJEITANDO AS PRELIMINARES, E DETERMINARAM A INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE INSANIDADE, POR UNANIMIDADE. POR MAIORIA DE VOTOS, AFASTARAM O ADIANTAMENTO DAS DESPESAS PROCESSUAIS, VENCIDOS OS EXMOS. SRS. DES. COSTABILE E SOLIMENE, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, JAMES SIANO E MÁRCIA DALLA DÉA BARONE. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. DAMIÃO COGAN.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 54.480)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MÁRCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, FIGUEIREDO GONÇALVES, MELO BUENO, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, RICARDO DIP e JAMES SIANO.

São Paulo, 14 de junho de 2023.

COSTABILE E SOLIMENE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação Penal contra Magistrado. Defesa Prévia. Repetição do quanto já alegado e examinado por ocasião da defesa preliminar. Preliminares rejeitadas com determinações. Patrono nomeado pelo próprio acusado que deduziu a pretensão de instauração do incidente de conferência de integridade mental de seu constituinte e realização do Teste de Rorschach. Deferimento nos termos deste voto. Cautela adotada para prevenir eventual alegação de cerceamento de defesa.

VOTO

No bojo do processo investigatório criminal acima identificado, o e. Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo apresentou denúncia contra (...), Juiz de Direito, dado como incurso no *caput* do artigo 240 da lei n. 8.069/90, por várias vezes, combinado com os artigos 29 *caput* e 71 *caput*, ambos do Código Penal; no *caput* do artigo 241-A da lei n. 8.069/90, por várias vezes, combinado com os artigos 29 *caput* e 71 *caput*, ambos do Código Penal; e no *caput* do artigo 241-B da lei n. 8.069/90, por várias vezes, combinado com os artigos 29 *caput* e 71 *caput*, ambos do Código Penal, sendo que as cadeias delitivas compostas por tipos penais que descrevem crimes de espécies diversas foram postas em combinação com o artigo 69 *caput*, deste último diploma legal (fl. 1.624).

Sem juntada de mais documentos, em favor do ora acusado formulou-se defesa preliminar, localizável a fls. 1714/1745. Seguem as suas alegações: *(i)* que as investigações começaram a partir de diligências realizadas por autoridade incompetente; *(ii)* suposta nulidade da quebra de sigilo telemático e mesmo da interceptação telemática (a partir de origem anônima); *(iii)* cerceamento de defesa, por não conhecer todas as provas; *(iv)* quebra da cadeia de custódia; *(v)* inépcia da inicial acusatória.

Observo que todos estes pontos foram devidamente examinados por ocasião do julgamento ocorrido, com a presença de seu e. Defensor, na data de 30/11/2022, oportunidade em que as alegações de nulidade – ora repetidas – foram todas elas rejeitadas e à unanimidade pelo colendo Órgão Especial (fls. 1755/1780).

Agora, novamente, os presentes autos retornaram para exame da defesa prévia, que, repito, está juntada a fls. 1793/1797, com duas únicas novidades: os requerimentos formulados pela d. defesa, de instauração do incidente para verificação da integridade mental do acusado e a realização do Teste de Rorschach. O mais dizia respeito a assuntos já superados no aresto anterior, como assim mencionado no parágrafo acima, confira-se *in verbis* a seguir: *(i) "(...) as preliminares de nulidades suscitadas por esta Defesa técnica foram devidamente fundamentadas e expostas no bojo da defesa preliminar, logo, evitando qualquer forma de repetição desnecessária, a Defesa apenas reiterará todas as preliminares anteriormente aventadas, limitando-se, na presente, a destacar os principais pontos"* (*verbis*); *(ii)* destaca o argumento de que o início das investigações se deu por autoridade incompetente; *(iii)* e volta a dizer que tudo estaria contaminado porque partiu de denúncia anônima; *(iv)* mais, volta a reclamar que não teve acesso a todas as provas.

E ao lado dos pedidos de realização das sobreditas provas médicas, arrolou testemunhas.

Acesso ao Sumário

O Ministério Público se contrapôs (fls. 1799/1809), no sentido de rechaçar tanto as matérias preliminares como a instauração do incidente ou mesmo a realização da prova médica.

É o resumo do quanto necessário.

Voto n. 54.480

I – Inicialmente, logo na abertura do julgamento na sessão de 14/6, o Colegiado deliberou indeferir o pedido de adiamento formulado pelo e. Defensor.

É que, não bastasse a ausência de previsão para nova sustentação oral, a jurisprudência até põe em dúvida o cabimento desta fase no procedimento da lei n. 8.038/90, confira-se, no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, o resultado do julgamento do HV 116653, 2ª Turma, relatora a Ministra CÁRMEN LÚCIA, em 18/2/2014:

"HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. FORMAÇÃO DE QUADRILHA E CORRUPÇÃO PASSIVA. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ALEGAÇÃO DE APLICAÇÃO DO PROCEDIMENTO COMUM DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: LEI N. 11.719/08. POSSIBILIDADE DE ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA APÓS RESPOSTA ESCRITA. INVIABILIDADE. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.038/90: PROCEDIMENTO MAIS BENÉFICO AO ACUSADO. ORDEM DENEGADA. 1. Procedimento especial da Lei n. 8.038/90: acusado com possibilidade de se manifestar sobre a acusação antes de se tornar réu na ação penal; procedimento comum (Código de Processo Penal): primeira manifestação do acusado ocorre quando ele já é réu no processo. 2. Procedimento da Lei n. 8.038/90 mais benéfico ao acusado quanto ao objeto desta impetração, devendo prevalecer sobre o procedimento comum do Código de Processo Penal. 3. A opção pelo rito da Lei n. 8.038/90 privilegia o princípio da especialidade, aplicando-se a norma especial em aparente conflito com a norma geral, que cede ante a incidência de norma constitucional, como a do art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal, que tutela o direito fundamental de ampla defesa. 4. Mesclagem do procedimento especial da Lei n. 8.038/90 com o procedimento comum do Código de Processo Penal importaria, no caso, a criação de novas fases processuais, selecionando o que cada uma tem de mais favorável ao acusado, gerando um hibridismo (tertium genus) incompatível com o princípio da reserva legal. 5. Ordem denegada".

Orientação repetida no Superior Tribunal de Justiça, vide o teor do AgRg na APn 697 RJ, Corte Especial, relator Ministro OG FERNANDES, DJe 15/3/2016:

"PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. INSTRUÇÃO. DECISÃO. MAGISTRADO INSTRUTOR CONVOCADO. INDEFERIMENTO. LEI 8.038/90 E RES. 03/STJ, DE 21/2/2014. LIMITES. COMPETÊN-

Acesso ao Sumário

CIA. ÓRGÃO DELEGANTE (MINISTRO RELATOR). APLICAÇÃO DOS ARTS. 396 E 396-A DO CPP AO REGIME DA LEI 8.038/90. CONTRASSENSO. RESPOSTA PRELIMINAR DOS DENUNCIADOS (ART. 4º DA LEI 8.038/90). MOMENTO EM QUE PODEM ALEGAR TODA A MATÉRIA PERTINENTE, INCLUSIVE MERITÓRIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

(...)

4. Não há sentido algum na aplicação dos arts. 396 e 396-A do CPP ao regime da Lei 8.038/90, mesmo porque, antes do recebimento da denúncia, há oportunidade para resposta preliminar dos denunciados (art. 4º da Lei 8.038/90), momento em que podem alegar toda a matéria pertinente, inclusive meritória. O recebimento ou não da denúncia, no regime da Lei 8.038/90, é ato mais aprofundado do que aquele feito pelo juízo singular (art. 396-A, CPP), tanto que a Lei n. 8.038/90 prevê, além do recebimento ou rejeição da peça acusatória, até a possibilidade do reconhecimento da improcedência imediata das imputações. Seria um contrassenso exigir duas vezes a mesma análise.

5. A alegação de que a apresentação de defesa prévia (art. 8º da Lei 8.038/90) enseja novo exame do recebimento da denúncia, em aplicação subsidiária do Código de Processo Penal à Lei n. 8.038/90, seria incompatível com o regime das ações penais originárias, valendo a presente demanda como caso paradigmático, tendo em vista que o recebimento da denúncia se deu pelo Plenário da Suprema Corte (época em que um dos réus detinha prerrogativa de foro naquele Tribunal). O reexame, pelo órgão monocrático (Relator) ou pela Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, de decisão do Supremo Tribunal Federal, seria verdadeira inversão de instâncias.

6. O momento de análise das defesas prévias dos acusados, no regime processual estabelecido pela Lei 8.038/90, será ao final da instrução, no momento do julgamento meritório pelo colegiado desta Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça.

7. Agravo regimental a que se nega provimento".

A apresentação dos autos diante do Colegiado, em resumo, foi adotada pelo relator por conta dos pedidos de prova pericial médica, o que, em sessão, foi repetido era possível resolver-se a questão monocraticamente, aberta às partes a hipótese do agravo.

No entanto, prevaleceu a nossa cautela.

II – Desde logo destaco duas questões: *(i)* as matérias preliminares, ora reprisadas pela d. Defesa, **foram todas elas anteriormente examinadas e rejeitadas**, uma a uma, e por unanimidade, **por ocasião do julgamento**, perante este colendo Órgão Especial, realizado na sessão **de 30/11/2022**, consoante exposto a fls. 1753/1780; *(ii)* eventual indeferimento da instauração do inciden-

Acesso ao Sumário

te para verificação da integridade mental do acusado, oportunamente, poderá acarretar o dissabor que acompanha a alegação de cerceamento de defesa, daí o resultado proposto ao cabo deste voto.

Torno a dizer, a questão referente à **denúncia anônima** foi examinada por este Colegiado, confira-se a fls. 1762/1764. No entanto, o tema está associado a outra infração, atinente a caso diverso ainda acerca do mesmo increpado, qual seja, a alegação ministerial de pretensa recepção de benesses em troca de decisões jurisdicionais. Assunto ainda estranho ao tratado na presente denúncia e que, quando muito, para fins processuais, não ultrapassaria a ideia de mera irregularidade de cunho adjetivo.

Oportuno relembrar que o Regimento Interno, quando trata de investigações contra magistrados, outorga poderes ao relator (artigo 95, § 4º) para *"requisitar o concurso da autoridade policial, para, sob sua direta fiscalização, auxiliar nas investigações, dependendo a quebra de sigilo bancário, fiscal, telefônico ou de dados eletrônicos de autorização do Órgão Especial"*.

Ora, o Dr. Delegado, recebendo notícia de infração penal, só fez determinar o recolhimento das provas (pendrive), como ainda correu a submetê-lo a um exame pericial, repassando em seguida o caso ao MM Juiz, que remeteu os autos para este e. Tribunal de Justiça quando, só após a abertura do dispositivo (pendrive), foi dado saber que a *notitia criminis* envolvia a pessoa de um Juiz de Direito.

Sem prejuízo, consoante jurisprudência do Excelso Pretório, se fosse o caso, *"eventuais vícios existentes no inquérito policial, peça meramente informativa, não contaminam a ação penal"* (HC 173814 AgR, relator Ministro Nunes Marques, j. 17/8/2021).

De todo o modo, o que existe de interessante para os presentes autos (considerando o exato teor da denúncia ministerial, vale dizer, crimes diversos dos tratados na referida *denúncia anônima*) foi objetivamente abordado no item 2 do aresto que rejeitou a defesa preliminar: o encontro fortuito de provas deu-se no bojo das apurações originariamente inauguradas a pedido da acusação (para descobrir eventual infração funcional). Buscando dados sobre eventual crime funcional, se descobriu nos computadores do investigado o que foi descrito na presente denúncia.

Neste quadrante, com relação ao especificamente tratado neste processo, **não se há falar em denúncia anônima**. Diligências foram determinadas atendendo requerimento do Ministério Público, então no exercício de suas inderrogáveis atribuições constitucionais (artigos 127 e 129), para descobrir, afinal, se houve pagamento em determinados processos judiciais a cargo do Juiz de Direito.

Ainda a respeito da confusão conceitual levantada pelo acusado, torna-

Acesso ao Sumário

mos a invocar lição do Ministro Celso de Mello, outorgada por ocasião do julgamento do HC 160341 AgR MG:

"(...) Cabe assinalar, no que se refere à descoberta fortuita ou acidental de elementos de informação obtidos, casualmente, contra alguém até então desconhecido (como o paciente), por meio de interceptações telefônicas de terceiras pessoas, em procedimento probatório validamente autorizado, quanto a tais terceiras pessoas, por magistrado competente, que se tem reconhecido a plena eficácia jurídica da prova penal daí resultante.

Destaque-se, por oportuno, que o tema da descoberta fortuita ou acidental, especialmente examinado no contexto de interceptações telefônicas judicialmente autorizadas, tem constituído objeto de ampla discussão doutrinária, com especial destaque para aqueles autores que reconhecem a legitimidade dos dados informativos delas resultantes em relação a pessoas estranhas ao procedimento de interceptação, desde que observados determinados requisitos (LUIZ FLÁVIO GOMES e SILVIO MACIEL, "Interceptação Telefônica – Comentários à Lei 9.296, de 24/07/96", p. 106/112, item n. 6, 2011, RT; LENIO LUIZ STRECK, "As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais – A Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais", p. 93/99, item n. 13.3, 1997, Livraria do Advogado; VICENTE GRECO FILHO, "Interceptação Telefônica – Considerações sobre a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996", p. 33/39, 2ª ed., 2005, Saraiva; ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO e ANTONIO SCARANCE FERNANDES, "As nulidades no processo penal", p. 176/177, 12ª ed., 2011, RT; ANTONIO SCARANCE FERNANDES, "Processo Penal Constitucional", p. 99/102, itens ns. 7.13 e 7.14, 6ª ed., 2010, RT; EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA e DOUGLAS FISCHER, "Comentários ao Código de Processo Penal", p. 303/305, item n. 157.9, 3ª ed., 2011, Lumen Juris; GUILHERME DE SOUZA NUCCI, "Código de Processo Penal Comentado", p. 365, item n. 44, 9ª ed., 2009, RT; AURY LOPES JR., "Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional", p. 539/541, vol. I, item n. 5.4, 3ª ed., 2008, Lumen Juris; NORBERTO AVENA, "Processo Penal Esquematizado", p. 503/504, item n. 8.5.4, 2ª ed., 2010, Método; HÉLVIO SIMÕES VIDAL, "Curso Avançado de Processo Penal", p. 175, item n. 13.10.1, 2011, Arraes; DENILSON FEITOZA, "Direito Processual Penal – Teoria, Crítica e Praxis", p. 790/792, item n. 15.12.2.3, 6ª ed., 2009, Impetus, v.g.).

Cumpre referir, ainda a esse propósito, que a própria jurisprudência dos Tribunais (RT 888/618 – RT 894/635 – APn 425/ES, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA – HC 33.462/DF, Rel. Min. LAURITA VAZ – HC 33.553/CE, Rel. Min. LAURITA VAZ – HC 69.552/PR, Rel. Min. FELIX FISCHER, v.g.), notadamente a desta Suprema Corte (RT 773/512, Rel. Min. MOREIRA ALVES – RTJ 193/609-610, Rel. Min. NELSON JOBIM – HC 84.224/DF, Red. p/ o acórdão Min. JOAQUIM BARBOSA – MS 26.249/DF, Rel. Min. CÁR-

Acesso ao Sumário

MEN LÚCIA, v.g.), tem admitido a validade jurídica da prova assim obtida (...)".

Como já explicado a fl. 1763, **a primeira movimentação do Ministério Público disse respeito a um PIC desdobrado, e não a este, que foi reservado para apurar infrações contra o disposto no ECA** e cuja inauguração como fase daquele se deu com os autos já neste Tribunal: **o conteúdo pornográfico somente foi descoberto quando o Juiz de Direito já era investigado, repito, com seus autos nesta Corte**.

Ademais, é plenamente admissível a ratificação das medidas antecedentes, confira-se julgado a respeito:

"O pedido apresentado pela Recorrente é contrário à orientação dominante no Supremo Tribunal Federal, estando o julgado objeto da presente impetração em harmonia com o entendimento deste Supremo Tribunal no sentido da não contaminação e possibilidade de ratificação dos atos instrutórios pela incompetência do juízo (HC n. 114.225/CE, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe 25.6.2013; AP n. 695-AgR/MT, Relatora a Ministra Rosa Weber, Plenário, DJe 10.3.2014; HC n. 77.544, Relator o Ministro Marco Aurélio, Segunda Turma, DJ 5.2.1999)" (STF, HC 129809, relatora Ministra Cármen Lúcia, j. 15/3/2016).

E ainda mais:

"(...) 2. Não se desconhece a prerrogativa dos Prefeitos Municipais em serem processados e julgados originariamente pelo Tribunal de Justiça (art. 29, inciso X, da CF/88). *In casu*, o inquérito policial não foi instaurado para apurar o envolvimento do paciente, Prefeito Municipal, no assassinato do ex-Prefeito de Tucuruí/PA. A descoberta de sua participação nos eventos investigados decorreu de encontro fortuito de provas (serendipidade).

3. Diante do possível envolvimento do paciente no crime investigado, o Magistrado que conduziu as medidas cautelares decretadas no curso da investigação comunicou, imediatamente, ao Tribunal local, órgão competente para conduzir a investigação relacionada ao Prefeito, tendo instaurado o regular procedimento investigatório criminal, bem como recebido a denúncia ofertada pelo Procurador Geral de Justiça, o que demonstra a convalidação das investigações preliminares.

4. Habeas corpus não conhecido" (STJ, HC 482040, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 23/5/2019).

Não bastasse, o ora acusado voltou a dizer que não teve acesso à integralidade das provas, questionou a quebra do sigilo telemático, enfim, bateu nas mesmas teclas já enfrentadas e superadas à exaustão desde a decretação de sua prisão preventiva – ocasião em que este subscritor, antes mesmo do ingresso da d. defesa aos autos, por cautela e segurança jurídica, já cogitava todos os pontos agitados na jurisprudência correlata, sempre adotadas as medidas mais favorá-

Acesso ao Sumário

veis aos direitos da pessoa investigada. Por exemplo, confira-se o item 3 de fl. 1765 e o item 4 de fl. 1766 e seguintes.

Nem nos passou despercebido que o Ministério Público trouxe para os autos o que obtivera regularmente. E fez disponibilizar *link* de acesso para o material telemático recolhido, mesmo os ofícios das provedoras, com senhas e login para ingresso às contas espelhadas.

Assim não fosse, o réu ficou reclamando da ausência de acesso, contudo, não consta pedido seu dirigido ao Ministério Público, muito menos recusa deste. Bastava apresentar dispositivo de informática com capacidade para recolher o respectivo espelhamento. Isso simplesmente não foi efetivamente postulado até aqui. Sem prejuízo de que tudo é acessível a partir do interior destes autos.

Data vênia, a respeito dessa questão, o direito pretoriano, reiteradamente, vem predicando que, conquanto seja dispensável a transcrição integral dos diálogos interceptados, *deve ser assegurado à Defesa o acesso à mídia que contém a gravação da integralidade daqueles* (STJ, REsp 1796236 RS, relator Ministro Sebastião Reis Junior, DJe 30/9/2022; STJ REsp 1800516 SP, relatora Ministra Laurita Vaz, DJe 25/6/2021). Desde o começo temos nos preocupado com o assunto. Nada correu clandestinamente. E o processo contém todas as possibilidades deste acesso. Seja através dos *links* ou ainda pelo requerimento direto ao Ministério Público.

Aliás, observo que novos relatórios técnicos de cunho pericial foram finalizados e juntados depois da defesa prévia, cujo acesso permanece igualmente disponibilizado, podendo ele, réu, e seu augusto defensor, agirem nos limites dos seus interesses, como propugnado a fl. 1807 pelo Ministério Público.

Em outras palavras, os autos contêm as provas sobre as quais será oportunamente editado o respectivo julgamento e estas provas são e se encontram acessíveis às partes, inclusive – e especialmente – ao ora increpado, que por ser Magistrado está acostumado com roteiros e rotinas deste setor do conhecimento profissional, mesmo porque até as vésperas deste *imbróglio* exercia jurisdição criminal, desenvolvia práticas profissionais próprios do seu cotidiano de Juiz de Direito togado e investido, exatamente por isso sem desculpas para sua omissão.

Ainda acerca das provas, a provedora "Terra" explicou a impossibilidade do fracionamento, podendo a parte, a seu critério, examinar o total do conjunto recolhido e destacar aquilo que eventualmente lhe for favorável para submeter ao exame por este Colegiado.

Não nos passou despercebido que o caso em discussão é daqueles atingidos pelas **especialíssimas advertências dos artigos 4º e 13 da lei 13.431, de 4/4/2017**, norma que estabeleceu um *sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência*. Casos de violência sexual contra criança ou adolescente, assim dispõe o sobredito artigo 13, **devem ser**

Acesso ao Sumário

imediatamente comunicados às autoridades. Em suma, não fosse como aconteceu, mesmo assim os fatos aqui tratados chegariam onde acabaram chegando e, a propósito, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (HC 587732 RJ) bem diferenciou *fluxo informativo* (elementos dinâmicos) dos *elementos estáticos*, realçando a dispensa, no último caso, do estabelecimento de prazos de perquirição junto das operadoras, confira-se: ***"não é necessário especificar a limitação temporal para os acessos requeridos pelo Ministério Público, por se tratar de dados estáticos, constantes nas plataformas de dados, não havendo ilegalidade a ser sanada no presente habeas corpus"***. Este ponto foi objetivamente examinado a fl. 1768, basta conferir.

Em suma, sempre com o maior respeito, e dando o devido destaque a expressão de lavra do próprio acusado, quando a fl. 1795 escreveu que *"apenas reiterará todas as preliminares anteriormente aventadas"* (*verbis*), tudo quanto por ele mesmo restou argumentado em seu favor foi anteriormente decidido e não consta ter sido modificado por qualquer recurso.

De sorte que tomamos a liberdade de remeter àquele nosso julgado antecedente **para reforçar a rejeição das matérias preliminares**, com veemente destaque para reconhecer a absoluta conformidade da exordial, tanto com o disposto no artigo 41 do Código de Processo Penal, quanto em relação aos predicados da ampla defesa.

E **reexaminando o *status quo* das medidas acautelatórias atinentes à liberdade do ora acusado**, é fato que, desde o deferimento do seu recolhimento domiciliar, nada mudou, proposta, então, a manutenção do quanto a maioria do Colegiado deliberou em sessão deste Órgão Especial a respeito do ponto.

III – Por fim, nos compete examinar os pedidos de provas que aqui foram deduzidos pelo e. Defensor, deixando claro que as oitivas de testemunhas e o interrogatório ficarão para a fase final desta instrução, em audiências a serem presididas pelo Relator, neste Palácio da Justiça, em datas a serem oportunamente marcadas.

Torno a consignar que este relator poderia deliberar monocraticamente sobre o assunto, mas, diante do risco de um divórcio entre convicções, trouxemos o tema para deliberação colegiada.

O acusado, sem jamais enfrentar os fatos e, como visto, só correndo a repetir alegações de nulidade que anteriormente foram superadas, sem lograr sucesso em qualquer recurso tirado contra aquela nossa solução precedente, requereu, **em um único parágrafo**, *"a instauração do incidente de insanidade mental (...) com fulcro no artigo 149 do Código de Processo Penal"* (*verbis*, fl. 1796). E no parágrafo subsequente continuou econômico quando literalmente deduziu que, *"a fim de instruir o exame médico-legal, a defesa entende plenamente cabível a realização do Teste de Rorschach para examinar as caracterís-*

Acesso ao Sumário

ticas de personalidade, como também o funcionamento emocional do acusado" (idem).

Assunto inédito, jamais veiculado anteriormente. Nem no interrogatório, muito menos na defesa preliminar de fls. 1741/1745. Não trouxe receitas médicas. Não fez juntar qualquer prova de que tenha estado em tratamento. Não exibiu laudos, relatórios, receituários médicos etc. Absolutamente nada. A propósito, exercia jurisdição regularmente até recente decisão do Desembargador Corregedor Geral de Justiça em outros autos de cunho disciplinar. Descrito o correspondente proscênio, cogito que, em caso de indeferimento, sustentará que os fatos contidos nos presentes autos *per se* autorizariam a diligência.

A priori, nesse contexto era caso de indeferimento. Igualmente observo, consoante critério pretoriano consagrado na jurisprudência, que **a instauração de exame de sanidade mental depende da discricionariedade do magistrado, exigindo a existência de dúvida razoável acerca da higidez mental do acusado. Ou seja, a sua realização não é automática ou obrigatória. Deveria existir, para o seu imediato indeferimento, dúvida razoável acerca da integridade mental do acusado**, consoante assim dispõe o artigo 149 do Código de Processo Penal. Nesse sentido, os precedentes do Superior Tribunal de Justiça: AgRg no RHC 113079 PE; AgRg no HC 498993 RS; AgRg no HC 439395 SC; AgRg no RHC 104137 SP; AgRg no REsp 1503533 SC; HC 414484 RJ; HC 353818 RS, dentre muitos outros.

Podendo fazê-lo, o acusado nada coligiu de material que nos levasse a ter dúvidas sobre a sua integridade mental.

Torno a considerar que a jurisprudência é firme no sentido de que, em regra, salvo situação excepcionalíssima, não se acolhe alegação de nulidade por cerceamento de defesa, em função do indeferimento de diligências requeridas pela defesa, porquanto o destinatário final da prova é o magistrado. Logo, compete ao julgador, de maneira fundamentada e com base no arcabouço probatório produzido, analisar a pertinência, a relevância e a necessidade da realização da atividade probatória pleiteada (vide AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.366.958 PE, STJ, Ministro Ribeiro Dantas, DJe 4/6/2019).

Bom relembrar das dificuldades em delimitar o real e efetivo exercício da ampla defesa, destacando que, neste caso, a perfilhar o deferimento do quanto postulado, encontramos tão-só *(i)* o pedido isolado do acusado, o qual teve por cenário de fundo *(ii)* a natureza das faltas que a ele foram atribuídas na denúncia, acompanhadas de centenas de documentos, a grande parte deles consistentes em estranha coleção de fotografias envolvendo relações sexuais vitimizando crianças e adolescentes.

Entretanto, exatamente em apreço do predicado da ampla defesa *(i)* e para prevenir futuras e indesejáveis alegações de nulidade *(ii)*, proponho ao colen-

Acesso ao Sumário

do Órgão Especial o excepcional deferimento da instauração do incidente para conferir a integridade mental do acusado (CPP, artigos 149 – 154; Normas de Serviço da e. CGJ, Tomo Judicial, Seção XIX, artigos 460 – 466).

De sorte que, **prevenindo nulidades**, foi determinada pelo colendo Órgão Especial a realização da diligência alvitrada pelos e. Advogados.

Para permitir ao réu sua defesa na maior integralidade, em nome do cuidado, especialmente do cuidado de natureza processual penal, tenho, insisto mais outra vez, ser hipótese de deferir a instauração do incidente, contudo, é de ser fixado prazo para o seu cumprimento, para realização daquelas provas, vale dizer, quarenta e cinco (45) dias, servindo este aresto de portaria para, em nome da praticidade, da agilidade, excepcionalmente inaugurar **em autos apartados** o respectivo **INCIDENTE PARA CONFERÊNCIA DA INTEGRIDADE MENTAL DO ACUSADO.**

Com cópia deste aresto, a secretaria do colendo Órgão Especial autuará em separado o incidente, nos moldes dos artigos 149 e seguintes do CPP. Assim resolveram os Desembargadores durante a sessão.

No prazo de dez (10) dias, contados do primeiro dia útil subsequente à intimação deste aresto, a Defesa (requerente do incidente) e o Ministério Público formularão seus quesitos visando respostas pelos peritos, optando, a douta e serena maioria, pela perícia oficial via IMESC, neste ponto prevalecente a orientação esclarecida pela culta divergência. A Presidência do Tribunal adotará o necessário para agilização da prova.

A respeito do Teste de Rorschach, sua realização ficará a critério dos peritos oficiais, que haverão de deliberar se recomendável aquela prova.

Faço considerações que tenho como relevantes: *(i)* o pedido de prova é dele, o acusado; *(ii)* evidentemente ele não é hipossuficiente, ou seja, não é beneficiado pela lei n. 1.060/50; *(iii)* deu causa a todos os feitos contra ele instaurados (administrativos e o criminal); *(iv)* e tem estas provas como relevantes para a sua defesa. Submetida a questão ao Órgão Especial, este deliberou que não seria possível determinar antecipação de despesas ao periciado, razão pela qual a prova será realizada por instituto oficial do Estado.

Acesso ao Sumário

Anoto que os profissionais de saúde mental usam o Teste de Rorschach para examinar características da personalidade e funcionamento emocional do paciente. Esse teste é frequentemente empregado para detectar padrões de pensamento subjacentes, como ainda para diferenciar as disposições psicóticas e não psicóticas no pensamento de uma pessoa. Também é utilizado em casos forenses, como para avaliar o grau geral de adaptação de uma pessoa à sociedade. Ficará a critério dos peritos oficiais o emprego ou não da referida técnica, com explicações fundamentadas entregues no presente processo.

Desnecessária remoção do acusado para estabelecimento médico, como

igualmente desnecessária nomeação de curador.

Deixo expresso que eventual não comparecimento dará ensejo à perda da oportunidade de realizar a prova pericial e reexame das condições da prisão cautelar.

Inicialmente, o curso do processo está suspenso por 45 dias.

IV – Ante o exposto, o colendo Órgão Especial, mantida a realização deste julgamento, na esteira do anteriormente deliberado em 30/11/2022, consoante fls. 1753/1780, *(i)* confirmou a rejeição das matérias preliminares, *(ii)* manteve intocada a situação determinada por este Colegiado em relação ao recolhimento domiciliar do acusado, deferindo, no entanto, *(iii)* a excepcional instauração do incidente de verificação de sua integridade mental, nos termos deste acórdão (autos apartados e prevalecente a orientação majoritária de não impor antecipação das despesas ao réu).

A secretaria instaurará com urgência o incidente em autos apartados, servindo o acórdão de portaria inaugural, com cópias da denúncia, do mandato do defensor e do acórdão que recebeu a denúncia.

Intimem-se defensor e Ministério Público para formulação de quesitos e indicação eventual dos seus respectivos assistentes técnicos, com prazos para fazê-lo de até dez (10) dias.

Oficie-se ao IMESC requisitando a realização da perícia, seguindo o ofício com cópia do aresto e com recomendação do sigilo legal. A Presidência deste Tribunal de Justiça adotará o quanto ao seu alcance para agilizar a realização da prova, ficando a critério dos peritos a realização ou não do Teste de Rorschach.

DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE EM PARTE

Ementa: Declaração de voto. Divergência Parcial. Ação Penal Pública Incondicionada. Artigos 240, 241-A, 241-B, da Lei n. 8.069/90. Acolhimento pedido defensório para realização do exame de incidente de insanidade mental, com observação do exame de Rorschach. Determinação do custeio das despesas e honorários dessa prova ao requerente. Inadmissibilidade. Inteligência dos artigos 804, do Código de Processo Penal.

Acesso ao Sumário

(Voto nº 48.860-3)

Divirjo em parte do E. Relator sorteado no tocante à determinação do custeio dos exames de insanidade mental e eventual Rorschach ao requerente.

Trata o presente procedimento investigatório criminal, com apresentação de denúncia pelo e. Procurador Geral de Justiça pela prática dos crimes 240, 241-A, e 241-B, que são tratados em ação penal pública incondicionada.

Desse modo, a exigência de pagamento de custas processuais, as quais envolvem o pagamento pela parte das despesas – taxa da justiça, os encargos e as custas da parte, definidos no artigo 804, ou 805, no caso de ação penal privada, ambos do Código de Processo Penal.

> Art. 804. A sentença ou o acórdão, que julgar a ação, qualquer incidente ou recurso, condenará nas custas o vencido.
>
> Art. 806. Salvo o caso do **art. 32**, nas ações intentadas mediante queixa, nenhum ato ou diligência se realizará, sem que seja depositada em cartório a importância das custas.
>
> § 1º. Igualmente, nenhum ato requerido no interesse da defesa será realizado, sem o prévio pagamento das custas, salvo se o acusado for pobre.

E assim já se decidiu no Agravo em Recuso Especial, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, AREsp n. 766.361, DJe de 03/08/2017, do destaca-se:

> [...]
>
> Contudo, "interpretando o art. 804 do Código de Processo Penal, esta Corte já decidiu que, em se tratando de ação penal pública, somente se admite a exigência do pagamento de custas processuais após a condenação definitiva, não havendo falar em deserção do recurso por falta de preparo" (HC n. 290.168/PB, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 27/11/2014, destaquei).
>
> Confiram-se, também, os julgados do Supremo Tribunal Federal:
>
> [...] 1. Tanto a decisão singular que negou seguimento ao Recurso Especial quanto as decisões do Superior Tribunal de Justiça que não admitiram o Recurso Especial, ante a ausência do devido preparo, ferem os princípios constitucionais da presunção de inocência e da ampla defesa. 2. Esta Suprema Corte já consolidou o entendimento de que, em se tratando de crime sujeito à ação penal pública, como no presente caso, as custas só se tornam exigíveis depois do trânsito em julgado da condenação, motivo pelo qual não pode o recurso do réu deixar de ser admitido pela ausência de preparo. 3. Mutatis mutandis, esse entendimento deve ser aplicado ao presente caso, sob pena de violação do princípio da ampla defesa, especialmente porque, ainda que depois de transcorrido o prazo fixado para a complementação, o paciente acabou complementando o preparo, não podendo ser ignorado esse fato. 4. Ordem concedida para afastar a deserção por falta de preparo e desconstituir o trânsito em julgado da condenação, devendo o Tribunal de Justiça de origem proceder à análise dos demais pressupostos de admissibilidade do recurso especial interposto pelo paciente. (HC n. 95.128, Rel. Ministro Dias Toffoli, 1ª

Acesso ao Sumário

T., julgado em 9/2/2010, DJe-040 DIVULG 04-03-2010 PUBLIC 05-03-2010, destaquei) [...] 2. Ação penal pública. A interposição de qualquer recurso a ela referente não depende do pagamento prévio de custas e não está, assim, sujeita à deserção por falta de preparo. 3. O pagamento das custas, ônus da condenação criminal (CPP, art. 804), deve efetuar-se na fase da execução do julgado. 4. Habeas corpus deferido para cassar o acórdão da Corte indigitada coatora, no Recurso em sentido estrito n.º 96.001187-8 – Campina Grande, determinando seja processada a apelação criminal interposta pelo paciente.

(HC n. 74.338, Rel. Ministro Néri da Silveira, 2ª T., julgado em 27/9/1996, DJ 23-06-2000 PP-00009, destaquei) Ressalte-se, ainda, a decisão do Conselho Nacional de Justiça proferida nos autos do Procedimento de Controle Administrativo n. 200910000024970, publicada em 21/12/2009, in verbis:

Procedimento de Controle Administrativo. Cobrança prévia de custas na Ação Penal Pública. Inconstitucionalidade. Procedência do Pedido.

Registre-se ainda que a aplicação das normas do Código de Processo Civil é somente subsidiária ao Código de Processo Penal, conforme o teor do art. 3º, do mesmo:

Art.3º. A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

É certo ainda que o Código de Processo Civil, anota apenas sua aplicação subsidiária em processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos:

Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

Ressalte-se ainda que poderá o magistrado nomear perito particular mediante estipulação de honorários pelo magistrado, caso não realizado pelo Instituto Médico Legal ou pelo IMESC.

Isso posto, **pelo meu voto divirjo somente no tocante à determinação do custeio dos exames defensórios deferidos e, no mais, acompanho o E. Relator.**

JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, Desembargador

Acesso ao Sumário

Ações Diretas de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitu-

cionalidade nº 2287458-71.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CATANDUVA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CATANDUVA.

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 41.740)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, FIGUEIREDO GONÇALVES, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, FLAVIO ABRAMOVICI, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, FÁBIO GOUVÊA e MATHEUS FONTES.

São Paulo, 19 de abril de 2023.

JAMES SIANO, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Arguição em face da Lei nº 6.338, de 09 de novembro de 2022, do município de Catanduva/SP, que dispõe sobre o sepultamento de animais domésticos em campas, jazigos, gavetas, carneiras ou local específico em cemitérios públicos municipais.

Existência de vício de iniciativa, na medida em que a questão tratada pela lei impugnada 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, 2 e 47, II e XIV da Constituição Estadual. Precedente. Ação procedente

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito do Município de Catanduva em face da Lei Municipal n° 6.338, de 09 de novembro de 2022, que dispõe sobre o sepultamento de animais domésticos em campas, jazigos, gavetas, carneiras ou local específico em cemitérios públicos municipais.

Sustenta o autor: (i) já foi reconhecida a inconstitucionalidade de norma

municipal anterior que regulamentava o mesmo tema; (ii) violação ao princípio da separação de poderes; (ii) violação aos arts. 5°, 25, 47, II, XIV e XIX, "a", da Constituição Estadual; (iii) a norma impugnada, ao autorizar o uso de bem público (cemitério) para a finalidade sepultamento de animais, avançou sobre área de planejamento, organização e gestão administrativa, e ainda estabeleceu a criação de despesas sem indicar os recursos disponíveis para atender aos novos encargos; (iv) as atividades funerárias, assim como o sepultamento, ainda que possam ser objeto de concessão a terceiros, constituem modalidades de serviço público, permanecendo vinculadas à fiscalização da administração e à disciplina do Chefe do Poder Executivo; (v) vício de iniciativa e violação ao art. 67, VI, da Lei Orgânica Municipal; (vi) pugna pela concessão da liminar para suspender a eficácia da norma impugnada e que ao final seja declarada sua inconstitucionalidade.

Liminar concedida às f. 65/68.

Informações prestadas às f. 80/83.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às f. 199/203.

É o relatório.

A ação é procedente.

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito do Município de Catanduva em face da Lei Municipal nº 6.338, de 09 de novembro de 2022, que dispõe sobre o sepultamento de animais domésticos em campas, jazigos, gavetas, carneiras ou local específico em cemitérios públicos municipais.

É o seguinte o teor da norma impugnada:

Art. 1º Fica autorizado o sepultamento de animais domésticos em campas, jazigos, gavetas, carneiras ou local específico em cemitérios públicos municipais no âmbito do município de Catanduva.

Parágrafo único. Considera-se animal doméstico, para efeitos e fins legais, todo aquele ser irracional efetivamente domesticado por questões de companheirismo e estimação, que reúna características pertinentes à convivência sadia com os seres humanos, vivendo em casas ou apartamentos, estes denominados de lar e habitados por seus donos, hoje os animais fazem parte das famílias.

Art. 2º Os cemitérios pertencentes a entidades particulares poderão estabelecer regramento próprio para o sepultamento de animais domésticos em campas, jazigos e gavetas ou carneiras, observado o disposto nesta Lei.

Art. 3º A critério do Poder Executivo poderá ser expedido Decreto de regulamentação desta Lei.

Acesso ao Sumário

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Como asseverei anteriormente, vislumbra-se a existência de vício de constitucionalidade da norma impugnada, de origem Parlamentar, posto que atribuiu ao Executivo a prática de atos inerentes à administração, adentrando indevidamente no planejamento, na organização e gestão administrativa do município.

Incidente, por força do art. 144 da Constituição Estadual, o disposto 47 do referido diploma legal, que dispõe:

*Artigo 47 – Compete **privativamente** ao Governador, além de outras atribuições previstas nesta Constituição:*

II – exercer, com o auxílio dos Secretários de Estado, a direção superior da administração estadual;

XIV – praticar os demais atos de administração, nos limites da competência do Executivo;

Anota-se, ainda, como bem observado no parecer da Procuradoria Geral de Justiça *"ser vedado o contraste de ato normativo com normas infraconstitucionais, como a Lei Orgânica Municipal ou a Lei de Responsabilidade Fiscal, sendo a advertência oportuna, porque houve aceno à violação de dispositivo dessas leis na petição inicial e nas informações da Câmara Municipal"*.

E, em hipótese análoga, já decidiu este C. Órgão Especial pela existência de vício de iniciativa de lei semelhante originada pelo Poder Legislativo de Catanduva. Confira-se:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 666, de 02 de setembro de 2013, que dispõe sobre sepultamento de animais domésticos em cemitérios públicos e particulares. VÍCIO DE INICIATIVA. Reconhecimento. A lei impugnada, de autoria parlamentar, envolve normas sobre planejamento e gestão administrativa, dispondo sobre uso de bem público (cemitério), ou seja, trata de matéria que é reservada à iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo; e ainda estabelece a criação de despesas sem indicar os recursos disponíveis para atender aos novos encargos, uma vez que a Administração Pública, para viabilizar o cumprimento da norma impugnada, precisaria adaptar as instalações dos cemitérios e confeccionar urnas para acomodar adequadamente os animais domésticos. Extensão da norma a cemitérios particulares. Inconstitucionalidade manifesta também sob esse aspecto, pois, as atividades funerárias, assim como o sepultamento, ainda que possam ser objeto de concessão a terceiros, constituem modalidades de serviço público, permanecendo vinculados, portanto, à fiscalização da administração e à disciplina do Chefe do Poder Executivo, a quem compete dispor sobre a forma de utilização de espaços reservados a sepultamento. Ação julgada procedente. (ADI n.º

Acesso ao Sumário

2056726-09.2013 – Rel. Antônio Luiz Pires Neto – j. 02/04/2014).

Ante o exposto, **julga-se procedente** a ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 6.338, de 09 de novembro de 2022, do município de Catanduva/SP.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2000891-84.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CACONDE, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CACONDE.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE EM PARTE, COM EFEITO 'EX TUNC'. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.816)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, FIGUEIREDO GONÇALVES, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO e LUIS FERNANDO NISHI.

São Paulo, 3 de maio de 2023.

DÉCIO NOTARANGELI, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 2.883, DE 16 DE DEZEMBRO DE 2022, DO MUNICÍPIO DE CACONDE – LEI AUTORIZANDO A ADMINISTRAÇÃO A FISCALIZAR, REGULAMENTAR E PROIBIR O ABRIGO E A ALIMENTAÇÃO DE POMBOS URBANOS – INADMISSIBILIDADE – INTROMISSÃO NA ESFERA DE COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO – OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO E INDEPENDÊNCIA DOS PODERES.

Lei nº 2.883, de 16 de dezembro de 2022, do Muni-

Acesso ao Sumário

cípio de Caconde, que autoriza o Poder Executivo a fiscalizar, regulamentar e proibir a alimentação e o abrigo de pombos urbanos (Columba livia). Desnecessidade de autorização legislativa. Admitir a autorização pressupõe admitir também a desautorização, o que é impensável e evidencia invasão de competências administrativas e ofensa ao postulado da separação, independência e harmonia entre os Poderes. Intromissão em atos de gestão e gerência de políticas públicas. Ofensa à reserva da Administração. Precedentes. Incompatibilidade dos artigos 1º, 2º e 4º da lei local com o art. 5º da Constituição Estadual. Ação direta de inconstitucionalidade procedente, em parte.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Prefeito de Caconde contra a Lei Municipal nº 2.883, de 16 de dezembro de 2022, que autoriza o Poder Executivo a fiscalizar, regulamentar e proibir a alimentação e o abrigo de pombos urbanos.

Alega-se, em síntese, vício de iniciativa e violação à separação de Poderes, em afronta aos artigos 5º ("São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário"), 47 ("Compete privativamente ao Governador, além de outras atribuições previstas nesta Constituição"), II ("exercer, com o auxílio dos Secretários de Estado, a direção superior da administração estadual"), XIV ("praticar os demais atos de administração, nos limites da competência do Executivo") e XIX ("dispor, mediante decreto, sobre:"), 'a' ("organização e funcionamento da administração estadual, quando não implicar aumento de despesa, nem criação ou extinção de órgãos públicos"), além do 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") da Constituição Estadual. De resto, aponta a inconstitucionalidade de leis autorizativas.

Concedida a liminar (fls. 102), o Presidente da Câmara Municipal de Caconde defendeu a constitucionalidade da norma atacada e arguiu inépcia da inicial, "extremamente genérica, não destacando de forma pontual, quais seriam os vícios de inconstitucionalidade da norma impugnada, bem como não demonstrando de forma clara e precisa como toda a norma ofendeu a Constituição" (fls. 111/119). A Procuradoria-Geral do Estado optou por não se manifestar (fls. 122). A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela improcedência do pedido (fls. 127/131).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Inicialmente afasta-se a alegação de inépcia da inicial, pois ao contrário do alegado a peça aponta com objetividade os dispositivos da Constituição Estadual que teriam sido violados e explicita os motivos. Tanto a causa de pedir quanto o pedido estão identificados de forma clara.

No mérito, procede, em parte, a pretensão inicial, pois a norma impugnada padece de inconstitucionalidade, não por vício de iniciativa, mas por ofensa ao postulado da separação, independência e harmonia entre os Poderes (art. 2º CF e art. 5º CE).

É do seguinte teor o texto da Lei nº 2.883, de 16 de dezembro de 2022, do Município de Caconde:

> "Art. 1º Fica autorizado o Poder Executivo a fiscalizar, regulamentar e proibir a criação e manutenção de pombos e abrigo para alojamento de pombos urbanos (Columba livia – variedade doméstica) no Município de Caconde.
>
> Art. 2º Fica autorizado o Poder Executivo a fiscalizar, regulamentar e proibir a comercialização de alimentos para pombos nas vias e logradouros públicos do Município.
>
> Art. 3º Os proprietários de imóveis com infestação de pombos deverão providenciar redes e outros obstáculos visando dificultar o seu pouso e nidificação.
>
> Art. 4º O Poder Executivo poderá, no que couber, regulamentar, através de Decreto, a presente Lei.
>
> Art. 5º Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação."

Este E. Colegiado tem entendimento firmado de que são inconstitucionais atos legislativos que autorizam o Poder Executivo a praticar atos de gestão do Município, como os artigos 1º, 2º e 4º da presente lei, que autorizam a Administração Municipal a exercer o poder de polícia, o poder regulamentar e a instituir políticas de controle de pragas urbanas.

"Se uma lei fixa o que é próprio da Constituição fixar, pretendendo determinar ou autorizar um Poder constituído no âmbito de sua competência constitucional, essa lei é inconstitucional, – não só inócua ou rebarbativa –, porque estatui o que só o Constituinte pode estatuir. O poder de autorizar implica o de não autorizar, sendo, ambos, frente e verso da mesma competência" (ADI nº 0012675-88.2006.8.26.0000, Órgão Especial, Rel. Des. Mohamed Amaro, j. 15/08/07).

O legislador se vale da autorização porque não pode impor ao Poder Executivo o dever de fiscalizar ou de instituir políticas públicas sem macular a separação, independência e harmonia que deve reinar entre os Poderes da República (art. 2º da CF e art. 5º da CE).

Independência dos Poderes que para JOSÉ AFONSO DA SILVA "sig-

Acesso ao Sumário

nifica (a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros, nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais"; para em seguida concluir que a harmonia entre os Poderes "verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito" (Comentário Contextual à Constituição, Malheiros, 3ª edição, 2007, pág. 44, grifei).

Nesse cenário, e com todas as vênias, o que a douta Procuradoria Geral de Justiça interpreta como mera "ausência de técnica redacional" é, na verdade, uma clara e explícita burla à Constituição Federal, à Carta Estadual e à jurisprudência deste E. Colegiado.

"A administração municipal", ensina HELY LOPES MEIRELLES, "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 concretos 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 verbas 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 concreta por seus próprios atos ou impor ao Executivo a tomada de medidas específicas 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).

Nesse sentido, a jurisprudência deste E. Colegiado:

Acesso ao Sumário

"Ação Direta de Inconstitucionalidade. São José do Rio Preto. Lei 14.245, de 12/9/2022. Iniciativa parlamentar. Autoriza instalação pelo Poder Executivo do Projeto Corujão da Saúde. Autorização que contém determinação. Matéria reservada ao Prefeito. Invasão de atribuição legislativa. Prática de atos típicos do Executivo. Violação dos artigos 5º, 47, incisos II, XIV e XIX-A da Constituição Estadual. Ação procedente, sem modulação" (Direta de Inconstitucionalidade 2222538-88.2022.8.26.0000, Rel. Des. Costabile e Solimene, j. 08/02/23).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Municipal nº 10.345, de 10 de novembro de 2020, do Município de Santo André, de iniciativa parlamentar, que 'Autoriza o Poder Executivo a remanejar verbas da Unidade e Comunicação e Eventos, da Secretaria de Manutenção e Serviços Urbanos, Secretaria de Mobilidade Urbana e outras Secretarias, visando o combate à Pandemia de COVID-19'. Lei 'autorizativa' que, em verdade, contém determinação. Gestão de políticas públicas. Iniciativa parlamentar. Inadmissibilidade. Matéria relativa à Administração Municipal, de iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo. Vício de iniciativa configurado. Ofensa ao princípio da harmonia e independência dos Poderes. Matéria relativa à gestão administrativa de recursos previstos em lei orçamentária que é privativa do Chefe do Poder Executivo. Violação aos artigos 1º, 5º, 111, e 144 da Constituição do Estado. Vício formal de iniciativa. Inconstitucionalidade da lei impugnada. Ação procedente" (Direta de Inconstitucionalidade 2018188-24.2022.8.26.0000, Rel. Des. Aroldo Viotti, j. 21/09/22).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 2.063, de 01 de setembro de 2021, do Município de Joanópolis, que 'dispõe sobre a autorização do fornecimento gratuito de fraldas descartáveis para pessoas com deficiência e idosos' – Lei 'autorizativa' que, em verdade, contém determinação – Gestão de políticas públicas – Iniciativa parlamentar – Inadmissibilidade – Matéria relativa à Administração Municipal, de iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo – Vício de iniciativa – Ofensa ao princípio da harmonia e independência dos Poderes – Violação aos artigos 5º, 47, incisos II e XIV, e 144 da Constituição do Estado. Pedido procedente" (Direta de Inconstitucionalidade 2212052-78.2021.8.26.0000, Rel. Des. Ricardo Anafe, j. 11/05/22).

Acesso ao Sumário

Destaque-se que a competência dos Municípios para complementar a legislação federal e estadual de defesa da saúde não se traduz em permissão para a invasão, pelo Poder Legislativo, da esfera de competência do Poder Executivo. A repartição de competências legislativas entre os entes federativos não anula nem se sobrepõe à repartição de competências entre Poderes de um mesmo ente legislativo.

É o que se percebe com o artigo 3º da lei atacada, que impõe aos proprietários de imóveis com infestação de pombos o dever de providenciar redes e outros obstáculos visando dificultar o seu pouso e nidificação. Nesse

caso claramente não há ofensa à independência e harmonia entre os Poderes Executivo e Legislativo.

Assim, caracterizada a incompatibilidade vertical entre os artigos 1º, 2º e 4º da Lei Municipal nº 2.883/22 e o artigo 5º da Constituição Estadual, de rigor a declaração de inconstitucionalidade, com efeitos *ex tunc*.

Por essas razões, julga-se procedente, em parte, a ação direta para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 1º, 2º e 4º da Lei nº 2.883, de 16 de dezembro de 2022, do Município de Caconde, nos termos acima especificados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2256066-16.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ILHABELA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ILHABELA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM RESSALVA. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.518)**

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, SILVIA ROCHA, FIGUEIREDO GONÇALVES, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JAMES SIANO e COSTABILE E SOLIMENE.

São Paulo, 3 de maio de 2023.

LUCIANA BRESCIANI, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade – Lei Municipal nº 1.553/2022, que alterou o art. 61-A da Lei Municipal nº 1.326/2018, a qual "Dispõe sobre o Estatuto dos Servidores Públicos Municipais da Estância Balneária de Ilhabela" – Alegação de violação dos artigos 5º, 24, § 2º, "1" e "4", 47, incisos II e XI, da Constituição Estadual, aplicáveis aos Municípios por

força do disposto no art. 144 do mesmo diploma legal – Norma de iniciativa parlamentar que concedeu gratificação de risco de vida aos servidores ocupantes dos cargos de Fiscal Municipal e Fiscal de Vigilância Sanitária – Questão relativa ao regime jurídico dos servidores públicos – Matéria reservada à iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo – Ofensa ao princípio da separação dos poderes configurada – Ação julgada procedente, para declarar inconstitucional a Lei nº 1.553/2022 do Município de Ilhabela, com ressalva dos valores recebidos de boa-fé até a data da liminar que suspendeu os efeitos da norma questionada.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ILHABELA, pretendendo a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal n.º 1.553/2022, que alterou o art. 61-A da Lei Municipal n.º 1.326/2018, a qual *"Dispõe sobre o Estatuto dos Servidores Públicos Municipais da Estância Balneária de Ilhabela"*.

Conforme disposto pelo Exmo. Des. Camilo Léllis (fls. 13/16), o requerente alega que *"a lei impugnada, de iniciativa parlamentar, padece de inconstitucionalidade formal, haja vista a ofensa à reserva de iniciativa do Chefe do Executivo Municipal, a quem cabe tratar das vantagens dos servidores de seus quadros, bem assim de seus próprios gastos, de modo, também, a macular o Princípio da Separação de Poderes"*.

Por conseguinte, afirma que a norma viola os arts. 5º, 24, § 2º, "1" e "4", 47, incisos II e XI, da Constituição Estadual, aplicáveis aos municípios por força do disposto no art. 114 do mesmo diploma legal, além do art. 61, § 1º, II, "a" e "c", da Constituição Federal, em razão do princípio da simetria.

O pedido liminar para suspender a eficácia da norma objurgada foi deferido (fls. 13/16).

A Câmara Municipal de Ilhabela apresentou informações (fls. 34/37), limitando-se a consignar que *"na aprovação da lei em alvitre respeitou-se integralmente o processo legislativo previsto no Regimento Interno desta Casa de Leis, não havendo, neste ponto, o que ressaltar"*.

A D. Procuradoria Geral do Estado não apresentou manifestação (fl. 27).

A D. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela procedência do pedido (fls. 44/49).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

A Lei Municipal nº 1.553/2022, oriunda do Projeto de Lei nº 029/2022, de iniciativa parlamentar, alterou o artigo 61-A da Lei Municipal nº 1.326/2018, a qual *"Dispõe sobre o Estatuto dos Servidores Públicos Municipais da Estância Balneária de Ilhabela"*, assim estabelecendo:

Art. 1º – O Art. 61-A da Lei Municipal nº 1.326/2018, que "DISPÕE SOBRE O ESTATUTO DOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS DO MUNICÍPIO DA ESTÂNCIA BALNERÁREA DE ILHABELA", permanecendo os demais parágrafos.

"Art. 61-A O servidor ocupante do cargo de Fiscal Municipal e Fiscal de Vigilância Sanitária em efetivo exercício, fará jus à Gratificação de risco de Vida, devida em razão do constante perigo e potencial risco à vida e/ou à integridade física a que está sujeito em decorrência da atividade específica que desempenha".

Art. 2º – As despesas decorrentes da execução desta Lei ocorrerão à conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.

Art. 3º – Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação revogando-se as disposições em contrário.

Pois bem.

O Princípio da Separação dos Poderes está previsto no artigo 5ª da Constituição Estadual que, em consonância com o artigo 2º da Constituição Federal, estabelece que *"São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário"*.

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).

Acesso ao Sumário

O § 2º do mencionado dispositivo, dispõe que *"O cidadão, investido na função de um dos Poderes, não poderá exercer a de outro, salvo as exceções previstas nesta Constituição"*.

O artigo 47, por sua vez, discorre acerca das atribuições exclusivas do Chefe do Poder Executivo:

Artigo 47 – Compete privativamente ao Governador, além de outras atribuições previstas nesta Constituição:

(...)

*II – **exercer, com o auxílio dos Secretários de Estado, a direção su-***

perior da administração estadual;

(...)

XI – iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição;

(...)

XIV – praticar os demais atos de administração, nos limites da competência do Executivo;

(...)

XIX – dispor, mediante decreto, sobre: (NR)

a) organização e funcionamento da administração estadual, quando não implicar aumento de despesa, nem criação ou extinção de órgãos públicos;

(...)

No que diz respeito à iniciativa de leis no âmbito municipal, Hely Lopes Meirelles (*Direito Municipal Brasileiro, 2014, p. 633*), discorreu que:

"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. 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 administrativa 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"

Note-se, portanto, que o rol de matérias reservadas à iniciativa exclusiva do Poder Executivo é restritivo. A Constituição do Estado de São Paulo dispõe, em seu artigo 24:

Artigo 24 – A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Procurador-Geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

(...)

§ 2º – Compete, exclusivamente, ao Governador do Estado a iniciativa das leis que disponham sobre:

1 – criação e extinção de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica, bem como a fixação da respectiva remuneração;

2 – criação e extinção das Secretarias de Estado e órgãos da administração pública, observado o disposto no artigo 47, XIX;

Acesso ao Sumário

3 – organização da Procuradoria Geral do Estado e da Defensoria Pública do Estado, observadas as normas gerais da União;

4 – servidores públicos do Estado, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;

5 – militares, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para inatividade, bem como fixação ou alteração do efetivo da Polícia Militar;

6 – Declarado inconstitucional, em controle concentrado, pelo Supremo Tribunal Federal.

Embora mencione o Governador do Estado, é certo que a norma é aplicável aos Municípios, por força do disposto no artigo 144 da Constituição Estadual, razão pela qual, o chefe do Poder Executivo Municipal tem iniciativa exclusiva apenas das leis que tratam das matérias mencionadas no § 2º do artigo 47 da Constituição Bandeirante.

Na hipótese em tela, é evidente que, ao modificar o Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Ilhabela, a fim de conceder gratificação de risco de vida aos servidores ocupantes dos cargos de Fiscal Municipal e Fiscal de Vigilância Sanitária, a norma impugnada tratou de aspectos inerentes ao regime jurídico dos servidores públicos municipais, avançando em matéria cuja iniciativa é reservada ao Chefe do Poder Executivo.

Destaco que a questão relativa aos limites da competência legislativa municipal dos membros do Poder Legislativo já foi discutida pelo E. Supremo Tribunal Federal que, ao julgar o ARE 878911, submetido ao rito dos recursos repetitivos (Tema 917), assim decidiu:

"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" (*ARE 878911 RG, Relator: Min GILMAR MENDES, julgado em 29/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-217 DIVULG 10-10-2016 PUBLIC 11-10-2016)

A tese fixada estabelece, portanto, que não compete exclusivamente ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa de leis que não tratam da sua estrutura, da atribuição de seus órgãos ou do regime jurídico de servidores públicos. Com efeito, *a contrario sensu*, constata-se a usurpação da competência privativa do Chefe do Poder Executivo quando a norma de iniciativa parlamentar cuidar de temas relacionados ao regime jurídico dos servidores públicos, conforme ocor-

reu no caso em análise.

De maneira ainda mais específica, no julgamento do RE 590829, também submetido ao rito dos recursos repetitivos (Tema 223), o E. Supremo Tribunal Federal estabeleceu a seguinte tese: *"É inconstitucional, por afrontar a iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, a normatização de direitos dos servidores públicos em lei orgânica do Município"*.

Destaca-se a ementa do julgado:

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE – TRIBUNAL DE JUSTIÇA – ATUAÇÃO – REVISÃO. Ante a possibilidade de vir à balha entendimento que possua ligação com a Constituição Federal, como ocorre quanto aos preceitos sensíveis, de adoção obrigatória pela Carta estadual, admissível é o recurso extraordinário – Recurso Extraordinário nº 199.293/SP, de minha relatoria, e Questão de Ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.529/MT, da relatoria do ministro Octavio Gallotti. LEI ORGÂNICA DE MUNICÍPIO – SERVIDORES – DIREITOS. ***Descabe, em lei orgânica de município, a normatização de direitos dos servidores, porquanto a prática acaba por afrontar a iniciativa do Chefe do Poder Executivo*** – Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.944/PR, relatada pela ministra *Cármen* Lúcia, 3.176/AP, 3.295/AM, relatadas pelo ministro Cezar *Peluso, e 3.362/BA, de minha relatoria.* (RE 590829, Relator: MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 05/03/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-061 DIVULG 27-03-2015 PUBLIC 30-03-2015)

Na hipótese em tela, a norma impugnada não constitui Lei Orgânica do Município. Não obstante, a mesma lógica se aplica. Isso porque, a inconstitucionalidade de normatizar direitos dos servidores em lei orgânica decorre da violação da reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, conforme se extrai do trecho do acórdão de relatoria do Exmo. Senhor Ministro Marco Aurélio:

"É pacífico que a iniciativa de lei objetivando a outorga de direitos a servidores cabe ao Executivo. Indago: em face dessa premissa, mostra-se possível chegar-se à previsão de direitos via norma constante, quer na Constituição do Estado, quer na Lei Orgânica do Município? A resposta é negativa. Versar direitos dos servidores tanto na Carta local quanto na Lei Orgânica do Município acaba por mitigar o princípio revelador da iniciativa do Poder Executivo.

(...)

Inegavelmente, o tratamento da matéria deve decorrer de iniciativa do Executivo. Concluir que a disciplina pode constar da Lei Orgânica do Município implica, de um lado, verdadeira usurpação de atribuição do Chefe do Poder Executivo e, de outro, o engessamento do tema no que, conforme disposto no artigo 29 da Constituição Federal, a Lei Orgânica do Município há de ser aprovada, por dois terços dos membros da Câmara Municipal, mediante votação, em dois turnos, com interstício mínimo de dez dias.

Nem se diga que, no caso, a circunstância de a Lei Orgânica do Município haver sido promulgada em 1990, após a Carta de 1988, teria o condão de

Acesso ao Sumário

placitar a prática normativa. Vê-se a inviabilidade de o poder de elaboração da Lei Orgânica do Município – que, no respectivo âmbito, surge como diploma maior – servir de base à inobservância do preceito constitucional relativo à iniciativa do projeto de lei. Se assim não se entender, ter-se-á, na confecção da Lei Orgânica, verdadeira carta em branco, com possibilidade de adentrar-se qualquer tema, mesmo quando reservado à provocação do Executivo Municipal".

Dessa maneira, o vício formal aventado se verifica.

Nesse sentido, já decidiu este C. Órgão Especial:

Ação direta de inconstitucionalidade. Prefeito Municipal que pretende a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 3.930, de 21 de junho de 2022, que alterou dispositivos da Lei nº 1.381/91, a qual concede benefícios aos servidores públicos locais, e, por seu turno, já foi alterada pela Lei nº 2.122/04, todas do Município de Andradina. Vício de iniciativa e afronta ao princípio da separação de poderes que restaram bem configurados. Violação aos arts. 5º, 24, § 2º, "4", 111 e 144, todos da Constituição do Estado de São Paulo de 1989. Incidência dos Temas nº 223 e 917 da Repercussão Geral (STF). Ação direta julgada procedente, com efeitos ex tunc. (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2161531-95.2022.8.26.0000; Relator: Fábio Gouvêa; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 23/11/2022; Data de Registro: 24/11/2022)

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Comarca de Bananal. Art. 120, incisos I a IV, da Lei Orgânica do Município. Instituição de vantagens pecuniárias a servidores públicos municipais. Promoção, licença-prêmio e sexta-parte. Ação proposta pelo Prefeito daquele Município aduzindo inconstitucionalidade formal por afronta a reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo. Lei Orgânica que disciplina regime jurídico de servidores é incompatível com a regra da reserva da iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo, mostrando descompasso com o princípio da separação dos poderes. Violação aos artigos 5º, 24, § 2º, 4, e 144, da Constituição Estadual. Tema 223 de Repercussão Geral, do C. STF. Agravo interno prejudicado. Ação procedente, com modulação. (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2174125-44.2022.8.26.0000; Relator: Damião Cogan; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 26/10/2022; Data de Registro: 01/11/2022)

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Comarca de Taquarituba. Lei Municipal nº 1.851, de 12 de novembro de 2021. Ação proposta pelo Prefeito do Município aduzindo: i) vício de iniciativa, posto que a Lei impugnada teria usurpado competência legislativa privativa do Chefe do Poder Executivo; ii) vício formal subjetivo, invadindo esfera de gestão administrativa; iv) ofensa aos princípios norteadores da Administração Pública. Arguição de inconstitucionalidade por afronta aos artigos 61, § 1º, II, "a" e "b" da Constituição do Estado de São Paulo c.c arts. 5º, 25, 47, incisos II, XI, XIV e XIX, letra a, e 144, todos da Constituição Estadual, bem como artigo 165 da Constituição Federal e artigos 42, II, 61 e 62 todos da Lei Orgânica do Município de Taquarituba. Legitimidade ativa

para propositura de ADI. Constituição Bandeirante é parâmetro exclusivo para aferição de constitucionalidade de lei municipal. Inconstitucionalidade formal e material evidenciadas. Vício de iniciativa. Compete privativamente ao Executivo a iniciativa legislativa de projetos que se refiram a servidores públicos e seu regime jurídico. Tema 223 de Repercussão Geral. Ofensa aos princípios da moralidade, razoabilidade, proporcionalidade, finalidade e interesse público. Violação dos artigos 5º, 24, § 2º, 4, 47, XI, 111, 128 e 144, todos da Constituição do Estado de São Paulo. Ação procedente. (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2002409-46.2022.8.26.0000; Relator: Damião Cogan; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 21/09/2022; Data de Registro: 23/09/2022)

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 4.268, de 23 de dezembro de 2019, do Município de Mirassol, de iniciativa parlamentar, que dispõe sobre Licença Prevenção aos Servidores Públicos Municipais. A norma concede licença para que o servidor público do Município possa realizar determinados exames de saúde. Matéria relativa ao regime jurídico dos servidores públicos. Competência reservada ao Chefe do Poder Executivo, nos termos do art. 24, § 2º, "4" da Constituição Paulista. Reconhecimento de violação ao princípio da Separação dos Poderes. Precedentes deste C. Órgão Especial. Declaração de inconstitucionalidade que se impõe, com efeito ex tunc. Ação direta julgada procedente. (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2034124-77.2020.8.26.0000; Relatora: Cristina Zucchi; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 02/12/2020; Data de Registro: 04/12/2020)

Diante do exposto, julgo procedente o pedido formulado para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 1.553/2022, do Município de Ilhabela. Fica ressalvada a irrepetibilidade dos valores pagos, auferidos de boa-fé pelos servidores, diante da natureza alimentar da verba, até a data da liminar que suspendeu os efeitos da norma questionada.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2294098-90.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ENGENHEIRO COELHO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.209)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, FIGUEIREDO GONÇALVES, MELO BUENO, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI e JARBAS GOMES.

São Paulo, 26 de abril de 2023.

MARCIA DALLA DÉA BARONE, Relatora

Ementa: Constitucional – Ação Direta de Inconstitucionalidade – Município de Engenheiro Coelho – Expressão "a leitura da Bíblia Sagrada" prevista no "caput" do Artigo 148 da Resolução nº 05, de 14 de outubro de 1993 – Laicidade estatal – Violação – Imposição de leitura da Bíblia Sagrada na câmara municipal que fere a neutralidade governamental e viola os princípios da isonomia e interesse público – Liberdade de religião não observada – Afronta aos artigos 5º, inciso VI e 19, inciso I da Constituição Federal, bem como aos artigos 111 e 144 da Constituição Bandeirante – Inconstitucionalidade da expressão "a leitura da Bíblia Sagrada" reconhecida – Ação julgada procedente.

VOTO

Vistos,

Trata-se de ação ajuizada pelo D. Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo, pretendendo a declaração de inconstitucionalidade da expressão "a leitura da Bíblia Sagrada" prevista no "caput" do Artigo 148 da Resolução nº 05, de 14 de outubro de 1993, do Município de Engenheiro Coelho, a qual "dispõe sobre o Regime Interno da Câmara Municipal de Engenheiro Coelho".

Argumenta o autor que o dispositivo local impugnado contraria frontalmente a Constituição do Estado de São Paulo, a qual está subordinada a produção normativa municipal por força do seu artigo 144. Defende que a incompatibilidade vertical do preceito local com a Constituição do Estado de São Paulo se manifesta pelo contraste direto com o seu artigo 111. Aduz que há manifesto intuito constitucional de consagrar a laicidade estatal, da qual deriva o dever

Acesso ao Sumário

subjetivo público de neutralidade governamental, que instrumentaliza a pluralidade de crenças, pois o poder público deve se abster de criar preferência por determinada religião – como a leitura da Bíblia nas sessões da câmara – voltada exclusivamente aos seguidores dos princípios cristãos. Assevera a existência do contraste da lei local com a regra do artigo 19, inciso I da Constituição Federal, por se tratar de princípio de fundamental relevância na organização política brasileira, de observância obrigatória em todos os níveis e esferas de poder, sendo reflexo do direito fundamental à liberdade religiosa (art. 5º, VI, da Constituição Federal) que compreende os direitos de ter religião e não ter religião e de ver respeitados esses direitos. Afirma que o Estado brasileiro é laico e garante a pluralidade de crenças. Menciona, ainda, que o ato normativo impugnado é incompatível com os princípios de igualdade, finalidade e interesse público contidos no artigo 111 da Constituição Estadual.

Não houve pedido liminar.

Foi certificado o decurso do prazo legal sem a apresentação de manifestação pela D. Procuradoria Geral do Estado (fls. 594).

Informações prestadas pelo Presidente da Câmara Municipal de Engenheiro Coelho (fls. 596/598). Defende que a determinação de leitura da Bíblia no expediente das sessões decorre de expressa previsão no Regimento Interno do Poder Legislativo e que se trata de costume que compõe o rito das sessões da Câmara desde 1993. Afirma que tal prática corrobora com a liberdade de consciência e crença e que não se pode cercear esse direito inerente ao ser humano, sob pena de afronta a sua dignidade. Menciona que os vereadores gozam do direito à inviolabilidade por suas opiniões, palavras e votos, por expressa previsão constitucional (artigo 29, inciso VIII da Constituição Federal).

Parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça pela procedência do pedido (fls. 608/614).

É o relatório.

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade na qual se pretende a declaração de inconstitucionalidade da expressão *"a leitura da Bíblia Sagrada"* prevista no "caput" do artigo 148 da Resolução nº 05, de 14 de outubro de 1993, do Município de Engenheiro Coelho, a qual dispõe, "in verbis", na passagem que ora interessa:

> "Art. 148. O Expediente destina-se a **leitura da Bíblia Sagrada**, a votação da ata da sessão anterior, a leitura das matérias recebidas, a leitura e votação de pareceres e de requerimentos e moções, a apresentação de proposições pelos Vereadores e ao uso da Tribuna." (destaquei)

Referido dispositivo legal que determina a "leitura da Bíblia Sagrada" como um dos objetivos do Expediente viola o princípio da laicidade estatal, que decorre da liberdade religiosa disposta no artigo 5º, inciso VI, da Constitui-

Acesso ao Sumário

ção Federal, afrontando, também, o artigo 19, inciso I, da Constituição Federal ("Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;"), de observância obrigatória pelos entes federados.

Por outro lado, a expressão "leitura da Bíblia Sagrada" constante no aludido dispositivo contraria os princípios constitucionais da Administração Pública, notadamente os da isonomia e do interesse público dispostos no artigo 111 da Constituição Bandeirante, correspondente ao artigo 37, "caput", da Constituição Federal.

Conquanto possa o ritual de leitura da Bíblia ser considerado costume na Câmara, como alegado pelo seu Presidente, posto constar do Regimento Interno desde 1993, é certo que a liberdade de religião abrange, inclusive, o direito de não ter religião, como bem ressaltado no parecer da Procuradoria Geral de Justiça.

Por outro lado, a liberdade de crença pode e deve ser exercida pelos parlamentares livremente, mas não pode ser imposta determinada religião, como regra, dentro da Câmara Municipal, durante as suas sessões públicas, pois a Administração Pública não pode estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los ou manter com eles e/ou seus representantes relações de dependência ou aliança, como alhures exposto, já que a exigência de leitura da Bíblia dentro da Câmara Municipal equivale à imposição de determinada religião a todos, em desrespeito aos que não comungam da mesma crença, o que é incompatível com a neutralidade governamental imposta no artigo 19, inciso I da Constituição Federal.

Em reforço, transcreve-se passagem do parecer da Procuradoria Geral de Justiça:

> "É elementar à laicidade a absoluta neutralidade do Estado, interditando posturas estatais em benefício ou em detrimento das diversas religiões estabelecidas no território nacional, de modo que o poder público deve se abster de criar preferência por determinada religião – como a leitura da Bíblia nas sessões da câmara – voltada exclusivamente aos seguidores dos princípios cristãos. (...)
>
> O poder público pode colaborar de forma indistinta com todos os credos, e não lhe é dado manter com seus representantes relações de dependência ou aliança, ou subvencioná-los, direta ou indiretamente, posto que a liberdade de religião abrange inclusive o direito de não ter religião, do qual emana o impedimento à determinação, pela Administração Pública, da leitura da Bíblia durante as sessões públicas na câmara municipal.

Acesso ao Sumário

Essa relação de distanciamento do Estado com qualquer religião no desenvolvimento de suas atividades próprias (art. 19, I, CF) não limita qualquer direito de expressão por parte dos parlamentares, que são livres para em plenário emitir suas opiniões. No entanto, o caso em apreço aprecia-se a exigência da leitura da Bíblia dentro da câmara de leis." (fls. 609/610)

Com efeito, colacionam-se precedentes deste E. Órgão Especial a respeito do tema:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EXPRESSÃO "E AO SEGUNDO SECRETÁRIO PARA QUE FAÇA A LEITURA BÍBLICA" CONSTANTE DO ART. 121 CAPUT, DA RESOLUÇÃO N. 16, DE 19 DE NOVEMBRO DE 1993, DO MUNICÍPIO DE PIRACICABA (REGIMENTO INTERNO DA CÂMARA MUNICIPAL). AFRONTA AO PRINCÍPIO DA LAICIDADE DO ESTADO. COROLÁRIO DA LIBERDADE RELIGIOSA. O Poder Público deve se manter neutro em relação às diferentes denominações e crenças religiosas. Lei que determina a leitura da Bíblia no início das sessões da Câmara Municipal, em ofensa ao princípio da laicidade estatal, decorrente da liberdade religiosa (artigo 5º, inciso VI, da Constituição Federal), e ao artigo 19, inciso I, da Constituição da República. Violação, ademais, a princípios constitucionais da Administração Pública, mormente os da isonomia e do interesse público. Ação julgada procedente.

(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2060503-84.2022.8.26.0000; Relator: Moacir Peres; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 06/09/2022; Data de Registro: 08/09/2022);

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Questionamento de validade da Resolução n. 10, de 03 de agosto de 2021, da Câmara Municipal de Araras, que altera o § 7º, do artigo 174 do Regimento Interno da Câmara Municipal, e dispõe sobre a permanência da Bíblia sagrada sobre a mesa da Presidência e a leitura de trecho bíblico no início dos trabalhos do legislativo. Alegação de que a preferência por determinada religião na abertura dos trabalhos legislativos afronta a laicidade estatal. Reconhecimento. Norma impugnada que viola o dever de neutralidade estatal imposto pelo artigo 19, inciso I, da Constituição Federal. Inconstitucionalidade manifesta, inclusive em relação à redação anterior do dispositivo (conferida pela Resolução n. 07/2021), que também previa a leitura de texto bíblico durante o início dos trabalhos legislativos. Hipótese de declaração de inconstitucionalidade por arrastamento, conforme tem admitido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADI nº 1.144-RS, Rel. Min. Eros Grau, DJU 08/09/2006). É que em face declaração de inconstitucionalidade da Resolução 10/2021, e em decorrência do efeito repristinatório, a Resolução 07/2021, retomaria validade (indesejada), com os mesmos vícios, ou seja, com afronta à disposição do artigo 19,

Acesso ao Sumário

inciso I, da Constituição Federal. É importante considerar, sob esse aspecto, que as regras sobre organização político-administrativa (contidas no Título III, Capítulo I, da Constituição da República), inclusive aquela do artigo 19 (referente à laicidade estatal), traduzem verdadeiro instrumento de calibração do pacto federativo. Vale dizer, como normas centrais da Constituição Federal, "reproduzidas, ou não" na Constituição Estadual, "incidirão sobre a ordem local", por força do princípio da simetria, a fim de conservar o modelo federalista e os padrões estruturantes do Estado, daí a possibilidade de utilização de dispositivos dessa natureza (centrais e estruturantes) no controle abstrato de normas municipais com base na norma remissiva do artigo 144 da Constituição Estadual. Ação julgada procedente.

(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2205395-23.2021.8.26.0000; Relator: Ferreira Rodrigues; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 20/04/2022; Data de Registro: 29/04/2022)

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Municipal 3.875/13, do Município de Itanhaém, que "institui a Semana Municipal da Cultura Evangélica e o Dia Municipal do Evangélico". AFRONTA AO PRINCÍPIO DA LAICIDADE DO ESTADO. VÍCIO DE INICIATIVA, COROLÁRIO DA LIBERDADE RELIGIOSA. O Poder Público deve se manter neutro em relação às diferentes denominações e crenças religiosas. Lei que cria datas comemorativas e atividades a fim de divulgar a cultura evangélica (artigo 2º), trazendo dispositivos ensejadores de colaboração por parte do Poder Público e de financiamento das referidas atividades. Dispositivos que ofendem o princípio da laicidade estatal, decorrente da liberdade religiosa (artigo 5º, inciso VI, da Constituição Federal), e o artigo 19, inciso I, da Constituição da República. Violação, ademais, a princípios constitucionais da Administração Pública, mormente os da isonomia e do interesse público. Arguição de inconstitucionalidade acolhida.

(TJSP; Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade Cível 0002802-39.2021.8.26.0000; Relator: Moacir Peres; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de Itanhaém – 1ª Vara; Data do Julgamento: 28/04/2021; Data de Registro: 30/04/2021);

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Art. 83, parágrafo 3º da Resolução nº 4.448, de 15 de dezembro de 2004 (Regimento Interno da Câmara Municipal), do Município de Catanduva – Texto que determina a leitura de um texto bíblico após realizada a chamada dos vereadores na abertura da sessão legislativa – Violação à laicidade estatal e dos princípios da finalidade, impessoalidade, legalidade igualdade e interesse público – Incompatibilidade com os artigos 111 e 144 da Constituição do Estado, não podendo subsistir no ordenamento jurídico – Inconstitucionalidade que se declara do parágrafo 3º do artigo 83 da Resolução nº 4.448, de 15 de dezembro de 2004, do Município de Catanduva – AÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

Acesso ao Sumário

(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2182268-61.2018.8.26.0000; Relator: Elcio Trujillo; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 28/08/2019; Data de Registro: 29/08/2019);

Nesse contexto, é patente a inconstitucionalidade da expressão "a leitura da Bíblia Sagrada" do dispositivo impugnado, por incontestável violação do princípio da laicidade, em nítida afronta aos artigos 5º, inciso VI e 19, inciso I da Constituição Federal, bem como aos artigos 111 e 144 da Constituição Bandeirante.

Em face do exposto, pelo voto, Julga-se procedente a presente ação para declarar a inconstitucionalidade da expressão "a leitura da Bíblia Sagrada" prevista no "caput" do artigo 148 da Resolução n. 05, de 14 de outubro de 1993, do Município de Engenheiro Coelho.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2294047-79.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE MONTE ALEGRE DO SUL e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE MONTE ALEGRE DO SUL.

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 53.795)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), AROLDO VIOTTI, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, FIGUEIREDO GONÇALVES, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM e FÁBIO GOUVÊA.

São Paulo, 3 de maio de 2023.

MATHEUS FONTES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – EXPRESSÕES "CHEFE DE DEPARTAMENTO" E "ASSESSOR DE DEPARTAMENTO" CONSTANTES DOS ANEXOS II, V E VII DA LEI COMPLEMENTAR Nº 03, DE 15 DE DEZEMBRO DE 2017, ATUALIZADA PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 11, DE 24 DE JANEIRO DE 2020, AMBAS DO MUNICÍPIO DE MONTE ALEGRE DO SUL – CARGOS EM COMISSÃO AOS QUAIS SÃO CONFERIDAS ORA ATRIBUIÇÕES GENÉRICAS, INDETERMINADAS, VAGAS E ABSTRATAS, ORA ATRIBUIÇÕES TÉCNICAS, ORDINÁRIAS E BUROCRÁTICAS, PARA CUJA EXECUÇÃO NÃO SE EXIGE VÍNCULO DE CONFIANÇA ENTRE NOMEANTE E NOMEADO, DEVENDO SER DESEMPENHADAS POR SERVIDORES PÚBLICOS PREVIAMENTE APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO DE PROVAS OU DE PROVAS E TÍTULOS – APLICAÇÃO DAS TESES FIXADAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO TEMA 1010 DE REPERCUSSÃO GERAL – PRECEDENTES DO ÓRGÃO ESPECIAL – AÇÃO PROCEDENTE, COM MODULAÇÃO E RESSALVA.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador Geral de Justiça em face das expressões "Chefe de Departamento" e "Assessor de Departamento" constantes dos Anexos II, V e VII da Lei Complementar nº 03, de 15 de dezembro de 2017, atualizada pela Lei Complementar nº 11, de 24 de janeiro de 2020, ambas do Município de Monte Alegre do Sul.

Sustenta o autor que os dispositivos e expressões impugnadas são incompatíveis com os artigos 111, 115, incisos II e V, e 144 da Constituição Estadual, pois não estabelecem atribuições de assessoramento, chefia ou direção aos cargos em comissão de "Chefe de Departamento" e "Assessor de Departamento", mas, sim, lhes conferem ora atribuições genéricas, indeterminadas, vagas e abstratas, ora atribuições técnicas, profissionais e ordinárias, para cuja execução não se exige vínculo de confiança entre o nomeante e nomeado. Por essa razão, tais atribuições devem ser desempenhadas por servidores públicos previamente aprovados em concurso público de provas ou de provas e títulos.

Invoca as teses fixadas pelo Supremo Tribunal Federal em regime de re-

Acesso ao Sumário

percussão geral no Tema 1010 daquela Suprema Corte.

Postula procedência da ação para que seja declarada a inconstitucionalidade das expressões "Chefe de Departamento" e "Assessor de Departamento" constantes dos Anexos II, V e VII da Lei Complementar nº 03, de 15 de dezembro de 2017, atualizada pela Lei Complementar nº 11, de 24 de janeiro de 2020, ambas do Município de Monte Alegre do Sul.

A Procuradoria-Geral do Estado, embora tenha sido citada, não se manifestou (fls. 245).

O Presidente da Câmara Municipal de Monte Alegre do Sul prestou informações (fls. 247/249) e o Prefeito daquele município, contudo, não as prestou, deixando transcorrer em branco o prazo para essa finalidade (fls. 252).

A Procuradoria Geral de Justiça, por sua vez, opinou pela procedência da ação (fls. 257/262).

É o Relatório.

De acordo com os Anexos II, V e VII da Lei Complementar nº 03, de 15 de dezembro de 2017, atualizada pela Lei Complementar nº 11, de 24 de janeiro de 2020, ambas do Município de Monte Alegre do Sul (fls. 79/83, 87/88), os cargos de "Chefe de Departamento" e "Assessor de Departamento" são providos por comissão; são remunerados com vencimentos, respectivamente, de R$ 2.343,25 e R$ 1.622,25; e a eles são conferidas as seguintes atribuições:

"Chefe de Departamento.

Atribuições:

a) descrição sintética: coordenar e orientar as atividades do Departamento na respectiva área de competência;

b) descrição analítica: I) orientar e coordenar a atuação de seus subordinados na execução de suas atividades; II) coordenar os trabalhos afetos à competência do setor no qual estiver lotado; III) preparar demonstrativo das necessidades materiais e de serviços do setor";

"Assessor de Departamento.

Atribuições:

a) descrição sintética: assessorar as atividades do Departamento na respectiva área de atuação;

b) descrição analítica: I) pesquisar, analisar, planejar e propor a implantação de serviços dentro da sua área de atuação; II) prestar assessoria aos seus superiores; III) orientar e assessorar as atividades dos subordinados; IV) transmitir e controlar a execução das ordens dos superiores no nível de sua competência".

Leitura do texto anteriormente transcrito permite verificar que aos cargos em comissão de "Chefe de Departamento" e "Assessor de Departamento" foram conferidas ora atribuições genéricas, indeterminadas, vagas e abstratas, ora

Acesso ao Sumário

atribuições técnicas, ordinárias e burocráticas, para cuja execução não se exige vínculo de confiança entre o nomeante e o nomeado, devendo, por isso, ser desempenhadas por servidores públicos previamente aprovados em concurso público de provas ou de provas e títulos, nos termos do art. 115, inciso II, da Constituição Estadual.

Ao caso se aplicam as teses fixadas pelo Supremo Tribunal Federal para fins de repercussão geral no Tema 1010 daquela Suprema Corte, segundo as quais:

"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".

Outrossim, vastos são os precedentes do Órgão Especial reconhecendo a inconstitucionalidade de leis que dispõem sobre criação de cargos em comissão e funções de confiança com atribuições meramente operacionais, burocráticas e técnicas, por afronta aos artigos 111 e 115, incisos II e V, da Constituição Estadual, aplicáveis aos municípios por força do disposto no artigo 144 da mesma Constituição Estadual, bem como por afronta ao Tema 1010 do STF: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2205329-43.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, Relator Desembargador James Siano, julgada em 23.02.2022; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2120721-49.2020.8.26.0000, Relator Desembargador James Siano, julgada em 24.11.2021; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2304576-31.2020.8.26.0000, Relator Desembargador James Siano, julgada em 01.09.2021; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2195042-55.2020.8.26.0000, Relator Desembargador Márcio Bartoli, julgada em 30.06.2021; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2236720-50.2020.8.26.0000, Relator Desembargador Alex Zilenovski, julgada em 14.07.2021; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2085362-38.2020.8.26.0000, Relator Desembargador Xavier de Aquino, julgada em 02.06.2021; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2043983-20.2020.8.26.0000, Relator Desembargador Xavier de Aquino, julgada em 02.12.2020; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2043055-40.2018.8.26.0000, Relator Desembargador Péricles Piza, julgada em 10.04.2019; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2243127-43.2018.8.26.0000, Relator Desembargador João Carlos Saletti, julgada em 14.08.2019; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2010809-49.2022.8.26.0000, Relator Desembargador James Siano, julgada em 28.09.2022.

Julgo, portanto, a ação procedente.

Por fim, em atenção aos princípios da segurança jurídica e da supremacia do interesse público, e observado ainda o tempo em que as normas impugnadas

Acesso ao Sumário

estão em vigor, é razoável modular os efeitos do resultado estabelecido, nos termos do artigo 27 da Lei nº 9.868/99, fixando-os em 120 dias contados deste julgamento, ressalvando-se a irrepetibilidade dos valores percebidos de boa-fé.

Ante o exposto, julgo procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade das expressões "Chefe de Departamento" e "Assessor de Departamento" constantes dos Anexos II, V e VII da Lei Complementar nº 03, de 15 de dezembro de 2017, atualizada pela Lei Complementar nº 11, de 24 de janeiro de 2020, ambas do Município de Monte Alegre do Sul, com modulação e ressalva.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2002479-29.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE JUNDIAÍ.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE EM PARTE, COM INTERPRETAÇÃO CONFORME. VENCIDOS OS EXMOS. SRS. DES. LUCIANA BRESCIANI (COM DECLARAÇÃO), EVARISTO DOS SANTOS, CAMPOS MELLO, AROLDO VIOTTI, LUIS FERNANDO NISHI E JARBAS GOMES.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.417)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), DAMIÃO COGAN, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, FIGUEIREDO GONÇALVES, GUILHERME G. STRENGER e FERNANDO TORRES GARCIA.

São Paulo, 10 de maio de 2023.

XAVIER DE AQUINO, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL nº 9.855, de 11 de novembro de 2022, do Município de Jundiaí, que Institui o Programa "Florescer – Além da Cicatriz", de

Acesso ao Sumário

incentivo a tatuadores na realização de atendimento a mulheres que sofreram traumas que resultaram em marcas e cicatrizes. 1) Ausência de invasão a esfera de iniciativa reservada ao Alcaide. Tema 917 da C. Suprema Corte. Norma de caráter programático, geral e abstrato, que se insere dentro da atribuição típica e predominante normativa da Câmara. 2) Necessidade de dar interpretação conforme à Constituição sem redução de texto para inclusão de transgêneros (transmasculinos), no art. 1º Lei n. 9.855, de 11 de novembro de 2022, do Município de Jundiaí. Diversidade sexual que é um direito vinculado à autonomia e à liberdade de expressão, valores fundamentais albergados pela Constituição Federal de 1988 que prevê como direito fundamental a "dignidade da pessoa humana" (art. 1º., III), como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV) e que "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade" (art. 5º, caput). Precedentes do C. Órgão Especial.

Ação parcialmente procedente, para dar interpretação conforme à Constituição sem redução de texto para inclusão de transgêneros (transmasculinos), no art. 1º Lei n. 9.855, de 11 de novembro de 2022, do Município de Jundiaí.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade em face da LEI MUNICIPAL nº 9.855, de 11 de novembro de 2022, do Município de Jundiaí, que institui o Programa "Florescer – Além da Cicatriz", de incentivo a tatuadores na realização de atendimento a mulheres que sofreram traumas que resultaram em marcas e cicatrizes.

Alega o autor que a norma combatida, de iniciativa parlamentar, esbarra em inconstitucionalidades materiais que acabam, inclusive, desprestigiando seu objetivo por contrariar a Carta Estadual quando impõe à Administração Pública

a obediência de princípios salutares, previstos no art. 111 da Carta Estadual; diz que fomentar, por meio de cartazes, em estabelecimentos específicos (elencados no art. 2º da lei), que tatuadores realizem atendimento a mulheres que tenham sofrido violência pode, concomitantemente, trazer benefícios a algumas mulheres, mas prejuízos a outras, inclusive constrangimento, posto que não é a "simples" divulgação do Programa em epígrafe que resolverá essa questão, na medida em que o programa em debate deve estar em harmonia e inserido na política pública específica, sob pena de colocar em xeque a efetividade das ações em curso; assevera que a lei em questão desrespeita os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade que sustentam o Estado Democrático de Direito previsto no *caput* do art. 1º da Constituição Federal; afirma que o fato de o Programa em referência ser destinado exclusivamente à determinada atividade econômica esbarra no princípio constitucional da impessoalidade, insculpido no "caput" do art. 37 da Lei Maior. Pede a declaração de inconstitucionalidade da norma por afronta direta da Constituição Federal, pois suas disposições então transcritas consubstanciam normas de reprodução obrigatória na Constituição Estadual paulista.

Processada a ação, sobrevieram informações do Presidente da Câmara Municipal de Jundiaí, batendo-se pela constitucionalidade da norma ao argumento de que o Município possui o dever de assegurar políticas urbanas condicionadas às funções sociais da cidade, bem como a promoção e proteção dos direitos das mulheres, possibilitando ao Poder Público incentivar a sociedade civil organizada, especialmente os tatuadores do Município para realizarem o atendimento às mulheres vítimas de traumas, queimaduras entre outras ocorrências, cuidado este que assegura a qualidade de vida das munícipes com absoluta prioridade, conforme expresso na Lei Orgânica de Jundiaí, nos arts. 141, 238-B e 238-C (fls. 45/55).

Sem manifestação do i. Procurador-geral do Estado (fls. 108).

Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça (fls. 113/126) pela improcedência do pedido inicial e, ante o caráter aberto da ação, que se declare a nulidade parcial, sem redução de texto, para inclusão de transgêneros (transmasculinos) no art. 1º Lei n. 9.855, de 11 de novembro de 2022, do Município de Jundiaí.

É o relatório.

O pleito é de procedência parcial da ação.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 9.855, de 11 de novembro de 2022, do Município de Jundiaí, de iniciativa parlamentar, que institui o Programa "Florescer – Além da Cicatriz", de incentivo a tatuadores na realização de atendimento a mulheres que sofreram traumas que resultaram em marcas e cicatrizes. Este é o texto do dispositivo de lei guerreado:

Acesso ao Sumário

*"**LEI Nº 9.855, DE 11 DE NOVEMBRO DE 2022.***

Institui o Programa "Florescer – Além da Cicatriz", de incentivo a tatuadores na realização de atendimento a mulheres que sofreram traumas que resultaram em marcas e cicatrizes.

***Art. 1º.** É instituído o Programa "Florescer – Além da Cicatriz", a ser executado pela sociedade civil organizada, com o objetivo de promover o incentivo para tatuadores realizarem atendimento das mulheres que sofreram traumas, queimaduras e diferentes ocorrências que resultaram em marcas e cicatrizes na pele.*

***Art. 2º.** Para divulgação do Programa, as organizações executoras poderão afixar cartazes com informações sobre o funcionamento e dados para contato, mediante prévia anuência dos proprietários ou responsáveis, em:*

I – estabelecimentos de saúde;

II – estabelecimentos de estética e bem-estar;

III – estabelecimentos de tatuagem;

IV – órgãos e estabelecimentos públicos;

V – escolas;

VI – ônibus e táxis.

Art. 3º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação."

Pois bem.

Invasão à reserva de iniciativa reservada ao Chefe do Executivo não há.

Trata-se de norma que tem caráter fundamentalmente programático, geral e abstrato, o que se insere dentro da atribuição típica e predominante da Câmara, que é normativa.

Neste passo, não usurpa competência privativa do Chefe do Poder Executivo, norma que não trata da sua estrutura ou da atribuição dos seus órgãos, nem do regime jurídico dos servidores públicos, consoante assente no Tema 917 da C. Corte Suprema. E, assim, não se há reconhecer invasão indevida em reserva de iniciativa do Alcaide, sabido que tal reserva tem interpretação restritiva, por constituírem exceções à função normativa do Legislativo.

Acesso ao Sumário

Observa-se, mais, que a lei guerreada foi editada dentro dos limites do interesse local, que se ampara no artigo 30, I, da Carta Federal, de reprodução obrigatória pelos Municípios, ao teor do artigo 144 da Carta Estadual, em se tratando da instituição de programa social que tem por finalidade a implantação de política pública voltada, precipuamente, à saúde emocional de mulheres vítimas de traumas, queimaduras e diversas outras ocorrências que deixam cicatrizes em seu corpo.

A alegação feita pelo Autor na inicial desta ação, no sentido de que "o Município já possui ações públicas voltadas à proteção da mulher, notadamente

em estabelecimentos de saúde da atenção primária" e que "a rede pública conta com medidas implementadas em prol, primeiramente, do fim das práticas que coloquem em risco a saúde da mulher e, infelizmente, quando ocorrem, medidas mitigatórias e resolutivas para os traumas causados são adotadas", importa no reconhecimento de que tais medidas, já em prática no Município, vem se somar àquela proposta pela norma em análise, criando uma universalidade de medidas de proteção às mulheres.

Portanto, não se há conceber na lei em comento, afronta aos primados da razoabilidade e proporcionalidade, uma vez que a lei atacada apenas amplia o leque de políticas públicas já em andamento no Município de Jundiaí, não se verificando ali excessos ou absurdos, sequer interferindo a norma em atos de gestão administrativa do Executivo local para sua realização, uma vez voltada à iniciativa privada.

Neste diapasão, vale conferir, quanto à proporcionalidade ***verbis***:

"O critério da proporcionalidade é tópico, e, tal qual a eqüidade, volve-se para a justiça do caso concreto ou particular. No dizer de Paulo Bonavides 'é um eficaz instrumento de apoio às decisões judiciais que, após submeterem o caso a reflexões prós e contras (abwägung), a fim de averiguar se na relação entre meios e fins não houve excesso (Übermassverbot), concretizam assim a necessidade do ato decisório de correção.'

A doutrina constatou a existência de três elementos ou subprincípios que compõem o princípio da proporcionalidade. O primeiro é a pertinência. Analisa-se aí a adequação, a conformidade ou a validade do fim. Portanto se verifica que esse princípio se confunde com o da vedação do arbítrio. O segundo é o da necessidade, pelo qual a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja. O terceiro consiste na proporcionalidade mesma, tomada 'stricto sensu', segundo a qual a escolha deve recair sobre o meio que considere o conjunto de interesses em jogo.

A aplicação do princípio da proporcionalidade demanda dois enfoques. Há simultaneamente a obrigação de fazer uso de meios adequados e interdição quanto ao uso de meios desproporcionais. Desta forma, a proporção adequada torna-se condição de legalidade. Portanto, a inconstitucionalidade ocorre quando a medida é excessiva, injustificável, ou seja, não cabe na moldura da proporcionalidade. Esta, enquanto princípio constitucional, 'somente se compreende em seu conteúdo e alcance se considerarmos o advento histórico de duas concepções de Estado de Direito: uma, em declínio, ou de todo ultrapassada, que se vincula doutrinariamente ao princípio da legalidade, com apogeu no direito positivo da Constituição de Weimar; outra, em ascensão, atada ao princípio da constitucionalidade, que deslocou para o respeito dos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica."[1]

E quanto à razoabilidade:

1 ***Proporcionalidade e Razoabilidade: Critérios de Intelecção e Aplicação do Direito*** – - Juíza Oriana Piske, *in https://www.tjdft.jus.br*

Acesso ao Sumário

"Para Celso Antônio Bandeira de Mello, enuncia-se o princípio da razoabilidade 'que a Administração, ao atuar no exercício de discrição, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente inválidas –, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas em desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discrição manejada.'

Recaséns Siches, aponta com brilhantismo a necessidade da observância do princípio da razoabilidade pelo Poder Judiciário. Os ensinamentos do mestre estão sintetizados de forma lapidar no seguinte trecho de sua monumental obra intitulada Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho:

> 'O juiz, para averiguar qual a norma aplicável ao caso particular submetido à sua jurisdição, não deve deixar-se levar por meros nomes, por etiquetas ou conceitos classificatórios, mas pelo contrário, tem que ver quais são as normas, pertencentes ao ordenamento jurídico positivo a ser aplicado no caso concreto, que ao dirimir o conflito estejam em consonância com os valores albergados e priorizados por este mesmo ordenamento.'

O princípio da razoabilidade impõe a coerência do sistema. A falta de coerência, de racionalidade de qualquer lei, ato administrativo ou decisão jurisdicional gera vício de legalidade, visto que o Direito é feito por seres e para seres racionais, para ser aplicado em um determinado espaço e em uma determinada época.

Através da análise da razoabilidade também se verifica se os vetores que orientam determinado sistema jurídico foram ou não observados. A desobediência a esses vetores macula de ilegalidade o ato, quer em sede administrativa, legislativa ou jurisdicional. Conclui Weida Zancaner que 'princípio da razoabilidade compreende, além da análise da coerência dos atos jurídicos, a verificação de se esses atos foram ou não editados com reverência a todos os princípios e normas componentes do sistema jurídico a que pertencem, isto é, se esses atos obedecem ao esquema de prioridades adotado pelo próprio sistema.'

Além da sua compreensão como critério de aplicação das normas jurídicas, o princípio da razoabilidade deve ser alçado a critério de intelecção de todo e qualquer sistema jurídico que pretenda se perenizar. Ele dá substância à lógica do sistema, isto é, torna uma massa imensa de normas jurídicas um todo coerente, com prioridades e finalidades definidas e passíveis de serem compreendidas e ordenadas."[2].

Do que se conclui, portanto, inexistir afronta a tais princípios posto que a edição de tal norma é adequada e justificável, não se afigurando excessiva, uma

Acesso ao Sumário

2 Idem nota annterior

vez em consonância com os valores albergados e priorizados pelo ordenamento constitucional pátrio.

Quanto à afirmação de que há afronta ao princípio constitucional da impessoalidade diante do fato de que o programa em referência se destina **exclusivamente** à determinada atividade econômica, quadra pontuar que em sendo norma que tem por finalidade realizar *"atendimento das mulheres que sofreram traumas, queimaduras e diferentes ocorrências que resultaram em marcas e cicatrizes na pele"*, através de tatuagem, seu destino somente poderia se dirigir aos tatuadores do Município.

Por fim, quanto ao acréscimo na norma da expressão "de transgêneros (transmasculinos) no ato normativo questionado" através da declaração de nulidade parcial sem redução de texto, cabem as seguintes considerações.

A diversidade sexual é um direito vinculado à autonomia e à liberdade de expressão, valores fundamentais albergados pela Constituição Federal de 1988 que prevê como direito fundamental a "dignidade da pessoa humana" (art. 1º., III), como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (art. 3º, IV) e que "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:" (art. 5º, *caput*).

E na Carta Estadual, de aplicação obrigatória pelos Municípios ao artigo 144, observamos o artigo 219, 1, 2, 3 e 4 e artigo 277, que assim dispõem:

"**Artigo 219 –** A saúde é direito de todos e dever do Estado.

Parágrafo único – Os Poderes Públicos Estadual e Municipal garantirão o direito à saúde mediante:

1 – políticas sociais, econômicas e ambientais que visem ao bem-estar físico, mental e social do indivíduo e da coletividade e à redução do risco de doenças e outros agravos;

2 – acesso universal e igualitário às ações e ao serviço de saúde, em todos os níveis;

3 – direito à obtenção de informações e esclarecimentos de interesse da saúde individual e coletiva, assim como as atividades desenvolvidas pelo sistema;

4 – atendimento integral do indivíduo, abrangendo a promoção, preservação e recuperação de sua saúde.

Artigo 277 – Cabe ao Poder Público, bem como à família, assegurar à criança, ao adolescente, ao jovem, ao idoso e aos portadores de deficiências, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de

Acesso ao Sumário

colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e agressão. (NR)

A garantia de tais direitos avança na legitimação social de todas as identidades de gênero, na medida em que dada a universalidade dos direitos humanos, não se há excluir nenhum indivíduo do manto de esfera de proteção e igualdade do Estado.

O indivíduo transgênero é aquele que não se identifica com o gênero (masculino ou feminino) que lhe foi atribuído ao nascer.

Na oportunidade do julgamento da ADI 4275, Relator do Acórdão o Ministro Edson Fachin, cujo tema era "o reconhecimento da personalidade jurídica, à liberdade pessoal, à honra e à dignidade" da pessoa transgênero, deixou assente a Colenda Corte Suprema que, *verbis*:

"O tema é sensível e envolve valores constitucionais de importância maior.

Cabe indagar: mostra-se legítimo recusar a transexuais o direito à alteração do prenome e gênero no registro civil? A resposta é desenganadamente negativa.

É tempo de a coletividade atentar para a insuficiência de critérios morfológicos para afirmação da identidade de gênero, considerada a dignidade da pessoa humana. Descabe potencializar o inaceitável estranhamento relativo a situações divergentes do padrão imposto pela sociedade para marginalizar cidadãos, negando-lhes o exercício de direitos fundamentais.

A tutela estatal deve levar em conta a complexidade ínsita à psique humana, presente a pluralidade dos aspectos genésicos conformadores da consciência. É inaceitável, no Estado Democrático de Direito, inviabilizar a alguém a escolha do caminho a ser percorrido, obstando-lhe o protagonismo, pleno e feliz, da própria jornada.

A dignidade da pessoa humana, princípio desprezado em tempos tão estranhos, deve prevalecer para assentar-se o direito do ser humano de buscar a integridade e apresentar-se à sociedade como de fato se enxerga. Solução diversa apenas reforça o estigma que conduz muitos cidadãos transgêneros à depressão, à prostituição e ao suicídio.

[...]

Surge relevante a autonomia da vontade, na vivência desimpedida do autodescobrimento, condição de plenitude do ser humano. É dever do Poder Público, no Estado Democrático de Direito, promover a convivência pacífica com o outro, na seara do pluralismo, sem admitir o crivo da maioria sobre escolhas exclusivamente morais, sobretudo quando decorrem de inafastáveis circunstâncias próprias à constituição somática da pessoa. Cabe a cada qual trilhar a respectiva jornada, arcando com a responsabilidade imposta pela própria consciência, na busca pelos objetivos que se propôs a cumprir.".

Em acréscimo a tais fundamentos, veja-se o bem lançado parecer da i.

Acesso ao Sumário

Procuradoria-geral de Justiça, *verbis*:

"A proteção jurídica das individualidades e das coletividades **não pode discriminar injustamente** em razão do sexo, devendo ser **abrangente e inclusiva de papeis diferentes que a liberdade de orientação sexual e de identidade de gênero** (e que são alguns componentes dos direitos à diversidade sexual) proporcionam, fazendo sucumbir **anacrônicas taxinomias**. A promoção do bem geral não comporta discriminações orientadas pelo sexo, valendo ponderar que as locuções homem e mulher não correspondem a masculino e feminino.

Peço licença para incorporar o que já escrevi a propósito do tema:

'A Constituição de 1988 tem, entre seus muitos predicados, predisposição à inclusão. Ela é revelada pela premissa universalista ao elencar dentre os objetivos fundamentais da república e da federação a promoção do bem de todos "sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (art. 3º, IV) e pelo compromisso com a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), alçada à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito.

Corolário é a consagração de direitos subjetivos basilares ao ser humano (felicidade, personalidade, vida privada, imagem, liberdade, propriedade etc.) e a inserção de mandados e diretivas de satisfação das necessidades (individuais ou coletivamente fruíveis) como deveres subjetivos públicos impostos ao Estado, à sociedade e aos indivíduos, dotados das características de exigibilidade e oponibilidade.

Na Constituição, o ser humano é colocado em posição central. E o bem geral em seu texto sublimado é tonificado pelo pronome indefinido que identifica seus beneficiários, indicativo de seu caráter refratário a distinções de qualquer natureza, difundindo seu raio de incidência também às minorias e aos marginais e vulneráveis, na mais séria e fecunda das proposições de ruptura e compensação com estruturas pretéritas de exclusão, preconceito, violência, indiferença e omissão.

(...)

Em prol delas o Estado, a sociedade e os indivíduos têm deveres subjetivos públicos de atuação ou de prestação; compete sobremaneira ao poder público a edição de normas e a execução de políticas públicas inspiradas pelo princípio da igualdade seja interdição de discriminações desarrazoadas seja para articulação de vantagens equalizadoras ou ações afirmativas, ou seja, normas sancionadoras, medidas de polícia administrativa, fomento à iniciativa privada ou aos indivíduos, e serviços públicos.

Entre parcelas ou segmentos assim concebidos como vulneráveis há os homossexuais, bissexuais, travestis, transgêneros, transexuais e outras denominações que, no particular, anseiam a defesa específica de seus direitos à diversidade sexual, molestados ou ignorados pelo Estado, pela sociedade e pelos indivíduos ou grupos sociais, podendo ser exemplificadas as aspirações tendentes à liberdade sexual e à igualdade, e aos seus reflexos nas relações

Acesso ao Sumário

civis (família, sucessões, personalidade), previdenciárias, registrárias (nome), administrativas (acesso à funções públicas lato sensu e aos serviços públicos) etc.

(...)

As transformações operadas no direito brasileiro desde a Constituição de 1988 se projetaram no domínio da diversidade sexual tanto pelo direito à liberdade de orientação sexual quanto pelo de identidade de gênero, e que são algumas emanações singularmente concretizáveis do direito fundamental de liberdade.

Trata-se de conquistas que se atrelam a pautas liberais, principalmente as brandidas pelo movimento feminista – revolução social de costumes que teve maior impacto na sociedade ocidental.

O resgate histórico-sociológico revela que o movimento feminista teve como um de seus pilares a liberdade sexual, o que estabeleceu ambiente propício para a liberdade de orientação sexual e de identidade de gênero. A partir dele emergiram novos direitos de minorias discriminadas, como os concernentes à homossexualidade, à transexualidade etc.

Nessa resenha, por exemplo, não é possível obliterar a sensível evolução do direito nacional quando o Supremo Tribunal Federal equiparou a união homoafetiva à família, ponto culminante de uma nova conformação aberta das entidades familiares.

Ao acolher a Constituição de 1988 a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental no inciso III do art. 1º, ela assume relevância singular no ordenamento jurídico brasileiro como pedra angular da produção e da interpretação de atos ou negócios jurídicos de direito público ou privado, decisões judiciais e normas jurídicas. Ela constitui o núcleo básico dos direitos fundamentais e, por isso, é limite a ações contrárias estatais ou privadas. Tem estreita afinidade com os princípios de igualdade e liberdade, abrangendo este a de orientação sexual e de identidade de gênero que são componentes do direito à diversidade sexual.

Cabe assinalar que apesar de a liberdade de orientação sexual não constar expressamente na Constituição vigente, o inciso IV do art. 3º contém um interdito à discriminação em razão da orientação sexual, o que revela a existência do direito correlato à liberdade de orientação sexual, determinante de equiparação aos direitos dos heterossexuais e de punição por sua violação.

A fórmula normativa em foco proíbe 'distinções de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação, que são suficientemente abrangentes para recolher também aqueles fatores que têm servido de base para desequiparações e preconceitos'.

Dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade se imbricam num círculo virtuoso. Ao se garantir a liberdade no art. 5º *caput*, a Constituição de 1988 assegura a orientação sexual e a identidade de gênero. E da combinação dos arts. 3º, IV, e 5º, *caput*, da Constituição de 1988, exsurge a cunhagem de característica exemplificativa ao alcance do princípio da igualdade com a

Acesso ao Sumário

expressão 'sem distinções de qualquer natureza', corroborada pela igualdade entre os sexos (art. 5º, I).

É o reconhecimento do direito à diferença que numa sociedade democrática se expressa por valores como convivência e tolerância, oponível contra o Estado e os demais indivíduos. A diversidade sexual é, ademais, direito inerente à personalidade porque este, conjugado à liberdade, projeta o direito à sexualidade, do qual aquela se irradia.

Os direitos da diversidade sexual abrangem fatias consideráveis da população como homossexuais, bissexuais, travestis, transgêneros e outras denominações de pessoas que, em razão das liberdades de orientação sexual e de identidade de gênero, anseiam por direitos elementares como a felicidade e o de não-exclusão pelo desenvolvimento dessas potestades. Diz-se diversidade sexual porque não se esgota a concepção de liberdade na lógica binária do sexo biológico (masculino-feminino).

Sua consagração é vital importância para a busca de direitos gerais (de natureza administrativa, civil, previdenciária, trabalhista, tributária etc.) reconhecidos sob o tradicional pressuposto da heterossexualidade, bem como para aquisição de novos direitos como o uso do nome social, a alteração do registro civil em razão da identidade de gênero, a aposentadoria conforme o gênero etc.

Discriminações desarrazoadas não são toleradas, tendo validade somente aquelas que atendam ao espírito da Constituição." (Wallace Paiva Martins Junior. "A Tutela dos Direitos à Diversidade Sexual", in Direito e diversidade: vol. 2, São Paulo: APMP, 2020, pp. 18/23 – organização Fabíola Sucasas Negrão Covas, Bruno Orsini Simone, Daniela Romanelli da Silva).". (g.o.)

Quadra destacar em abono do tema que **"...(i) O reconhecimento da identidade de gênero pelo Estado é de vital importância para garantir o gozo pleno dos direitos humanos das pessoas trans, o que inclui a proteção contra a violência, tortura e maus tratos, o direto à saúde, à educação, ao emprego e à moradia, o acesso à seguridade social, assim como o direito à liberdade de expressão e de associação.** (Alínea "i" do Parecer Consultivo OC-24/2017 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao interpretar o Pacto de São José da Costa Rica)[3]

Por tais razões, a inclusão dos "transgêneros masculinos" na norma combatida é de rigor, como aliás, já decidiu este C. Órgão Especial na oportunidade do julgamento da ADI nº 2179353-34.2021.8.26.0000, Rel. Des. Matheus Fontes, j. em 11 de maio de 2022:[4]

> *"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 17.574, DE 12 DE JULHO DE 2021, DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, QUE 'INSTITUI O PROGRAMA DE CUIDADOS COM AS ESTUDANTES NAS ESCOLAS DA REDE MUNICIPAL DE ENSINO DE SÃO PAULO' – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DE IGUALDADE –* ***DIREITO À DIVERSIDADE SEXUAL, SEM QUALQUER***

Acesso ao Sumário

3 *Apud* ADO 26-DF, Rel. Min. Celso de Mello, 24/8/2001

4 NMS: ADI 2031023-27.2023.8.26.0000, Rel. Costabile e Solimene, j. em 26/4/2023

DISCRIMINAÇÃO – TRANSMASCULINIDADE – NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DOS ARTIGOS 219, 1, 2, 3 E 4; 237, CAPUT, E INCISOS II, VII; 277; C.C. 144, TODOS DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, E ARTIGOS 1º, III; 3º, IV E 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL *– ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA À SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL ABSTRATA, PRESENTE A POTENCIAL EXCLUSÃO DE TRANSMASCULINOS DA CONDIÇÃO DE BENEFICIÁRIOS DO PROGRAMA DE DISTRIBUIÇÃO DE ABSORVENTES E ÍTENS DE HIGIENE NA REDE PÚBLICA DE ENSINO MUNICIPAL –* ***AÇÃO PROCEDENTE, COM INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA, À LUZ DA CONSTITUÇÃO ESTADUAL E CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DEFINIR COMO ÚNICA INTERPRETAÇÃO POSSÍVEL DOS PRECEITOS INFRACONSTITUCIONAIS IMPUGNADOS, A FIM DE COMPATIBILIZÁ-LOS COM A LEI FUNDAMENTAL, A DE QUE SE APLICAM EM TODA SUA EXTENSÃO ÀS PESSOAS TRANSMASCULINAS, BENEFICIÁRIOS DO PROGRAMA DE CUIDADOS COM AS ESTUDANTES NAS ESCOLAS DA REDE MUNICIPAL DE ENSINO DE SÃO PAULO.”*** (g.n.)

Quanto à sugerida aplicação pela d. Procuradoria-geral de Justiça da técnica de declaração de nulidade parcial sem redução de texto, firmando a inclusão de transgêneros (transmasculinos) no ato normativo questionado – *e não uma redução do conteúdo normativo do preceito* –, observo que melhor se adequa ao caso a aplicação da técnica da interpretação conforme à Constituição sem redução de texto, o que possibilita ao julgador uma adição de sentido à norma que tem sua eficácia reconhecida.

Neste sentido, confira-se:

“A interpretação conforme stricto sensu normalmente é um passo prévio à emissão de decisões manipulativas e de inconstitucionalidade simples.

O juiz deve verificar primeiro se há possibilidade de interpretar o texto do preceito segundo uma alternativa constitucional e somente depois partir para outras soluções. **No presente caso, ficou patente que sem uma adição de sentido proporcionada pela Constituição, o preceito não logrará salvar-se (ou tornar-se constitucional).**

Como diria Miranda (2002: 514), ‘a inconstitucionalidade acha-se na norma na medida em que não contém tudo aquilo que deveria conter para responder aos imperativos da Constituição. E, então, o órgão de fiscalização acrescenta (e, acrescentando, modifica) esse elemento que falta’ (grifos no original). **Trata-se, portanto, de ditar uma sentença manipulativa (modificativa) aditiva**, porque os princípios constitucionais da proporcionalidade, razoabilidade e secularização aplicáveis ao art. 299 CP exigem que o preceito tenha um sentido que seu texto em conjunto com a Constituição é incapaz de gerar por si mesmo.

A sentença aditiva indica que um preceito é inconstitucional enquanto não estabelece…, ou não prevê…, ou omite…, ou não inclui…, ou exclui…,

Acesso ao Sumário

algo que deveria incluir para ser conforme a Constituição. **A disposição é conservada em sua totalidade, mas passa a significar também o sentido omitido (norma) que a tornava ilegítima**. Isto é, o Tribunal produz uma nova norma e a adiciona à disposição para convertê-la em constitucional, porque esse tipo de sentença tem sua causa numa omissão da lei.12 Comparando-a com a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, Canas (1994: 93) é definitivo: 'enquanto ali o que se verifica é uma violação por ação pelo autor da norma, que dispõe o que não deveria, aqui a norma diz menos do que deveria dizer'. Em suma, nem anulação parcial do conteúdo normativo, nem eleição entre alternativas emergentes do conteúdo normativo. **O que o preceito necessita é que se lhe adicione ou se lhe 'construa' o sentido que o tornará constitucional.**"[5]

Diante do exposto, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE** a ação para dar interpretação conforme à Constituição sem redução de texto, para a inclusão da expressão "e transgêneros masculinos" no artigo 1º do Programa *"Florescer – Além da Cicatriz"*, instituído pela Lei nº 9.855, de 11 de novembro de 2022, do Município de Jundiaí.

DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE

(Voto nº 30.587)

Reporto-me aos termos do relatório do ilustre e culto Relator Sorteado, Exmo. Desembargador Xavier de Aquino:

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade em face da LEI MUNICIPAL nº 9.855, de 11 de novembro de 2022, do Município de Jundiaí, que institui o Programa "Florescer – Além da Cicatriz", de incentivo a tatuadores na realização de atendimento a mulheres que sofreram traumas que resultaram em marcas e cicatrizes.

Alega o autor que a norma combatida, de iniciativa parlamentar, esbarra em inconstitucionalidades materiais que acabam, inclusive, desprestigiando seu objetivo por contrariar a Carta Estadual quando impõe à Administração Pública a obediência de princípios salutares, previstos no art. 111 da Carta Estadual; diz que fomentar, por meio de cartazes, em estabelecimentos específicos (elencados no art. 2º da lei), que tatuadores realizem atendimento a mulheres que tenham sofrido violência pode, concomitantemente, trazer benefícios a algumas mulheres, mas prejuízos a outras, inclusive constrangimento, posto que não é a "simples" divulgação do Programa em epígrafe que resolverá essa questão, na medida em que o programa em debate deve estar em harmonia e in-

Acesso ao Sumário

5 Leo Brust. "A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO E AS SENTENÇAS MANIPULATIVAS". *In Revista de Direito GV, edição 10 disponivel em https://www.scielo.br/j/rdgv/a/3dz-8C7rw8rzKxT3hfmMvk7H/?format=pdf&lang=pt*

serido na política pública específica, sob pena de colocar em xeque a efetividade das ações em curso; assevera que a lei em questão desrespeita os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade que sustentam o Estado Democrático de Direito previsto no caput do art. 1º da Constituição Federal; afirma que o fato de o Programa em referência ser destinado exclusivamente à determinada atividade econômica esbarra no princípio constitucional da impessoalidade, insculpido no "caput" do art. 37 da Lei Maior. Pede a declaração de inconstitucionalidade da norma por afronta direta da Constituição Federal, pois suas disposições então transcritas consubstanciam normas de reprodução obrigatória na Constituição Estadual paulista.

Processada a ação, sobrevieram informações do Presidente da Câmara Municipal de Jundiaí, batendo-se pela constitucionalidade da norma ao argumento de que o Município possui o dever de assegurar políticas urbanas condicionadas às funções sociais da cidade, bem como a promoção e proteção dos direitos das mulheres, possibilitando ao Poder Público incentivar a sociedade civil organizada, especialmente os tatuadores do Município para realizarem o atendimento às mulheres vítimas de traumas, queimaduras entre outras ocorrências, cuidado este que assegura a qualidade de vida das munícipes com absoluta prioridade, conforme expresso na Lei Orgânica de Jundiaí, nos arts. 141, 238-B e 238-C (fls. 45/55).

Sem manifestação do i. Procurador-geral do Estado (fls. 108).

Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça (fls. 113/126) pela improcedência do pedido inicial e, ante o caráter aberto da ação, que se declare a nulidade parcial, sem redução de texto, para inclusão de transgêneros (transmasculinos) no art. 1º Lei n. 9.855, de 11 de novembro de 2022, do Município de Jundiaí.

É o relatório.

Ouso divergir do i. Relator Sorteado, pelos motivos que abaixo passo a expor.

Da leitura da norma local não se extrai qualquer comando substancial, mas mera referência à possibilidade de divulgação do programa mediante afixação de cartazes em diversos locais. Não há qualquer especificação acerca do conteúdo a ser veiculado nos anúncios e a forma como se dará o atendimento das destinatárias do projeto. Por sinal, nos termos genéricos em que posta a lei, estar-se-ia privilegiando categoria profissional mediante publicidade gratuita.

Em verdade, trata-se de lei inócua, cujo objeto poderia ser concretizado pela sociedade civil organizada sem qualquer necessidade de autorização legal.

Nesse sentido, destaco que no Município de Jundiaí a publicidade já é permitida mesmo em táxis, ônibus e espaços públicos, conforme arts. 18 e 34 da Lei nº 8.584/2016, que ora transcrevo:

Acesso ao Sumário

Art. 18. É permitido aos operadores dos serviços de transporte de passageiros individual e coletivo urbano, afixar publicidade comercial em seus veículos, respeitadas as disposições da legislação municipal aplicável e do Código de Trânsito Brasileiro

Art. 34. O anúncio institucional é modalidade orientada para a divulgação de evento de interesse ou utilidade pública, promovida pelo poder público, organizações sociais e entidades sem fins lucrativos, com sede ou filial no município de Jundiaí, sendo sua veiculação permitida, inclusive em espaços públicos, por período de exposição de no máximo 60 (sessenta) dias.

Parágrafo único. A Secretaria Municipal de Planejamento e Meio Ambiente poderá autorizar a exposição de anúncio institucional em espaços públicos previamente definidos, ouvidas a Secretaria Municipal de Transportes e a Secretaria Municipal de Serviços Públicos, no que couber.

Além de trazer disposições ineficazes, a lei objurgada apresenta discrímen não razoável ao eleger como destinatárias apenas as mulheres jundiaienses.

O texto legal se reporta ao uso de tatuagens reparadoras quando observados "*traumas, queimaduras e diferentes ocorrências que resultaram em marcas e cicatrizes na pele*", o que, a despeito da justificativa ao projeto de lei (fls. 64-65), seria perfeitamente aplicável a qualquer indivíduo, independentemente do gênero.

Trata-se, pois, de nítida violação ao princípio da isonomia. Friso que sequer aplicável o mesmo entendimento adotado pelo E. STF na ADC nº 19 (Lei Maria da Penha), porquanto a norma local é inespecífica a respeito da origem da cicatriz.

Ademais, partindo da genericidade das cicatrizes referidas na lei, a inclusão dos transmasculinos no bojo do programa, como mencionado no parecer ofertado pela D. Procuradoria Geral de Justiça, ampliaria a afronta ao postulado constitucional supracitado, pois, sem qualquer justificativa atinente à biologia (como, por exemplo, a que se verificava nas normas que impunham obrigação de fornecimento de absorventes higiênicos examinadas por este C. Órgão Especial), inclui aqueles que se identificam como homens.

De se registrar que, a prosperar o raciocínio ministerial, o qual considera o sexo biológico dos transmasculinos para admiti-los como público-alvo do projeto, a não inclusão das transfemininas (às quais, segundo a jurisprudência do C. STJ, é aplicável a Lei Maria da Penha) tornar-se-ia questionável, haja vista que, pelo mesmo fundamento, não se enquadrariam como beneficiárias do programa.

Portanto, entendo que a lei municipal afronta os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e isonomia, razão pela qual, pelo meu voto, divirjo do i. Relator Sorteado para julgar procedente o pedido formulado pelo alcaide.

LUCIANA ALMEIDA PRADO BRESCIANI, Desembargadora

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2235781-02.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CARAGUATATUBA e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CARAGUATATUBA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.307)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), SILVIA ROCHA, FIGUEIREDO GONÇALVES, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES e MARCIA DALLA DÉA BARONE.

São Paulo, 3 de maio de 2023.

TASSO DUARTE DE MELO, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Municipal de Caraguatatuba n.º 2.456/18, que disciplina a circulação e o estacionamento de veículos de fretamento turístico. Dispositivos impugnados promulgados sob a rubrica de "preço público". Fato gerador decorrente da circulação e estacionamento de veículos de fretamento turístico. Hipótese de verdadeira taxa, em razão do poder de polícia. Doutrina. Violação aos princípios da legalidade (CE, art. 163, inc. I) e da anterioridade (CE, art. 163, inc. III, b e c). Doutrina. Inconstitucionalidade dos arts. 2º, 4º, 9º, 19 e 20. Precedentes deste C. Órgão Especial.

Pedido procedente.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade (fls. 1/12) proposta pelo

Acesso ao Sumário

PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO contra os arts. 2º, 4º, 9º, 19 e 20 da Lei Municipal de Caraguatatuba n.º 2.456/18, que disciplinam a circulação e o estacionamento de veículos de fretamento turístico, instituindo a obrigação de pagamento de "preço público".

O Autor sustenta seu pedido nos arts. 160, inc. II, e 163, inc. V, da Constituição Estadual, segundo o qual é vedado estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens por meio de tributo, afirmando que: (i) embora instituída sob a rubrica de preço público, "a natureza jurídica da obrigação é tributária, vez que institui verdadeira taxa decorrente do exercício do poder de polícia"; (ii) não bastasse, há indevida limitação ao tráfego de pessoas. Assim, requer a suspensão dos dispositivos impugnados e, ao final, a procedência do pedido para declarar a inconstitucionalidade.

Foi concedida a tutela provisória para suspender os dispositivos impugnados (fls. 98/99).

A D. Procuradoria Geral do Estado não se manifestou (fl. 109).

Foram prestadas informações apenas pelo PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CARAGUATATUBA (fls. 111/116 e 120), sustentando: (i) cuida-se de assunto de interesse local; (ii) "o Município não está impedindo a circulação local, mas sim, exercendo a fiscalização e controle"; (iii) não há inconstitucionalidade.

A D. Procuradoria Geral de Justiça se manifestou pela procedência do pedido (fls. 125/131).

É o relatório.

A hipótese é de ADI proposta contra os arts. 2º, 4º, 9º, 19 e 20 da Lei Municipal de Caraguatatuba n.º 2.456/18, que disciplinam a circulação e o estacionamento de veículos de fretamento turístico, instituindo a obrigação de pagamento de "preço público".

O texto impugnado tem a seguinte redação:

> "Art. 2º A entrada, circulação e estacionamento de veículos de fretamentos turísticos destinados a excursão e eventos de qualquer natureza, provindo de outros municípios, nos limites territoriais de Caraguatatuba, fica condicionado a prévia e expressa autorização a ser expedida pela Secretaria Municipal de Mobilidade Urbana e Proteção ao Cidadão, mediante o pagamento do preço público." (fl. 19)
>
> "Art. 4º Todo veículo de fretamento turístico com destino ao Município de Caraguatatuba será identificado por uma 'senha' de autorização, cuja emissão far-se-á mediante a comprovação do pagamento do preço público." (idem)
>
> "Art. 9º Após a solicitação da 'senha', o interessado deverá efetuar o pagamento do respectivo preço público em até 48 (quarenta e oito) horas da data da emissão, sob pena de cancelamento." (fl. 21)

Acesso ao Sumário

"Art. 19. Ficam estabelecidos os seguintes preços públicos relativos à missão da senha de autorização para entrada e permanência de veículos de fretamento turístico no município de Caraguatatuba:

I – veículos de fretamento turístico de 1 (um) dia de duração:

a) 8 (oito) VRM's por assento do veículo;

II – veículos de fretamento turístico, com mais de 1 (um) dia de duração, destinados a hotéis, pousadas, colônias de férias, casas de aluguel e similares, que não disponham de estacionamento próprio, cujo veículo permanecerá no público:

a) 8 (oito) VRM's por assento do veículo;" (fl. 21)

"Art. 20. Ficam isentos do pagamento da taxa de emissão de senha de autorização os veículos de fretamento turístico nas seguintes condições:

I – quando no exercício de transporte de delegações esportivas em eventos oficiais;

II – quando no transporte de grupos específicos e/ou alunos, com comprovado envolvimento em projetos sociais e educacionais;

III – quando em eventos em conjunto ou parceria com a Prefeitura, devendo neste caso a solicitação ser requerida pela Secretaria interessada;

IV – quando entendidos pelo Poder Público Municipal, por meio da Secretaria Municipal de Mobilidade Urbana e Proteção ao Cidadão, passíveis de isenção.

V – Veículos de fretamento turístico, com mais de 1 (um) dia de duração, destinados a hotéis, pousadas, colônia de férias e similares, com estacionamento próprio." (idem)

Feito o registro, passa-se ao julgamento.

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.

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 "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.

Acesso ao Sumário

Processo constitucional brasileiro. 5ª ed. São Paulo: Thomson 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 os arts. 2º, 4º, 9º, 19 e 20 da Lei Municipal de Caraguatatuba n.º 2.456/18, que disciplinam a circulação e o estacionamento de veículos de fretamento turístico, **instituindo a obrigação de pagamento de "preço público"**.

Pois bem. Embora os dispositivos impugnados tenham sido promulgados sob a rubrica de "preço público", verdadeiramente cuidam de taxa em razão do poder de polícia.

Ora, a tarifa ou preço público não tem natureza de tributo, mas de contraprestação voluntária pela utilização do serviço.

Sobre o tema, a lição de Alexandre Mazza:

> "**tarifa: também chamada de preço público, é a remuneração paga pelo usuário quando serviço público *uti singuli* é prestado indiretamente, por delegação, nas hipóteses de concessão e permissão. A tarifa é uma contrapartida sem natureza tributária, mas de cunho privado-contratual.** Não sendo tributo, está dispensada do cumprimento dos princípios da legalidade e da anterioridade, razão pela qual pode ser majorada por ato administrativo do poder concedente, e a exigência será realizada imediatamente, sem necessidade de observância do intervalo de não surpresa característico da anterioridade tributária. Exemplo de tarifa: o valor do pedágio cobrado nas rodovias exploradas por particulares"
>
> (Alexandre Mazza. *Manual de direito administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, livro eletrônico, 2019, destacou-se)

Por sua vez, a lição de Eduardo Sabbag, sobre a diferença entre tarifa e taxa:

> "**O traço marcante que deve diferir taxa de preço público do qual a tarifa é espécie está na inerência ou não da atividade à função do Estado. Se houver evidente vinculação e nexo do serviço com o desempenho de função eminentemente estatal, teremos a taxa. De outra banda, se presenciarmos uma desvinculação deste serviço com a ação estatal, inexistindo óbice ao desempenho da atividade por particulares, vislumbrar-se-á a tarifa.**"
>
> (Eduardo Sabbag. *Manual de direito tributário*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 395, destacou-se)

Nesta medida, a despesa cujo fato gerador é a circulação e o estaciona-

Acesso ao Sumário

mento de veículos de fretamento turístico provenientes de outros municípios, nos limites de Caraguatatuba (fl. 19), tem natureza jurídica de taxa, que é a contrapartida tributária em razão do poder de polícia, sujeitando-se aos princípios da legalidade (CE, art. 163, inc. I) e da anterioridade (CE, art. 163, inc. III, *b* e *c*), que devem ser admitidos consoante a causa de pedir aberta.

Em outras palavras, **"O interesse público constitui o próprio fundamento do poder de polícia do Estado e também da atividade de intervenção no domínio econômico; por meio deles, o Estado impõe restrições ao exercício de direitos individuais para beneficiar o interesse da coletividade"** (Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Direito administrativo. 32ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, livro eletrônico), aqui decorrente do interesse público concernente à segurança, à ordem, à tranquilidade pública e ao respeito aos direitos individuais e coletivos.

Assim, deve ser declarada a inconstitucionalidade dos arts. 2º, 4º, 9º, 19 e 20 da Lei Municipal de Caraguatatuba n.º 2.456/18.

Nesse sentido, os precedentes deste Relator, AI 0001620-81.2022.8.26.0000, unânime, j. 31.08.22, e os seguintes:

> "EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Ação Direta de Inconstitucionalidade. São José dos Campos. LM nº 3.955/18. **Criação da taxa de serviços turísticos.** Ausente configuração de prestação de serviços públicos específicos e divisíveis. Afronta aos art. 144 e 160, inciso II, da CE. (...) 2. **Inconstitucionalidade. Fundamentos acrescidos. A inconstitucionalidade foi declarada em decorrência da exação não se enquadrar na descrição constitucional e legal de 'taxa', fundamento suficiente para a procedência do pedido;** e se taxa não é, descabe analisar se ofenderia outros dispositivos constitucionais, como se taxa fosse. (...)"
>
> (TJSP, Órgão Especial, ADI 2018228-28.2019.8.26.0000, Rel. Des. Torres de Carvalho, unânime, j. 11.11.20, destacou-se)
>
> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 3.955, de 19 de dezembro de 2018, do Município de Campos do Jordão, que **'dispõe sobre a criação da taxa de serviços turísticos e acrescenta o dispositivo que menciona a Lei nº 1.400/83, de 26 de dezembro de 1983' – Ausente configuração de prestação de serviços públicos específicos e divisíveis – Afronta aos artigos 144 e 160, inciso II da Constituição Bandeirante – Inconstitucionalidade declarada** (...)"
>
> (TJSP, Órgão Especial, ADI 2018228-28.2019.8.26.0000, Rel. Des. Elcio Trujillo, unânime, j. 13.05.20, destacou-se)
>
> "DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – **CRIAÇÃO DE TAXA (APESAR DA DENOMINAÇÃO PREÇO PÚBLICO) A SER PAGA PREVIAMENTE POR VEÍCULOS DE EXCURSÃO QUE VISITEM O MUNICÍPIO DE GUARUJÁ – DISPOSITIVO IMPUGNADO QUE DEIXA AO TALANTE DE DECRETO DO EXECUTIVO O ESTABELECIMENTO DO**

Acesso ao Sumário

VALOR DO TRIBUTO – OFENSA CLARA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA – VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 144 E 163, I, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA EXPRESSÃO 'mediante o prévio pagamento de preço público estabelecido em decreto do Executivo por dia de permanência, no Município' (...)"

(TJSP, Órgão Especial, ADI 2080866-97.2019.8.26.0000, Rel. Des. Ferraz de Arruda, unânime, j. 21.08.19, destacou-se)

Pedido procedente.

Diante do exposto, julga-se procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 2º, 4º, 9º, 19 e 20 da Lei Municipal de Caraguatatuba n.º 2.456/18.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2023218-23.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SOROCABA e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SOROCABA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM EFEITO 'EX TUNC'. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50.172)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, FIGUEIREDO GONÇALVES, MELO BUENO, CAMILO LÉLLIS, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, FERREIRA RODRIGUES, VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI e ADEMIR BENEDITO.

São Paulo, 31 de maio de 2023.

VIANNA COTRIM, Relator

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade em face da Lei nº 12.544, de 20 de abril de 2022, do Município de Sorocaba, que 'proíbe expressamente a instituições

Acesso ao Sumário

de ensino e bancas examinadoras de seleções e concursos públicos municipais a utilização, em currículos escolares e editais, de novas formas de flexão de gênero e de número das palavras da língua portuguesa, em contrariedade às regras gramaticais consolidadas – as quais preveem apenas as flexões de gênero masculino e feminino'– Usurpação de competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional – Violação ao pacto federativo – Reconhecimento – Inexistência de interesse meramente local do Município – Precedentes do C. Supremo Tribunal Federal – Afronta aos artigos 1º, 144 e 237, inciso VII, todos da Constituição Estadual – Inconstitucionalidade declarada – Ação procedente.

VOTO

Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo em face da Lei nº 12.544, de 20 de abril de 2022, do Município de Sorocaba, que "proíbe expressamente a instituições de ensino e bancas examinadoras de seleções e concursos públicos municipais a utilização, em currículos escolares e editais, de novas formas de flexão de gênero e de número das palavras da língua portuguesa, em contrariedade às regras gramaticais consolidadas – as quais preveem apenas as flexões de gênero masculino e feminino", apontando violação aos artigos 24, inciso XV, e 22, inciso XXIV, da Constituição Federal e artigos 144 e 237 da Carta Bandeirante.

Sustenta o requerente, em apertada síntese, que a norma impugnada é incompatível com preceitos da Constituição Federal, pois ao estabelecer normas gerais relacionadas à proteção da criança e do adolescente no âmbito do sistema educacional local, invadiu a competência normativa da União e dos Estados para legislar sobre o tema, usurpando, ainda a competência privativa da União para traçar diretrizes e bases da educação nacional. Insiste, ainda, que a lei objurgada não trata de qualquer assunto de interesse local, sendo incompatível também com o artigo 237 da Constituição Paulista por configurar verdadeira censura pedagógica e implicar ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana. Invocando, em seu prol, precedentes da lavra do C. Supremo Tribunal Federal e deste E. Órgão Especial e defendendo a presença dos pressupostos autorizadores para a concessão da liminar, insiste na suspensão da eficácia da Lei nº 12.544 de 20 de abril de 2022, do Município de Sorocaba, até decisão definitiva, declarando-se, a final, sua inconstitucionalidade.

Concedida a liminar, o Prefeito do Município de Sorocaba prestou infor-

Acesso ao Sumário

mações argumentando que o ato normativo impugnado visa proibir a exposição de crianças e adolescentes a manifestações culturais que contribuam para a sexualização precoce, além de instituir medidas de conscientização e combate à erotização infantil, nada dispondo sobre questões de ideologia de gênero. Aduz que o Município possui legitimidade para legislar sobre a matéria, a teor do disposto nos artigos 30, inciso II e 227 da Constituição Federal e do ECA, insistindo que a lei vergastada visa promover a absoluta prioridade e proteção integral da criança e do adolescente.

Posteriormente, o Alcaide peticionou requerendo o desentranhamento das informações apresentadas, sob o argumento de que teriam sido protocoladas equivocadamente na presente ação direta, deixando, entretanto, de prestar novas informações.

A Câmara Municipal, por sua vez, alegou que não houve invasão de competência da União na medida em que compete a todos os entes federativos legislar sobre temas relacionados à proteção da criança e do adolescente, argumentando, outrossim, que o ato normativo visa o cumprimento da Lei de Diretrizes e Bases da Educação que determina o ensino da língua portuguesa. Insiste, por fim, que a lei vergastada não implica censura porquanto preza pelo uso correto do vernáculo, inexistindo vício formal ou material que acarrete sua inconstitucionalidade.

A Procuradoria Geral do Estado deixou transcorrer, *in albis*, o prazo para manifestação (cf. fl. 108).

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer, insistiu na procedência da ação (fls. 213/230).

É o relatório.

A ação é de ser julgada procedente.

O texto impugnado tem o seguinte teor:

"LEI ORDINÁRIA Nº 12544/2022

Proíbe expressamente a instituições de ensino e bancas examinadoras de seleções e concursos públicos municipais a utilização, em currículos escolares e editais, de novas formas de flexão de gênero e de número das palavras da língua portuguesa, em contrariedade às regras gramaticais consolidadas – as quais preveem apenas as flexões de gênero masculino e feminino.

Art. 1º É vedado a todas as instituições de ensino no município de Sorocaba, independentemente do nível de atuação e da natureza pública ou privada, bem como a bancas examinadoras de seleções e concursos públicos, prever ou inovar, em seus currículos escolares e em editais, novas formas de flexão de gênero e de número das palavras da língua portuguesa, em contrariedade às regras gramaticais consolidadas e pre-

Acesso ao Sumário

vistas nas diretrizes e bases da educação nacional – que preveem apenas as flexões de gênero masculino e feminino.

Parágrafo único. Nos ambientes formais de ensino e educação, é vedado o emprego de linguagem que, corrompendo as regras gramaticais, pretendam se referir a 'gênero neutro', inexistente na língua portuguesa e não contemplado nas diretrizes e bases da educação nacional.

Art. 2º As despesas com a execução da presente Lei correrão por conta de verba orçamentária própria.

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação".

Em que pese a autonomia dos Municípios para editar normas locais e se auto-organizarem, essa prerrogativa outorgada pela Constituição Federal não é absoluta, sujeitando-se aos limites definidos pela Lei Maior e pela respectiva Constituição Estadual, inclusive no que diz respeito às regras de repartição material de competências legislativas dos entes federados, em razão do princípio da simetria e da regra contida no artigo 144 da Carta Bandeirante.

Ressalto, aliás, que a ação direta de inconstitucionalidade proposta perante o Tribunal de Justiça diz respeito a eventual afronta à Constituição Estadual, admitindo-se, porém, o controle de constitucionalidade com base em normas da Constituição Federal de observância obrigatória, as quais refletem o inter-relacionamento entre os Poderes – a exemplo das regras de repartição de competências legislativas –, ainda que não incorporadas expressamente ao ordenamento constitucional do respectivo Estado-membro:

> "Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Ação direta de inconstitucionalidade estadual. Parâmetro de controle. Regime de subsídio. Verba de representação, 13º salário e terço constitucional de férias. 1. 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. Precedentes" (STF, RE nº 650.898/RS, Relator Ministro Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno).

Com efeito, a Carta da República consagra regras de distribuição formal de competências legislativas de acordo com princípio da predominância de interesses, ora delimitando um rol de matérias que só podem ser objeto de leis federais (competência legislativa privativa da União – artigo 22 da CF), ora prevendo hipóteses de competências concorrentes, permitindo maior descentralização da atividade normativa (artigos 24 e 30, inciso I, da CF).

Dentro do sistema de repartição vertical de competências, a atuação da União circunscreve-se à edição de normas gerais (artigo 24, § 1º, da CF), cabendo aos Estados e ao Distrito Federal suplementar a legislação federal, expedindo normas específicas de acordo com as peculiaridades regionais.

O artigo 22, inciso XXIV, da Constituição Federal reservou à União a competência privativa para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional, conferindo aos Estados e ao Distrito Federal a competência concorrente e suplementar para editar normas de acordo com suas peculiaridades regionais no campo da educação e da proteção à infância e à juventude, complementando regras gerais de alcance nacional (artigo 24, incisos IX e XV, §§ 1º e 2º, da Carta da República).

Assim, no exercício de sua atribuição constitucional, o legislador federal editou a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, dispondo de forma ampla sobre as diretrizes e bases da educação e estabelecendo os objetivos de aprendizagem e definindo competências e órgãos responsáveis pelo delineamento da grade curricular obrigatória e dos parâmetros gerais de ensino.

Os Municípios, por sua vez, têm sua atuação definida pelo artigo 11 da mencionada Lei, prescrevendo o respectivo inciso III a competência municipal para baixar normas complementares para o seu sistema de ensino, sendo certo que "os currículos da educação infantil, do ensino fundamental e do ensino médio devem ter base nacional comum, a ser complementada, em cada sistema de ensino e em cada estabelecimento escolar, por uma parte diversificada, exigida pelas características regionais e locais da sociedade, da cultura, da economia e dos educandos" (artigo 26, caput, da Lei nº 9.394/96).

Como se vê, os Municípios, de fato, não detêm autonomia plena para legislar sobre educação, podendo editar normas complementares para regular as especificidades locais na área de ensino, respeitadas as diretrizes emanadas da União e do Estado.

Vale dizer, embora o constituinte federal tenha conferido à municipalidade a possibilidade de "legislar sobre assuntos de interesse local" e "suplementar a legislação federal e a estadual no que couber" (artigo 30, incisos I e II, da Constituição Federal), suas leis devem guardar compatibilidade vertical com as normas editadas pelos demais entes da federação.

Essa competência suplementar, a meu ver, não permite que o Município restrinja o conteúdo do que deva ser ministrado na grade curricular de suas escolas e tampouco estabeleça regra específica sobre o modo de utilização da língua portuguesa, idioma oficial do país (art. 13 da CF), na grade curricular de escolas públicas e privadas e nos editais de bancas examinadoras de seleções e concursos públicos, tal como procedeu a Lei nº 12.544, de 20 de abril de 2022.

Na verdade, questões que dizem respeito ao ensino da Língua Portuguesa, diga-se de passagem, de caráter obrigatório em todo território nacional (art. 26, § 1º, da Lei 9.394/96) e, portanto, submetidos à mesma na Base Nacional Comum Curricular (BNCC), estão inseridas no espaço normativo da União, até porque qualquer alteração na BNCC depende de aprovação pelo Conselho Na-

Acesso ao Sumário

cional de Educação e homologação pelo Ministro da Educação.

No caso, a proibição de utilização do gênero neutro e de novas formas de flexão de gênero e de número das palavras da língua portuguesa que não estejam inseridas nos conceitos de masculino e feminino não guarda relação com questões regionais ou locais próprias do Município de Sorocaba, configurando o ato normativo vergastado não apenas invasão à competência legislativa da União, mas ofensa ao artigo 237, inciso VII, da Carta Bandeirante:

> "Artigo 237 – A educação, ministrada com base nos princípios estabelecidos no artigo 205 e seguintes da Constituição Federal e inspirada nos princípios de liberdade e solidariedade humana, tem por fim:
>
> (...)
>
> VII – a condenação a qualquer tratamento desigual por motivo de convicção filosófica, política ou religiosa, bem como a quaisquer preconceitos de classe, raça ou sexo".

Não se pode, ainda, olvidar que o artigo 237 da Carta Bandeirante prevê que a educação seja ministrada com observância aos princípios estabelecidos no artigo 205 e seguintes da Constituição Federal:

> "Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.
>
> Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:
>
> (...)
>
> II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;
>
> III – pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino".

E, na hipótese, a lei impugnada implementou verdadeira censura pedagógica, malferindo, com isso, o exercício da cidadania e os conceitos constitucionais de liberdade no aprendizado, pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas.

Acesso ao Sumário

Aliás, essa matéria já foi analisada pelo plenário do C. Supremo Tribunal Federal, que declarou a inconstitucionalidade de norma similar que proibia o uso da língua portuguesa em modalidade diversa na norma-padrão:

> "Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DO ESTADO DE RONDÔNIA N. 5.123/2021. PROIBIÇÃO DE LINGUAGEM NEUTRA NAS ESCOLAS. COMPETÊNCIA DA UNIÃO. LEI DE DIRETRIZES E BASES. INCONSTITUCIONALIDADE. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. Norma estadual que, a pretexto de proteger os estudantes, proíbe modalidade de uso

da língua portuguesa viola a competência legislativa da União. 2. Ação direta julgada procedente (ADI n.º 7.019/RO, Rel. Min. Edson Fachin, j. 13.02.2023).

No mesmo sentido:

"Direito à educação. Medida cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Lei municipal que veda o ensino sobre gênero e orientação sexual, bem como a utilização desses termos nas escolas. Deferimento da liminar. 1. Violação à competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional (CF/88, art. 22, XXIV), bem como à competência deste mesmo ente para estabelecer normas gerais em matéria de educação (CF/88, art. 24, IX). Inobservância dos limites da competência normativa suplementar municipal (CF/88, art. 30, II). 2. Supressão de domínio do saber do universo escolar. Desrespeito ao direito à educação com o alcance pleno e emancipatório que lhe confere a Constituição. Dever do Estado de assegurar um ensino plural, que prepare os indivíduos para a vida em sociedade. Violação à liberdade de ensinar e de aprender (CF/88, arts. 205, art. 206, II, III, V, e art. 214). 3. Comprometimento do papel transformador da educação. Utilização do aparato estatal para manter grupos minoritários em condição de invisibilidade e inferioridade. Violação do direito de todos os indivíduos à igual consideração e respeito e perpetuação de estigmas (CF/88, art. 1º, III, e art. 5º). 4. Violação ao princípio da proteção integral. Importância da educação sobre diversidade sexual para crianças, adolescentes e jovens. Indivíduos especialmente vulneráveis que podem desenvolver identidades de gênero e orientação sexual divergentes do padrão culturalmente naturalizado. Dever do estado de mantê-los a salvo de toda forma de discriminação e opressão. Regime constitucional especialmente protetivo (CF/88, art. 227). 5. Plausibilidade do direito alegado e perigo na demora demonstrados. Cautelar deferida" (ADPF nº 461/PR, Rel. Min. Roberto Barroso).

Destaco, a propósito, precedentes deste C. Órgão Especial:

"Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 1.185, de 28 de setembro de 2015, de iniciativa parlamentar, que veda 'a utilização de banheiros, vestiários e demais espaços segregados, de acordo com a identidade de gênero, em instituições que atendam ao ensino fundamental, público ou privado, instaladas no âmbito do Município'. Matéria veiculada na lei que discute questão relativa à ideologia de gênero nas instituições que atendem ao ensino fundamental. Usurpação da competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional (art. 22, XXIV, da CF). Violação do Pacto Federativo (arts. 1º, 144 e 237, inciso VII, da CE). Patente, pois, a incompetência municipal para legislar sobre a matéria, eis que afronta as normas constitucionais e a disciplina complementar existente, configurando vício de inconstitucionalidade formal. Ação direta julgada procedente" (Ação Direta de

Acesso ao Sumário

Inconstitucionalidade n.º 2137220-79.2018.8.26.0000; Rel. Des. Cristina Zucchi; j. 09/10/2019 – grifei).

"DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 5.029, de 13 de janeiro de 2017, do Município de Matão, que dispôs sobre a vedação de distribuição, exposição e divulgação de material contendo manifestação da ideologia e igualdade de gênero nos estabelecimentos de ensino da rede pública municipal local. Atos de gestão e de organização interna do Município. Vício de iniciativa. Inexistência. Ópera normativa que não contém ordem ao Executivo. Exegese do senso traçado pelo Supremo Tribunal Federal no ARE nº 878911 (Tema 917). Ensino. Cânones gerais que estão concentrados nas mãos da União, proibida a intervenção dos demais entes federativos (CF, art. 22, XXIV e CE, art. 144). Criação legislativa, ademais, que se arredou dos axiomas basilares do sistema educacional (Carta Republicana, art. 206), vivificado no Texto Máximo Paulista (art. 237). Possibilidade de o diploma, ainda que de forma inconsciente, produzir ruinosos reflexos na formação dos estudantes, a cristalizar indesejáveis conceitos de segregação e preconceito. Inconteste inconstitucionalidade. Antecedente desta Casa. AÇÃO PROCEDENTE" (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2102643-12.2017.8.26.0000, Rel. Des. Beretta da Silveira, j. 30/08/2017).

A conclusão, portanto, é de que o diploma normativo objurgado invadiu a esfera legislativa privativa da União, desbordando dos limites da competência legislativa suplementar do Município, o que configura usurpação de competência, além de contrariar as bases ideológicas do sistema educacional nacional, malferindo os artigos 1º, 144 e 237, inciso VII, todos da Constituição Estadual.

Pelo exposto, por esses fundamentos, julgo procedente a presente ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 12.544, de 20 de abril de 2022, do Município de Sorocaba, com efeito *ex tunc*. Comunique-se oportunamente à Prefeitura e à Câmara Municipal, nos termos do artigo 25 da Lei nº 9.868/1999.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2270917-60.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO MUNICIPAL DE RIBEIRÃO PRETO, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE RIBEIRÃO PRETO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.607)**

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, SILVIA ROCHA, FIGUEIREDO GONÇALVES, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, MATHEUS FONTES e AROLDO VIOTTI.

São Paulo, 10 de maio de 2023.

JAMES SIANO, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Arguição em face lei n.º 14.755, de 19 de outubro de 2022, do município de Ribeirão Preto/SP que assegurou a criança e ao adolescente, cujos pais ou responsáveis sejam pessoas com deficiência ou sexagenários, a prioridade de vaga em unidade da rede pública municipal de ensino mais próxima de sua residência.

Ausência de inconstitucionalidade. Inexistência de vício de iniciativa ou violação ao princípio da separação de poderes, porque a matéria tratada na norma impugnada não consta no rol do art. 24, § 2º, da Constituição Estadual e versa sobre assunto de interesse local visando concretizar o direito social à educação previsto na Constituição. Precedentes deste C. Órgão Especial e do STF.

Ação improcedente.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito Municipal de Ribeirão Preto em face da lei municipal n.º 14.755, de 19 de outubro de 2022, de iniciativa parlamentar, que assegurou a criança e ao adolescente cujos pais ou responsáveis sejam pessoas com deficiência ou sexagenários, a prioridade de vaga em unidade da rede pública municipal de ensino mais próxima de sua residência.

Sustenta o autor: (i) vício de iniciativa, pois é competência privativa do

Poder Executivo a organização e funcionamento da administração municipal, bem como a edição de atos e normas de planejamento, direção e organização dos assuntos de interesse local, na esfera da gestão administrativa; (ii) afronta os artigos 5.º, 25, 47, incisos II e XIV, 111 e 144 da Constituição do Estado de São Paulo; (iii) violação ao princípio da separação dos poderes.

Liminar indeferida às f. 37/39.

Informações prestadas às f. 50/59.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às f. 87/99 pela improcedência da ação.

É o relatório.

A ação é improcedente.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito Municipal de Ribeirão Preto em face da lei municipal n.º 14.755, de 19 de outubro de 2022, de iniciativa parlamentar, que assegurou a criança e ao adolescente cujos pais ou responsáveis sejam pessoas com deficiência ou sexagenários, a prioridade de vaga em unidade da rede pública municipal de ensino mais próxima de sua residência.

É o seguinte o teor da norma impugnada:

Artigo 1º – Fica assegurada à criança e ao adolescente cujos pais ou responsáveis sejam pessoas com deficiência ou com sessenta anos de idade, ou mais, a prioridade de vaga em unidade da rede pública municipal de ensino mais próxima de sua residência.

Artigo 2º – Para os fins desta Lei considera-se:

I – "Pessoa com Deficiência", aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas, conforme definido pela Lei Federal nº 13.146, de 6 de julho de 2015; e

II – "Pessoa Idosa", aquela com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, conforme definido pela Lei Federal nº 10.741, de 1º de outubro de 2003.

Artigo 3º – Para ter direito à prioridade assegurada nesta Lei, o estudante deve apresentar, no ato da matrícula, além de outros documentos exigidos pela escola:

I – comprovante de residência; e

II – documento oficial dos pais ou responsáveis que comprove a idade destes, quando forem "Pessoa Idosa"; ou

III – laudo médico que comprove a deficiência, quando os pais ou responsáveis forem "Pessoa com Deficiência".

Acesso ao Sumário

Artigo 4º – A seu critério, poderá o Executivo municipal regulamentar a presente Lei, no que couber.

Artigo 5º – As despesas com a execução da presente Lei correrão por conta de dotações existentes no orçamento, suplementadas caso necessário.

Artigo 6º – Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Como asseverei anteriormente, não se vislumbra a existência de vício de constitucionalidade da norma impugnada, porque a matéria nela tratada não consta no rol do art. 24, § 2º, da Constituição Estadual e versa sobre assunto de interesse local.

Não há, portanto, que se falar em vício de iniciativa ou violação ao princípio da separação de poderes.

Em hipótese análoga já decidiu este C. Órgão Especial. Confira-se:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM FACE DA LEI MUNICIPAL 4.084/2019, DA ESTÂNCIA HIDROMINERAL DE POÁ, DE AUTORIA PARLAMENTAR, QUE "ASSEGURA À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE CUJOS PAIS OU RESPONSÁVEIS SEJAM PESSOAS COM DEFICIÊNCIA OU COM SESSENTA ANOS DE IDADE, OU MAIS, A PRIORIDADE DE VAGA EM UNIDADE DA REDE PÚBLICA MUNICIPAL DE ENSINO MAIS PRÓXIMA DE SUA RESIDÊNCIA.". VÍCIO DE INICIATIVA. INOCORRÊNCIA. NORMA QUE EM ATENDIMENTO AO INTERESSE LOCAL, DISPÕE SOBRE A PROTEÇÃO AO DEFICIENTE E ACESSO À EDUCAÇÃO. AUSÊNCIA DA DETERMINAÇÃO DE FONTE DE CUSTEIO QUE NÃO É BASTANTE PARA A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, SENDO A NORMA EXEQUÍVEL NO EXERCÍCIO SUBSEQUENTE À SUA PROMULGAÇÃO. PRECEDENTES. AÇÃO IMPROCEDENTE. (ADI n.º 2181951-92.2020 – Rel. Xavier de Aquino – j. 28/04/2021).

Também incide na hipótese dos autos o Tema 917 do STF no sentido de que *"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)"*.

No mesmo sentido é o parecer da Procuradoria Geral de Justiça.

"No caso em exame, a norma contestada não contém prescrição (obrigação) que esgota a prerrogativa do Poder Executivo de assimilação. Ao contrário, a instituição de direito subjetivo e a concepção da política pública, prevista no art. 1º da lei impugnada, é abstrata, indeterminada e genérica. Nesse ponto, a fórmula normativa adotada, pois, não ceifa a possibilidade de escolha que cabe à Administração Pública do melhor

Acesso ao Sumário

modo de cumprimento de um dever – enfim, do atendimento ao dovere di buonna amministrazzione. Nesse aspecto, nem mesmo a disposição constante do art. 3º, que impõe a apresentação de documentos comprobatórios no ato da matrícula, significa invasão à reserva da Administração, por consubstanciar os contornos imprescindíveis do direito e da própria política pública instituída pelo legislador local, competindo à lei a definição dos elementos essenciais do dever subjetivo público criado e imposto à Administração Pública para sua execução."

Constou ainda no parecer da Procuradoria Geral de Justiça precedente recente do STF que afastou a alegação de inconstitucionalidade de norma semelhante. Confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMA MUNICIPAL. LEI 13.493/2020 DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO: PREVISÃO DE MATRÍCULA DE ALUNOS DO ENSINO INFANTIL E FUNDAMENTAL EM UNIDADES DE ENSINO PRÓXIMAS À RESIDÊNCIA OU AO LOCAL DE TRABALHO DOS PAIS OU RESPONSÁVEIS. AUSÊNCIA DE ALTERAÇÃO DE ESTRUTURA OU DE ATRIBUIÇÃO DE ÓRGÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA QUESTIONADA. APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO FIRMADO NO TEMA 917 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 878.911-RG/RJ (Tema 917 da Repercussão Geral), da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, assentou que "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)".

II – Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, não ofende a separação de poderes a previsão, em lei de iniciativa parlamentar, de encargo inerente ao Poder Público a fim de concretizar direito social previsto na Constituição. (STF, RE 1.323.723/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 01/08/2022).

Em suma, inexiste vício de constitucionalidade da norma impugnada, posto que não há interferência nos atos de planejamento, organização e gestão administrativa do município, mas apenas buscou-se a concretização do direito social à educação previsto na Constituição.

Ante o exposto, **julga-se improcedente** a presente ação direta de inconstitucionalidade.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2272288-93.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CEDRAL, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CEDRAL.

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 35.650)**

O julgamento teve a participação dos Exmos Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, FIGUEIREDO GONÇALVES, MELO BUENO, CAMILO LÉLLIS, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, FERREIRA RODRIGUES, VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE e LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 31 de maio de 2023.

LUIS FERNANDO NISHI, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei 2.615/2021, do Município de Cedral, dispondo sobre critérios para o desdobro de imóveis urbanos – Ausência de planejamento mediante estudo técnico prévio e da necessária participação comunitária em matéria urbanística – Inobservância do disposto no artigo 180 da Constituição Estadual – PROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL DEDUZIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

O **PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CEDRAL** ajuizou ação direta de inconstitucionalidade contra o **PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CEDRAL**, tendo por objeto a Lei nº 2.615, de 05 de novembro de 2021, que estabeleceu critérios para desdobro de imóveis urbanos, sob o fundamento de que afronta o disposto nos artigos 5º, 47, II e XIV, 180, II e 181, par. 1º, da Constituição Estadual.

Sustenta que a lei padece de vício de iniciativa, pois viola o princípio da

separação de poderes e invade competência legislativa privativa do Poder Executivo, relativa à gestão da cidade e ao uso e ocupação do solo urbano. Aduz haver vício no processo legislativo, pois não foi assegurada a participação popular tampouco realizado estudo prévio.

O pedido liminar foi deferido (fls. 19/28).

O Presidente da Câmara Municipal apresentou informações, argumentando que a lei se insere no campo constitucional de competência legislativa do Poder Legislativo do Município. Alega, ainda, ser descabido, neste momento, exigir a participação da comunidade ou a realização de qualquer planejamento, já que a finalidade da lei é assegurar a regularização de residências de baixa renda (fls. 34/52).

Decorreu o prazo sem manifestação da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo. (fl. 198).

A D. Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se (fls. 203/214), defendendo a procedência da ação.

É o relatório, passo ao voto.

A ação deve ser julgada parcialmente procedente, para afastar o vício de iniciativa, porém reconhecer a inconstitucionalidade da lei 2.615/2021, que *"estabelece critérios para o desdobro de imóveis urbanos no Município de Cedral e dá outras providências"*, em razão da ausência de estudo prévio e de audiência pública para garantir a participação da comunidade durante o processo legislativo.

O texto impugnado tem o seguinte teor, *verbis*:

> Art. 1º – Fica autorizado, em caráter emergencial, o desdobro de lotes no âmbito do perímetro urbano do Município de Cedral, nos termos da Lei nº 1.619/97, apenas nos seguintes casos:
>
> I – Quando houver (02) duas edificações no mesmo lote, ou em construção, na data da publicação da Lei nº 2.123/2011;
>
> II – Que a metragem do corredor seja no mínimo de 1,50m;
>
> III – Que a área do imóvel seja mínima de 100m²;
>
> IV – Dos imóveis regularizados através do programa "Cidade Legal", Estância Bortoluzzo, Estância Trevo e Estância Alves.
>
> Parágrafo único. Para efeitos do inciso I do art. 1º, o projeto de construção e/ou alvará de construção, o protocolo, obrigatoriamente deve ter ocorrido antes da publicação da Lei nº 2.123/2011, no setor competente da Prefeitura Municipal de Cedral, para os proprietários obterem o benefício da presente Lei ou terem sido objeto de regularização fundiária.
>
> Art. 2º – O benefício da presente Lei será concedido apenas uma vez para cada proprietário interessado.
>
> Art. 3º – Será de 180 (cento e oitenta) dias o prazo, a contar da publicação desta Lei, para que os interessados regularizem a situação de

Acesso ao Sumário

seu imóvel junto ao órgão competente da Prefeitura Municipal de Cedral.

Art. 4º – Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogando as disposições em contrário e terá vigência de 180 (cento e oitenta) dias.

De início, não há falar em vício de iniciativa, pois a matéria atinente ao uso e ocupação do solo não está inserida dentre aquelas de competência exclusiva do Poder Executivo.

As hipóteses de iniciativa privativa do Executivo estão definidas no artigo 24, § 2º, 1 a 6, e 174, III da Constituição Estadual e constituem exceção à regra da iniciativa geral ou concorrente entre os poderes. Por se tratar de regra limitativa e excepcional, deve ser interpretada também restritivamente, não comportando interpretação extensiva.

A competência privativa do poder executivo diz respeito à função administrativa e aos atos de planejamento, organização, direção e execução de políticas públicas, envolvendo matérias relacionadas aos servidores públicos, à estrutura administrativa, às leis orçamentárias e tributárias e à geração de despesas. O parcelamento urbano não consta no rol das matérias de iniciativa do executivo, logo, o poder legislativo é competente para legislar sobre a matéria.

Nesse sentido trilha o entendimento deste Órgão Especial: Adin 2020787-55.2019.8.26.0000, rel. Des. Salles Rossi, j. 12.06.2019; ADin n. 2129887-42.2019.8.26.0000, rel. Márcio Bartoli, j. 02.10.2019; Adin 2276121-27.2018.8.26.0000, j. 08.05. 2019.

Por outro lado, o cumprimento das exigências relativas à realização de estudo prévio e à participação da comunidade no processo legislativo não é questão que pode ser submetida ao critério do legislador. Irrelevante, para a incidência da regra constitucional, que a lei impugnada tenha por objeto a regularização de ocupação existente.

Ao descumprir tal exigência, o processo legislativo municipal contraria frontalmente o artigo 180, II da Constituição do Estado de São Paulo, ao qual está subordinado por força do disposto nos artigos 1º, 18, 29 e 31 da Constituição Federal.

Referido artigo determina a realização de estudo técnico visando ao planejamento da ocupação do solo e capazes de justificar a pertinência da medida legislativa proposta, além da participação da população em todas as matérias atinentes ao desenvolvimento urbano, *verbis*:

Artigo 180 – No estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano, o Estado e os Municípios assegurarão:

I – o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar de seus habitantes;

II – a participação das respectivas entidades comunitárias no es-

Acesso ao Sumário

tudo, encaminhamento e solução dos problemas, planos, programas e projetos que lhes sejam concernentes;

III – a preservação, proteção e recuperação do meio ambiente urbano e cultural;

IV – a criação e manutenção de áreas de especial interesse histórico, urbanístico, ambiental, turístico e de utilização pública;

V – a observância das normas urbanísticas, de segurança, higiene e qualidade de vida;

VI – a restrição à utilização de áreas de riscos geológicos;

Conforme já decidido por este Colendo Órgão Especial: ***"a participação popular na criação de leis versando sobre política urbana local não pode ser concebida como mera formalidade ritual passível de convalidação. Trata-se de instrumento democrático onde o móvel do legislador ordinário é exposto e contrastado com ideias opostas que, se não vinculam a vontade dos representantes eleitos no momento da votação, ao menos lhe expõem os interesses envolvidos e as consequências práticas advindas da aprovação ou rejeição da norma, tal como proposta"*** (TJSP, ADIN nº 994.09.224728-0, Rel. Des. Artur Marques, j. 05/05/2010).

Nesse sentido já decidiu este C. Órgão Especial em casos análogos:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 3.464, de 23 de fevereiro de 2018, do Município de Hortolândia, que – disciplinando os projetos de construção de condomínios verticais e horizontais – "dispõe sobre a obrigatoriedade de implantação de sistema de coleta de óleo de cozinha para fins de reciclagem". OFENSA ÀS DISPOSIÇÕES DO ARTIGO 180, INCISO II, E ARTIGO 191, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. Reconhecimento. Lei impugnada que versa sobre desenvolvimento urbano (art. 180, II) e melhoria do meio ambiente (art. 191), mas, que não teve seu projeto submetido à ***estudo técnico e participação popular. Como já foi decidido por este Órgão Especial, "a participação popular na criação de leis versando sobre política urbana local não pode ser concebida como mera formalidade ritual passível de convalidação. Trata-se de instrumento democrático onde o móvel do legislador ordinário é exposto e contrastado com ideias opostas que, se não vinculam a vontade dos representantes eleitos no momento da votação, ao menos lhe expõem os interesses envolvidos e as consequências práticas advindas da aprovação ou rejeição da norma, tal como proposta" (TJSP, ADIN nº 994.09.224728-0, Rel. Des. Artur Marques, j. 05/05/2010). Inconstitucionalidade manifesta. Ação julgada procedente.*** *(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2170849-44.2018.8.26.0000; Relator: Ferreira Rodrigues; Órgão Julgador: Ór-*

Acesso ao Sumário

gão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 13/02/2019; Data de Registro: 26/02/2019)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. – Lei nº 4.095, de 18.10.17 do município de Aparecida dispondo sobre regularização de bens imóveis localizados no bairro Jardim Paraíba. Falta de participação popular. Imprescindível a efetiva participação da comunidade, por suas entidades representativas. A Constituição Estadual prevê a necessidade de participação comunitária em matéria urbanística. Precedentes deste C. Órgão Especial. Inconstitucional o ato normativo impugnado. Estudo prévio. Necessidade. Se no âmbito do Executivo esse planejamento ou prévios estudos se fazem necessários, de igual forma se justificam idênticas medidas para modificar a regra original. Precedentes. Procedente a ação" *(ADI n, 2182253-92.2018.8.26.0000, rel. Des. Evaristo dos Santos, j. 13.02.2019).*

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei 19.165/2019, que altera dispositivo da Lei que estabelece o Plano Diretor do Município de São Carlos, afastando a proibição de desdobros que resultem em lotes que não atendam à dimensão mínima prevista para a Zona de sua localização – Ofensa aos princípios do planejamento, da impessoalidade e da proibição do retrocesso ambiental – Inexistência de participação de entidades comunitárias no processo legislativo e de estudos prévios de impacto urbanístico e ambiental – Incompatibilidade com os artigos 111, 180, caput, I, III e IV, e 181 §§ 1º e 2º, 191 e 192 da Constituição Estadual – Ação procedente, com modulação." *(ADI n. 2078027-65.2020.8.26.0000, rel. Des. Moreira Viegas, j. 16.09.2020)*

Ato normativo que acabou por alterar o Plano Diretor sem a existência de Planejamento Prévio, Estudos Técnicos e Participação Popular – Afronta ao artigo 180, incisos II e V, da Constituição Estadual. Inconstitucionalidade declarada – Ação julgada procedente. *(ADin n. 2020787-55.2019.8.26.0000, rel. Des. Salles Rossi, j. 12.06.2019).*

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 5.780, DE 26 DE FEVEREIRO DE 2019, DO MUNICÍPIO DE VALINHOS, QUE DISPÕE SOBRE A INSTALAÇÃO DOS SISTEMAS DENOMINADOS 'TELHADO VERDE' E 'JARDIM VERTICAL' – NORMA DE INICIATIVA PARLAMENTAR. – OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E VÍCIO DE INICIATIVA. – NÃO CARACTERIZAÇÃO – MATÉRIA RELACIONADA AO USO E OCUPAÇÃO DO SOLO URBANO QUE EXIGE PRÉVIO ESTUDO TÉCNICO E PARTICIPAÇÃO POPULAR – INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA POR VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 180, II E 191, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – AÇÃO

Acesso ao Sumário

PROCEDENTE. *(ADin. n. 2103283-44.2019.8.26.0000, rel. Des. Ferraz de Arruda, j. 11.09.2019).*

DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Complementar nº 306, de 09 de fevereiro de 2018, do Município de Palmital, que "dispõe sobre as alterações que especifica na Lei Complementar n. 138, de 06 de outubro de 2006 e dá outras providências". Ato normativo que altera o ordenamento do uso e ocupação do solo urbano, desvinculado do planejamento urbano integral, incompatíveis com o Plano Diretor. Ausência de planejamento ou estudo específico. Violação aos artigos 180, caput e inciso II; 181, caput, e § 1º da Constituição Estadual, bem como nos artigos 182, caput, e 30, inciso VIII, da Constituição Federal. Ausência de participação comunitária. Violação aos artigos 180, inciso II, e 191 da Constituição Bandeirante. Precedentes deste C. Órgão Especial. Inconstitucionalidade reconhecida. Ação que se julga procedente, com observação *(Adin 2135713-49.2019.8.26.0000, rel. Des. Péricles Piza, j. 11.12.2019).*

Ante o exposto, pelo meu voto, **JULGO PROCEDENTE A PRESENTE AÇÃO DIRETA** para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 2.615, de 05 de novembro de 2021 do Município de Cedral.

Comunique-se oportunamente à Prefeitura e à Câmara Municipal, nos termos do artigo 25 da Lei nº 9.868/1999.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2276612-92.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO e PRESIDENTE DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "AFASTARAM A PRELIMINAR E JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.216)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, FIGUEIREDO GONÇALVES, MELO BUENO, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI,

Acesso ao Sumário

RICARDO DIP, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI e JARBAS GOMES.

São Paulo, 14 de junho de 2023.

MÁRCIA DALLA DÉA BARONE, Relatora

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade – Estado de São Paulo – Lei n. 14.579, de 07 de outubro de 2011 – Atribuição de nome de pessoa viva a logradouro e via do patrimônio público – Preliminar de inadequação da ação direta de inconstitucionalidade para controle concentrado de norma de caráter concreto – Supremo Tribunal Federal que admitiu o exercício de controle abstrato de leis de efeitos concretos no julgamento da ADI 4.048-MC/DF, Rel. Ministro Gilmar Mendes – Via eleita adequada – Preliminar afastada – Mérito – Lei impugnada que atribui a via pública (complexo viário) o nome de pessoa viva – Violação ao disposto no artigo 111 da Constituição Bandeirante – Precedentes do Colendo Órgão Especial – Ação julgada procedente.

VOTO

Vistos,

Trata-se de ação ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, representado pelo D. Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo pretendendo a declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 14.579, de 07 de outubro de 2011, do Estado de São Paulo, que autoriza seja conferido nome de pessoa viva a logradouro e via do patrimônio público.

Argumenta o autor que o dispositivo local impugnado contraria frontalmente a Constituição do Estado de São Paulo, à qual está subordinada a produção normativa municipal ante a previsão dos artigos 1º, 18, 29 e 31 da Constituição Federal. Defende que a incompatibilidade do preceito local com a Constituição do Estado de São Paulo se manifesta pelo contraste direto com o seu artigo 111. Aduz que ao viabilizar que seja conferido a próprio público nome de pessoa viva, a norma não observa preceito constitucional que obstaculiza a promoção à imagem pessoal e que a concessão de nomes a bens, vias ou logradouros públicos contraria a moralidade administrativa, assim como o princípio da impessoalidade, pois a atribuição de nome de pessoa viva a logradouro público a favorecerá substancialmente, em função da promoção pessoal que desse ato

Acesso ao Sumário

decorre. Relata que a Lei n. 1.284/77, que à época da edição da lei impugnada autorizava atribuição de nome de pessoa viva, com mais de 65 anos de idade, a próprios, vias e logradouros públicos, foi revogada pela Lei n. 14.707/12, a qual, por sua vez, teve a expressão *"ou com mais de 65 (sessenta e cinco) anos de idade"* contida no artigo 1º, I, b, da mencionada lei estadual julgada inconstitucional nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2220776-81.2015.8.26.0000.

Não houve pedido liminar.

A D. Procuradoria Geral do Estado prestou informações às fls. 96/100, defendendo a inconstitucionalidade do ato normativo impugnado, nos termos da jurisprudência sedimentada do Supremo Tribunal Federal.

Informações prestadas pelo Governador do Estado de São Paulo (fls. 103/104), reiterando os termos da inicial.

Informações prestadas pela Assembleia Legislativa (fls. 110/119). Suscita preliminar para alegar a incompatibilidade do controle abstrato de constitucionalidade, porque a lei impugnada se reveste de efeito concreto, o que inviabilizaria sua apreciação de fundo. No mérito, defende a constitucionalidade da lei impugnada, já que a pessoa homenageada não se enquadra na categoria de agente público, por ser um dos mais destacados comunicadores da televisão brasileira, com relevantes serviços prestados à sociedade paulista, inclusive porque suas empresas, além de gerarem milhares de empregos, há décadas difundem entretenimento televisivo em nível nacional. Menciona que a denominação dada ao complexo viário também guarda adequação com o fato de que o logradouro está situado próximo ao CDT – Complexo Anhanguera do Sistema Brasileiro de Televisão (Rede SBT). Afirma que as Constituições Paulista e da República não contemplam qualquer proibição expressa a que se dê o nome, de pessoa viva do setor privado, a próprio ou logradouro públicos.

Parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça pela procedência do pedido (fls. 128/140).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade na qual se pretende a declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 14.579, de 07 de outubro de 2011, do Estado de São Paulo, que autoriza seja conferido nome de pessoa viva a logradouro e via do patrimônio público. Referida norma, que "dá denominação ao complexo viário que especifica", dispõe, "in verbis":

> "Artigo 1º – Passa a denominar-se 'Silvio Santos' o complexo viário localizado no km 23,000 da Via Anhanguera – SP330, no entroncamento do km 7,000 do Rodoanel Mário Covas – SP 021, no Município de São Paulo.
>
> Artigo 2º – Esta lei entra em vigor na data de sua publicação."

De início, afasta-se a preliminar suscitada pelo Presidente da Assembleia Legislativa no sentido de inadequação da ação direta de inconstitucionalidade para controle concentrado de norma de caráter concreto.

A matéria já foi objeto de posicionamento pelo Supremo Tribunal Federal, que admitiu o exercício de controle abstrato de leis de efeitos concretos no julgamento da ADI 4.048-MC/DF, Rel. Ministro Gilmar Mendes:

> EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 405, DE 18.12.2007. ABERTURA DE CRÉDITO EXTRAORDINÁRIO. LIMITES CONSTITUCIONAIS À ATIVIDADE LEGISLATIVA EXCEPCIONAL DO PODER EXECUTIVO NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS. (...) II. CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS ORÇAMENTÁRIAS. REVISÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade. (...)
>
> **(ADI 4048 MC, Relator: GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2008, DJe-157 DIVULG 21-08-2008 PUBLIC 22-08-2008 EMENT VOL-02329-01 PP-00055 RTJ VOL-00206-01 PP-00232)**

Neste Colendo Órgão Especial a matéria não é inédita, porquanto já enfrentada em julgados anteriores:

> Direta de Inconstitucionalidade – Município de Mogi Guaçu – Lei Municipal n.º 5.031/2016 que "outorga concessão administrativa de uso de áreas públicas que especifica à Associação dos Proprietários da Residencial Village da Serra" – Procuradoria Geral de Justiça que postula a declaração de inconstitucionalidade da norma, alegando contrariedade com os artigos 111, 117, 144, 180 e 191 da Constituição Paulista, porquanto editada sem a devida participação popular, sem planejamento técnico, aduzindo que há invasão da competência da União para Legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, além da configuração de ato de privatização da coisa pública atentatória ao princípio da moralidade administrativa. Processual – **Preliminar de inadequação da via eleita fundada na impossibilidade de controle concentrado de constitucionalidade de lei de efeito concreto – Descabimento – Propositura admitida quando a ação direta envolve "controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto", em conformidade com o entendimento do E. Supremo Tribunal Federal na ADI 4048** – Efeitos da lei impugnada não exauridos, mormente considerando o prazo de vinte anos de concessão – Preliminar rejeitada. Mérito – Lei editada sem observância da necessidade de participação popular no processo

Acesso ao Sumário

legislativo e sem planejamento técnico – Desatendimento do disposto nos artigos 180, inciso II, e 191, ambos da Constituição Estadual – Concessão de uso de bens públicos sem prévia licitação, fora das hipóteses admitidas na legislação de regência, que configura desatendimento do artigo 117 da Constituição Paulista – Fechamento de loteamento incompatível com as normas gerais editadas pela União, notadamente o § 8.º do artigo 2.º da Lei n.º 6.766/1979, incluído pela Lei n.º 13.465/2017 – Município que, a pretexto do exercício da competência para suplementar a Legislação Federal, não pode desvirtuar seus comandos, sob pena de violação do pacto federativo – Ação julgada procedente.

(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2272531-37.2021.8.26.0000; Relatora: Luciana Bresciani; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 27/07/2022; Data de Registro: 29/07/2022) – destaquei;

Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 153 da Lei Orgânica do Município de Santana do Parnaíba e, por arrastamento, Decreto Municipal 4.530/2021, que respectivamente autorizou e conferiu a bem público nome de pessoa viva. Posterior emenda que alterou a Lei Orgânica do Município e suprimiu a autorização de atribuição de nome de pessoa viva a bens públicos. Carência superveniente neste ponto. **Decreto Municipal que, porém, persiste a conferir a bem público nome de pessoa viva e que, na espécie, se sujeita ao controle abstrato.** Afronta aos preceitos dos artigos 111 e 144 da Constituição do Estado. Precedentes. Ação julgada extinta, sem apreciação do mérito, em relação ao art. 1534 da Lei Orgânica, e no mais julgada procedente.

(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2122086-07.2021.8.26.0000; Relator: Claudio Godoy; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 20/04/2022; Data de Registro: 25/04/2022) – destaquei;

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Leis editadas entre 1991 e 2014 no Município de Lençóis Paulista que atribuem a próprios públicos (logradouro, ruas, equipamentos, etc.) nome de pessoa viva – CARÊNCIA DE AÇÃO – Identificação de que as Leis 3.215/2013, 3.585/2006, 3.868/2008, 4.497/2013 e 4.588/2014 tramitaram e foram editadas após a morte das pessoas homenageadas – Falta de interesse processual para o controle concentrado – Extinção do processo em relação a tais leis na forma do artigo 485, inciso VI, do NCPC – PRÓPRIO PÚBLICO COM NOME DE PESSOA VIVA – Homenagem que tem clara intenção de dar projeção social ao homenageado ou do patronímico da sua família, ainda que aquele não dispute futuramente pleitos eleitorais – Favorecimento que viola a moralidade pública e a impessoalidade com a qual o sistema democrático atribui valor constitucional (artigos 111 e 115, § 1º, da Constituição Bandeirante) – **Situação em que apesar da norma ser de efeito concreto, nessa parte há densidade normativa geral e abstrata passível de controle por ação direta – Precedentes**

Acesso ao Sumário

do S.T.F. e deste Órgão Especial – Inconstitucionalidade das leis que permaneceram no objeto da ação, bem como da expressão 'CASA DE CULTURA PROFª MARIA BOVE CONEGLIAN' contida no artigo 1º da Lei 2.193/1991 – MODULAÇÃO – Aplicação da diretriz do artigo 27 da Lei 9.868/99 para atribuir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade depois de 120 dias a partir de 01/01/2021 – Ação julgada procedente, na parte não extinta, com modulação.*

(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2083169-50.2020.8.26.0000; Relator: Jacob Valente; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 18/11/2020; Data de Registro: 24/11/2020) – destaquei

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEIS Nº 10.222/2012, 10.296/2012 E 10.367/2012, DE INICIATIVA PARLAMENTAR, QUE ATRIBUEM NOME A LOGRADOUROS E ESCOLA DO MUNICÍPIO DE SOROCABA. **PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA AÇÃO PARA CONTROLE CONCENTRADO DE NORMA DE CARÁTER CONCRETO. AÇÃO ADEQUADA. POSSIBILIDADE DE SUBMISSÃO DE NORMAS SEM CARÁTER DE GENERALIDADE A CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**. ATOS EDITADOS SOB A FORMA DE LEI. AUSÊNCIA DE DISTINÇÃO PELO CONSTITUINTE ENTRE LEIS DOTADAS DE GENERALIDADE E AQUELOUTRAS, CONFIRMADAS SEM O ATRIBUTO DA GENERALIDADE E ABSTRAÇÃO. INADMISSIBILIDADE DA ISENÇÃO DE ATOS APROVADOS SOB A FORMA DE LEI DO CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS. PRECEDENTES DA CORTE SUPREMA. PRELIMINAR AFASTADA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEIS Nº 10.222/2012, 10.296/2012 E 10.367/2012, DE INICIATIVA PARLAMENTAR, QUE ATRIBUEM NOME A LOGRADOUROS E ESCOLA DO MUNICÍPIO DE SOROCABA. VÍCIO DE INICIATIVA. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. ATRIBUIÇÃO DE NOMES AOS BENS, PRÉDIOS, LOGRADOUROS E VIAS QUE É ATO DE ORGANIZAÇÃO DE SINALIZAÇÃO MUNICIPAL, DE INICIATIVA EXCLUSIVA DO CHEFE DO EXECUTIVO. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 5º, 47, II E XIV E 144 DA CARTA BANDEIRANTE. AÇÃO PROCEDENTE.

(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2032984-81.2015.8.26.0000; Relator: Xavier de Aquino; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 29/07/2015; Data de Registro: 30/07/2015) – destaquei

Assim, é possível o exame da constitucionalidade de casos em que, embora de efeitos concretos, a controvérsia constitucional é arguida de modo abstrato, tendo por fundamento ofensa a valores constitucionais, como na hipótese em apreço, em que não constitui norma de efeito concreto aquela que denomina bem, espaço ou prédio públicos, em que a lei vulnera princípios como os da moralidade e impessoalidade ao denominar ruas, logradouros e complexos viários

Acesso ao Sumário

para homenagear pessoas vivas.

Afasta-se, assim, a preliminar arguida.

No mérito, de rigor a procedência do pedido.

Ao dispor que *Passa a denominar-se "Silvio Santos" o complexo viário localizado no km 23,000 da Via Anhanguera – SP330, no entroncamento do km 7,000 do Rodoanel Mário Covas – SP 021, no Município de São Paulo*, o artigo 1º da norma impugnada confere nome de pessoa viva a complexo viário do patrimônio público, em nítida violação aos princípios constitucionais da Administração Pública, notadamente os da moralidade e impessoalidade dispostos no artigo 111 da Constituição Bandeirante.

Nesse cenário, inelutável que a atribuição de nome de pessoa viva a patrimônio público (complexo viário) gera benefícios de ordem pessoal ao homenageado, evidenciando a contrariedade à moral jurídica da finalidade buscada pelo administrador e instrumentalizada no ato normativo que deu a denominação à mencionada via pública, permitindo ao homenageado a promoção de sua imagem e divulgação de seu nome junto à população pela "propaganda" concretizada pela homenagem revelada na denominação do bem público, de sorte que a lei ora atacada se afasta dos princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade.

Nesse contexto, como bem anotado no parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça a fls. 128/140:

> "Parece não haver espaço para dúvida quanto à afirmação de que permitir-se a utilização de nomes de pessoas vivas para próprios municipais, ruas ou logradouros, como admitido pelo ato normativo acima descrito, contribuindo com isso exclusivamente para a projeção pessoal do homenageado, significa contrariar a moralidade administrativa.
>
> De outro lado, recorda Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso de Direito Administrativo. 25. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 114), ao tratar do princípio da impessoalidade, que 'nele se traduz a ideia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimentosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis.
>
> Não resta qualquer incerteza de que a atribuição de nome de pessoa viva a logradouro público a favorecerá substancialmente, em função da promoção pessoal que desse ato decorre".

Com efeito, colacionam-se precedentes deste E. Órgão Especial a respeito do tema:

> REVOGAÇÃO Caput do art. 3º da Lei nº 4.161, de 09.09.13. Falta de condição da ação. Lei Municipal nº 4.779/21 alterando a redação do art. 3º, caput, da Lei nº 4.161/13. Ausente o interesse de agir. Perda, em parte, de objeto. Precedentes. Extinção parcial da ação. AÇÃO DIRE-

Acesso ao Sumário

TA DE INCONSTITUCIONALIDADE Parágrafo único do art. 3º da Lei nº 4.161/13 e Lei nº 4.738, de 04.09.20, de Atibaia, dispondo sobre a denominação de logradouros e próprios públicos e dando outras providências. Inconstitucionalidade material. Normas que permitem ou conferem nomes de pessoas vivas a bens, logradouros e próprios públicos. Inadmissibilidade. Ofensa a princípios constitucionais, mormente os da moralidade e impessoalidade. Configurada violação aos arts. 111 e 115, § 1º da Constituição Estadual. Precedentes. Ação procedente.

(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2100851-81.2021.8.26.0000; Relator: Evaristo dos Santos; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 16/03/2022; Data de Registro: 21/03/2022);

Ação direta de inconstitucionalidade. Leis ns. 2.542/2011, 2.904/1016 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.

(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2072556-68.2020.8.26.0000; Relator: Claudio Godoy; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 27/01/2021; Data de Registro: 29/01/2021);

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Leis editadas entre 1991 e 2014 no Município de Lençóis Paulista que atribuem a próprios públicos (logradouro, ruas, equipamentos, etc.) nome de pessoa viva – CARÊNCIA DE AÇÃO – Identificação de que as Leis 3.215/2013, 3.585/2006, 3.868/2008, 4.497/2013 e 4.588/2014 tramitaram e foram editadas após a morte das pessoas homenageadas – Falta de interesse processual para o controle concentrado – Extinção do processo em relação a tais leis na forma do artigo 485, inciso VI, do NCPC – PRÓPRIO PÚBLICO COM NOME DE PESSOA VIVA – Homenagem que tem clara intenção de dar projeção social ao homenageado ou do patronímico da sua família, ainda que aquele não dispute futuramente pleitos eleitorais – Favorecimento que viola a moralidade pública e a impessoalidade com a qual o sistema democrático atribui valor constitucional (artigos 111 e 115, § 1º, da Constituição Bandeirante) – Situação em que apesar da norma ser de efeito concreto, nessa parte há densidade normativa geral e abstrata passível de controle por ação direta – Precedentes do S.T.F. e deste Órgão Especial – Inconstitucionalidade das leis que permaneceram no objeto da ação, bem como da expressão 'CASA DE CULTURA PROFª MARIA BOVE CONEGLIAN' contida no artigo 1º da Lei 2.193/1991 – MODULAÇÃO – Aplicação da diretriz do artigo 27 da Lei 9.868/99 para atribuir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade depois de 120 dias a partir de 01/01/2021 – Ação julgada procedente, na parte não extinta, com modulação.*

Acesso ao Sumário

(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2083169-50.2020.8.26.0000; Relator: Jacob Valente; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 18/11/2020; Data de Registro: 24/11/2020)

Do julgado acima, importante transcrever passagem do julgado em que o E. Relator, Des. Jacob Valente, discorre com clareza, acerca das consequências da homenagem ainda que a pessoa homenageada resolva não ingressar na vida pública:

> "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, (...)"

Por oportuno, cabe consignar que a lei ora impugnada é do ano de 2011, de modo que quando de sua edição a Lei n. 1.284/1977 estava em vigor e permitia a atribuição de nome de pessoa viva, com mais de 65 anos de idade, a próprios, vias e logradouros públicos, mas, como anotado no parecer da Procuradoria Geral de Justiça, 'foi revogada pela Lei n. 14.707/2012, a qual, por sua vez, teve a expressão "ou com mais de 65 (sessenta e cinco) anos de idade" contida no artigo 1º, I, b, da mencionada lei estadual julgada inconstitucional' por este Colendo Órgão Especial na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2220776-81.2015.8.26.0000, que recebeu a seguinte ementa:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Pedido de declaração de inconstitucionalidade em face da expressão "ou com mais de 65 (sessenta e cinco) anos de idade" constante da alínea "b" do inciso I do art. 1º da Lei nº 14.707, de 08 de março de 2012, bem como da Lei nº 15.531, de 22 de julho de 2014, ambas do Estado de São Paulo – Preliminar suscitada pelo Presidente da Assembleia Legislativa do Estado, pelo Governador do Estado de São Paulo e pelo Procurador-Geral do

Acesso ao Sumário

Estado no sentido da impossibilidade de impugnação de lei de efeitos concretos por meio de ação direta de inconstitucionalidade, quanto à Lei nº 15.531/14, que "dá denominação ao estabelecimento de ensino que especifica" – Cabível, no caso, o controle de constitucionalidade, pela via de ação direta, porquanto a norma impugnada, de efeito concreto, tem grau suficiente de abstração, indeterminação, generalidade e prospecção, com violação a preceitos constitucionais – Norma, a que atribui nome a estabelecimento de ensino, que, não obstante de efeito concreto, pode ser a qualquer tempo modificada para outro nome ser atribuído ao mesmo estabelecimento – Preliminar afastada. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – A alínea "b" do art. 1º da Lei nº 14.707, de 08 de março de 2012, do Estado de São Paulo, ao autorizar a atribuição de nome de pessoa viva a prédios, rodovias e repartições públicas estaduais, desrespeita os princípios da moralidade e da impessoalidade (arts. 111 e 115, § 1º, da CE) – Igualmente, a Lei Estadual 15.531/2014, que "dá denominação ao estabelecimento de ensino que especifica", porque homenageia pessoa viva, também viola os mesmos princípios da moralidade e da impessoalidade (arts. 111 e 115, § 1º, da Constituição Estadual), além do princípio da separação de poderes, por invadir a esfera de competência privativa do Chefe do Poder Executivo (arts. 5º, §§ 1º e 2º; 47, II e XIV, da CE), ao atribuir nome a bem público (estabelecimento de ensino) – Ação procedente. Preliminar afastada e ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2220776-81.2015.8.26.0000; Relator: João Carlos Saletti; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 29/06/2016; Data de Registro: 30/06/2016)

Nesse contexto, é patente a inconstitucionalidade da norma atacada.

Em face do exposto, pelo voto, Afasta-se a preliminar e, no mérito, Julga-se procedente a presente ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 14.579, de 07 de outubro de 2011, do Estado de São Paulo.

Acesso ao Sumário

Agravos Internos

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2049606-60.2023.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes SERVIÇO DE PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL DOS FUNCIONÁRIOS MUNICIPAIS DE INDAIATUBA – SEPREV e ANTÔNIO

CORRÊA, é agravado PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DETERMINARAM A CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA, PARA INTIMAR A PARTE AGRAVADA. V.U. ACÓRDÃO COM O EXMO. SR. DES. RICARDO ANAFE. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO A EXMA. SRA. DESª. LUCIANA BRESCIANI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.952)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI (com declaração), ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, FIGUEIREDO GONÇALVES, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS e FRANCISCO CASCONI.

São Paulo, 3 de maio de 2023.

RICARDO ANAFE, Presidente e Relator Designado

Ementa: Agravo Interno – Decisão que indeferiu pedido liminar em mandado de segurança – Ausência de intimação da parte agravada para oferecimento de contraminuta – Incabível o prosseguimento do julgamento do recurso, porquanto o contraditório integra o elenco das garantias constitucionais do processo (artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal) – Inteligência do artigo 1.021, § 2º, do Código de Processo Civil – Julgamento convertido em diligência.

Converte-se o julgamento em diligência.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. *Ex ante*, cumpre destacar a adoção do relatório elaborado, bem como a excelência do voto do eminente Relator Desembargador Ademir Benedito e, tendo em vista a divergência apresentada pela eminente Desembargadora Luciana Bresciani, ouso divergir nos seguintes termos.

Trata-se de agravo interno tirado contra decisão que indeferiu pedido liminar em mandado de segurança.

Segundo consta dos autos, depois de o Relator, em 9 de março de 2023, ter **indeferido o pedido liminar**, determinando a expedição de ofícios ao Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e às demais autoridades apontadas como coatoras na inicial do *writ*, para as informações cabíveis (fl. 155/158), a impetrante interpôs agravo interno contra referida decisão e o processo foi incluído em mesa para julgamento na sessão de 19/04/2023, ocasião em que o julgamento foi adiado a pedido da eminente Desembargadora Luciana Bresciani, após o **voto do Relator negando provimento ao recurso** (fl. 18).

Retomado o julgamento na sessão de 26/04/2023, após a **divergência apresentada dando provimento ao agravo** e diante do empate ocorrido na votação, pedi vista dos autos para melhor análise (Cf. artigo 153, inciso II, do RITJ)[1].

Pois bem.

Dispõe o artigo 1.021, § 2º, do Código de Processo Civil:

Art. 1.021. Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal.

(...)

§ 2º **– O agravo será dirigido ao relator, que intimará o agravado para manifestar-se sobre o recurso no prazo de 15 (quinze) dias, ao final do qual, não havendo retratação, o relator levá-lo-á a julgamento pelo órgão colegiado, com inclusão em pauta.**

Dessa forma, ausente intimação da parte agravada, para oferecimento de contraminuta, é incabível prosseguir no julgamento do recurso, porquanto o contraditório integra o elenco das garantias constitucionais do processo, *ex vi* do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Nessa toada, deve ser convertido o julgamento em diligência, para intimação da parte agravada para os fins do artigo 1.021, § 2º, do Código de Processo Civil, com posterior conclusão ao eminente Relator, para prosseguimento do julgamento do recurso.

2. À vista do exposto, pelo meu voto, converto o julgamento em diligência, nos termos suso alinhavados.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 30.533)

Reporto-me aos termos do Relatório do ilustre e culto Relator sorteado,

1 Art. 153. O Presidente do Tribunal não terá voto nas sessões a que presidir, salvo: I – em matéria constitucional; II – para os casos de desempate, em qualquer matéria; III – quando for relator nato de feito de qualquer natureza. (g.n.)

Acesso ao Sumário

Excelentíssimo Desembargador Ademir Benedito:

Trata-se de agravo interno tirado contra decisão que indeferiu pedido liminar em mandado de segurança.

Aduzem os recorrentes a necessidade da concessão da medida para a suspensão de mais de 80 (oitenta) processos administrativos em andamento perante o Tribunal de Contas estadual, que discutem a mesma forma de cálculo dos benefícios dos servidores aposentados e pensionistas do Município de Indaiatuba/SP, verba que ostenta natureza alimentar, e que podem sofrer diminuição no valor de até R$ 2.200,00 (dois mil e duzentos reais), além da possibilidade de aplicação de multa ao Superintendente, de ressarcimento dos valores pagos e de o Ministério Público intentar ação por ato de improbidade administrativa. Defendendo a presença dos requisitos legais para concessão da liminar, pedem provimento ao recurso, para a reforma da decisão e o deferimento da liminar postulada.

É o relatório.

Acompanho o nobre e culto Relator designado, por entender, como tive oportunidade de registrar, que o recurso deve ser processado, com a abertura de vista para apresentação de contrarrazões e posterior prosseguimento do julgamento.

A lei processual dispõe que tanto o exame de retratação no agravo interno, quanto seu julgamento pelo órgão colegiado, serão realizados após a intimação da parte contrária.

Eis o teor do artigo 1.021, § 2.º do Código de Processo Civil:

Art. 1.021. Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal.

§ 2º O agravo será dirigido ao relator, que intimará o agravado para manifestar-se sobre o recurso no prazo de 15 (quinze) dias, ao final do qual, não havendo retratação, o relator levá-lo-á a julgamento pelo órgão colegiado, com inclusão em pauta.

Assim, de rigor a conversão do julgamento em diligência, a fim de intimar a parte agravada para oferecer contraminuta.

Por todo o exposto, pelo meu voto, determino o processamento do agravo, nos termos do artigo 1.021, § 2º do CPC.

LUCIANA ALMEIDA PRADO BRESCIANI, Desembargadora

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº

2057396-95.2023.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes EKKO GROUP INCORPORAÇÕES E PARTICIPAÇÕES LTDA., BAIRRO GOLF 2C SPE LTDA., BAIRRO GOLF 2A SPE LTDA., EKKO REALTY LTDA. e CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. XAVIER DE AQUINO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.808)**

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, SILVIA ROCHA, FIGUEIREDO GONÇALVES, MELO BUENO, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, DAMIÃO COGAN, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, RICARDO DIP, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE e LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 14 de junho de 2023.

ELCIO TRUJILLO, Relator

Ementa: AGRAVO INTERNO – Interposição contra r. decisão que indeferiu o pedido de concessão de liminar em mandado de segurança – Documentação encartada insuficiente para demonstrar a verossimilhança das alegações, bem como o receio fundado de dano iminente e de difícil reparação – *Fumus boni juris* e *periculum in mora* não demonstrados – Impetrante que busca exercer livremente suas atividades – Proposta de arquivamento do Inquérito Civil não homologada, determinada a instauração de Inquérito Civil Público contra as empresas-impetrantes, Municipalidade de Osasco e Companhia Ambiental do Estado de São Paulo (CETESB) – Alegação de que a documentação apresentada pelas impetrantes não foi encaminhada para apreciação do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo – Informações prestadas pelo I. Procurador Geral de Justiça, com indicação de que ***"o empreendimento investigado pretende ocupar áreas que abrigam floresta ombrofólia densa, bioma da Mata***

Acesso ao Sumário

***Atlântica que está tanto em São Paulo como em Osasco, identificadas pelo Instituto Florestal e pelo Centro de Apoio à Execução do Ministério Público de São Paulo como área de cobertura florestal nativa de floresta ombrofólia densa e também bosques adjacentes, que são áreas de proteção permanente imunes ao corte"* – Decisão mantida – AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.**

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo interno (fls. 1/10) contra a r. decisão monocrática proferida às fls. 400/402 nos autos do mandado de segurança que, ausentes os requisitos legais, notadamente, o receio fundado de dano iminente e de difícil reparação, ou seja, de um dano potencial (*periculum in mora*), indeferiu o pedido de concessão de liminar.

Em busca de reforma, argumentam as impetrantes que, por decisão proferida pelo Conselheiro Relator – Procurador de Justiça Dr. Antonio Carlos da Ponte – a proposta de arquivamento do Inquérito Civil – SIS 14.0555.0003146/2022-6 (SEI 29.0001.0122397.2022-67) não foi homologada, determinada a instauração de Inquérito Civil Público contra as empresas-impetrantes, Municipalidade de Osasco e Companhia Ambiental do Estado de São Paulo (CETESB).

Sustentam as impetrantes que, antes da deliberação do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, apresentaram documento que, em tese, ilidiria as afirmações feitas pelo CAEX; que apresentou pedido de revisão, que foi indeferido monocraticamente pelo Conselheiro Relator; que a CETESB e a Municipalidade de Osasco se manifestaram, indicando que as áreas estavam para ser licenciadas e não são de preservação permanente.

Buscam, via liminar, a suspensão do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo que não acolheu a proposta de arquivamento (fls. 231/233).

É o relatório.

Ainda que pesem as razões que fundamentam o recurso, o agravo interno não deve ser provido.

Nos termos da legislação, a concessão do mandado de segurança visa à proteção de direito líquido e certo.

Trata-se de remédio constitucional que conta com o preenchimento de requisitos para a sua impetração.

No caso dos autos, trata-se de impetração contra ato imputado ao **CON-**

Acesso ao Sumário

SELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Pois bem.

Em sede de mandado de segurança, cumpre a concessão da liminar desde que presente prova inequívoca dos fatos articulados e o julgador se convença da presença de verossimilhança da alegação com receio fundado de dano iminente e de difícil reparação.

E *"Prova inequívoca é aquela a respeito da qual não mais se admite qualquer discussão. A simples demora na solução da demanda não pode, de modo genérico, ser considerada como caracterização da existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, salvo em situações excepcionalíssimas"* (STJ-1ª Turma, REsp 113.368-PR, Rel. Min. José Delgado, j. 7.4.97, DJU 19.5.97, p. 20.593).

Hipótese não verificada nos autos.

Os atos questionados resultam do exercício de atribuição funcional do impetrado; guardam, nesta fase, aparente regularidade em face do que dispõe a legislação indicada, bem como as Constituições do Estado e da República.

Conforme destacado pelo I. Procurador Geral de Justiça – **DR. MÁRIO LUIZ SARRUBBO** (fls. 421/440):

> *"Nada obstante a existência de lastro jurídico da fundamentação da existência de ditos indícios, basta lembrar que o empreendimento investigado pretende ocupar áreas que abrigam floresta ombrofólia densa, bioma da Mata Atlântica que está* ***tanto em São Paulo como em Osasco, identificadas pelo Instituto Florestal e pelo Centro de Apoio à Execução do Ministério Público de São Paulo como área de cobertura florestal nativa de floresta ombrofólia densa e também bosques adjacentes, que são áreas de proteção permanente imunes ao corte****.*
>
> *Na Capital tramitam* ***ação civil pública (Processo nº 1031679-70.2022.8.26.0053) e ação popular (Processo nº 1035862-84.2022.8.26.0053) correlatas à investigação desenvolvida na Promotoria de Justiça de Osasco****, sendo, no mínimo, razoável identificar a necessidade de propositura de ação civil pública na Comarca de Osasco para a tutela correlata na Comarca contígua.*
>
> *Destaco da referida ação popular (fls. 2.047/2.057):*
>
> *'A área objeto da ação civil pública, conforme se vê do parecer técnico do CAEx-MP, apresentado pelos próprios autores (fls. 424/439 destes autos), é a única que está localizada no município de São Paulo (vide figuras 1 e 5 do referido documento), e corresponde apenas ao empreendimento denominado YARD, não tendo sido analisado especificamente pelo CAEx-MP se haveria continuidade ou contiguidade entre os imóveis*

da região – até porque a Promotoria de Justiça do Meio Ambiente da Capital, reitere-se, apurou apenas um empreendimento em que a corré Golf 4 Empreendimento Imobiliário SPE Ltda. demonstrou interesse em edificar neste município de São Paulo – SP, ficando a cargo da Promotoria de Justiça do Meio Ambiente de Osasco a análise da regularidade (ou não) dos outros empreendimentos. A despeito disso, pode-se afirmar, ao se observar as imagens acostadas aos autos, que os terrenos situados nos dois municípios são próximos, onde se vê, um mesmo tipo de vegetação.

(...)

Impõe-se informar que diante de dúvida levantada por moradores do entorno, a pedido da PJMAC e com a urgência que o caso exigia, pois já havia notícia de que estariam autorizados a promover o corte e dariam início à supressão da vegetação – justa causa para o ajuizamento da ação civil pública –, o CAEx-MP também fez a análise específica das áreas, em novo parecer, concluindo que apenas uma área pequena estava inserida em São Paulo (objeto da ACP) e a área apontada pelos moradores pertenceria ao Município de Osasco.'

Inimaginável supor que na Comarca de São Paulo tenha existido os indícios necessários à propositura de ação judicial, segundo os ditames do in dubio pro societate, e que os mesmos indícios pudessem ser, em fase inquisitiva, descartados, de plano em relação à Comarca de Osasco.

Deste modo, trancar o procedimento investigatório ou o inquérito civil configura ofensa à ordem pública e às prerrogativas do Parquet, pois 'a imposição de obstáculos à atividade institucional e constitucionalmente prevista e garantida do Ministério Público ameaça, de fato, a ordem administrativa e, via desta, a ordem pública, que há de prevalecer, em hipóteses como a destes autos, sobre o interesse particular, individual' (STJ, AgRg na SS nº 1.045/RJ, Rel. Min. Edson Vidigal, 04.08.2004)."

Ausentes as condições fixadas na legislação processual, não se há que sustentar o deferimento da medida.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo interno, mantida a r. decisão.

Acesso ao Sumário

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental Cível nº

2212825-89.2022.8.26.0000/50002, da Comarca de Santana de Parnaíba, em que é agravante V.S.E., é agravado DESEMBARGADOR (...) DA (...) CÂMARA DE DIREITO PRIVADO.

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 31.850)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, FIGUEIREDO GONÇALVES, MELO BUENO, GOMES VARJÃO e FLÁVIO ABRAMOVICI.

São Paulo, 19 de abril de 2023.

RICARDO ANAFE, Presidente e Relator

Ementa: Agravo Interno – Arguição de suspeição – Desembargador da (...) 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.**

VOTO

V.S.E. interpôs agravo interno contra a decisão que, fundamentada no art. 113 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo, determinou o arquivamento da arguição de suspeição formulada em razão do julgamento do agravo de instrumento nº (...) contra o Desembargador (...), da (...) Câmara de Direito Privado deste Tribunal de Justiça, com alegação de parcialidade e prejulgamento.

Contraminutas estão a fl. 33/63 e 119/121.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

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.

Acesso ao Sumário

Com efeito, em suas informações o agravado não reconheceu a suspeição, reiterando sua manifestação anterior.

Por sua vez, decisões contrárias ao interesse da parte não são suficientes para caracterizar suspeição.

Nesse sentido, constou da 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 art. 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 somente para exteriorizar o inconformismo do excipiente em relação a decisão contrária às suas pretensões, o que faz para alterar o resultado do julgamento do agravo interposto nos autos da ação de reconhecimento e dissolução de união estável, guarda e regulamentação de visitas e para evitar a participação do excepto no julgamento de novos recursos.

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, no caso, inexistente. 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 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"*. (fl. 280/282)

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.

Finalmente, conforme observado na decisão de embargos de declaração, os fatos indicados como novos não autorizam a alteração da decisão, pois sua

análise extrapola os limites do pedido originalmente formulado. Ademais, a questão foi objeto de apreciação na arguição de suspeição nº (...), também arquivada.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo.

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0016820-94.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, é suscitada 8ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 8ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. RICARDO ANAFE E DAMIÃO COGAN. JULGAMENTO PRESIDIDO PELO EXMO. SR. DES. GUILHERME G. STRENGER.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.526)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME G. STRENGER (Presidente), JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, FIGUEIREDO GONÇALVES, MELO BUENO, CAMILO LÉLLIS, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, FERREIRA RODRIGUES, VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA e MATHEUS FONTES.

São Paulo, 31 de maio de 2023.

AROLDO VIOTTI, Relator

Ementa: Conflito de Competência. Ação de cobrança de indenização securitária ajuizada por pessoa jurídica de direito privado em face de outra, tendo por objeto o pagamento de indenizações securitárias oriundas de apólices de seguro-garantia. Sentença que julgou procedente a ação. Recurso não conhecido

Acesso ao Sumário

pela 8ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal, ao fundamento de se tratar de matéria de direito público. Redistribuídos os autos à 13ª Câmara de Direito Público deste Tribunal, suscitou-se o presente conflito (negativo) de competência. Pretensão indenizatória decorrente de contrato de seguro-garantia. Irrelevância, na espécie, de o seguro destinar-se a garantir cumprimento de obrigações de empresa subcontratada para obras em Aeroporto Internacional, sob concessão. Ausência de discussão acerca de licitações, atos ou contratos administrativos. Pretensão restrita à cobrança de indenização securitária. Relação jurídica de direito privado. Matéria que se insere na competência comum das Subseções I, II e III da Seção de Direito Privado desta Corte, nos termos do artigo 5º, § 3º, da Resolução TJSP nº 623/2013 e Enunciado nº 1 do C. Grupo Especial da Seção de Direito Privado. Precedentes deste Órgão Especial. Conflito procedente, declarada competente a Egrégia 8ª Câmara de Direito Privado, suscitada.

VOTO

I. Trata-se de Conflito (Negativo) de Competência suscitado pela C. 13ª Câmara de Direito Público deste Tribunal, que declinou da competência para conhecer do recurso de Apelação nº 1050891-67.2021.8.26.0100, interposto por POTTENCIAL SEGURADORA S.A. contra a r. sentença de fls. 2095/2104, que julgou procedente a presente ação de cobrança de indenização securitária, ajuizada por RACIONAL ENERGIA LTDA. em face da apelante para vê-la condenada a lhe pagar o montante de R$ 11.000.000,00, a título de indenizações securitárias decorrentes de apólice de seguro-garantia firmado entre as partes.

Inicialmente distribuídos os autos à 8ª Câmara de Direito Privado, o V. Acórdão de fls. 2211/2215, integrado por embargos declaratórios desacolhidos (fls. 2343/2345), Relator o Eminente Des. SALLES ROSSI, não conheceu do recurso, determinando a redistribuição à Seção de Direito Público (fl. 2215). Os autos foram redistribuídos à 13ª Câmara de Direito Público (fl. 2348), que, no V. Acórdão de fls. 2357/2367, declinou da competência e suscitou o presente conflito de competência (Rel. o Eminente Des. SPOLADORE DOMINGUEZ).

A teor do v. Acórdão que declinou da competência, *"não se trata, pois, de controvérsia que envolva 'controle e cumprimento de atos administrativos' (art. 3º, 'I.2', Resolução TJSP nº 623/2013), ou, propriamente, sobre 'licitações*

Acesso ao Sumário

ou contratos administrativos' (art. 3º, 'I.3', daquela resolução). No caso, trata-se, como visto, de ação de cobrança de indenização securitária, no âmbito da qual a autora, Racional Engenharia Ltda., na qualidade de empresa contratada pela Concessionária do Aeroporto Internacional de Florianópolis, objetiva, unicamente, a condenação ao pagamento de quantia, a título indenizatório, da seguradora Pottencial Seguradora S.A., ante a alegada inadimplência da empresa subcontratada pela autora (EPC Construções S.A.)" (textual – fl. 2361). E conclui: *"tratando-se, no caso, de demanda em que se objetiva, apenas, a simples cobrança de indenização securitária decorrente de responsabilidade contratual entre empresas, a competência recursal é, repise-se, com a devida vênia, da Colenda 8ª Câmara de Direito Privado, nos termos do artigo 5º, § 3º, da Resolução TJSP nº 623/2013 e do Enunciado nº 1 do C. Grupo Especial da A. Seção de Direito Privado"* (textual – fl. 2365). Este, em síntese, o relatório.

II. É caso de se acolher o conflito, reconhecendo-se a competência da C. 8ª Câmara de Direito Privado, suscitada, para processar e julgar o recurso.

Cuida-se, na origem, de ação de cobrança de indenização securitária, na qual busca a requerente seja a ré-apelante condenada ao pagamento da quantia total de R$ 11.000.000,00, correspondente a indenizações securitárias decorrentes de apólices de seguro-garantia firmado entre as partes. O objeto dos contratos de seguro (fls. 312 e ss, fls. 325 e s.s.) consiste na garantia de obrigações assumidas pela tomadora, EPC Construções S.A., subcontratada pela autora desta ação, Racional Engenharia Ltda., no âmbito de contrato de prestação de serviços de construção firmado pela Racional com a Concessionária do Aeroporto Internacional de Florianópolis – CAFI, cujo objeto é a reforma e ampliação do aludido Aeroporto. Relatou a autora, em resumo, que em dezembro de 2019, assumiu por força de avença firmada com a concessionária a posição contratual de segurada em duas apólices de seguro-garantia firmadas com a seguradora ré. Sustentou que, em que pese ao descumprimento por parte da tomadora das obrigações por ela assumidas, isto é, a seguradora requerida recusa-se a arcar com as indenizações correspondentes, ao fundamento de tempestiva comunicação da expectativa do sinistro, além de apontar pagamento de encargos trabalhistas e previdenciários em desconformidade com o contrato.

Propôs-se a presente demanda pleiteando que *"(...) a POTTENCIAL seja condenada a pagar à RACIONAL: (i) o valor de R$ 8.250.000,00 (oito milhões, duzentos e cinquenta mil reais), correspondente ao Limite Máximo de Garantia da Apólice de Performance, a título de indenização securitária, a ser devidamente atualizado e acrescido de juros moratórios desde 28.02.2019, data do abandono da obra pela EPC que corresponde à caracterização do sinistro, conforme previsto na cláusula 9.1 da Apólice; e (ii) o valor de R$ 2.750.000,00 (dois milhões, setecentos e cinquenta mil reais), relativo à cobertura securitária da Apólice de Retenção de Pagamentos, correspondente ao Limite Máximo de*

Acesso ao Sumário

Garantia da Apólice de Retenção, referente a 5% do valor que deixou de ser retido durante a execução do Contrato, a ser devidamente atualizado e acrescido de juros moratórios desde 28.02.2019, data do abandono da obra pela EPC que corresponde à caracterização do sinistro, conforme previsto na cláusula 9.1 da Apólice." (textual – fls. 40/41).

A propósito da aludida pretensão, os autores ponderam que *"1. A presente ação objetiva o recebimento da indenização securitária prevista em duas Apólices de Seguro Garantia contratadas com a Seguradora Ré, haja vista o inadimplemento contratual perpetrado pela construtora EPC Construções S/A ('EPC') em relação ao Contrato firmado para a expansão do Aeroporto Internacional de Florianópolis, em 13.06.2018, entre a Concessionária do Aeroporto Internacional de Florianópolis S.A. ('CONCESSIONÁRIA') e a RACIONAL, ora Autora. 2. É incontroversa a ocorrência do inadimplemento contratual, uma vez que a obra foi literalmente abandonada pela construtora, sendo que os prejuízos incorridos pela CONCESSIONÁRIA e pela Autora chegaram à ordem de R$* °38.732.357,47, superando, em muito, os limites dos Seguros Garantia contratados com a Ré, que eram de R$ 8.250.000,00 e R$ 2.750.000,00. 3. As negativas de cobertura securitária emitidas pela Ré se basearam em argumentos frágeis, pois, mesmo reconhecendo o inadimplemento contratual da EPC (tomadora dos seguros), a Ré sustentou que a comunicação da Expectativa de Sinistro teria sido tardia e que não teriam sido preenchidos requisitos puramente formais, como a necessidade de condenação do segurado transitada em julgado para pagamento de verbas trabalhistas." (textual – fl. 03).

Consoante o artigo 103 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça, ***"A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la"*** (sublinhou-se).

Os fundamentos da pretensão restringem-se aos termos contratuais da apólice de seguro-garantia, em avença claramente submetida ao regime de direito privado. Não há na espécie nenhuma discussão ou controvérsia atinente a licitações ou contratos administrativos ou a algum outro tema ou categoria de direito público. A causa de pedir funda-se exclusivamente no dever contratual de ressarcimento do valor estipulado em apólice de seguro, não desbordando da relação contratual entre a seguradora e a beneficiária da garantia.

Discute-se a responsabilidade civil referente a contrato de seguro regido no Capítulo XV, artigos 757 e seguintes do Código Civil, isto é, matéria de natureza privada. Não se está a discutir sobre *"controle e cumprimento de atos administrativos"* (art. 3º, "I.2", Resolução TJSP nº 623/2013), ou, propriamente, sobre *"licitações ou contratos administrativos"* (art. 3º, "I.3", daquela resolução).

Assim, em que pese ao respeitável entendimento da Câmara suscitada,

casos como o dos autos, que envolvem alegações de descumprimento de obrigações contratualmente assumidas, a competência recursal deve ser definida com base no art. 5º, § 3º da Resolução TJSP nº 623, de 16.10.2013, que prevê:

"Art. 5º. A Seção de Direito Privado, formada por 19 (dezenove) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, em ordem sucessiva, é constituída por 38 (trinta e oito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, e subdividida em 3 (três) Subseções, assim distribuídas:

(...)

§ 3º Serão da competência comum das Subseções de Direito Privado ações relativas a compromisso de compra e venda, cessão, promessa de cessão de direitos de compromissos e todos os demais feitos que, regidos pelo Direito Privado, não sejam da competência recursal de outras Seções do Tribunal de Justiça. (***Redação dada pela Resolução nº 813/2019)"***

Ou, como anotou o Aresto da C. Câmara suscitante, *"Nesse passo, conforme dispõe o Enunciado nº 1, aprovado, recentemente, pelo C. Grupo Especial da A. Seção de Direito Privado, em 18.08.2022, tem-se, pois, que: 'Enunciado nº 1 – Seguro de dano (residencial, empresarial, de responsabilidade civil) é matéria residual, de competência comum das Subseções I, II e III da Seção de Direito Privado."* (sublinhei – fls. 2365).

A lide se desenvolve entre pessoas jurídicas de direito privado, nenhuma delas prestadora de serviço público. Ainda assim não fosse, e um dos polos da ação fosse ocupado diretamente pela concessionária catarinense, a solução não se alteraria. A competência é firmada pelo teor do pedido inaugural. Nesse sentido:

"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

Acesso ao Sumário

para declarar a competência da 29ª Câmara de Direito Privado, suscitada, para processar e julgar os recursos." (TJSP, Órgão Especial, CC 0041346-96.2021.8.26.0000, rel. Des. TORRES DE CARVALHO, j. 26/01/2022).

"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." (TJSP, Órgão Especial, C.C. 0034862-31.2022.8.26.0000, j. 23.11.2022, Rel. Des. JACOB VALENTE).

Trata-se, dessa forma, de matéria da competência da Colenda Seção de Direito Privado desta Corte.

A respeito, tem este Órgão Especial apreciado Conflitos de Competência a propósito de matéria assemelhada:

"Conflito de Competência – Ação de cobrança de indenização securitária movida por sociedade de economia mista em face de seguradora – Apólice de seguro-garantia contratada no âmbito de pregão – Matéria inserida na competência preferencial das Terceira Subseção de Direito Privado, nos termos do artigo 5.º, item III.8, da Resolução n.º 623/2013 deste Órgão Especial – Competência recursal firmada pelos termos do pedido inicial, em conformidade com o disposto no artigo 103 do Regimento Interno desta Corte – Controvérsia que não envolve o ato administrativo de rescisão unilateral ou mesmo a penalidade de multa aplicada, mas tão somente o cumprimento da apólice de seguro-garantia – Matéria submetida ao regime de direito privado, inexistindo qualquer discussão atinente a licitações ou contratos administrativos – Precedente deste Órgão Especial – Conflito conhecido para fixar a competência da C. 32.ª Câmara de Direito Privado, suscitada." (TJSP, Conflito de competência cível 0030854-11.2022.8.26.0000, Rel. Des. LUCIANA BRESCIANI, Órgão Especial, j. 01.02.2023)

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ação de ressarcimento proposta pela Fazenda Estadual em face de seguradora, objetivando exclusivamente o recebimento de seguro-garantia, proveniente de contrato administrativo rescindido pelo ente público. Discussão restrita ao cumprimento dos termos

Acesso ao Sumário

da apólice de seguro e recebimento do valor nela estipulado. Relação de natureza privada, ausente a discussão como contrato administrativo celebrado entre o Estado e a tomadora, que sequer integrou a lide. Competência da Terceira Subseção de Direito Privado. Inteligência do artigo 5º, III.13 da Resolução 623/2013. Precedentes. Conflito procedente, competente a 31ª Câmara de direito Privado, suscitante" (TJSP, Conflito de competência cível n.º 0043077-64.2020.8.26.0000, Rel. o Des. Xavier de Aquino, Órgão Especial, j. 24.03.2021)

III. Por todo o exposto, julgam procedente o conflito para declarar competente a Colenda Câmara suscitada, 8ª Câmara de Direito Privado, para o julgamento da Apelação nº 1050891-67.2021.8.26.0100.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0016706-58.2023.8.26.0000, da Comarca de Jales, em que é suscitante 9ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, é suscitada 6ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 6ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. DÉCIO NOTARANGELI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47.335)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, CAMILO LÉLLIS, GUILHERME G. STRENGER, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN e FERREIRA RODRIGUES.

São Paulo, 24 de maio de 2023.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA

Apelos de sentença julgando procedente, em parte, ação de obrigação de fazer c.c. revisional de contra-

Acesso ao Sumário

to e reparação de danos. Pretensão de reparação no imóvel adquirido da CDHU no âmbito de programa habitacional, apresentando defeitos, além de revisão de critérios do instrumento particular de contrato no tocante a atualização das parcelas.

Competência recursal *ratione materiae* – Estabelece-se pelo pedido contido na inicial. Pleito decorre de contrato particular de compra e venda, regido pelo Direito Privado. Irrelevante figure como parte a CDHU e o município de Jales. Resolução nº 623/13 (art. 5º, I, I.25) estabelecendo a competência da Seção de Direito Privado para julgar ações relativas a compra e venda de imóvel. Precedentes deste Eg. Órgão Especial. Competência da Colenda 6ª Câmara de Direito Privado, ora Suscitada.

Conflito procedente, competente a Câmara Suscitada.

VOTO

1. Trata-se de **conflito de competência** suscitado pela **Eg. 9ª Câmara de Direito Público** contra a **Eg. 6ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal de Justiça**, nos autos da **ação de obrigação de fazer c.c. revisional de contrato e reparação de danos** julgada procedente, em parte (fls. 45/53), condenando a CDHU e Município de Jales, a solidariamente, realizar todas as obras necessárias para eliminar os defeitos indicados no laudo pericial no imóvel adquirido pela autora no âmbito de programa habitacional promovido pela CDHU, bem como, no pagamento de indenização por danos morais fixados em R$ 8.000,00 (oito mil reais).

A **Eg. 6ª Câmara de Direito Privado**, entendendo tratar-se de matéria relacionada a contrato regido pelo Direito Público, determinou a remessa dos autos a uma **das Câmaras da Primeira Subseção de Direito Público** (fls. 162/168).

Redistribuídos (fl. 172), a **Eg. 9ª Câmara de Direito Público** declarou-se incompetente e suscitou Conflito de Competência (fls. 173/178).

É o relatório.

2. Entendo procedente o conflito e competente a Eg. 6ª Câmara de Direito Privado, a Suscitada.

Trata-se de **apelações** (fls. 56/74, 84/99 e 111/127) de sentença (fls. 45/53) julgando procedente, em parte, **ação de obrigação de fazer c.c. revisional de contrato e reparação de danos** (fls. 01/41) condenando a CDHU e Município de Jales, a solidariamente, realizar todas as obras necessárias para eliminar os

defeitos indicados no laudo pericial no imóvel adquirido pela autora no âmbito de programa habitacional promovido pela CDHU, bem como, no pagamento de indenização por danos morais fixados em R$ 8.000,00 (oito mil reais).

Ressalte-se, inicialmente, firmar-se, em segundo grau, a competência ***ratione materiae*** e **não** ***ratione personae***, a *"... 'causa petendi' deduzida na inicial, juntamente com o pedido, delimitam objetivamente a lide, pouco importando a qualidade das partes..."* (DC nº 9.053.933-51.2008.8.26.0000 – v.u. j. de 08.10.08 – Rel. Des. **ALOÍSIO DE TOLEDO CÉSAR**, e, no mesmo sentido, dentre outras, as seguintes decisões: CC nº 0.176.880-27.2012.8.26.0000 – v.u. j. de 07.11.12 – Rel. Des. **KIOITSI CHICUTA**; CC nº 0.197.892-63.2013.8.26.0000 – v.u. j. de 15.01.14 – Rel. Des. **LUÍS SOARES DE MELLO** e CC nº 0.022.855-80.2017.8.26.0000 – v.u. j. de 13.09.17 – Rel. Des. **RICARDO ANAFE**).

A **competência recursal** se estabelece pelos termos do **pedido** contido na inicial, conforme dispõe o **art. 103** do **RITJ-SP**:

> *"A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do* ***pedido inicial****, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la"* (grifei).

Autora narrou em sua exordial ter sido contemplada em sorteio realizado pela CDHU e Prefeitura Municipal de Jales no âmbito de programa habitacional, com um imóvel no Conjunto Habitacional Honório Amadeu, no município de Jales. Celebrou Instrumento Particular de Venda e Compra de Imóvel com Financiamento Imobiliário e Pacto Adjeto de Alienação Fiduciária em Garantia pelo Sistema Financeiro da Habitação – SFH e outras avenças, em 08.02.18, no valor de R$ 126.203,51, a serem pagos parceladamente. Logo após a entrega do imóvel, percebeu a existência de defeitos (mofo nas paredes, infiltração, pisos soltos, rachaduras, problemas nas portas e janelas e na rede de água) que se agravaram no decorrer dos dias, em razão da construção do Conjunto Habitacional, segundo alega, em área onde funcionou antigo depósito de lixo municipal. Além disso, houve indevido reajuste em suas parcelas. Buscou solução administrativamente, sem sucesso.

Daí buscar reparação judicial pleiteando:

> *"A) Seja concedida tutela provisória de urgência para fins de:"*
>
> *"A1) Suspender a cobrança das mensalidades decorrentes do Instrumento Particular de Venda e Compra de Imóvel com Financiamento Imobiliário e Pacto Adjeto de Alienação Fiduciária em Garantia pelo Sistema Financeiro da Habitação – SFH e outras avenças, datado de 08 de FEVEREIRO de 2018, firmado entre os Requerentes e a Requerida CDHU, inerente à unidade habitacional localizada no Conjunto Habita-*

Acesso ao Sumário

cional Honório Amadeu, até a entrega de um novo imóvel ou da ocorrência do trânsito em julgado em caso de improcedência, com a retomada da cobrança das citadas parcelas, no estado em que se encontram atualmente, quando do término dos efeitos da tutela provisória;"

"A2) Alternativamente, em caso de indeferimento do contido no item anterior, que seja concedida Tutela Provisória de Urgência para que a Autora passe a pagar a quantia mensal de R$ 956,21 (novecentos e cinquenta e seis reais e vinte e um centavos), com a atualização correta do índice de atualização, a título de prestação do financiamento habitacional;"

(...)

"C) Ao final da instrução seja proferida sentença de mérito, condenando a requerida solidariamente em:"

"C1) Entregar um novo imóvel residencial a autora, com as mesmas dimensões e disposições físicas, em local apropriado, livre dos vícios acima descritos, transferindo-se as disposições do Instrumento Particular de Venda e Compra de Imóvel com Financiamento Imobiliário e Pacto Adjeto de Alienação Fiduciária em Garantia pelo Sistema Financeiro da Habitação – SFH e outras avenças, datado de 08 de FEVEREIRO de 2018, firmando entre as partes, para esta nova unidade habitacional, nos termos do que dispõe o artigo 18, § 1º, I, do CDC, pela fundamentação acima apresentada;"

"C2) Que nos termos da fundamentação acima apresentada, a Autora seja reparada materialmente na quantia de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais);"

"C3) Que nos termos da fundamentação acima apresentada, a Autora seja reparada moralmente na quantia de R$ 20.000,00 (vinte mil reais;"

"C4) Seja julgada procedente a presente ação, para que se reconheça a ilegalidade da Requerida na atualização das parcelas do imóvel, devendo se confirmado como abusivos os valores cobrados em desfavor dos Requerentes em índice acima do que foi pactuado inicialmente..." (fls. 38/40).

Pleito decorre de contrato de compra e venda de imóvel de **natureza privada**. Demanda, como se vê, **não** envolve bem público, a afastar a competência da **Eg. Seção de Direito Público**.

Daí a aplicação do **art. 5º, § 3º, da Resolução nº 623/2013**:

"Art. 5º. A Seção de Direito Privado, formada por 19 (dezenove) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por *2 (duas) Câmaras, em ordem sucessiva, é constituída por 38 (trinta e oito) Câma-*

Acesso ao Sumário

ras, também numeradas ordinalmente, e subdividida em 3 (três) Subseções, assim distribuídas:"

"§ 3º Serão da competência comum das Subseções de Direito Privado ***ações relativas a compromisso de compra e venda****, cessão, promessa de cessão de direitos de compromissos e todos os demais feitos que,* ***regidos pelo Direito Privado, não sejam da competência recursal de outras Seções do Tribunal de Justiça*** *...* (grifei).

Nada justifica a competência da **Seção de Direito Público** para examinar a matéria. **Irrelevante**, ressalte-se, figurar como parte a Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo – CDHU e o Município de Jales, esse aliás, incluído posteriormente no polo passivo da ação, apenas em razão de convênio celebrado com a CDHU para doação do imóvel em que construídas as moradias.

Nesse sentido o entendimento deste **Col. Órgão Especial** quanto à matéria:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Obrigação de fazer cc indenização por danos materiais e morais em face da Companhia de Desenvolvimento Urbano do Estado de São Paulo CDHU e Município de Fernandópolis. ***Imóvel adquirido pelos apelantes com vícios de construção****. Competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial.* ***Relação que ostenta natureza jurídica privada, independentemente da natureza jurídica das partes litigantes, pois o que aqui se discute é matéria de responsabilidade civil contratual, nos termos do artigo 5º, I.25, da Resolução 623/13. CDHU que é uma sociedade de economia mista, pessoa jurídica de direito privado, com autonomia financeira e orçamento próprio, não ostentando, pois os privilégios próprios das pessoas de direito público, como foro privilegiado****. Conflito procedente, competente a C. Câmara suscitante, 10ª Câmara de Direito Privado."* (destaquei e grifei – CC nº 0.007.659-31.2021.8.26.0000 – v.u. j. de 17.03.21 – Rel. Des. **XAVIER DE AQUINO**).

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Ação de indenização por danos materiais e morais em face da Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo (CDHU), responsável pela construção e pelo financiamento de moradias populares voltadas a pessoas de baixa renda – ***Supostos vícios construtivos no imóvel*** *–* ***Controvérsia entre pessoa física e sociedade de economia mista com personalidade jurídica de direito privado – Convênio firmado com o Município de Cabrália Paulista suscitado apenas de forma reflexa*** *–* ***Relação jurídica de direito material estabelecida entre particulares,*** *envolvendo interesse eminentemente privado – Competência que se firma*

*pelos termos do pedido inicial (art. 103 do RITJSP) – **Matéria afeta à Primeira Subseção de Direito Privado** – Inteligência do artigo 5º, Inciso I, Item I.25, da Resolução nº 623/2013 do Órgão Especial – Precedentes – Conflito procedente, reconhecida a competência da Câmara suscitada."* (destaquei e grifei – CC nº 0.046.259-58.2020.8.26.0000 – v.u. j. de 17.02.21 – Rel. Des. **RENATO SARTORELLI**).

*"Conflito negativo de competência. **Ação indenizatória por danos materiais e morais fundada em vícios construtivos em bem imóvel de responsabilidade alegada da CDHU**. **Relação contratual mantida entre particulares, ausente litígio de competência da Seção de Direito Público**. Conflito procedente, reconhecida a competência da Câmara Suscitada, 6ª Câmara de Direito Privado."* (destaquei e grifei – CC nº 0.033.718-90.2020.8.26.0000 – v.u. j. de 11.11.20 – Rel. Des. **SOARES LEVADA**).

Daí firmar a competência da **Eg. 6ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal de Justiça** para apreciar e julgar o presente recurso.

Mais não é preciso acrescentar.

3. Julgo procedente o conflito e competente a suscitada Eg. 6ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal de Justiça.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0015964-33.2023.8.26.0000, da Comarca de Santana de Parnaíba, em que é suscitante 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, é suscitada 6ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 6ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. RICARDO ANAFE E DAMIÃO COGAN. JULGAMENTO PRESIDIDO PELO EXMO. SR. DES. GUILHERME G. STRENGER.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.117)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME G. STRENGER (Presidente), FIGUEIREDO GONÇALVES, XAVIER DE AQUINO, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, RICARDO DIP, JAMES SIANO,

Acesso ao Sumário

COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE e TASSO DUARTE DE MELO.

São Paulo, 21 de junho de 2023.

SILVIA ROCHA, Relatora

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Ação demolitória – Loteamento – Alegação de descumprimento, pelos réus, de regras estabelecidas pela associação autora – Competência em razão da matéria, que se firma pelo pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la (RITJ, art. 103) – Inexistência de pedido envolvendo o uso ou ocupação de bem público – Relação jurídica de direito privado – Matéria inserida na competência das Câmaras entre a 1ª e a 10ª da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça (art. 5º, I.21, da Resolução nº 623/2013) – Competência da 6ª Câmara da Seção de Direito Privado – Conflito de competência procedente.

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado pela Colenda 13ª Câmara da Seção de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça, figurando como suscitada a Colenda 6ª Câmara da Seção de Direito Privado (fls. 393/399), em apelação interposta pelos réus A.U.S. e C.B.C.U., em face da autora, a Associação (...) Residencial 3.

A apelação objetiva a reforma da sentença que julgou procedente o pedido inicial de ação demolitória, processo nº (...), para determinar "ao réu que, em 30 (trinta) dias úteis, proceda à demolição do *deck* construído em desconformidade com o regulamento da autora e legislação municipal, conforme descrito na inicial, sob pena de multa diária de R$ 200,00 (duzentos reais) limitada a R$ 10.000,00 (dez mil reais).", bem como julgou improcedente o pedido reconvencional, imputando aos réus os ônus da sucumbência (fls. 303/307 e 315).

O apelo foi distribuído, por prevenção, à C. 30ª Câmara da Seção de Direito Privado deste E. Tribunal de Justiça (fl. 363), que declinou da sua competência, porque "a discussão em tela não discute direito de vizinhança, versando sobre loteamento, matéria cujo julgamento compete à Primeira Subseção de Direito Privado, conforme prescreve o item I.21 do artigo 5º da Resolução

Acesso ao Sumário

623/2013 do Órgão Especial deste Tribunal." (fls. 366/371).

O recurso foi, então, redistribuído à C. 6ª Câmara da Seção de Direito Privado (fl. 374), que também declinou da sua competência, afirmando ser "incontroverso que a construção reputada irregular está localizada em área pública (sob o domínio útil da Municipalidade de Santana do Parnaíba – pág. 256), o que foi, inclusive, confirmado pelo I. Perito (pág. 272). Tratando-se, portanto, de discussão afeta ao **uso e ocupação de bem público**, a competência preferencial para julgamento deste recurso é de uma das Câmaras da Seção de Direito Público (1ª a 13ª), conforme dispõe o artigo 3º, inciso I.7a da Resolução nº 623/2013 do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo (...)" (fls. 385/389; negrito no original).

O apelo foi, mais uma vez, redistribuído, desta vez à C. 13ª Câmara da Seção de Direito Público (fl. 392), que suscitou este conflito de competência, observando que, "como regra, a divisão de competência entre os órgãos fracionários do Tribunal de Justiça não é determinada pela qualidade da parte, ou, pelo fundamento da ação, ou da defesa, mas pela matéria da qual é extraído o pedido. No caso, respeitado entendimento diverso, a matéria não envolve discussão sobre bem público, mas, sim, o descumprimento de regras estabelecidas pela Associação (...) Residencial 3, no tocante aos limites de construção, ou seja, relação entre particulares. (...) Importa frisar que a pretensão não se funda em vínculo jurídico de Direito Público, mas, em obrigações irradiadas de relação privada (descumprimento de regras de construção estabelecidas pela Associação). Em assim sendo, a competência recursal, nos moldes do transcrito artigo 5ª da Resolução TJSP nº 623/2013, é da Colenda Primeira Subseção de Direito Privado." (fls. 393/399).

Dispensada a intervenção da Procuradoria Geral de Justiça, nos termos do art. 202 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça e do art. 951 e parágrafo único do Código de Processo Civil, ausentes as hipóteses do art. 178 do mesmo Código.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

De acordo com o art. 103 do Regimento Interno deste 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 mesmo sentido, o Eg. Superior Tribunal de Justiça já decidiu que "a definição da competência para julgamento da demanda está adstrita à natureza jurídica da lide, definida em função do pedido e da causa de pedir" (Conflito de Competência nº 108.138/SC, STJ, 2ª Seção, Relatora Ministra Nancy Andrighi, j. 25.8.10).

Trata-se de competência em razão da matéria, de natureza absoluta, não sendo relevante para a solução da controvérsia a qualidade das partes envolvidas na demanda.

O recurso, como dito, foi tirado contra sentença proferida em ação demolitória, movida pela Associação (...) Residencial 3 contra A.U.S. e C.B.C.U.

De acordo com a inicial da ação, o réu é "possuidor do domínio útil do lote nº (...) da quadra nº (...), administrado pela autora (...); obriga-se, enquanto associado, a seguir as normas regulamentares aprovadas em assembleia pela Autora, entre as quais as limitadoras do direito de construir.". Diz a autora ter constatado que ele havia "construído um *deck* de madeira sobre estrutura metálica, sem observância aos limites estatuídos, o qual culminou por invadir área pública", tratando-se, pois, "de construção irregular, perpetrada em notável afronta a dispositivos legais e regulamentos impostos pela municipalidade e pela associação autora visando ao bem estar geral.". Por tais motivos foi proposta a demanda, objetivando a condenação do réu "à demolição do *deck* construído em desconformidade com o regulamento interno da Associação e Lei municipal" (fl. 5).

O pedido inicial, como visto, é de demolição de obra privada, construída em desrespeito às normas da associação autora, nada relevando, para o caso, o fato de a inicial se referir a suposta "invasão de área pública" pela construção, porque o que se discute na ação, essencialmente, é apenas a inobservância, pelos réus, do regulamento do loteamento e das posturas municipais, ao executar a sua obra.

Trata-se de demanda entre particulares, envolvendo apenas relação jurídica de direito privado, cuja competência recursal toca a uma das Câmaras da 1ª Subseção da Seção de Direito Privado, competentes para o julgamento das "Ações relativas a loteamentos e a localização de lotes, salvo o disposto nos itens I.12 do art. 3º e II do art. 4º, ambos desta Resolução", conforme o artigo 5º, I.21, da Resolução nº 623/2013 – com a redação dada pela Resolução nº 785/2017 –, deste C. Órgão Especial.

De se ver, ainda, que o caso concreto não alcança as exceções contidas nos itens "I.12 do art. 3º" ("Ações relativas a loteamentos que digam respeito a controle e cumprimento de atos administrativos em aprovação ou entrega de obras de infraestrutura e a regularização de parcelamento do solo urbano que interfira no sistema viário público ou na infraestrutura urbana básica") e "II do art. 4º" ("Ações em que houver imposição de penalidades administrativas pelo Poder Público e aquelas relativas a cumprimento de medidas tidas como necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos provocados pela degradação da qualidade ambiental (Lei nº 6.938/1981, art. 14, 'caput' e §§ 1º a 3º)."), ambos da Resolução nº 623/2013, de modo que a demanda não se encaixa na competência da Seção de Direito Público deste Eg. Tribunal.

Não custa observar, ademais, que a pretensão inicial é a de que os réus sejam compelidos a cumprir as normas que regem o loteamento administrado pela associação autora, dentre elas as limitadoras do direito de construir, de for-

ma que o pedido abrange normas específicas do loteamento, não diz respeito a direitos de vizinhança, o que afasta, também, a competência da C. 30ª Câmara da Seção de Direito Privado deste E. Tribunal de Justiça, a quem o apelo foi inicialmente distribuído, e o que não se discute no presente Conflito.

A propósito, tratando de conflito de competência entre Câmaras de Direito Privado deste Tribunal, envolvendo discussão sobre normas de loteamento, o C. Grupo Especial da Seção do Direito Privado já decidiu:

> "Conflito de competência – ação de obrigação de fazer – pretensão, com base na Lei nº 6.766/79, ao arruamento contíguo ao perímetro do imóvel vizinho, loteamento da corré – distribuição do feito à 7ª Câmara de Direito Privado, que suscitou o conflito – alegação de que a matéria se refere a direito de vizinhança – pretensão deduzida com base na Lei nº 6.766/79 – regularização de loteamento urbano – matéria afeta à 1ª Subseção de Direito Privado – inteligência art. 5º, I.21 da Resolução 653/13 deste Tribunal – conflito de competência julgado procedente, reconhecida a competência da 7ª Câmara de Direito Privado para julgar o recurso." (TJSP; Conflito de competência cível 0012039-63.2022.8.26.0000; Relator: Coutinho de Arruda; Órgão Julgador: Grupo Especial da Seção do Direito Privado; Foro de Presidente Prudente – 5ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 15/12/2022; Data de Registro: 19/12/2022)

> "Conflito de competência. Ação de nunciação de obra nova. Alegação de descumprimento do estatuto, com pretensão do réu a dar destino diverso à finalidade exclusivamente residencial do loteamento. Polo ativo composto por ente que se denomina 'condomínio', mas que não alcançou sua constituição, sendo considerado pela Corte associação de moradores para administração de loteamento fechado. Competência atribuída às Câmaras que integram a Subseção de Direito Privado I desta Corte, nos termos do artigo 5º, I.21, da Resolução 623/2013. Conflito procedente, declarada a competência da Câmara suscitada." (TJSP; Conflito de competência cível 0016245-57.2021.8.26.0000; Relator: Araldo Telles; Órgão Julgador: Grupo Especial da Seção do Direito Privado; Foro de Ribeirão Preto – 10ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/06/2021; Data de Registro: 29/06/2021)

Acesso ao Sumário

Em suma, competente para o julgamento do apelo é a suscitada, a C. 6ª Câmara da Seção de Direito Privado.

Diante do exposto, julgo procedente o conflito de competência, para fixar a competência da suscitada, a C. 6ª Câmara da Seção de Direito Privado deste Tribunal, para processamento e julgamento da apelação.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 0003815-05.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é requerente M.V.V., é requerido MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NÃO CONHECERAM DA ORDEM, COM DETERMINAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50.546)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, RICARDO DIP, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, FIGUEIREDO GONÇALVES, MELO BUENO, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO e VIANNA COTRIM.

São Paulo, 14 de junho de 2023.

FÁBIO GOUVÊA, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS*. Inquérito policial em que se apura eventuais crimes de lavagem de dinheiro e de ocultação de bens, direitos e valores supostamente praticados por Agente Fiscal de Rendas e não apurados devidamente pela competente Corregedoria, da qual o paciente é Ex-Corregedor Geral. Pedido de trancamento do inquérito por falta de justa causa. Remessa dos autos ao segundo grau, tendo em vista que a instauração do inquérito se deu por requisição de Promotor de Justiça. Competência de uma das Câmaras da Seção de Direito Criminal e não deste C. Órgão Especial, nos termos dos arts. 13, I, "a" e 247 do Regimento Interno deste E. TJSP. Precedentes. *Habeas corpus* não conhecido, com determinação de remessa a uma das Câmaras da Seção de Direito Criminal.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de pedido de trancamento, por falta de justa causa, do inquérito policial (...), recebido como *habeas corpus* impetrado por Sergio Ricardo dos Reis e Samuel Alves de Melo Junior em favor de M.V.V.

Deduzido o pleito no bojo do inquérito (fls. 3323/3333), o juízo de primeiro grau reconheceu sua incompetência, por se tratar de impetração contra o comando imperativo do Promotor de Justiça que requisitou a instauração do inquérito, e determinou a remessa dos autos ao segundo grau de jurisdição.

Realizada a distribuição a este C. Órgão Especial (fl. 3674) e ausente pedido liminar, foram determinadas a autuação como *habeas corpus* e a vinda de informações e de parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, a qual manifestou-se pela redistribuição do *writ* a uma das Câmaras de Direito Criminal.

É o relatório.

O presente *habeas corpus* visa ao trancamento, por falta de justa causa, do inquérito (...) quanto ao paciente M.V.V.

Uma vez que o referido procedimento investigativo foi instaurado por requisição de Promotor de Justiça, o juízo *a quo* considerou-se incompetente para apreciar o pleito, determinando a remessa dos autos ao segundo grau de jurisdição.

Sem especificação de motivo, a remessa foi feita a este C. Órgão Especial (fl. 3674).

Pois bem. Compulsando os autos, verifica-se se tratar de um inquérito policial, instaurado para apurar eventuais delitos de lavagem de dinheiro e de ocultação de bens, direitos e valores que podem ter sido praticados por um Agente Fiscal de Rendas, inclusive sob a suspeita de que a CORFISP (Corregedoria da Fiscalização Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo), por seus Ex-Corregedores e pelo paciente, Ex-Corregedor Geral, teria arquivado indevidamente o respectivo procedimento apuratório de irregularidades na evolução patrimonial do referido Agente Fiscal.

Acesso ao Sumário

Nesse cenário, não se verifica dentre os investigados nenhuma autoridade com prerrogativa de foro neste C. Órgão Especial, sendo certo ainda que a única razão de remessa dos autos ao segundo grau de jurisdição foi o fato de o inquérito ter sido instaurado por requisição de Promotor de Justiça.

Logo, conforme bem pontuado pela douta Procuradoria Geral de Justiça, *"não consta notícia de envolvimento de qualquer autoridade com prerrogativa de foro perante este C. Órgão Especial do Tribunal de Justiça. A requisição de instauração de inquérito policial por membro do Ministério Público tem o condão de conduzir a competência para controle de seu ato ao Tribunal de Justiça, mas na esfera das Câmaras Criminais com competência para apreciar os próprios fatos sob investigação nos autos do inquérito policial instaurado. No*

Órgão Especial são apreciadas condutas atribuíveis a Membros do Ministério Público em instância originária que possam assumir contornos criminais, nos termos do artigo 13, I, 'a' do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. O controle da legalidade de atos próprios da atuação funcional ligada ao exercício de atividade fim do Ministério Público, como é o caso de requisição de instauração de inquérito policial, não atrai a competência para este Colegiado" (fl. 3682).

É exatamente o que se extrai da leitura conjugada dos arts. 13, I, "a", e 247, do Regimento Interno deste E. TJSP:

> Art. 13. Compete ao Órgão Especial:
>
> I – processar e julgar, originariamente:
>
> a) as **autoridades** e matérias cometidas ao Tribunal de Justiça pelas Constituições Federal, do Estado de São Paulo e legislação aplicável, **ressalvada a competência de órgão fracionário;**
>
> (...)
>
> Art. 247. Compete às Câmaras Civis e Criminais, conforme a natureza da matéria, processar e julgar os **habeas corpus** impetrados **contra atos de** juízes de primeira instância, **membros do Ministério Público** e outras autoridades, ressalvada a competência do Órgão Especial. (destaques não originais)

Nesse sentido é também a jurisprudência deste C. Órgão Especial:

> Habeas corpus – Impetração contra atos praticados por Promotor de Justiça e pelo Procurador-Geral de Justiça – Recusa ministerial de oferecimento de acordo de não persecução penal – Incompetência do Órgão Especial para análise do "writ" em relação à primeira autoridade coatora, conforme arts. 74, IV, da CE e 247 do RITJSP – (...) Habeas corpus não conhecido em relação à primeira autoridade coatora e, no que tange à segunda, denegada a ordem. (TJSP; Habeas Corpus Criminal 2183823-74.2022.8.26.0000; Rel. Des. Luciana Bresciani; Órgão Julgador: Órgão Especial j. 14/09/2022)
>
> Habeas Corpus. Impetração visando à suspensão da oitiva dos pacientes em sede policial, bem como o trancamento de inquérito policial instaurado por requisição do Promotor de Justiça – Matéria que, considerada a função do impetrado, não se insere na competência do Órgão Especial e, sim, da Seção de Direito Criminal – Inteligência do art. 247, do Regimento Interno – Precedentes do C. Órgão Especial. Determinação de remessa dos autos a uma das Câmaras da E. Seção de Direito Criminal. Habeas Corpus não conhecido. (TJSP; Habeas Corpus Criminal 0140030-37.2013.8.26.0000; Rel. Des. Zélia Maria Antunes Alves; Órgão Julgador: Órgão Especial; j. 26/03/2014)
>
> Habeas corpus – Pleito de trancamento de inquérito versando delito fiscal, instaurado por requisição de promotor de justiça – Incompetência do Órgão Especial para o deslinde da pendência – Inteligência do art.

Acesso ao Sumário

74 da CE e do art. 247 do RITJ – "Writ" não conhecido. (TJSP; Habeas Corpus Cível 9029563-71.2009.8.26.0000; Rel. Des. Ivan Sartori; Órgão Especial; j. 18/11/2009; Data de Registro: 05/04/2010)

Assim, verifica-se que o ato impugnado não se sujeita à competência deste C. Órgão Especial.

Por esses motivos, meu voto não conhece do *habeas corpus* e determina sua distribuição a uma das Câmaras da Seção de Direito Criminal.

Inquéritos Policiais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Inquérito Policial nº 0005145-37.2023.8.26.0000, da Comarca de Santo André, em que é indiciado ORLANDO MORANDO JUNIOR (PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO).

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 43.744)**

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, SILVIA ROCHA, FIGUEIREDO GONÇALVES, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE e LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 10 de maio de 2023.

ELCIO TRUJILLO, Relator

Ementa: INQUÉRITO POLICIAL – Imputação de crime de peculato – Suposta contratação de "funcionários fantasmas" – Repasse dos rendimentos salariais para terceira pessoa para fins de constituição

Acesso ao Sumário

de fundo eleitoral em financiamento de candidatura – Ausência de elementos para deflagração de investigação em face da I. Deputada Estadual – Arquivamento proposto e requerido 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 inquérito policial instaurado, por portaria, diante de requisição da 3ª Promotoria de Justiça de Santo André, para apuração de representação sigilosa ofertada na Sala de Atendimento ao Cidadão do Ministério Público Federal, em São Bernardo do Campo/SP, noticiando a suposta prática do crime de peculato pela Deputada Estadual **CARLA MORANDO** (fls. 1/7).

Segundo o representante, em meados de 2018, houve nomeação de "funcionários fantasmas" pelo então Secretário da Saúde Geraldo Reple Sobrinho para ocuparem cargos comissionados na Fundação do ABC, que recebe repasse do Sistema Único de Saúde (SUS) e está localizada na cidade de Santo André/SP.

Indicou o representante, ainda, que os salários desses funcionários seriam repassados a um intermediário chamado "Wilson" e, posteriormente, empregados na constituição de fundo eleitoral para financiamento da candidatura de **CARLA MORANDO**, esposa do Prefeito de São Bernardo do Campo/SP, **ORLANDO MORANDO**, e reeleita para o cargo de Deputada Estadual de São Paulo (fls. 5/7). Apontou, ainda, descumprimento à Lei de Acesso à Informação, dificultando o "controle social" dos atos administrativos praticados pela "Fundação ABC" (fls. 37/38).

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 hipótese do art. 18, do Código de Processo Penal (fls. 205/214).

É o relatório.

Representação apresentada em face da Sra. **CARLA MORANDO**, ocupante do cargo de Deputada Estadual junto a Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo.

Pois bem.

Conforme indicado pelo I. Procurador de Justiça (fls. 213):

"[...]

Acesso ao Sumário

Tendo vista a insuficiência de elementos capazes de demonstrar as supostas irregularidades imputadas à Deputada Estadual, bem como diante da fiscalização exercida pela Promotoria de Justiça local na defesa dos interesses difusos e coletivos bem como os esforços encetados para que a Fundação do ABC adote providências para 'evitar desvios fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública' (fls. 90), não há como aquiescer a narrativa do representante que, nas duas oportunidades em que foi instado a complementar seu vago discurso, nem sequer se manifestou (fls. 60, 64 e 100).

Diante de todo o exposto, esta Procuradoria-Geral de Justiça requer o ***ARQUIVAMENTO*** *da presente representação, com a ressalva do 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 arquiva*mento 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 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 arquivamen-

Acesso ao Sumário

to 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, de se determinar o pronto **ARQUIVAMENTO** da representação, nos termos do art. 3º, inciso I[1], da Lei nº 8.038/90, encaminhando-se cópia da decisão à representada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Inquérito Policial nº 0002768-30.2022.8.26.0000, da Comarca de São Simão, em que são investigados (...) (DEPUTADO ESTADUAL) e (...).

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DECLINARAM DA COMPETÊNCIA DESTE COLENDO ÓRGÃO ESPECIAL, COM DETERMINAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50.169)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO e CAMPOS MELLO.

São Paulo, 17 de maio de 2023.

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;"*

VIANNA COTRIM, Relator

Ementa: Inquérito policial contra Deputado Estadual – Autos remetidos ao C. Órgão Especial em decorrência da existência de foro por prerrogativa de função – Inteligência dos artigos 74, inciso I, da Constituição Paulista e 13, inciso I, alínea "a", do Regimento Interno deste Tribunal – Deputado que não foi reeleito – Fim do mandato – Devolução dos autos ao Juízo de primeiro grau – Necessidade – Precedentes – Apensamento do presente procedimento investigatório à medida cautelar n.º (...) – Remessa determinada.

VOTO

Trata-se de Procedimento Investigatório Criminal conduzido pela d. Procuradoria-Geral de Justiça em face de (...) (Deputado Estadual), visando a apuração de crimes contra a Administração Pública supostamente ocorridos no gabinete de trabalho ocupado pelo Deputado junto à Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo.

Consoante se extrai dos documentos acostados aos autos, originalmente foi instaurado inquérito policial para apuração do crime previsto no artigo 158 do Código Penal ("constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa"), supostamente praticado por (...) contra (...) a pedido de (...).

As investigações, entretanto, apontaram que (...) e seu irmão (...) exerceram cargo em comissão no gabinete do Deputado (...) no lugar de seu pai, (...), cujos direitos políticos encontram-se suspensos em razão de condenação decorrente de infração ao artigo 89, *caput*, da Lei 8.666/03, vigente à época dos fatos, repassando o salário por eles recebidos a (...), que jamais teria ocupado oficialmente qualquer cargo no gabinete do mencionado Deputado.

Acesso ao Sumário

Visando apurar o envolvimento do Deputado (...) mediante retorno (direto ou indireto) dos valores recebidos pelos funcionários a título de salário, os autos foram remetidos a este E. Tribunal de Justiça, procedendo-se, então, a colheita de prova documental e a instauração de pedido de quebra de sigilo bancário, telefônico e telemático dos supostos envolvidos (processo n.º (...)).

Após o período de instrução, a d. Procuradoria de Justiça foi intimada a esclarecer o fato de que o investigado (...) não teria sido reeleito para o cargo de Deputado Estadual junto à ALESP na legislatura de 2023-2027, pleiteando, então, o Ministério Público o apensamento do presente procedimento investigató-

rio à medida cautelar n.º (...), com a remessa dos autos à Vara Judicial de (...)/SP.

É o relatório.

Com efeito, o artigo 13, inciso I, alínea "a", do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça, estabeleceu que compete ao Órgão Especial processar e julgar, originariamente, "as autoridades e matérias cometidas ao Tribunal de Justiça pelas Constituições Federal, do Estado de São Paulo e legislação aplicável, ressalvada a competência de órgão fracionário".

A Constituição Bandeirante, por sua vez, prevê em seu artigo 74, inciso I, que compete ao Tribunal de Justiça processar e julgar originariamente, "nas infrações penais comuns, o Vice-Governador, os Secretários de Estado, os Deputados Estaduais, o Procurador-Geral de Justiça, o Procurador-Geral do Estado e os Prefeitos Municipais" (grifei).

No caso, os fatos envolvendo (...) ocorreram durante o período em que exercia o cargo de Deputado Estadual; entretanto, ao não se reeleger para a legislatura de 2023-2027, encerrou-se seu mandato, cessando, consequentemente, o foro privilegiado de que gozava à época em que iniciado o presente procedimento investigatório.

Cumpre ressaltar que o foro especial por prerrogativa de função, longe de representar um privilégio pessoal, é destinado a assegurar a independência e o livre exercício de determinados cargos e funções. Assim, com o término do mandato eletivo, cessa o direito ao foro por prerrogativa de função, encerrando-se, daí, a competência deste C. Órgão Especial tanto para o julgamento do ex-deputado (...) como para o processamento deste procedimento investigatório, até porque os demais investigados também não possuem foro privilegiado.

Destaco, a propósito, precedentes deste C. Órgão Especial:

> "PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO CRIMINAL. PIC. Deputado Estadual. Foro por prerrogativa de função. Exegese do art. 74, inc. I, da CE e do art. 13, inc. I, a, do RITJSP. Fim do mandato. Remessa dos autos ao Juízo de primeiro grau. Necessidade. STF, QO na AP 937-RJ. Doutrina. Precedentes deste C. Órgão Especial. Competência declinada, com determinação" (Procedimento Investigatório Criminal (PIC-MP) n.º 2127978-57.2022.8.26.0000; Rel. Des. Tasso Duarte de Melo; j. 19/04/2023).
>
> "Ação penal – Crime de peculato atribuído a Deputado Estadual e sua Assessora Parlamentar – Denúncia oferecida para imputação dos denunciados como incursos no Artigo 312, 'caput' c.c. Artigo 327, § 2º, por vinte e seis vezes, na forma dos Artigos 29, 'caput' e 71, 'caput', todos do Código Penal – Réu que exercia mandato como Deputado Estadual e foi eleito, diplomado e empossado no cargo de Deputado Federal – Cessada a competência deste Colendo Órgão Especial para processamento e julgamento da presente ação penal, em razão da ausência de foro

Acesso ao Sumário

privilegiado do parlamentar ora réu – Pretensão à remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal – Não acolhimento – Incidência da tese fixada no julgamento da AP 937 QO pelo Supremo Tribunal Federal – Fatos ocorridos no exercício do mandato de Deputado Estadual – Crimes aqui apurados que não possuem nenhuma conexão com o novo cargo, porquanto praticados antes da eleição e da posse no cargo de Deputado Federal – Determinação de remessa dos autos ao Primeiro Grau de Jurisdição (uma das Varas Criminais da Capital) – Competência declinada, com determinação" (Ação Penal n.º 2085116-71.2022.8.26.0000; Rel. Des. Marcia Dalla Déa Barone; j. 29/03/2023).

"Inquérito Policial instaurado contra Deputado Estadual para apuração de suposto cometimento dos crimes de invasão de domicílio e constrangimento ilegal. Investigado que foi eleito Deputado Federal e, portanto, não conta mais com foro especial no Órgão Especial deste Tribunal de Justiça. Caso, portanto, de declinar da competência em favor da Comarca de Itapira-SP, onde os fatos ocorreram, com a remessa dos autos, para prosseguimento da presente investigação" (Inquérito Policial n.º 0018733-82.2021.8.26.0000; Rel. Des. Aroldo Viotti; j. 15/03/2023).

"INQUÉRITO POLICIAL Deputados Estaduais. Investigação realizada no IP nº 74/2015 onde colhidos indícios probatórios de participação de Deputados Estaduais, através de seus assessores políticos, em esquema criminoso relacionado à obtenção de emendas parlamentares destinando verbas do Estado de São Paulo a aquisição de equipamentos hospitalares e medicamentos para a Sociedade Beneficente São Francisco de Assis de Tupã – Hospital São Francisco. Aplicação da tese fixada pela Suprema Corte no julgamento da questão de ordem na AP nº 937 no sentido de que 'o foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas'. Investigados que perderam o foro privilegiado (não reeleição). Ausência de competência deste Colendo Órgão Especial. Competência declinada. Remessa do IP à Primeira Instância. Parecer da Douta Procuradoria Geral de Justiça acolhido, com determinação" (Inquérito Policial n.º 0023783-60.2019.8.26.0000; Rel. Des. Evaristo dos Santos; j. 11/11/2020).

Acesso ao Sumário

Logo, em razão da ausência de foro privilegiado dos investigados e cessada a competência deste C. Órgão Especial, afigura-se necessário o apensamento do presente procedimento investigatório à medida cautelar n.º (...), que trata da quebra do sigilo de dados dos envolvidos, remetendo-se os autos à Vara Judicial de (...), onde instaurado o inquérito policial originário, para o regular prosseguimento do feito.

Pelo exposto, por esses fundamentos, determino o apensamento do presente procedimento de investigação à medida cautelar n.º (...), remetendo-se os autos à Vara Judicial de (...).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Inquérito Policial nº 0029991-55.2022.8.26.0000, da Comarca de (...), em que é investigado (...) (DEPUTADO ESTADUAL).

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DECLINARAM DA COMPETÊNCIA DESTE COLENDO ÓRGÃO ESPECIAL, COM DETERMINAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 53.345)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, FIGUEIREDO GONÇALVES, MELO BUENO, CAMILO LÉLLIS, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, FERREIRA RODRIGUES, VICO MAÑAS e FRANCISCO CASCONI.

São Paulo, 31 de maio de 2023.

ADEMIR BENEDITO, Relator

Ementa: Inquérito Policial – Fatos apurados ocorridos quando o investigado era Deputado Estadual, cargo que não ocupa mais, em razão de sua eleição para Deputado Federal em outubro de 2022 – Declinação da competência deste Órgão Colegiado para apreciação do caso – Não encaminhamento dos autos ao E. Supremo Tribunal Federal – Julgamento da QO na AP nº 937, pelo STF – Crime apurado não possui qualquer vinculação ou relação com seu novo cargo, que teria sido praticado antes de sua eleição e posse como Deputado Federal – Remessa dos autos à primeira instância determinada – Incompetência deste C. Órgão Especial reconhecida.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de procedimento instaurado a partir de ofício encaminhado pelo MM. Juiz da 2ª Vara de (...), expedido nos autos da ação penal nº (...), porque os réus naquele processo criminal, em seus interrogatórios, imputaram ao Deputado Estadual (...) *"a prática de crime, em especial de concorrer, em diversas*

situações, para a prática de crime do art. 347 do Código Penal".

O D. Procurador de Justiça oficiante propôs a remessa dos autos a uma das Varas Criminais de (...), para prosseguimento do feito, tendo em vista a cessação da prerrogativa de foro do investigado (fls. 33/47).

É o breve relatório.

O foro por prerrogativa de função é imunidade formal concedida aos ocupantes de determinados cargos, a fim de garantir sua independência funcional e de evitar possíveis interferências indesejáveis no desempenho de suas funções.

Cuida-se de prerrogativa deferida pela Constituição Federal. No caso dos parlamentares, está prevista no § 1º do artigo 53, segundo o qual:

Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

§ 1º Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

E é o próprio texto constitucional que determina que as regras aplicáveis aos Deputados Estaduais devem observar simetria às relativas aos Deputados Federais:

Art. 27. O número de Deputados à Assembleia Legislativa corresponderá ao triplo da representação do Estado na Câmara dos Deputados e, atingido o número de trinta e seis, será acrescido de tantos quantos forem os Deputados Federais acima de doze.

§ 1º Será de quatro anos o mandato dos Deputados Estaduais, ***aplicando-se-lhes as regras desta Constituição sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas.***

Nessa esteira, assim prevê a Constituição do Estado de São Paulo:

Artigo 14. Os Deputados são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

§ 1º – Os Deputados, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Tribunal de Justiça.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça propôs a remessa dos autos à primeira instância para prosseguimento, tendo em vista que o então Deputado Estadual (...) foi eleito Deputado Federal no último pleito eleitoral. Atualmente ele se encontra licenciado do cargo, tendo assumido a função de Secretário Municipal (...) da cidade de (...).

Nesse passo, forçoso reconhecer que cessou a competência deste Órgão Especial para a apreciação e o julgamento do feito.

Com efeito, o D. Procurador de Justiça, Dr. Mario Antonio de Campos Tebet, assentou suas razões nos seguintes fundamentos:

Acesso ao Sumário

"(...) firmou-se o entendimento, pelo C. Supremo Tribunal Federal nos autos da QO da AP 937, de que 'o foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas', restringindo o foro por prerrogativa de função 'aos crimes cometidos em razão do ofício e que digam respeito estritamente ao desempenho daquele cargo'.

Nessa linha, argumenta Daniel Marchionatti que 'o atual entendimento do STF é de que o foro privilegiado não prevalece após o agente deixar o cargo, mesmo em relação a delitos ligados ao cargo' (Processo Penal contra Autoridades, Ed Gen Forense, 2019, pág. 71). E conclui que 'o entendimento fixado é de que, cessada a prerrogativa de foro, a competência retorna às instâncias ordinárias, salvo se já prolatado despacho abrindo prazo para o oferecimento de alegações finais' (Op. Cit. Pág. 72).

Assim, com a cessação do mandato de Deputado Estadual de (...), a questão não traria maiores dificuldades, não havendo qualquer dúvida sobre a necessidade de remessa dos autos para prosseguimento em primeira instância, uma vez cessada a causa da prerrogativa de foro".

Outrossim, resta evidente a ausência de competência deste Órgão Especial para processar e julgar o investigado, diante da cessação do mandato eletivo ensejador do foro por prerrogativa de função perante esta Corte.

Não se afigura razoável manter a prerrogativa de foro perante este C. Órgão Especial após a cessação da investidura do envolvido do cargo ensejador dessa garantia constitucional. Daí porque as investigações devem prosseguir perante a Vara Criminal de (...).

De outra parte, inobstante tenha sido o investigado eleito Deputado Federal, não há que se falar em remessa do feito ao E. Supremo Tribunal Federal, posto que o crime apurado não possui qualquer vinculação ou relação com seu novo cargo, e teria sido praticado antes de sua eleição e posse como Deputado Federal, de modo que não há prerrogativa daquele foro para a apreciação destes fatos.

Bem assim, e nos termos do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na QO na AP 937, afasta-se a competência do pretório excelso, em razão da inexistência de relação entre os supostos crimes e o exercício do atual mandato, o que acarreta, de fato, a remessa dos autos à primeira instância de jurisdição.

A propósito do tema, confira-se a ementa do citado precedente do E. Supremo Tribunal Federal:

"DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. QUESTÃO DE ORDEM EM AÇÃO PENAL. LIMITAÇÃO DO FORO POR PRERROGA-

Acesso ao Sumário

TIVA DE FUNÇÃO AOS CRIMES PRATICADOS NO CARGO E EM RAZÃO DELE. ESTABELECIMENTO DE MARCO TEMPORAL DE FIXAÇÃO DE COMPETÊNCIA.

I. Quanto ao sentido e alcance do foro por prerrogativa

1. O foro por prerrogativa de função, ou foro privilegiado, na interpretação até aqui adotada pelo Supremo Tribunal Federal, alcança todos os crimes de que são acusados os agentes públicos previstos no art. 102, I, b e c da Constituição, inclusive os praticados antes da investidura no cargo e os que não guardam qualquer relação com o seu exercício.

2. Impõe-se, todavia, a alteração desta linha de entendimento, para restringir o foro privilegiado aos crimes praticados no cargo e em razão do cargo. É que a prática atual não realiza adequadamente princípios constitucionais estruturantes, como igualdade e república, por impedir, em grande número de casos, a responsabilização de agentes públicos por crimes de naturezas diversas. Além disso, a falta de efetividade mínima do sistema penal, nesses casos, frustra valores constitucionais importantes, como a probidade e a moralidade administrativa.

3. Para assegurar que a prerrogativa de foro sirva ao seu papel constitucional de garantir o livre exercício das funções – e não ao fim ilegítimo de assegurar impunidade – é indispensável que haja relação de causalidade entre o crime imputado e o exercício do cargo. A experiência e as estatísticas revelam a manifesta disfuncionalidade do sistema, causando indignação à sociedade e trazendo desprestígio para o Supremo.

4. A orientação aqui preconizada encontra-se em harmonia com diversos precedentes do STF. De fato, o Tribunal adotou idêntica lógica ao condicionar a imunidade parlamentar material – i.e., a que os protege por suas opiniões, palavras e votos – à exigência de que a manifestação tivesse relação com o exercício do mandato. Ademais, em inúmeros casos, o STF realizou interpretação restritiva de suas competências constitucionais, para adequá-las às suas finalidades. Precedentes.

II. Quanto ao momento da fixação definitiva da competência do STF

5. A partir do final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais – do STF ou de qualquer outro órgão – não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo. A jurisprudência desta Corte admite a possibilidade de prorrogação de competências constitucionais quando necessária para preservar a efetividade e a racionalidade da prestação jurisdicional. Precedentes.

III. Conclusão

Acesso ao Sumário

6. Resolução da questão de ordem com a fixação das seguintes teses:

'(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo'.

7. Aplicação da nova linha interpretativa aos processos em curso. Ressalva de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo STF e demais juízos com base na jurisprudência anterior.

8. Como resultado, determinação de baixa da ação penal ao Juízo da 256ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro, em razão de o réu ter renunciado ao cargo de Deputado Federal e tendo em vista que a instrução processual já havia sido finalizada perante a 1ª instância" (STF, AP 937 QO, Relator: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/05/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-265 DIVULG 10-12-2018, PUBLIC 11-12-2018).

No mesmo sentido o posicionamento adotado por este C. Tribunal de Justiça:

"Representação Criminal – Eventual prática de crime contra a honra por Deputado Estadual – Cessação do mandato – Insubsistência de foro por prerrogativa de função – Princípio da simetria constitucional – Incompetência deste Órgão Colegiado para processar e julgar o caso – Julgamento da QO na AP nº 937-RJ, pelo STF – Competência declinada, com determinação" (TJSP; Representação Criminal/Notícia de Crime 0056017-66.2017.8.26.0000; Relator: Carlos Bueno; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 07/08/2019; Data de Registro: 12/08/2019).

E, ainda:

"COMPETÊNCIA – Medida preparatória de ação penal privada (art. 25 da Lei n. 5.250/67) – Secretário de Estado que se exonerou do cargo – Foro por prerrogativa de função que não prevalece se aquele contra quem foi instaurada a persecução não mais detém o oficio público cujo exercício representava o único fator de legitimação constitucional da competência originária – Interpelação que deve ser redistribuída a juízo criminal de primeira instância – Não conhecimento" (TJSP; Interpelação 9055326-11.2008.8.26.0000; Relator: Paulo Travain; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro Central Cível – São Paulo; Data do Julgamento: 03/06/2009; Data de Registro: 25/06/2009).

Destarte, adotando-se os bem lançados fundamentos do parecer ministerial como razão de decidir, declina-se da competência deste C. Órgão Especial para a apreciação da causa, determinando-se a remessa dos autos à primeira instância, para o regular prosseguimento do feito.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Criminal nº 2050197-22.2023.8.26.0000, da Comarca de Itu, em que é impetrante WILLIAN BRUNO CARVALHO RIBEIRO DE SÁ, é impetrado PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DENEGARAM A SEGURANÇA. V.U. SUSTENTOU ORALMENTE O ADV. DR. WILLIAM BRUNO CARVALHO RIBEIRO DE SÁ.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.102/2023)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, FIGUEIREDO GONÇALVES, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI e DÉCIO NOTARANGELI.

São Paulo, 3 de maio de 2023.

JARBAS GOMES, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. Ato Jurisdicional. Insurgência contra a decisão que aplicou ao impetrante a multa prevista no artigo 265 do Código de Processo Penal. Prazo. Decadência consumada, uma vez que a impetração ocorreu após o decurso de 120 dias, contados a partir do momento em que o impetrante teve ciência inequívoca da suposta ofensa ao direito afirmado na inicial (artigo 23 da Lei nº 12.016/2009). Pedido de reconsideração não tem o condão de interromper ou suspender o prazo decadencial. Exame da doutrina e da jurisprudência.

SEGURANÇA DENEGADA.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por *WILLIAN BRUNO CARVALHO RIBEIRO DE SÁ* contra ato do *EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO*, consubstanciado na aplicação de multa ao causídico, com fundamento no artigo 265 do Código de Processo Penal.

Em síntese, sustenta o impetrante: a) ausência de desídia profissional a justificar a imposição da sanção; b) presença dos requisitos autorizadores para concessão da liminar, de modo a suspender os efeitos do apontamento do protesto sobre ele lançado e sobrestar o procedimento de apuração de falta profissional. Requer, ao final, que seja concedida a ordem, com a confirmação da liminar.

Presentes as informações da autoridade apontada como coatora (fls. 26-28) e o parecer da D. Procuradoria-Geral de Justiça, que opinou pela denegação da ordem (fls. 33-37).

É o relatório.

Para que se possa visualizar com nitidez o cenário que culminou com a presente impetração, é imperioso sejam destacados os seguintes fatos:

– nos autos da ação penal nº 1500517-77.2022.8.26.0286, em **14 de setembro de 2022**, o impetrante, constituído pelo então apelante José Roberto Hernandes Camargo, foi regularmente intimado para apresentar as razões de recurso ou justificar sua impossibilidade de fazê-lo, deixando transcorrer *in albis* o prazo que lhe fora concedido (fl. 25);

– **em 5 de outubro de 2022**, foi intimado para justificar a não apresentação das razões ou apresentá-las, sob pena de caracterização de abandono processual e imposição de multa. Novamente, o impetrante não se manifestou (fl. 26);

– na decisão publicada **em 26 de outubro de 2022**, foi-lhe imposta multa de 10 (dez) salários-mínimos, por abandono do processo, nos termos do artigo 265, do Código de Processo Penal e determinou-se a intimação do apelante para constituir novo defensor (fl. 26);

– o impetrante, então, apresentou recurso de apelação, pugnando pela reconsideração da sanção;

– em **26 de outubro de 2022**, o Exmo. Sr. Des. Presidente da Seção de Direito Criminal tornou sem efeito a determinação para que o apelante fosse intimado para constituir novo patrono e manteve a aplicação da multa (fl. 10);

– contra o *decisum*, foi interposto agravo interno, cujo processamento foi indeferido em **7 de dezembro de 2022** (fls. 12-13);

– o impetrante, então, dirigiu o pedido de cancelamento da sanção à D. Des. Jucimara Esther de Lima Bueno, relatora da apelação, que não conheceu

Acesso ao Sumário

do pedido em **6 de fevereiro de 2023** (fls. 14-15);

- em **7 de março de 2023**, a presente impetração foi dirigida *"contra ato do i. Presidente da Seção Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que nos autos da Ação Penal nº 1500517-77.2022.8.26.0286, determinou multa de 10 (dez) salários mínimos por abandono de processo, mesmo estando o impetrante atuante nos autos"* (grafado como no original, fl. 01).

Pois bem.

Os fatos acima narrados revelam, não só a inconsistência da impetração, como também o exaurimento, há muito, do prazo decadencial de 120 dias (cento e vinte) dias, iniciado com a intimação do impetrante sobre a decisão que lhe impôs a multa (decisão proferida em 24.10.2022 e considerada publicada em 27.10.2022 – fls. 233-235 dos autos da ação penal); foi exatamente nesse momento em que se aperfeiçoou a suposta lesão ao direito líquido e certo invocado na inicial.

Eis o teor do artigo 23 da Lei nº 12.016/2009:

"O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado." (grifamos)

Essa é a orientação das Cortes Superiores:

Supremo Tribunal Federal

"O termo a quo para efeito de contagem do prazo decadencial para impetrar mandado de segurança é o da ciência pelo interessado da prática do ato inquinado de ilegal. O presente mandado de segurança fora impetrado mais de 10 (dez) dias após o término do prazo decadencial previsto no art. 23 da Lei nº 12.016/09."

(AgR no MS nº 31.385, 1ª T., rel. Min. Dias Toffoli, j. em 28.10.2014);

"O termo inicial do prazo decadencial relativo a mandado de segurança coincide com a data da ciência do ato atacado."

(MS nº 25.399, Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 15.10.2014);

"O termo inicial do prazo decadencial de cento e vinte (120) dias começa a fluir, para efeito de impetração do mandado de segurança, a partir da data em que o ato do Poder Público, formalmente divulgado no Diário Oficial, revela-se apto a gerar efeitos lesivos na esfera jurídica do interessado."

(ED no MS nº 29.108, Pleno, rel. Min. Celso de Mello, j. em 11.5.2011).

Superior Tribunal de Justiça

"Conforme jurisprudência desta Corte o termo inicial do prazo decadencial para impetração do mandado de segurança passa a fluir com a ciência inequívoca do ato que efetivamente se alega ter violado o direito líquido e certo do impetrante."

(AgInt no RMS nº 65.383/MT, 2ª T., rel. Min. Og Fernandes, j. em

31.5.2021);

"O termo a quo do prazo decadencial para impetração do Mandado de Segurança passa a fluir com a ciência inequívoca do ato que efetivamente se alega ter violado o direito líquido e certo da impetrante." (AgInt no REsp nº 1.586.124/SP, 1ª T., rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 15.6.2020);

"A jurisprudência desta Corte formou-se no sentido de que o marco inicial para a contagem do prazo decadencial para impetração do mandado de segurança deve coincidir com a data da ciência inequívoca do ato lesivo pelo interessado. Na hipótese, a petição inicial é inespecífica no que respeita ao ato coator, referindo-se genericamente a ato que manteve a penhora. A decisão que negou provimento à impugnação ao cumprimento de sentença é o primeiro ato que determinou a manutenção da penhora, tendo sido proferida 1 (um) ano antes da impetração do 'mandamus', quando já operada a decadência." (RMS nº 49.993/SC, 3ª T., rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 22.8.2017);

"É extemporâneo o mandado de segurança impetrado após o prazo de 120 (cento e vinte) dias previsto no art. 23 da Lei n. 12.016/2009. O ato apontado como coator foi publicado no Diário Oficial Eletrônico em 27/5/2014 e a impetração do mandado de segurança ocorreu em 17/12/2014. Inobservância ao prazo decadencial." (AgInt nos EDcl no RMS nº 49.971/SP, 2ª T., rel. Min. Francisco Falcão, j. em 7.3.2017).

Observa-se, ainda, que o pedido de reconsideração – apresentado pelo impetrante em 26.10.2022 – não tem o condão de interromper o prazo decadencial, tampouco a interposição do agravo interno ou o requerimento dirigido à D. Des. Relatora do apelo.

Com efeito, *"o prazo para impetrar mandado de segurança é de cento e vinte dias, **a contar da data em que o interessado tiver conhecimento oficial do ato a ser impugnado**. Este prazo é de decadência do direito à impetração, e, como tal, **não se suspende nem se interrompe desde que iniciado**"* (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 29ª ed. atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 55, destacamos).

Nesse sentido é a jurisprudência deste C. Órgão Especial em casos semelhantes:

"CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL – MANDADO DE SEGURANÇA – PROCESSO CRIMINAL – ADVOGADO DATIVO – ATO JUDICIAL – APLICAÇÃO DE MULTA POR ABANDONO PROCESSUAL (ART. 265 CPP) – PRAZO PARA IMPETRAÇÃO DE 120 DIAS – PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO QUE NÃO SUSPENDE OU INTERROMPE O PRAZO DECADENCIAL – DECADÊNCIA CONSUMADA.

Acesso ao Sumário

1. O prazo para impetração do mandado de segurança é de 120 dias da ciência do ato (art. 23 da Lei nº 12.016/2009), entendida esta como comunicação oficial, não estando sujeito a quaisquer causas de interrupção ou de suspensão, de tal sorte que a formulação de pedido de reconsideração não obsta o seu curso.

2. Aplicação a advogado dativo de multa por abandono processual, nos termos do art. 265 do Código de Processo Penal. Prazo decadencial que se inicia com a publicação da decisão judicial, sendo irrelevante a data de decisão posterior que aprecia pedido de reconsideração ou redução da multa. Precedentes. Decadência consumada. Segurança denegada".

(Mandado de Segurança nº 2116774-50.2021.8.26.0000, rel. Des. Décio Notarangeli, j. em 1.12.2021);

"AGRAVO REGIMENTAL – DECISÃO QUE RECONHECEU A DECADÊNCIA EM MANDADO DE SEGURANÇA – RECLAMO QUE NÃO OSTENTA FUNDADAS RAZÕES PARA ABALAR A CONVICÇÃO FORMADA – IRRELEVÂNCIA DA PENDÊNCIA DA ADI Nº 4398, PERANTE O C. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, TENDO POR OBJETO O ARTIGO 265 DO CPP, DISPOSITIVO QUE FUNDAMENTA O ATO APONTADO COMO COATOR – RECURSO IMPROVIDO".

(Agravo Interno nº 2158380-29.2019.8.26.0000/50000, rel. Des. Francisco Casconi, j. em 25.9.2019);

"MANDADO DE SEGURANÇA – IMPETRAÇÃO CONTRA ATO DO DESEMBARGADOR PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL QUE IMPÔS À ADVOGADA-IMPETRANTE PENA DE MULTA POR ABANDONO PROCESSUAL (ART. 265 DO CPP) – PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO QUE NÃO SUSPENDE OU INTERROMPE O PRAZO DECADENCIAL – ATO IMPUGNADO QUE TEVE APENAS O CONDÃO DE MANTER DECISÃO ANTERIOR DA EGRÉGIA PRESIDÊNCIA DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL – DECURSO DE MAIS DE 120 DIAS ENTRE A CIÊNCIA DO ATO ACOIMADO DE ILEGAL E A DATA DA IMPETRAÇÃO – DECADÊNCIA RECONHECIDA – PETIÇÃO INICIAL INDEFERIDA – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 23 DA LEI Nº LEI 12.016/2009 – SEGURANÇA DENEGADA".

"O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado". "O prazo para impetrar mandado de segurança é preclusivo e improrrogável, não se submetendo, em face de sua própria natureza jurídica, à incidência de quaisquer causas de interrupção ou de suspensão, de tal sorte que posterior pedido de reconsideração não obsta o seu curso".

(Mandado de Segurança nº 2007904-13.2018.8.26.0000, rel. Des. Renato Sartorelli, j. em 28.2.2018).

Destarte, superado o prazo decadencial, curial a denegação da ordem.

Isto posto, indefere-se a petição inicial, extinguindo-se o processo, com

Acesso ao Sumário

fundamento no artigo 487, inciso II, do Código de Processo Civil c.c. com o artigo 23 da Lei nº 12.016/2009.

Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, por força do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009, nem ao recolhimento de custas, ante a concessão da gratuidade ao impetrante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 2254513-31.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante EDILSON PEREIRA VAZ, é impetrado GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DENEGARAM A SEGURANÇA. V.U. SUSTENTOU ORALMENTE O ADV. DR. OTÁVIO RIBEIRO LIMA MAZIEIRO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 81.576)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, FIGUEIREDO GONÇALVES, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI e ADEMIR BENEDITO.

São Paulo, 3 de maio de 2023.

CAMPOS MELLO, Relator

Ementa: 1. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DO GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO. 2. DECISÃO PROFERIDA EM SEDE DE RECURSO HIERÁRQUICO, NÃO DOTADO DE EFEITO SUSPENSIVO. MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMISMO QUE NÃO INTERROMPE PRAZO DECADENCIAL. IMPETRAÇÃO QUANDO JÁ DECORRIDO O PRAZO PREVISTO NO ART. 23 DA LEI 12.016/2009. DECADÊNCIA CONFIGURADA. 3. ORDEM DENEGADA.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Edilson Pereira Vaz em face de ato praticado pelo Governador do Estado de São Paulo, consistente em negar provimento a recurso hierárquico interposto em processo administrativo disciplinar.

Alega o impetrante que o ato é ilegal, visto que houve nulidade na instrução do processo administrativo. Argumenta que houve violação à ampla defesa e ao contraditório. Sustenta que não restou demonstrada a prática de ato de improbidade administrativa. Além disso, entende que as alterações decorrentes da Lei 14.230/2021 não têm aplicação retroativa. Aduz que sua evolução patrimonial foi lícita. Pede a concessão da ordem.

Processou-se sem concessão da liminar, a autoridade impetrada prestou informações, e a Procuradoria-Geral e Justiça se manifestou pelo reconhecimento da decadência e pela denegação da ordem.

É o relatório.

A ordem deve ser denegada.

A primeira decisão da Administração, que aplicou a pena de demissão ao impetrante, foi proferida no dia 23.4.2021 e publicada no dia 24.4.2021 (cf. fls. 703/704), tendo sido interposto recurso (cf. fls. 713/727), ao qual foi negado provimento por decisão datada de 27.6.2022 e publicada em 28.6.2022 (cf. fls. 765), indicada pela impetrante como ato coator.

Nesse contexto, tendo em vista que o recurso interposto pelo impetrante não era dotado de efeito suspensivo (cf. art. 314 da Lei Estadual n. 10.261/1.968), ele é desinfluente no que diz respeito ao termo inicial do prazo decadencial para impetração do mandado de segurança. Desse modo, a parte que pretende o ajuizamento do writ deve fazê-lo com base no primeiro ato que poderia ter violado seu direito líquido e certo. Tanto é assim que, contrario sensu, não cabe o mandado de segurança quando a decisão administrativa possa ser impugnada por recurso dotado de efeito suspensivo (cf. art. 5º, I, da Lei 12.016/2009). Trata-se de situação análoga à da retratada Súmula 430 do STF, verbis: "*Pedido de reconsideração na via administrativa não interrompe o prazo para o mandado de segurança*".

Assim, como a presente ação foi impetrada em 24.10.2022, quando já decorridos mais de 120 dias do ato supostamente ilegal, restou configurada a decadência do direito ao mandado de segurança, nos termos do art. 23 da Lei 12.016/2009.

Nesse mesmo sentido tem decidido este Órgão Especial em hipóteses semelhantes: Mandado de Segurança Cível 2110660-95.2021.8.26.0000, Rel. Des. Moreira Viegas, j. 20/10/2021; Mandado de Segurança Cível 0045261-

90.2020.8.26.0000, Rel. Des. Damião Cogan, j. 29/09/2021; Mandado de Segurança Cível 2291187-76.2020.8.26.0000, Rel. Des. Cristina Zucchi, j. 30/06/2021; Mandado de Segurança Cível 2241521-09.2020.8.26.0000, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. 09/06/2021.

Pelo exposto, nos termos do art. 23, da Lei 12.016/2009 e do art. 487, II, do C.P.C, denego a ordem. Custas na forma da lei.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Criminal nº 2060619-56.2023.8.26.0000, da Comarca de Bauru, em que é impetrante C.R.S., é impetrado CORREGEDOR GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DENEGARAM A SEGURANÇA. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. FERNANDO TORRES GARCIA.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.106)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, FIGUEIREDO GONÇALVES, MELO BUENO, CAMILO LÉLLIS, GUILHERME G. STRENGER, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN e FERREIRA RODRIGUES.

São Paulo, 31 de maio de 2023.

VICO MAÑAS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – impetração contra decisão do Desembargador Corregedor Geral da Justiça que negou provimento a recurso inominado que pleiteava a transferência de sentenciado para outro estabelecimento prisional, sob o argumento de risco à suas integridades psicológica e física – preso já incluído em pavilhão adequado à preservação de sua segurança no próprio presídio em que cumpre pena – inexistência de prova pré-constituída acerca

de eventuais condições precárias do local – isolamento superior a 30 dias que não viola o disposto no art. 58 da LEP, uma vez que pleiteado pelo próprio detento para sua segurança, não constituindo, portanto, sanção pela prática de falta disciplinar – irrelevância da existência de registros de infrações disciplinares no prontuário do sentenciado – juízo de conveniência e oportunidade da transferência realizado pelo Magistrado competente (art. 86, § 3º, da LEP) – atendimento ao disposto no art. 84, § 4º, da LEP – inexistência de violação a direito líquido e certo – segurança denegada

VOTO

Trata-se de mandado de segurança, impetrado pela Defensoria Pública, em favor de C.R.S. contra decisão do Desembargador Corregedor Geral da Justiça do TJSP que negou provimento a recurso inominado em que se buscava a remoção do impetrante, preso na Penitenciária de Itaí/SP, a outra unidade prisional, sob o argumento de ocorrência de ameaças contra a sua vida e sua integridade física.

Alega ofensa a direito líquido e certo, uma vez que, dentre os fundamentos para o não acolhimento do inconformismo, figurou a existência de faltas graves no prontuário de C., posteriormente desclassificadas para infrações disciplinares médias. Ademais, estaria em isolamento por mais de sete meses, em violação ao art. 58 da LEP, em local de instalações precárias e em indevidas condições de cumprimento de pena, em afronta ao art. 84, § 4º, da LEP.

Diante disso, busca a reforma da decisão atacada, concedendo-se a segurança para que se determine a imediata transferência do impetrante para outro presídio.

Indeferido pedido liminar (fl. 109).

O Desembargador Corregedor Geral da Justiça prestou informações às fls. 114/115. Pontuou que negou provimento ao recurso inominado "em face de a Secretaria da Administração Penitenciária ter informado, no expediente que tramitou no DEECRIM, a tomada das medidas necessárias para preservação da integridade física do sentenciado na unidade prisional em que se encontra".

A D. Procuradoria-Geral de Justiça opina pela denegação da segurança.

É o relatório.

Em agosto de 2022, C., em cumprimento de pena na Penitenciária de Itaí, comunicou por meio de carta à Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos a ocorrência de riscos à sua vida por "conflito de ideias" com outros presos (fls.

Acesso ao Sumário

17/22).

A Defensoria Pública, representando o solicitante, pleiteou ao Juiz do DEECRIM – 3ª RAJ que ele fosse ouvido sobre os fatos e que, ratificada a delação, fossem tomadas "as medidas cabíveis para a sua proteção, inclusive considerar a transferência de presídio" (fls. 15/16).

Ordenada a prestação de informações (fl. 23), o diretor da penitenciária esclareceu que o reeducando estava desde 05.08.2022 (fl. 38) "no pavilhão de medida preventiva de segurança pessoal, mantendo sua integridade física preservada" (fl. 26).

Demandada a abertura de procedimento de remoção do preso (fl. 41), sem oposição do MP (fl. 46), em novo ofício o diretor do estabelecimento prisional consignou que "o sentenciado deverá aguardar o período de reabilitação devido à falta grave cometida" (fl. 50).

A Defensoria respondeu que não se tratava de pedido de remoção para aproximação familiar, mas para preservar a integridade física do custodiado, e que, àquela altura, C. se encontrava no "seguro" há 4 meses, em infringência ao art. 58 da LEP.

O "Parquet" opinou pelo indeferimento do pleito de transferência, pois aplicadas medidas para preservação da integridade física do preso (fl. 57).

Por decisão de 16.12.2022 (fls. 59/60), o Magistrado do DEECRIM – 3ª RAJ indeferiu o requerimento. Consignou que:

> "Consta no expediente da administração prisional que o sentenciado não fora removido porque não preencheu os requisitos objetivos de acordo com o disposto no Ofício Circular 015/2000, em razão da prática de falta disciplinar de natureza grave, pendente de reabilitação.
>
> Tal análise decorre da estrita observância ao preceituado na redação do artigo 66, inciso V, alínea 'g' da Lei das Execuções Penais, onde a previsão de transferência de unidade prisional, sob o fundamento de aproximação familiar, não se trata de direito subjetivo de natureza absoluta do preso, visto que cabe a Autoridade Judicial, que acompanha o cumprimento da reprimenda penal, analisar de forma percuciente, os pormenores que permeiam o panorama da aplicação da condenação aplicada, inclusive sem jamais dispensar a segurança do próprio apenado.
>
> Imprescindível ressaltar, ainda, que não existe no conjunto normativo nacional em vigência (seja em leis positivadas, sejam em princípios disseminados que norteiam o aparato judicial no país), direitos considerados absolutos e irrestritos, independente de sua natureza.
>
> Por fim, oportuno frisar que o pedido poderá ser renovado assim que atingidos os requisitos exigidos pela autoridade administrativa, que deverá analisar novamente o pleito formulado independentemente de provocação judicial, tão logo verifique cumpridas as exigências adminis-

Acesso ao Sumário

trativas.

Assim, ante o exposto, indefiro o pedido de transferência sob o argumento de aproximação familiar do sentenciado supracitado, sem prejuízo de oportuna renovação, nos termos desta decisão".

Houve interposição de recurso inominado pela Defensoria. Sustentou que "a exigência de determinado tempo de cumprimento de pena ou ausência de faltas disciplinares como condição para a transferência por risco a integridade física não encontra respaldo legal, pois inexiste na Lei de Execuções Penais ou outra lei qualquer previsão nesse sentido". De todo modo, em 04.11.2022, as faltas graves atribuídas ao reeducando foram desclassificadas para médias (fls. 67/73).

Apreciado o recurso, em 27.02.2023, o Desembargador Corregedor da Justiça, aprovando parecer do Juiz Assessor, negou-lhe provimento. Eis os fundamentos da decisão (fls. 88/91):

"Os elementos probatórios carreados aos autos não traduzem ilegalidade no procedimento da Secretaria da Administração Penitenciária.

Critérios de conveniência e oportunidade podem ensejar o deslocamento do preso a outra unidade prisional, porém a decisão deve ser pautada na organização da Administração Penitenciária, não no interesse do condenado.

A regra do artigo 86, parágrafo terceiro da Lei de Execução Penal corrobora esse entendimento ao prever que 'caberá ao juiz competente, a requerimento da autoridade administrativa, definir o estabelecimento prisional adequado para abrigar o preso provisório ou condenado (...)'.

A Secretaria da Administração Penitenciária informou que o reeducando ocupa pavilhão próprio para preservação de sua segurança pessoal desde o dia 05 de agosto do ano passado (páginas 14 e 26), cautela necessária na medida em que a eclosão deste procedimento aconteceu por solicitação do próprio sentenciado, que alegou sofrer ameaças no ambiente prisional (cf. Página 03).

Essa medida, despida de cunho sancionatório – não pode ser confundida com o isolamento na própria cela ou em local adequado – será mantida enquanto perdurar o risco à integridade do detento.

Ainda que se alegue que as faltas disciplinares foram desclassificadas para gravidade média (cópia da r. decisão judicial nas páginas 60/61), a tomada das providências necessárias na Penitenciária para preservação da integridade física do sentenciado revela-se suficiente para que a transferência seja negada".

Daí a impetração do presente mandado de segurança.

Importante explicar, de partida, que o pedido de C. não tem relação com o propósito de cumprir pena em lugar próximo ao domicílio de familiares, como aludido em algumas passagens dos autos, em especial na decisão do Juiz das

Acesso ao Sumário

Execuções. A postulação pertine exclusivamente à salvaguarda de suas integridades física e psicológica ante as intimidações sofridas por outros presos.

Irrelevante, ainda, a existência de faltas no prontuário do sentenciado, pouco importando se graves ou médias. Afinal, não foi este o motivo para o não acolhimento do recurso pela Corregedoria de Justiça, como visto acima.

Com efeito, a justificativa reside no art. 86, § 3º, da LEP, invocado na decisão.

Art. 86. As penas privativas de liberdade aplicadas pela Justiça de uma Unidade Federativa podem ser executadas em outra unidade, em estabelecimento local ou da União.

§ 3º Caberá ao juiz competente, a requerimento da autoridade administrativa, definir o estabelecimento prisional adequado para abrigar o preso provisório ou condenado, em atenção ao regime e aos requisitos estabelecidos.

Logo, cabe ao Magistrado competente realizar o juízo de conveniência e oportunidade da transferência, bastando que fundamente satisfatoriamente seu entendimento, como se deu na hipótese, em que negada a remoção.

De fato, rechaçada a solicitação porque, ante o manifestado temor de C. de ser vítima de violências por colegas de cárcere, a diretoria da Penitenciária de Itaí não se quedou inerte. Providenciou sua inserção em pavilhão de medida preventiva de segurança pessoal, lugar específico apropriado para protegê-lo. A Corregedoria da Justiça considerou a providência suficiente para o propósito demandado.

Estritamente cumprido, portanto, o art. 84, § 4º, da LEP:

Art. 84, § 4º, LEP: O preso que tiver sua integridade física, moral ou psicológica ameaçada pela convivência com os demais presos ficará segregado em local próprio.

Quanto às condições de aprisionamento, não acostada prova pré-constituída da inadequação do local em que recolhido o impetrante. Inexiste indicação de desrespeito à sua integridade física ou psíquica por suposta precariedade das condições do cárcere. Tão-só pela falta de demonstração do alegado, incabível o mandado de segurança. Para aferição do sustentado, seria necessário o revolvimento de fatos e provas constantes dos autos originais, procedimento inviável nos estreitos limites do "mandamus".

Despropositada a incidência analógica do art. 58 da LEP, para que se restrinja a trinta dias o período de manutenção no "seguro". Como destacado na decisão da Corregedoria, não se pode equiparar o isolamento pleiteado pelo próprio detento, para preservação de sua integridade, com a imposição de SANÇÃO por cometimento de infrações disciplinares. Natural que sua manutenção em pavilhão separado se estenda pelo tempo que se compreenda necessário para supressão das ameaças por ele mesmo reportadas.

Acesso ao Sumário

Em suma, ausente violação a direito líquido e certo.

Frente ao exposto, denega-se a segurança.

Reclamações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reclamação nº 2195794-56.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são reclamantes CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO e PRESIDENTE DA COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO – CPI DOS APLICATIVOS, é reclamado MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DOS CRIMES TRIBUTÁRIOS, ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E LAVAGEM DE BENS E VALORES DA CAPITAL.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM EXTINTO O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. V.U. SUSTENTOU ORALMENTE A ADV. DRA. CARINA QUITO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.073)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, FIGUEIREDO GONÇALVES, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO e DAMIÃO COGAN.

São Paulo, 10 de maio de 2023.

FERREIRA RODRIGUES, Relator

Ementa: RECLAMAÇÃO. Ajuizamento contra decisão da 1ª Vara de Crimes Tributários, Organização Criminosa e Lavagem de Bens e Valores de São Paulo, que concedeu mandado de segurança em favor de 99 Tecnologia Ltda, suspendendo os efeitos da quebra de sigilo fiscal e bancário aprovada pela CPI dos Aplica-

Acesso ao Sumário

tivos, com garantia, ainda, de acesso da impetrante aos documentos por ela indicados. Reclamação ajuizada com base no artigo 988, inciso I, do CPC. Alegação de que o Presidente da Câmara Municipal de São Paulo, como representante da Casa Legislativa, deveria ter integrado o polo passivo da lide, com consequente reconhecimento de competência do C. Órgão Especial para conhecimento da causa, nos termos do artigo 74, inciso III, da Constituição Estadual e do artigo 13, inciso I, alínea "a", do RITJSP. Tese rejeitada. Mandado de Segurança que foi impetrado contra ato atribuído ao Presidente da CPI, e que, dentro desse contexto, foi examinado e decidido pelo juízo reclamado. Usurpação somente ocorreria se o impetrante apontasse como autoridade coatora o Presidente da Câmara Municipal de São Paulo, e o processo fosse decidido em primeira instância, em contrariedade às disposições do artigo 74, inciso III, da Constituição Estadual e do artigo 13, inciso I, alínea "a", do RITJSP. Na verdade, se os reclamantes entendem que o mandado de segurança foi impetrado em face de autoridade errada, a questão a ser discutida não é de usurpação de competência de um órgão por outro, mas sim (e antes de tudo) de ilegitimidade de parte. E, sob esse aspecto, a decisão da reclamada (que aceitou expressamente a legitimidade do Presidente da CPI) desafia recurso próprio. O que não se concebe é que, por meio desta via excepcional, a posição adotada pela autoridade reclamada, nessa parte da legitimidade passiva, seja cassada e substituída por outra (com posicionamento diverso) para que, dessa forma, fique configurada a hipótese do artigo 988, inciso I, do CPC. Reclamação constitucional, ademais, que constitui medida excepcional e que, por isso, sendo de interpretação restritiva, não pode ser admitida fora das hipóteses legais. Na verdade, o que o Supremo Tribunal Federal destaca, em questões dessa natureza, acima de qualquer outro aspecto, é "a necessidade de máximo rigor na verificação dos pressupostos específicos da reclamação constitucional, sob pena de

Acesso ao Sumário

seu desvirtuamento"[1] Carência da ação reconhecida. Processo extinto com base no artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil.

VOTO

Trata-se de reclamação constitucional ajuizada pela CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO e pelo PRESIDENTE DA COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO – CPI DOS APLICATIVOS contra sentença da **1ª Vara dos Crimes Tributários, Organização Criminosa e Lavagem de Bens e Valores da Capital** (Foro Central Criminal da Barra Funda), que, nos autos do Mandado de Segurança n. 1012246-89.2022.8.26.0050, impetrado pela empresa 99 TECNOLOGIA LTDA, concedeu a ordem postulada (a) para **deferir o acesso da impetrante ao inteiro teor dos Requerimentos 196/2022 e 197/2022**; e (b) para **suspender os efeitos da aprovação** (pela CPI dos Aplicativos) **dos pedidos de quebra de sigilos fiscal e bancário da referida empresa**, "com eventual acautelamento dos dados coletados ou o seu desentranhamento dos autos da CPI, em caso de já efetivada a quebra". Os reclamantes alegam que o Presidente da Câmara Municipal, **como representante da Casa Legislativa** (artigo 16 do Regimento Interno da CMSP), **deveria ter integrado o polo passivo da lide**, com consequente reconhecimento de **competência do C. Órgão Especial para conhecimento da causa**, nos termos do artigo 74, inciso III, da Constituição Estadual e do artigo 13, inciso I, alínea "a", do RITJSP, **daí o pedido de anulação da sentença reclamada**, a fim de que seja preservada a competência do C. Órgão Especial, nos termos do artigo 988, inciso I, do Código de Processo Civil.

Não houve deferimento de liminar (fls. 314/315).

A ré apresentou contestação a fls. 391/405, batendo-se pela improcedência do pedido.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, com as considerações de fls. 449/461, opinou pela improcedência da ação.

É o relatório.

A decisão objeto da reclamação é aquela constante do documento de fls. 133/140, redigida da seguinte forma, na parte que interessa ao desfecho da presente ação:

> 2.1. De proêmio, não comportam acolhida as preliminares ventiladas pela autoridade coatora e pela Câmara Municipal de São Paulo.
>
> Com efeito, como afirmam a própria autoridade coatora e a Câmara Municipal de São Paulo, a CPI municipal, no bojo da qual foi praticado o ato que é objeto do presente mandamus, visa à apuração de supostos crimes contra a ordem tributária, com a determinação de medidas investigatórias consistentes na quebra de sigilos bancário e fiscal. Como

1 Reclamação nº 6.735-AgRg, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ de 10/09/2010.

Acesso ao Sumário

se vê, o presente mandado de segurança visa a discutir, portanto, **a decretação de medidas cautelares investigatórias para a apuração de supostos crimes tributários, referentes à sonegação de tributos municipais por empresas de aplicativo de transporte**. Assim, nos termos do art. 2º da Resolução nº 811/2019 deste E. Tribunal de Justiça, **este Juízo se revela competente para o processamento e julgamento do feito quanto à matéria**:

"Art. 2º. Compete às Varas de Crimes Tributários, Organização Criminosa e Lavagem de Bens e Valores da Capital apreciar, processar e julgar com exclusividade os inquéritos policiais, termos circunstanciados de ocorrência, medidas cautelares penais preparatórias e incidentais, as ações penais e eventuais outros procedimentos relativos aos crimes contra a ordem tributária e econômica previstos nos arts. 1º, 2º, 3º e 4º da Lei nº 8.137/90, aos crimes da Lei de Licitações (arts. 89 a 98 da Lei nº 8.666/93), aos crimes da Lei de Lavagem ou Ocultação de Bens, Direitos e Valores (Lei nº 9.613/98) e aos crimes da Lei de Organização Criminosa (Lei nº 12.850/13), inclusive os definidos como de menor potencial ofensivo, nos termos da Lei nº 9.099/95, bem como delitos conexos."

Com relação à alegação de que a competência seria originária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por conta da pessoa que deveria figurar como autoridade coatora, **não se ignora a redação do art. 74, inciso III, da Constituição Estadual**.

Contudo, **não é o caso de o Presidente da Câmara Municipal de São Paulo figurar como autoridade coatora no presente feito**, já que **os atos impugnados foram praticados pelo Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito municipal**, que exerce o cargo de vereador da Câmara Municipal, **não se tratando de presidente da referida casa legislativa**.

Isso fica evidente pela leitura dos documentos de fls. 494/497. **Ademais, a competência para o julgamento de mandado de segurança é fixada com base na função exercida pela autoridade coatora**, a qual, por sua vez, é definida como "aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática", nos termos do art. 6º, § 3º, da Lei nº 12.016/2009. Dessa forma, é patente a competência deste Juízo para o processamento e julgamento do mandado de segurança.

A reclamante alega que esse julgado **usurpa a competência do C. Órgão Especial para decidir causas dessa natureza**, pois o Presidente da Câmara Municipal, **como representante da Casa Legislativa** (artigo 16 do Regimento Interno da CMSP), **deveria ter integrado o polo passivo da lide**, com consequente reconhecimento de **competência do C. Órgão Especial para conhecimento da causa**, nos termos do artigo 74, inciso III, da Constituição Estadual e do artigo 13, inciso I, alínea "a", do RITJSP.

O documento de fls. 26/40, entretanto, indica que o referido Mandado

Acesso ao Sumário

de Segurança (nº 1012246-89.2022.8.26.0000) **foi impetrado contra ato atribuído ao Presidente da CPI** e, dentro desse contexto (**sem inclusão do Presidente da Câmara Municipal no polo passivo**) foi examinado e decidido pela autoridade reclamada, daí não se vislumbrar a alegada hipótese de usurpação da competência do C. Órgão Especial.

Usurpação ocorreria se a impetrante apontasse como autoridade coatora o Presidente da Câmara Municipal de São Paulo, e o processo fosse decidido em primeira instância, em contrariedade às disposições do artigo 74, inciso III, da Constituição Estadual e do artigo 13, inciso I, alínea "a", do RITJSP.

Na verdade, se os reclamantes entendem que o mandado de segurança foi impetrado em face de autoridade errada, **a questão a ser discutida não é de usurpação de competência de um órgão por outro**, mas sim (e antes de tudo) **de ilegitimidade de parte**. E, sob esse aspecto, **a decisão da autoridade reclamada** (que aceitou a legitimidade do Presidente da CPI) **desafia recurso próprio**.

O que não se concebe é que, por meio desta via excepcional, a posição adotada pela autoridade reclamada, **nessa parte da legitimidade passiva**, seja cassada e substituída por outra (mais compatível com a tese dos reclamantes) para que, dessa forma, fique configurada a hipótese do artigo 988, inciso I, do Código de Processo Civil (usurpação de competência).

Tal implicaria indevida inversão da ordem processual, pois a hipótese de usurpação de competência, **em caso de procedência da ação**, estaria sendo reconhecida **não em razão do que decidiu o juízo de primeiro grau** (ao reputar como parte legítima o Presidente da CPI), mas, ao contrário, **em decorrência de outro entendimento**, que, embora despido de efeito vinculante, **estaria sendo imposto à autoridade reclamada**, sem qualquer amparo legal.

Nesse sentido já decidiu este C. Órgão Especial em casos semelhantes (Reclamação Constitucional nº 2229162-95.2018.8.26.0000, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. 30/01/2019; Agravo Interno Cível n. 2233342-57.2018.8.26.0000/50000, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. 20/02/2019; Reclamação n. 2064289-78.2018.8.26.0000, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. 03/10/2018).

Acesso ao Sumário

Não custa anotar, por fim, que a reclamação "**não se qualifica como sucedâneo recursal nem configura instrumento viabilizador do reexame do conteúdo do ato reclamado, eis que tal finalidade revela-se estranha à destinação constitucional subjacente à instituição dessa medida processual**" (Reclamação nº 5.926/SC-AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 13/11/09. No mesmo sentido: Reclamação nº 5.703/SP-AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, Dje-195, de 16/10/2009). Reclamação nº 5.926/SC-AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, Dje-213, de 13/11/2009; e Re-

clamação nº 5.684/PE-AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Dje-152, de 15/8/2008).

Vale dizer, tal mecanismo constitui medida excepcional e, por isso, sendo de interpretação restritiva, não pode ser admitida fora das hipóteses legais.

Na verdade, o que o Supremo Tribunal Federal destaca, em questões dessa natureza, acima de qualquer outro aspecto, é "**a necessidade de máximo rigor na verificação dos pressupostos específicos da reclamação constitucional, sob pena de seu desvirtuamento**" (Reclamação nº 6.735-AgRg, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ de 10/09/2010).

Ante o exposto, **julgo extinto o processo**, sem conhecimento do mérito, com fundamento no art. 485, inciso VI, do Código de Processo Civil, condenando os reclamantes no pagamento de honorários advocatícios, no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Representações Criminais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Representação Criminal/Notícia de Crime nº (...), da Comarca de São Paulo, em que é representante PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são representados MM. JUIZ DE DIREITO DA COMARCA DE (...) e PROMOTOR DE JUSTIÇA DE (...).

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 48678OE)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA e XAVIER DE AQUINO.

São Paulo, 17 de maio de 2023.

DAMIÃO COGAN, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: 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.

VOTO

Trata-se de notícia de fato encaminhada através da Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos (protocolo de atendimento nº (...) do disque 100) formulada contra o Promotor de Justiça e Juiz de Direito da Comarca de (...).

A d. Procuradoria Geral de Justiça, em parecer do Exmo. Sr. Procurador de Justiça, Dr. Mario Antonio de Campos Tebet, manifestou-se pelo arquivamento do feito (fls. 76).

É o relatório.

O pedido de arquivamento deve ser acolhido por não se vislumbrar a prática de qualquer infração penal.

Consta de notícia de fato anônima encaminhada inicialmente por meio da Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos (protocolo de atendimento nº (...) do disque 100), com o seguinte teor: "Fato relatado: denunciante informa situação de violência contra pessoa idosa no local descrito acima a vítima sofre a seguinte violação: igualdade. injúria racial integridade psíquica. calúnia. integridade psíquica difamação. A situação de violência agrava-se em razão da presença dos seguintes elementos: agravante com humilhação. Agravante do agressor possuir influência junto às autoridades locais. Motivação em razão da idade. demais observações acrescidas pelo atendente: denunciante relata que vítima sofreu crimes de tortura policial, racismo, abuso de autoridade, violações de direitos humanos, agressão policial, prisão e condenação arbitrária flagrantes forjados com fake news, entre outros. denúncia foi enviada aos órgão competentes do local, onde ocorreram os fatos e não teve retorno. denunciante pede investigativa das autoridades locais por corrupção. vítima idoso." "fato relatado: denunciante informa situação de violência contra cidadão, família ou comunidade no local descrito acima a vítima sofre a seguinte violação: igualdade. Injúria racial integridade psíquica calúnia. Integridade psíquica. Difamação a situação de violência agrava-se em razão da presença dos seguintes elementos: agravante com humilhação. Agravante do agressor possuir influência junto às autoridades locais. Demais observações acrescidas pelo atendente: denunciante relata que vítima sofreu de crimes de tortura policial, racismo, abuso de autoridade, violações de direitos humanos, agressão policial, prisão e condenação arbitrária flagrantes forjados com fake news, entre outros uma vez que a vítima realizou

Acesso ao Sumário

a denúncia aos órgão competentes do local onde ocorreram os fatos e não teve retorno. denunciante pede investigativa das autoridades locais por corrupção. Vítima cidadão" (p 1/2 do doc. nº (...), e p. 1/9 do doc. nº (...)).

O noticiante foi posteriormente identificado como sendo W.S., pessoa presa em flagrante, com o regular desencadeamento do devido processo legal e condenação (confirmada em segundo grau), nos autos de nº (...).

Anotou-se que se trata de narrativa desconexa e reveladora de mero inconformismo em relação à atuação das autoridades locais, não havendo, pois, qualquer indício, ou o mais tênue fundamento na realidade, da prática de irregularidades, muito menos de crimes.

Destacou-se que o interessado iniciou representando policiais, e inclusive chegou-se a instaurar inquérito policial para apurar os fatos, figurando o interessado como possível vítima, porém não foram vislumbradas irregularidades e o inquérito foi arquivado, o que ensejou a elaboração de nova denúncia anônima, apontando agora promotores e juízes, sem sequer nominá-los, de forma genérica e desprovida de fundamentos, como corruptos.

Desta maneira, entendeu a D. Procuradoria Geral de Justiça, após a análise dos autos, pela inviabilidade da abertura de procedimento investigatório com base em imputações genéricas e imprecisas, sem qualquer lastro probatório mínimo suficiente dar-se continuidade à instauração de persecução criminal, promovendo o arquivamento dos autos, observado o disposto no artigo 18, do Código de Processo Penal.

Ademais, de acordo com o entendimento assente na jurisprudência, se o Procurador Geral de Justiça promove o arquivamento do feito, não compete discutir a procedência quanto à inexistência de elementos nos autos para a propositura da ação penal contra a autoridade, de acordo com o artigo 1º, da Lei nº 8.658/1993 e do artigo 3º, inciso I, da Lei nº 8.038/90.

Por consequência, sendo a determinação de arquivamento promovida pelo Exmo. Sr. Procurador Geral de Justiça, somente há de ser ratificado o encerramento do procedimento investigatório.

Nesse sentido a jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal:

> I. STF: competência penal originária por prerrogativa de função que, cuidando-se de titular de mandato eletivo, firma-se na data de diplomação e faz nulo o recebimento da denúncia posterior a ela. II. ***Processo penal de competência originária dos tribunais: irrecusabilidade do pedido de arquivamento de inquérito ou outra peça de informação quando formulada pelo Procurador-Geral competente e fundada na falta de base de fato para a denúncia.*** (STF, AP 371 QO, Relator Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 12/05/2004, DJ 04-06-2004 PP-00044 EMENT VOL-02154-01 PP-00013)
>
> Inquérito. 2. Representação de autoridade contra Ministro de Estado, im-

putando-lhe prática de crime de injúria. 3. Procedimento que teve curso, inicialmente, no âmbito da Justiça local, sendo os autos, posteriormente, remetidos ao STF. 4. Requerimento do Procurador-Geral da República de arquivamento do inquérito. 5. **Havendo o Chefe do Ministério Público federal, titular da ação penal na espécie, requerido o arquivamento do inquérito, defere-se a súplica, em face dos termos do art. 231, § 4º, do RISTF, e do art. 28, in fine, do Código de Processo Penal.** (STF, Inq 851 QO, Relator Néri da Silveira, Tribunal Pleno, julgado em 01/07/1994, DJ 06-06-1997 PP-24871 EMENT VOL-01872-01 PP-00142)

Inquérito – crime de ação pública (prevaricação) imputado a ministro de estado – arquivamento requerido pela Procuradoria Geral da República – deferimento pelo STF. Em se tratando de notícia de crime, punível, em tese, mediante ação pública (prevaricação), atribuída, exclusivamente, ao Procurador-Geral da República, a este fica reservado o poder de não intentá-la, segundo seu convencimento. Tudo conforme dispõem, conjugadamente, os arts. 119, parágrafo 3º,'C', da C.F., 100 do C. Penal, 230, 231, parágrafo 4º, do RISTF, 24 e 28 do Código de Processo Penal. Esse entendimento do Tribunal, que é pacífico, foi reiterado em Plenário no Inquérito n. 223 (RTJ-116/7). **No caso, o Procurador Geral da República não vislumbrou crime de ação pública na conduta imputada ao indiciado. E por isso pediu o arquivamento dos autos. Só restou, então, ao S.T.F. determiná-lo, sem exame das razões de tal pedido.** (STF, Inq 398, Relator Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/1988, DJ 09-09-1988 PP-22539 EMENT VOL-01514-01 PP-00030).

Inquérito – Ação Penal. **Titularidade do Procurador-Geral da República, que requer o arquivamento da representação. Não cabe ao Tribunal examinar-lhe o mérito, senão aceitar-lhe a decisão, como titular que é da ação penal.** Jurisprudência da Corte. Agravo Regimental Improvido. (STF, Inq 223, AgR, Relator Min. OSCAR CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/1985, DJ 29-11-1985 PP-21916 EMENT VOL-01402-01 PP-00006)

"Notitia criminis". **O Procurador-Geral da República, na qualidade de chefe do Ministério Público, órgão titular da ação penal pública, dá a palavra definitiva sobre a pertinência da ação (art-28 do Cod. Proc. Penal). E de se considerar que o poder de propor a ação compete ao Ministério Público, não podendo o tribunal obrigá-lo a oferecer denúncia, sob pena de violar o princípio do "ne procedat judex ex officio".** O arquivamento não faz coisa julgada material. Surgindo novos elementos de prova aptos a fundamentar a denúncia cabe o seu oferecimento pelo representante do Ministério Público, salvo quando extinta pela prescrição, a punibilidade do indiciado. Pedido de arquivamento deferido. (STF, Inq 180, Relator Min. DJACI FALCAO, Tribunal Pleno, julgado em 27/06/1984, DJ 31-08-1984 PP-13933 EMENT VOL-01347-01

Acesso ao Sumário

PP-00029 RTJ VOL-00110-03 PP-00925)

No mesmo sentido os precedentes deste C. Órgão Especial:

Representação Criminal – Requerimento da d. Procuradoria Geral de Justiça de arquivamento dos autos de representação criminal, interposto contra o Deputado Estadual, (...), por não se verificar "À luz dos contornos criminais dos dois delitos em exame – incitação a prática de crime e infração de medida sanitária preventiva – conclui-se que os vídeos, conquanto inflamados e dissociados das evidências necessárias para contenção da grave pandemia, não se subsumem integralmente a norma penal" – ***Pretensão que não poderia mesmo ser recusada pelo Tribunal – Precedentes desta Corte e dos Tribunais Superiores*** – Pedido acolhido, ordenado o arquivamento do procedimento e determinado envio de cópias destes autos ao Deputado Estadual e ao Exmo. Governador do Estado de São Paulo. (TJSP; Representação Criminal/Notícia de Crime 2063222-73.2021.8.26.0000; Relator: Ademir Benedito; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 28/04/2021; Data de Registro: 29/04/2021)

Cuida-se de procedimento instaurado a partir de representação criminal manejada por (...), na qual imputa à magistrada (...), Juíza de Direito da (...) Vara Cível da Comarca de (...), a prática do crime previsto no artigo 36 da Lei Federal nº 13.869/2019 ("Art. 36. Decretar, em processo judicial, a indisponibilidade de ativos financeiros em quantia que extrapole exacerbadamente o valor estimado para a satisfação da dívida da parte e, ante a demonstração, pela parte, da excessividade da medida, deixar de corrigi-la"). ***Pedido de arquivamento deduzido pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, por não vislumbrar qualquer infração penal a ser apurada. Irrecusabilidade do pedido do titular da ação, consoante inteligência da jurisprudência firmada pelo E. STF. Precedentes deste colegiado. Pedido de arquivamento acolhido.*** (TJSP; Representação Criminal/Notícia de Crime 2036041-97.2021.8.26.0000; Relator: Alex Zilenovski; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 17/03/2021; Data de Registro: 18/03/2021)

Representação criminal contra Promotor de Justiça – imputação de violação de sigilo funcional e coação no curso do processo (artigos 325 e 344 do código penal) – 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". "Não compete ao Poder Judiciário rever ou sobrepor-se à deliberação do representante do Ministério Público de não propor a ação penal". ***"Na hipótese de ação penal originária, isto é, da que se promove junto ao Supremo***

Acesso ao Sumário

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. (TJSP; Representação Criminal/Notícia de Crime 2068950-95.2021.8.26.0000; Relator: Renato Sartorelli; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 28/04/2021; Data de Registro: 30/04/2021)

Isto posto, **determina-se o arquivamento da presente representação criminal nos termos propostos pela douta Procuradoria Geral de Justiça.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Representação Criminal/Notícia de Crime nº 2127525-28.2023.8.26.0000, da Comarca de (...), em que é representante PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são representados. (...) (DEPUTADO ESTADUAL) e (...) (PREFEITO).

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 38.500)**

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, RICARDO DIP, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, GUILHERME G. STRENGER, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS e VICO MAÑAS.

São Paulo, 21 de junho de 2023.

FRANCISCO CASCONI, Relator

Ementa: REPRESENTAÇÃO CRIMINAL – DEPUTADO ESTADUAL, PREFEITO MUNICIPAL DE (...) E OUTROS – NOTÍCIA DE FATO ANÔNI-

Acesso ao Sumário

MA, CONSISTENTE EM E-MAILS RELATANDO DIVERSAS IRREGULARIDADES NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA A CONFIGURAR, EM TESE, A PRÁTICA DE DIVERSOS TIPOS PENAIS – ARQUIVAMENTO PROPOSTO PELA D. PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA – AUSÊNCIA DE ELEMENTOS A JUSTIFICAR INSTAURAÇÃO DE AÇÃO PENAL – IRRECUSABILIDADE PELO TRIBUNAL – PRECEDENTES – ARQUIVAMENTO DETERMINADO.

VOTO

Trata-se de representação criminal oriunda de notícia de fato aportada perante o Setor de Feitos Criminais de Atribuição Originária da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, com base em dois e-mails encaminhados por pessoa não identificada, contendo relato de irregularidades perpetradas na Prefeitura Municipal e na Câmara Municipal de (...), que sob a ótica do denunciante poderiam assumir conotação de infrações penais.

O D. Procurador de Justiça oficiante, Dr. Mário Antonio de Campos Tebet, na forma do art. 116, inciso XIV, da Lei Orgânica do Ministério Público, propôs o arquivamento do feito (fls. 1/10).

A fls. 27 demonstrou-se o transcurso ***in albis*** do prazo recursal previsto no artigo 117 da LCE 734/1993.

É o breve relatório.

Colhe-se dos autos tratar-se de representação criminal oriunda de notícia de fato aportada perante o Setor de Feitos Criminais de Atribuição Originária da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, com base em dois e-mails encaminhados por pessoa não identificada (fls. 13/22), contendo relato de diversas irregularidades perpetradas na Prefeitura Municipal e na Câmara Municipal de (...) (esquemas de "mensalinho", pagamento de propinas, corrupção etc.), que sob a ótica do denunciante poderiam assumir conotação de infrações penais.

Do primeiro e-mail consta o seguinte relato, ***verbis***:

"DOUTOR PROMOTOR, SALVE NOSSA CIDADE DA BANDIDAGEM! INICIALMENTE, INFORMAMOS QUE NÃO IREMOS NOS IDENTIFICAR POR MEDO DE RETALIAÇÃO E RISCO DE VIDA! VIVEMOS UM TEMPO DE COMBATE A CORRUPÇÃO, ONDE O POVO ACORDOU DECLARANDO DO CONVITE. MAS, SOMENTE PERMANECEM AQUELES QUE PAGAM PROPINAS AO DIRETOR E PRESIDENTE, SENDO CERTO QUE QUEM NÃO FAZ, É CORTADO. OS

Acesso ao Sumário

CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS SÃO POLITICAGEM, UMA FORMA DE DRIBLAR A LEI, POIS NENHUM FUNCIONÁRIO É DAS EMPRESAS CONTRATADAS, SENDO CARGOS INDICADOS PELOS VEREADORES, QUE PASSAM PARA O PRESIDENTE HONESTO AUTORIZAR A CONTRATAÇÃO EXISTEM EMPRESÁRIOS INDIGNADOS QUE FORAM EXCLUÍDOS POR NÃO PAGAR PROPINA, BEM COMO FUNCIONARIOS DISPENSADOS QUE PODEM TESTEMUNHAR SE FOREM CHAMADOS. COMO DISSE, O MEDO COM AS AMEAÇAS É ENORME. LICITAÇÕES FRAUDADAS, ABUSO DO PODER ECONÔMICO, PECULATO, TANTOS CRIMES, PEDIMOS SOCORRO!! PELOS DADOS DO PORTAL DA TRANSPARÊNCIA, PODEMOS DESTACAR ALGUNS CONTRATOS: – (...) – 236.000,00 (EMPRESA LIGADA AO PRESIDENTE E DIRETOR) – (...) 171.500,00 – PRESTAVA SERVIÇOS E FOI DESLIGADO APÓS RECUSAR PAGAR PELA RENOVAÇÃO – (...) – 338.000,00 – APOIADOR DE CAMPANHA DO PRESIDENTE – (...) – 252.000.00 – APOIADOR DE CAMPANHA PRESIDENTE – (...) – 166.800,00 – POLICIAL APOSENTADO QUE PRESTA SERVIÇO DE SEGURANÇA PESSOAL À FAMÍLIA DO PRESIDENTE. – (...) – 239.400,00 – CONTRATO PARA VOLTAR DINHEIRO, FEITO POR INEXIGIBILIDADE – (...) – 132.000,00 – LOCAÇÃO DO ANEXO (PRÉDIO FECHADO HÁ QUASE UM ANO PAGANDO ALUGUEL) – (...) – 201.500,00 – ENGENHEIRO, CONTRATO FEITO PARA LEVANTAR DINHEIROM SÓ CONFERIR A EXECUÇÃO DELE – (...) – 174.000,00 – EMPRESA QUE PERTENCE A (...), HOMEM FORTE DO GOVERNO (...), QUE ESTÁ EM NOME DE TERCEIROS. LICITAÇÃO FRAUDADA. NÃO PRESTA SERVIÇO ALGUM SÓ EMITE NOTA. – (...) – 174.000,00 – EXEMPLO DE EMPRESA QUE PRESTA SERVIÇOS HÁ ANOS NA CÂMARA E QUE FOI CORTADA POR NÃO PAGAR PROPINA. EMPRESÁRIO E FUNCIONÁRIOS, SE CHAMADOS, PODEM CONFIRMAR A DENÚNCIA. – (...) – LICITAÇÃO FRAUDADA – (...) – LICITAÇÕES FRAUDADAS. SÓCIA DE (...) E (...) – (...) – LICITAÇÃO FRAUDADA – MONTADA – (...) – 165.000,00 – LICITAÇÃO MONTADA – ESPOSA DO ASSESSOR PESSOAL DO DIRETOR GERAL, (...) – (ASSESSOR NOMEADO). (...) É SERVIDORA DA EDUCAÇÃO E NÃO PODE SER EMPRESÁRIA ADMINISTRADORA DE EMPRESA. LEMBRANDO, QUE QUASE TODOS OS CONTRATOS VIGENTES TÊM VALORES ACIMA DO MERCADO E NÃO TÊM A EXECUÇÃO CONFORME O PAPEL, APESAR DE SER ATESTADO PELO FISCAL DE CONTRATO. A IDEIA É SIMPLES, EXECUTA MENOS, EMITE NOTA MAIOR E DEVOLVE MAIS DINHEIRO. SENHOR PROMOTOR, SOMENTE POR INVESTIGAÇÃO SÉRIA QUE O MP FAZ PODEREMOS

Acesso ao Sumário

CHEGAR A CONCLUSÃO DAS VERDADES AQUI TRAZIDAS. SEM MENCIONAR NA COMPRA DE VOTOS DOS VEREADORES, PARA PRESIDÊNCIA, REELEIÇÃO DO PRESIDENTE, VOTAÇÕES COMO FUNERÁRIA, PLANO DIRETOR... TUDO COMANDADA PELO PRESIDENTE, DIRETOR GERAL E (...) PELO EXECUTIVO. (...) E (...) SEMPRE TRABALHARAM JUNTOS, O QUE ESTREITA O VÍNCULO E FACILITA AS COISAS. FATO É: TODOS OS CONTRATOS SÃO VICIADOS E CERCADOS DE PROPINAS. PREFEITURA NÃO MUITO DIFERENTE, A QUADRILHA É MAIOR. (...) E (...), COMANDAM O ESQUEMA POR LÁ NA ADMINISTRAÇÃO. (...) TAMBÉM TEM SUA BOQUINHA (CHEFE DE GABINETE) E (...) (ASSESSOR POLÍTICO). TUDO COM O AVAL DO CHEFE. ALGUNS EXEMPLOS: OBRA DO (...) É HOJE UM DOS MAIORES DESVIOS QUE ESTÁ EM ANDAMENTO. MÁQUINAS E CAMINHÕES PERTENCEM A (...) E (...), COM (...) E CADA VEREADOR TEM O SEU LÁ. SÃO QUASE 20 CAMINHÕES TERCEIRIZADOS PELO VALOR DE R$ 29 MIL CADA, REPASSADOS AOS POLÍTICOS POR MEIO DA TERCEIRIZAÇÃO. TODOS TERCEIRIZADOS OBVIAMENTE PARA NÃO DEIXAR RASTRO. LOCAÇÃO DE VANS E TRANSPORTE CONTRATO DE (...), CUJO PADRINHO É O CHEFE DE GABINETE, SR. (...), QUE RECEBE MENSALMENTE VALORES DAS MÃOS DO PRÓPRIO DONO SR. (...). MENSALINHO CADA VEREADOR DA BASE RECEBE 5 MIL POR MÊS, PAGOS ATRAVÉS DE (...), QUE É O ASSESSOR POLÍTICO, UMA VEZ POR MÊS, EM ESPÉCIE, NA SUA SALA DENTRO DO GABINETE DO PREFEITO, EM TROCA DE APOIO POLÍTICO NA CÂMARA. FISCALIZAÇÃO ESQUEMA DE VENDAS DE LICENÇAS ENCABEÇADA PELA DIRETORA, QUE É CARGO INDICADO PELO PRESIDENTE DA CÂMARA ((...) DO PREFEITO). O MARIDO DA DIRETORA SR. (...) (ATUAL PRESIDENTE DO (...)) ESTÁ EM TODAS AS ESCALAS EXTRAS DE TRABALHO PARA 'RESOLVER' OS PROBLEMAS. CADA LICENÇA É VENDIDA SEM PREOCESSO POR NO MÍNIMO 5 MIL. PREFEITO ADQUIRIU RECENTEMENTE UM CARRO BÁSICO: 01 (...) QUE VALE NO MERCADO MEIO MILHÃO DE REAIS. ESTÁ EM NOME DA (...) LOCADORA DE VEÍCULOS, QUE PERTENCE AO GRUPO (...). LEMBRANDO QUE O DONO DA (...) É PARCEIRO DE NEGÓCIOS DO PREFEITO. VALOR DE LOCAÇÃO DE UM CARRO DESSES BEIRA OS R$ 20 MIL MENSAIS, SENDO INCOMPATÍVEL COM OS GANHOS COMPROVADOS E LÍCITOS DO PREFEITO. PRA UM SALÁRIO DE PREFEITO, MEIO ESTRANHO NÉ? COMPROU DA (...), COM SEU AMIGO (...). PLACA (...) CHASSIS (...) (...) TEM UM SÍTIO (...), QUE É UMA VERDADEIRA FORTALEZA. CÂMERAS DE VIGILÂNCIA 24H,

Acesso ao Sumário

A LIMPEZA É FEITA POR EMPRESA PAGA PELO MUNICÍPIO. (...), ENVOLVIDA JÁ EM ESCÂNDALO, É QUEM LIMPA. NINGUÉM ENTRA COM CELULAR NA PROPRIEDADE. POR FALAR EM (...), O TAL (...), CENTRO DA DENÚNCIA LÁ ATRÁS, ATÉ HOJE MESMO FORA DO CONTEXTO RECEBE DOS '(...)' UMA QUANTIA SIMBÓLICA DE R$ 8 MIL MÊS PARA MANTER SEU SILÊNCIO. A OPERAÇÃO TODO DINHEIRO DEVOLVIDO AO PREFEITO POR PROPINA É LEVADO AO (...), DEPOSITADO EM UM BUNKER SUBTERRÂNEO, QUE FICA NO MEIO DA MATA. SEGUNDO INFORMAÇÕES, FÁCIL DE SER DETECTADO POIS CONTA COM SISTEMA DE REFRIGERAÇÃO DE AR, O QUE EXIGE MAQUINÁRIO DO LADO EXTERNO. DE LÁ, O DINHEIRO É LEVADO A (...) PARA CASAS DE CÂMBIO, QUE TRANSFORMAM EM OUTRAS MOEDAS, SENDO DE LÁ LEVADO DEPOIS PARA (...), ONDE O SR. PREFEITO PREPARA SUA APOSENTADORIA. UM DOS OPERADORES É UM FUNCIONÁRIO DE NOME (...), QUE TRABALHA COM A (...) E ATENDE AO PREFEITO EM QUESTÕES PESSOAIS. UMA BUSCA E APREENSÃO NA PROPRIEDADE PODERÁ CONFIRMAR AS DENÚNCIAS. TEM MUITO MAIS... LOCAÇÃO DE VEÍCULOS, CONTRATOS DA SAÚDE, ETC... ESPORTE MAIOR ROUBALHEIRA EM ANDAMENTO POR LÁ. ESSA TAL 'NOVA ONDA' ONG QUE ADMINISTRA HOJE O ESPORTE E RECEBE MENSALMENTE É DE UM GRANDE AMIGO DO PREFEITO, ENVOLVIDO EM ESCÂNDALOS DE PROPINAS EM (...) (FRAUDE DAS MOCHILAS NA EDUCAÇÃO GOVERNO (...)) SENDO QUE TODOS OS CARGOS SÃO DO PRESIDENTE (...). OPERAM O ESQUEMA DIRETOR (...), (...) E SECRETÁRIO (...). A NOVA ONDA PAGA PROPINA TODO MÊS QUE VAI PRO ESQUEMA DE (...). TRANSPORTE PÚBLICO A EMPRESA (...) PERTENCE AO GRUPO (...), DO DEPUTADO (...). PAGOU CERCA DE 15 MILHÕES AO PREFEITO PARA GANHAR O CONTRATO. A EMPRESA QUE FEZ A AUDITORIA E MONTOU TODAS AS RECOMENDAÇÕES TAMBÉM PERTENCE AO GRUPO (...). ESSA PRÁTICA REPETIRAM EM (...) E OUTRAS CIDADES. POR FIM, TEREMOS AINDA MUITO MAIS A DENUNCIAR, ESTAMOS PREPARANDO NOVOS MATERIAIS E ESTAREMOS ENVIANDO, NO ANONIMATO, CONFORME DISSEMOS, PARA EVITAR O PIOR, DE SERES QUE VISAM FICAR RICOS A QUALQUER PREÇO, SEM PUDOR E SEM DÓ. SALVEM NOSSA (...)!!"

Acesso ao Sumário

Já na segunda mensagem eletrônica, proveniente do mesmo remetente, o conteúdo é o seguinte:

"NOVAS DENÚNCIAS (...). CONTINUAMOS INFELIZMENTE VENDO EM NOSSA CIDADE, A CLASSE POLÍTICA DILAPIDANDO O DI-

NHEIRO PÚBLICO. VAMOS MOSTRAR APENAS ALGUMAS PONTAS DE ICEBERGS GIGANTES, QUE MERECEM ATENÇÃO ESPECIAL E INVESTIGAÇÃO: PLANO DIRETOR ESTÁ EM ANDAMENTO ALTERAÇÃO DO PLANO DIRETOR. ESQUEMA DE PROPINA ARTICULADA PELO PRESIDENTE DA CÂMARA, VEREADOR (...) (...) E SEU ASSESSOR POLÍTICO (...), QUE JÁ FOI PRESIDENTE DA CÂMARA (...) VEZES, SENDO RECORDISTA EM REJEIÇÃO DE CONTAS, AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS SÃO A FACHADA QUE ELES PRECISAM PARA MAQUIAR O PROJETO.

(Endereço eletrônico constante do texto original)

(Endereço eletrônico constante do texto original)

(Endereço eletrônico constante do texto original)

OBRAS. INFORMAÇÕES QUE ESTÃO NO PORTAL DA TRANSAPARÊNCIA, MOSTRAM AS INÚMERAS EMPRESAS PAGADORAS DE PROPINAS AO SENHOR PREFEITO E ALGUNS ASSESSORES, VAMOS VER ALGUMAS DELAS: (...) – VALOR DE CONTRATOS R$ 74.024.051,80. (...) – proprietário (...) – sócio do prefeito em negócios particulares (inúmeros contratos). (...) empresa ligada à família (...) – mais de 22 milhões de contratos. (...) – empresa de terraplanagem ligada a (...) e Vereador (...) (que era oposição e hoje é situação). (...) – R$ 42.580.795,72 / R$ 13.699.830,00 – cabeça do esquema (...) com divisão de benecies aos Vereadores em troca de apoio na Câmara; (...) R$ 79.000.000,00 – propina paga diretamente ao pai do prefeito. ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. Aqui vaza dinheiro público. Essas organizações sob o pretexto de prestação de serviços pagam cerca de 30% de retorno ao chefe do executivo. (...) – administra hoje a (...) (deficientes e idosos). (...) – todas as unidades de saúde e UPAs. (...) – R$ 50.150.729,76 POR INEXIGIBILIDADE sem LICITAÇÃO. (...) – R$ 18.719.899,33. TODOS OS EMPREGOS SÃO INDICADOS POR VEREADORES DA BASE (HOJE TODOS). TUDO PASSA PELO GABINETE NAS MÃOS DO CHEFE DE GABINETE E ASSESSOR POLÍTICO ((...) E (...)). (...). (...) empresa de propriedade do Sr (...), da empresa (...), que está impedida de contratar com a Adm por diversos acidentes e mortes de passageiros. Os ônibus dessa empresa laranja ficam todos guardados na garagem da (...) na (...). (...) – recebeu mais de 20 milhões mas os dados foram arrancados do (...) Quem administra a propina é o chefe de gabinete (...). (...) – agência usada para marketing pessoal do prefeito, comandada pela atual Presidente da (...) – mais de 32 milhões de reais; (...) – posto do Pai do secretário de obras, que é sócio do prefeito em todas as obras superfaturadas. Notas frias e serviços não realizados, esse é o modos operandi da quadrilha. CARGOS COMISSIONADOS. Com a proibição de pagar gratificação

Acesso ao Sumário

a comissionados, novo projeto prevê aumento de 80% nos salários dos comissionados. É muita coisa errada, muita sujeira escondida, e muito dinheiro roubado. SECRETÁRIO DE SAÚDE. Comprou uma mansão no centro no nome da mãe, sócio do prefeito na OS (...) e demais empresas da saúde; EDUCAÇÃO. A secretária (...) também participa das rachadinhas. ESPORTE. A ONG que administra recebe milhões e todos ganham, esquema encabeçado pelo presidente da Câmara (...). Salvem (...), é muita roubalheira, na Câmara e na Prefeitura. ADMINISTRAÇÃO. Secretário adjunto (...) comprou uma bela casa no bairro (...). E ele só é adjunto. Imaginem o titular e o assessor (...), que é sócio do prefeito. Enfim, só o MP pra salvar (...)!"

No entanto, ciente de todo o processado, o D. Procurador de Justiça Dr. Mário Antonio de Campos Tebet não vislumbrou necessidade de diligências adicionais, assentando suas razões nos seguintes fundamentos:

"A notícia de fato deve ser arquivada de plano.

Observa-se que os relatos do delator anônimo não descrevem de forma precisa fatos específicos, aos quais se pudesse atribuir conotação jurídico-penal, e, muito menos, fornece elementos de prova que viabilizassem o direcionamento de diligências investigatórias escoradas em justa causa.

O denunciante se limita a lançar ao vento uma série de conjecturas sem qualquer base empírica que legitimasse a deflagração da fase administrativa da persecução penal.

No caso, diante do contexto acima delineado, a instauração de procedimento investigatório em face do parlamentar, do alcaide e das outras pessoas mencionadas configuraria nítida hipótese de constrangimento ilegal.

Nestes termos, com as ressalvas do artigo 18 do Código de Processo Penal, requeiro o ARQUIVAMENTO da presente notícia de fato."

Com efeito, sereno o entendimento jurisprudencial no sentido de que, tratando-se de ação penal originária no Tribunal, o pleito de arquivamento formulado pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, fundado na ausência de indícios de autoria e materialidade, ou ainda justa causa, é irrecusável, não se lhe aplicando o art. 28 do Código de Processo Penal. A propósito, já decidiu o C. Supremo Tribunal Federal:

"É incontrastável o poder jurídico-processual do Chefe do Ministério Público que requer, na condição de 'dominus litis', o arquivamento judicial de qualquer inquérito ou peça de informação. Inexistindo, a critério do Procurador-Geral elementos que justifiquem o oferecimento de denúncia, não pode o Tribunal, ante a declarada ausência de formação da 'opinio delicti', contrariar o pedido de arquivamento deduzido pelo Che-

Acesso ao Sumário

fe do Ministério Público. Precedentes do Supremo Tribunal Federal." **(STF – Pet: 5118 DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 27.05.2014). No mesmo sentido, o STJ na Rp 409/DF, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/09/2011, DJe 14/10/2011.**

Nesse contexto, nos termos do art. 3º, inciso I, da Lei nº 8.038/90, acolho a promoção ministerial para determinar o arquivamento do feito.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2012345-61.2023.8.26.0000, da Comarca de Rancharia, em que é agravante N. V.C. (MENOR), é agravado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao agravo de instrumento a fim de determinar que o ente público requerido forneça à menor o medicamento postulado na exordial, mediante apresentação de relatório médico semestralmente atualizado. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.744)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 2 de junho de 2023.

FRANCISCO BRUNO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: Agravo de instrumento – Infância e Juventude – Insurgência contra r. decisão que indeferiu a tutela de urgência – Fornecimento de fármaco à menor diagnosticada com Epilepsia refratária e Transtorno do Espectro Autista – Direito à saúde – Direito público subjetivo de natureza constitucional – Dever interdependente dos entes da Federação – Aplicação das Súmulas nº 37 e 66, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Documentação que permite o reconhecimento do preenchimento dos requisitos do Tema 106 do C. STJ, no momento da prolação da decisão recorrida, quanto ao fármaco "Canabidiol USA HEMP CBD 3000 mg complete CBD Full Spectrum Oil 30 ml" – Apresentação semestral de receita médica atualizada – Art. 300 do Código de Processo Civil – Requisitos necessários à concessão da tutela de ur-

Acesso ao Sumário

gência contemplados no processo de origem – Agravo de instrumento provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de **agravo de instrumento**, com pedido de atribuição de efeito ativo, interposto por **N.V.C. (menor)** contra a r. decisão de fls. 72/74, proferida pelo MM. Juízo de Direito do Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Rancharia, que indeferiu o pedido de tutela de urgência para o fornecimento do medicamento *Canabidiol USA HEMP CBD 3000 mg complete CBD Full Spectrum Oil 30 ml*, na quantidade de 24 frascos.

Sustenta a agravante, em apertada síntese, que é portadora de *Epilepsia refratária e Transtorno do Espectro Autista* em grau elevado, apresentando comportamentos ansiosos, crises de irritabilidade, crises epilépticas crises sensoriais e atraso na fala. Aduz que o medicamento solicitado é controlado, mas teve sua importação liberada excepcionalmente pela Anvisa para casos de saúde como o da agravante.

Invoca seu direito à vida e à saúde. Alega hipossuficiência financeira para custear o tratamento, indicado pelo médico que acompanha o seu quadro, de modo a melhorar sua condição neurológico-cognitiva e qualidade de vida. Afirma ter feito uso de diversos medicamentos, os quais não surtiram efeito duradouro. Assim, requer seja reformada a r. decisão guerreada, a fim de que seja concedida tutela de urgência, determinando-se o fornecimento do medicamento prescrito, nas quantidades indicadas (fls. 1/15).

O pedido de atribuição de efeito ativo foi deferido, a fim de determinar que o ente público requerido fornecesse à menor os medicamentos postulados na quantidade indicada pelo profissional que a acompanha (fls. 58/64).

Não houve resposta ao recurso (fl. 127).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento do presente agravo de instrumento (fls. 130/150).

É o relatório.

Conhece-se do recurso, uma vez que tempestivo.

Insurge-se a agravante contra a decisão que indeferiu o pedido de fornecimento do medicamento *Canabidiol USA HEMP CBD 3000 mg complete CBD Full Spectrum Oil 30 ml* para seu tratamento.

De início, registre-se que a saúde é direito social de natureza fundamental (artigo 6º, CF), com eficácia plena em face do Estado, por força do artigo 196 da CF/88.

Especialmente em relação à criança e ao adolescente, reforça-se o dever

Acesso ao Sumário

do Poder Público de garantir a efetivação do direito à saúde (artigo 4º, *caput*, do ECA), assegurando *"acesso integral às linhas de cuidado voltadas à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do Sistema Único de Saúde, observado o princípio da equidade no acesso a ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde"* (artigo 11, *caput*, do ECA).

Garante-se, nesse quadro, o fornecimento, àqueles que necessitam, de *"medicamentos, órteses, próteses e outras tecnologias assistivas relativas ao tratamento, habilitação ou reabilitação para crianças e adolescentes, de acordo com as linhas de cuidado voltadas às suas necessidades específicas"* (artigo 11, § 2º do ECA).

Certo o dever constitucional e legal do poder público de fornecer medicamentos a menores necessitados, tem-se que, na hipótese, postula-se sejam os entes públicos compelidos a fornecer o medicamento *Canabidiol USA HEMP CBD 3000 mg complete CBD Full Spectrum Oil 30ml, na quantidade de 24 (vinte e quatro)* frascos à menor diagnosticada com *Epilepsia refratária e Transtorno do Espectro Autista.*

Em relação aos medicamentos à base de CANABIDIOL, o Tema 106 do C. STJ é aplicável, (ação proposta após 04/05/2018), sendo nele definido que: *"A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência"*.

E, **nesta fase de cognição sumária**, verifica-se o preenchimento dos aludidos requisitos.

Com efeito, a **imprescindibilidade** e **necessidade** dos medicamentos postulados, bem assim a ineficácia de outros fármacos, estão comprovadas, satisfatoriamente, nos documentos e relatórios médicos juntados às fls. 39/49 dos autos de origem.

Acesso ao Sumário

Dentre os documentos apresentados, destaca-se o laudo médico de fls. 42, dos autos do agravo (correspondente às fls. 39, dos autos de origem), subscrito por profissional médico habilitado que acompanha o quadro da menor, em que atesta: *"(...) Mãe relata que gestação da paciente foi conturbada, uso de álcool, ansiolíticos, tabaco, acompanhamento foi em UBS, parto foi cesárea. Ao longo do desenvolvimento foi algo conturbado, não andou, tinha choros constantes, insônia, não teve agarro ao peito materno, desenvolvimento insatisfatório, dificuldade no aprendizado, atraso na fala, vindo a ter clonias fortes e*

duradouras. Aos 02 anos foi diagnosticada com epilepsia é acompanhada nas APAE realizando estimulação global. ***A partir daí a mesma foi tratada com medicamentos anticonvulsivantes até os dias de hoje, surtiu efeito desejados por pouco tempo.*** *Anos atrás a mesma inicia clonias graves. Apresenta comportamentos ansiosos. Importantes e graves alterações na comunicação. Além de atraso para entender expressões linguísticas sociais.* ***O grau da doença é elevado, muitas habilidades estão sendo comprometida, muita irritabilidade, tem apresentado problemas significativos em seu comportamento social, chegou a passar por consulta com neuropediatra, paciente faz uso risperidona, neulepitil e valporato de sódio para controle das crises. Vem fazendo uso da medicação de forma contínua.*** *Familiar relata muita sonolência. Não consegue verbalizar palavras ou verbaliza com dificuldade. É extremamente dependente dos familiares, sobrecarrega a família. Quebra coisas em casas, inclusive vidros e perfuro-cortantes, já quebrou copos e demais utensílios domésticos por escapar das mãos ".*

Registre-se, nesse contexto, o prestígio que há de ser atribuído à prescrição médica, cujo profissional, responsável pela apuração técnica da conveniência do uso de determinado medicamento, tem sua responsabilidade imposta pelo Código de Ética Médica (Resoluções CFM nº 1.246/88 e nº 1.931/2009).

A incapacidade financeira da menor, a seu turno, aparenta ser indubitável, em vista dos documentos juntados (fl. 34 dos autos de origem), não havendo nos autos indícios ou sinais de riqueza que lancem dúvidas sobre a veracidade do alegado.

Ademais, verifica-se que já existe medicamento à base de *Canabidiol* registrado na ANVISA[1], e diversos produtos à base de *Canabidiol* já apresentam situação regular, com permissão para sua comercialização e dispensação, conforme se constata no site da autarquia[2].

Sobre a existência do registro, anota-se que a ANVISA, em 9 de março de 2020, editou Caderno de Perguntas e Respostas sobre a autorização sanitária de produtos à base de *Cannabis*[3], esclarecendo que os produtos abrangidos pela RDC 327/2019[4], que dispõe sobre procedimentos para a concessão da Autorização Sanitária para a fabricação e a importação, requisitos para a comercialização, prescrição, dispensação, monitoramento e fiscalização de produtos de Cannabis para fins medicinais, não são considerados medicamentos sujeitos a registro, enquadrando-se em categoria regulatória própria (Questões 10, 13, 16, 22 etc.).

Acesso ao Sumário

1 https://consultas.anvisa.gov.br/#/medicamentos/q/?substancia=25722
2 https://consultas.anvisa.gov.br/#/cannabis/q/?situacaoRegistro=V
3 https://www.gov.br/anvisa/pt-br/setorregulado/regularizacao/medicamentos/fitoterapicos-dinamizados-e- especificos/informes/fitoterapicos/perguntas-e-respostas-produtos-de-cannabis-1a-edicao.pdf
4 https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-da-diretoria-colegiada-rdc-n-327-de-9-de-dezembro-de-2019-232669072

Acerca da matéria, verifica-se que a pergunta nº 10 foi assim redigida: *"Quando a norma trata de Autorização Sanitária, está se referindo à Autorização Especial de Funcionamento ou registro do produto?"*, sendo a resposta da autarquia: *"Nenhuma das duas opções. A Autorização Sanitária é uma forma de regularização de produto criada pela RDC nº 327/2019, que, de forma análoga a um registro, permite a comercialização e dispensação dos produtos de Cannabis no Brasil"*. (grifei).

A questão, inclusive, foi discutida pela C. Suprema Corte no RE nº 1.165.959 (Tema 1.161), que versa sobre hipótese de dispensação pelo Poder Público de produto análogo ao aqui postulado, tendo sido fixada a seguinte tese: *"Cabe ao Estado fornecer, em termos excepcionais, medicamento que, embora não possua registro na Anvisa, tem a sua importação autorizada pela agência de vigilância sanitária, desde que comprovada a incapacidade econômica do paciente, a imprescindibilidade clínica do tratamento, e a impossibilidade de substituição por outro similar constante das listas oficiais de dispensação de medicamentos e os protocolos de intervenção terapêutica do SUS."*.

Nessa linha de entendimento, confira-se o posicionamento desta C. Câmara Especial:

> *"APELAÇÃO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DIREITO À SAÚDE. MENOR PORTADOR DE TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO À BASE DE CANABIDIOL. 1. Sentença que julgou parcialmente procedente o pedido para compelir o Estado de São Paulo ao fornecimento do fármaco à base de Canabidiol. Irresignação da Fazenda Pública do Estado de São Paulo. 2. Preliminar de ilegitimidade passiva ad causam afastada. Inaplicabilidade, no caso concreto, do Tema nº 500 do E. STF. Fármacos à base de Canabidiol que apresentam situação regular, enquadrando-se em categoria regulatória própria, conforme esclarecimentos prestados pela Anvisa. 3. Direito à saúde assegurado pela Constituição Federal, cujas normas são complementadas pelo ECA e pela Lei nº 8.080/90, que abrange a obtenção gratuita de todos os recursos necessários ao tratamento e reabilitação dos enfermos. Dever correspectivo do Poder Público de fornecê-los. 4. Resolução da Diretoria Colegiada da Anvisa nº 327/19 que definiu as condições e procedimentos para a concessão da autorização sanitária para a fabricação e importação, bem como estabeleceu requisitos para a comercialização, prescrição, dispensação, monitoramento e fiscalização dos produtos de Cannabis para fins medicinais de uso humano. Resolução da Diretoria Colegiada nº 335/20 que também estipulou os critérios e os procedimentos para a importação de produto a base de Canabidiol, por pessoa física, para uso próprio, mediante prescrição por parte de profissional legalmente habilitado para tratamento de saúde. 5. Processo sujeito à*

Acesso ao Sumário

Tese Vinculante firmada no julgamento do Tema nº 106 do E. STJ. Requisitos preenchidos. Necessidade do medicamento comprovada por meio de prescrição subscrita pelo médico que acompanha o tratamento do infante. Hipossuficiência para a sua aquisição demonstrada. Menor que possui autorização da Anvisa para sua importação. 6. Recurso de apelação improvido." (TJSP; Apelação Cível 1000039-11.2021.8.26.0562; Relatora: Daniela Cilento Morsello; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Santos – Vara da Infância, Juventude e do Idoso; Data do Julgamento: 22/06/2021; Data de Registro: 22/06/2021).

Portanto, como referidos produtos já apresentam situação regular, com permissão para sua comercialização e dispensação, inclusive possuindo forma análoga de registro, não há que se falar na aplicação do Tema 500 do STF ao caso.

Destarte, **ao menos neste momento processual**, verifica-se o preenchimento dos requisitos do Tema 106 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, afigurando-se, de outra parte, inaplicável o Tema 500 do Colendo Supremo Tribunal Federal.

É, nesse passo, **inequívoca a presença de elementos que evidenciam a probabilidade do direito da menor, sendo igualmente certo o perigo de dano ao resultado útil do processo**, caso não fosse atendido o pleito de urgência ora atacado.

E isso porque são presumidos os prejuízos que experimentaria a criança, caso não iniciado, desde quando tecnicamente indicado, o tratamento médico com o fármaco que lhe foi prescrito.

Assim, em sede de cognição sumária, deve ser concedida, a tutela de urgência, acolhendo-se a pretensão da agravante a fim de que o medicamento pleiteado seja disponibilizado pela agravada.

Faculta-se ao ente público a possibilidade do fornecimento do fármaco sem vinculação à marca comercial. Ausente vedação médica, imperioso que se garanta o direito de fornecer a alternativa de produtos genéricos, desde que contenham o mesmo princípio ativo e mesma dosagem ou as mesmas especificações técnicas. Contudo, sobrevindo relatório médico justificando a vedação, caberá à agravada fornecer somente o prescrito.

De outro lado, **determina-se** à parte interessada que apresente relatório médico semestralmente atualizado, comprovando a necessidade de continuação do tratamento com o referido medicamento, bem como a quantidade mensal respectiva. Eventual interrupção do fornecimento demandará provocação prévia do requerido em Juízo.

Por fim, mantém-se o prazo de 20 (vinte dias) concedido na liminar de fls. 58/64 para o cumprimento da obrigação, sob pena de multa diária no valor de

Acesso ao Sumário

R$ 300,00, limitada ao teto de R$ 30.000,00.

Saliente-se que a multa arbitrada apenas incidirá caso o ente público não cumpra sua obrigação e que o seu valor pode ser reduzido a qualquer tempo, inclusive em fase de execução, caso se mostre excessivo.

Ante o exposto, **dou provimento** ao agravo de instrumento a fim de determinar que o ente público requerido forneça à menor o medicamento postulado na exordial, mediante apresentação de relatório médico semestralmente atualizado.

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental Cível nº 2045057-07.2023.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes DROGARIA BETOFARMA LTDA., DROGARIA DELMAR LTDA., HIPER MAGISTRAL DE POA LTDA., DEMAC PRODUTOS FARMACEUTICOS LTDA., DROGADOTTO LTDA. EPP., DROGA EX LTDA., MYAFARMA INTERIOR DROGARIAS LTDA., FARMACIA EX MG LTDA., DROGARIA METROFARMA LTDA., ESPIRITO SANTO GESTÃO DE PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS LTDA. e DROGAROMERO LTDA., são agravados MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DAS EXECUÇÕES FISCAIS ESTADUAIS DA CAPITAL e MM JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DA COMARCA DE CAIEIRAS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 54.498)**

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, 12 de maio de 2023.

GUILHERME GONÇALVES STRENGER, Vice-Presidente e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO INTERNO – Interposição contra decisão monocrática que não conheceu de conflito de

competência suscitado por empresa em recuperação judicial – Pretensão de reconhecimento da competência do Juízo recuperacional para decidir atos de execução, expropriatórios e de constrição relativos ao patrimônio de empresa em recuperação judicial – Ausência de juízos reconhecendo a respectiva competência sobre mesma causa, mesmo processo – hipótese de conflito de competência não configurada – Precedentes – Agravo interno não provido.

VOTO

VISTOS.

Trata-se de agravo interno interposto por DROGARIA DELMAR LTDA., EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL contra a r. decisão monocrática de fls. 1428/1450, que não conheceu do conflito de competência que suscitou em face do MM. JUÍZO DE DIREITO DA VARA DAS EXECUÇÕES FISCAIS ESTADUAIS DA COMARCA DE SÃO PAULO e do MM. JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DA COMARCA DE CAIEIRAS.

Sustenta a agravante, em síntese, que os juízos suscitados proferiram decisões conflitantes no que tange à assunção da competência. Nesse sentido, alega que "*em nenhum momento a inclusão no art. 6º da Lei n. 11.101/2005 do § 7º-B pela Lei 14.112/2020 autoriza o Juízo da Execução Fiscal a promover atos constritivos, repita-se: bloqueio judicial de dinheiro das contas das recuperandas. Pelo contrário, segundo posição do STJ o Juízo da Execução pode ordenar a constrição, mas este ato deve ser submetido ao Juízo da Recuperação, o qual pode, em cooperação judicial, admitir a constrição ou não, em nome do princípio da preservação da empresa*" (fl. 02).

Requer, assim, o conhecimento e o provimento do agravo interno, "*para reformar a decisão recorrida, para, afastando o não conhecimento, ordenar o processamento do conflito, para acatar a liminar, e no mérito, julgar procedente o processo, devendo ser apurada a competência e prevenção do Relator.*" (fls. 01/03).

É o relatório.

Insurge-se a agravante contra decisão monocrática que não reconheceu configurada hipótese de conflito de competência entre o MM. Juízo de Direito da Vara das Execuções Fiscais Estaduais da Comarca de São Paulo e do MM. Juízo de Direito da 2ª Vara da Comarca de Caieiras.

A hipótese de conflito positivo de competência, prevista no inciso I do artigo 66 do CPC, pressupõe que dois ou mais juízes se declarem competentes para uma mesma causa, um mesmo processo.

Acesso ao Sumário

De outro lado, decisões divergentes proferidas por Juízos distintos, mas em processos igualmente diversos, ainda que envolvam o patrimônio da mesma empresa, não configuram conflito positivo de competência.

É o que ocorre no caso, onde concorrem, sobre o patrimônio da empresa suscitante, sua recuperação judicial, em trâmite perante o MM. Juízo de Direito da 2ª Vara da Comarca de Caieiras (Processo 1002680-45.2022.8.26.0106), e a ação de execução em curso junto ao Juízo de Direito da Vara das Execuções Fiscais Estaduais da Comarca de São Paulo (Processo nº 1502985-54.2022.8.26.0014).

Ademais, observa-se ainda que o presente conflito tem por escopo impugnar decisões proferidas pelo Juízo de Direito da Vara das Execuções Fiscais Estaduais da Comarca de São Paulo, que envolvem o patrimônio da empresa em recuperação judicial e, bem se sabe, para essa finalidade há recurso próprio previsto na legislação processual.

Finalmente, registra-se que, casos similares ao presente já foram objeto de exame pela Colenda Câmara Especial, que deu desfecho idêntico ao que ora se proclama:

> *"CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA – Suscitação pela parte – Execução de título extrajudicial em desfavor de pessoa jurídica que ajuizou cautelar com base no art. 20-B, § 1º da Lei nº 11.101/05 – Decisão proferida por Juízo Cível que deferiu apenas a suspensão do levantamento dos valores arrestados com o sistema Sisbajud pelo período de 60 dias – Pretensão da parte suscitante voltada à determinação de que o Juízo da Vara Empresarial seja declarado o único competente para decidir sobre a possibilidade de suspensão da execução n. 1023884-32.2023.8.26.0100 e dos atos constritivos nela praticados – Inviabilidade – Matéria sujeita a recurso próprio, sem afetar a competência jurisdicional – Inexistência de dois ou mais Juízos declarando-se incompetentes para o julgamento de um mesmo processo – Inocorrência da hipótese prevista no art. 66, inciso II, do CPC – Resolução OE nº 763/2016 que deve ser observada, ademais – Precedentes – Conflito não conhecido." (TJSP; Conflito de competência cível 2073575-07.2023.8.26.0000; Relator: Wanderley José Federighi (Pres. da Seção de Direito Público); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Central Cível – 13ª Vara Cível; Data do Julgamento: 11/04/2023; Data de Registro: 11/04/2023)*

> *"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Recuperação judicial. Constrição de patrimônio em sede de execução fiscal. Alegação de incompetência do Juízo da Fazenda Pública, em razão do processo em trâmite no Juízo universal da recuperação judicial. Incidente promovido diretamente pela parte devedora. Inexistência de conflito entre os Juízes suscitados acerca*

do mesmo processo. Não incidência das hipóteses do art. 66 do CPC. Precedentes. CONFLITO NÃO CONHECIDO." (TJSP; Conflito de competência cível 2015653-08.2023.8.26.0000; Relator: Beretta da Silveira (Pres. da Seção de Direito Privado); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Osasco – 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 27/03/2023; Data de Registro: 27/03/2023)

"CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA suscitado por empresa em recuperação judicial. Inexistência de conflito entre os Juízes suscitados acerca do mesmo processo. Não incidência das hipóteses do art. 66 do CPC. Precedentes. Conflito não conhecido." (TJSP; Conflito de competência cível 2023070-12.2023.8.26.0000; Relator: Beretta da Silveira (Pres. da Seção de Direito Privado); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Central Cível – 8ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/03/2023; Data de Registro: 27/03/2023)

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Conflito suscitado pela parte – Execução de título extrajudicial – Cédula de Produtor Rural – Empresas executadas em recuperação judicial – Decisão de prosseguimento da execução por Juízo Cível – Pretensão dos Suscitantes para que seja analisada, pelo Juízo da Recuperação Judicial, a demanda com riscos às operações das empresas – Impossibilidade – Decisão sujeita a recurso próprio, sem afetar a competência jurisdicional – Inexistência de dois ou mais juízos declarando-se incompetentes para o julgamento de um mesmo processo – Inocorrência da hipótese prevista no art. 66, inciso II, do CPC – Observância à alteração feita pela Lei nº 14.112/2020 ao artigo 11º da Lei 8929/94 – Precedentes – Conflito não conhecido." (TJSP; Conflito de competência cível 2273588-56.2022.8.26.0000; Relator: Wanderley José Federighi (Pres. da Seção de Direito Público); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Unificado – N/A; Data do Julgamento: 13/03/2023; Data de Registro: 13/03/2023)

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo interno.

Acesso ao Sumário

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0015227-30.2023.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é suscitante MMª. JUÍZA DE DIREITO DA 6ª VARA CÍVEL DE GUARULHOS, é

suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DE VILA PRUDENTE.

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 2ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 110.350)**

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, 28 de abril de 2023.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de execução de título extrajudicial proposta em face dos sócios de empresa inadimplente e distribuída no foro de domicílio dos referidos. Remessa para o foro em que está estabelecida a sede da sociedade. Impossibilidade. Exequente que optou por arrolar como executados na demanda somente os sócios da pessoa jurídica. Competência territorial, de natureza relativa, indeclinável de ofício. Inteligência da súmula nº 33 do C. STJ. Precedente. Competência do Juízo suscitado da 2ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo.

VOTO

Cuida-se de **conflito negativo de competência** suscitado pela **MMª. JUÍZA DE DIREITO DA 6ª VARA CÍVEL DE GUARULHOS** em face do **MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DO FORO CENTRAL DA CAPITAL**, nos autos da ação de execução de título extrajudicial nº 1001325-63.2023.8.26.0009, proposta por *Sul América Companhia de Seguros Saúde* em face de *Benedita da Silva* e *Ivam Cruz*.

Argumenta a suscitante que a ação de execução de título extrajudicial foi distribuída em face dos sócios de empresa já encerrada, os quais, segundo sustentado pela exequente, seriam os responsáveis por débito em aberto da sociedade. Ressalta que a demanda foi proposta no foro de domicílio dos sócios exe-

cutados, contudo, o juízo suscitado declinou da sua competência, ao argumento de que a sede da pessoa jurídica está estabelecida em Guarulhos. Reitera que a empresa mencionada não é parte na ação e que o polo passivo da demanda é integrado unicamente pelos sócios. Assinala que a competência territorial possui natureza relativa, e portanto, não pode ser declinada de ofício pelo magistrado.

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 a ação, nos termos do artigo 66, inciso II, do Código de Processo Civil.

Assiste razão à Juíza suscitante.

Trata-se de execução de título extrajudicial proposta por *Sul América Companhia de Seguros Saúde* em face de *Benedita da Silva* e *Ivam Cruz*, pela qual a exequente busca receber seu crédito, no valor de R$ 9.575,83, decorrente do não pagamento de prêmios de contrato de seguro firmado com empresa extinta, da qual os executados eram sócios.

A ação foi proposta perante a 2ª Vara Cível do Foro Regional IX da Comarca da Capital, tendo sido posteriormente redistribuída à 2ª Vara Cível do Foro Central da mesma comarca, em razão do domicílio dos sócios da empresa inadimplente. O Juízo da 2ª Vara Cível do Foro Central, contudo, declinou da competência e determinou a remessa do feito para a comarca de Guarulhos, ao argumento de que a sociedade tem sua sede na referida comarca. Argumentou, ainda, que não se admite a responsabilização dos sócios sem a desconsideração da personalidade jurídica da empresa que figurou como parte na avença. Recebidos os autos, a Juíza da 6ª Vara Cível de Guarulhos suscitou o presente conflito.

De acordo com o artigo 781, inciso I, do Código de Processo Civil, *in verbis*:

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

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

In casu, a exequente ajuizou a ação de execução em face dos sócios da empresa inadimplente, distribuindo o feito no foro de domicílio dos referidos, isto é, em São Paulo (fls. 36/37 da origem).

No caso, não há dúvidas de que a exequente optou por arrolar como executados na demanda somente os sócios da pessoa jurídica, e não a empresa que figurou como parte no contrato de seguro. Assim, a interpretação literal do dispositivo legal citado conduz à conclusão de que o ajuizamento da ação na

Acesso ao Sumário

comarca de São Paulo é providência acertada, posto ser esta a comarca de domicílio dos sócios executados.

Quanto à discussão acerca da necessidade de desconsideração da personalidade jurídica no caso concreto, impende destacar que, se o MM. Juízo suscitado assim entender, optando pelo indeferimento ou emenda da petição inicial, a matéria poderá ser objeto de recurso próprio, a ser apreciada pelo colegiado competente.

Assim, tratando-se de competência territorial e, portanto, relativa, não pode ser declarada de ofício pelo Magistrado, nos termos dos artigos 64 e 65 do Código de Processo Civil.

A propósito, esse é o entendimento firmado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, cuja súmula nº 33 dispõe: *"A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício"*.

Neste sentido, já decidiu essa C. Câmara Especial:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação de execução de título extrajudicial – Ajuizamento no foro do domicílio do executado – Declínio da competência, de ofício, ao foro de eleição contido no contrato firmado entre as partes – Hipótese de fato regida por regras de competência territorial e relativa – Incompetência que não pode ser declarada de ofício – Inteligência da Súmula nº 33 do Colendo Superior Tribunal de Justiça – Precedentes – Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo suscitado." (Conflito de competência cível 0022495-72.2022.8.26.0000 – Câmara Especial – Rel. Des. **Francisco Bruno (Presidente da Seção de Direito Criminal)** – j.: 16/08/2022)

Ante o exposto, **CONHECE-SE DO CONFLITO NEGATIVO** para declarar a competência do MM. Juiz de Direito suscitado da 2ª Vara Cível do Foro Central da Comarca 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 0012015-98.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA FAMÍLA E SUCESSÕES DO FORO REGIONAL DE SANTANA, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DE SANTANA.

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 5ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DE SANTANA DA COMARCA DE SÃO PAULO). V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.404)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 2 de maio de 2023.

FRANCISCO BRUNO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação de regulamentação de posse de bem semovente – Ação ajuizada no Juízo Cível – Declinação da competência e remessa ao Juízo da Família – Feito que versa sobre matéria diversa e sem reflexo no Direito de Família – Conquanto exista relação de afeto entre seres humanos e animais domésticos, as normas aplicáveis à hipótese são aquelas relacionadas ao Direito Civil – Observância dos arts. 34 e 37 do Código Judiciário de São Paulo – Precedentes – Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo suscitado.

VOTO

Vistos.

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo **MM. JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DA FAMÍLIA E SUCESSÕES** em face do **MM. JUÍZO DE DIREITO DA 5ª VARA CÍVEL**, ambos do **Foro Regional de Santana da Comarca de São Paulo**, nos autos da *ação de regulamentação de posse de animal de estimação* movida por C.E.L. contra E.F.P. (Proc. 1040455-21.2022.8.26.0001).

Há dissenso sobre a competência da Vara Especializada para o processamento e julgamento da aludida ação, à vista da natureza jurídica da matéria nela debatida.

Argumenta o Juízo Suscitado (MM. Juízo da 5ª Vara Cível do Foro Regional de Santana) que, em razão do vínculo afetivo envolvido, o regramento jurídico referente aos bens não se mostra suficiente para resolver disputas familiares a respeito dos animais. Assim, entende que compete ao Juízo da Família e Sucessões questões atinentes à guarda de animais de estimação no âmbito

Acesso ao Sumário

familiar (fls. 45/46 dos autos de origem).

Deste entendimento diverge o Juízo Suscitante, aduzindo que, apesar de os animais estarem presentes no ambiente familiar, a legislação brasileira infere aos chamados "pets" a natureza jurídica de bens móveis, e os atribui a um regime de propriedade, estando sujeitos a custódia, conforme o disposto no art. 82 do Código Civil. Argumenta que a demanda se restringe a definir a guarda de semovente, sem qualquer outra questão principal ou subsidiária, sem reflexos no direito de família, não se amoldando, portanto, nas hipóteses previstas no artigo 37 do Código Judiciário do Estado de São Paulo. Ressalta que a pretensão de regulamentação da guarda dos animais de estimação é meramente obrigacional o que afasta a competência especializada da Vara Especializada (fls. 1/3 destes autos).

Foi designado o MM. Juízo de Direito Suscitado (**MM. JUÍZO DE DIREITO DA 5ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DE SANTANA DA COMARCA DE SÃO PAUL**O) para apreciar e decidir questões urgentes (fls. 18/19).

É o relatório.

Conhece-se do conflito negativo de competência, visto que presente a hipótese prevista no art. 66, II, do Código de Processo Civil.

O presente conflito foi suscitado incidentalmente à *ação de regulamentação de posse de animal de estimação* movida por C.E.L. contra E.F.P. (Proc. (...)).

Pois bem.

De início, verifica-se que o pedido inicial não está acompanhado de outros eventualmente afetos à competência das Varas de Família e Sucessões.

Conforme consta na inicial, pretende o autor, na aludida demanda, tão somente a regulamentar o exercício dos direitos de posse sobre animais de estimação (bens semoventes), adquiridos para os filhos, após o divórcio consensual com a ré.

Acesso ao Sumário

O autor, requer a divisão dos animais para que fixem residência onde os seus respectivos donos, ou seja, os filhos dos ex-cônjuges, estabeleçam moradia (a gata com o filho mais novo – atualmente com a requerida e o cão com o filho mais velho – atualmente com o requerente), bem como as despesas intrínsecas.

Nesse sentido, conclui-se que a causa da ação se funda em relação civil de natureza exclusivamente patrimonial, matéria que não se enquadra em quaisquer das hipóteses do art. 37, do Código Judiciário de São Paulo (Decreto-Lei Complementar nº 03/69), que especifica as matérias de competência das Varas de Família e Sucessões:

Art. 37 – Aos Juízes das Varas da Família e Sucessões compete:

I – processar e julgar:

a) as ações relativas a estado, inclusive alimentos e sucessões, seus acessórios e incidentes;

b) os inventários, arrolamentos e partilhas, bem como a divisão geodésica das terras partilhadas e a demarcação dos quinhões.

II – conhecer e decidir as questões relativas a:

a) capacidade, pátrio poder, tutela e curatela, inclusive prestação de contas;

b) bens de incapazes;

c) registro e cumprimento de testamentos e codicilos;

d) arrecadação de herança jacente, bens de ausentes e vagos;

e) suprimento de idade e consentimento, inclusive outorga marital e uxória;

f) vínculos, usufruto e fideicomisso;

g) adoção e legitimação adotiva, ressalvados os casos de competência das Varas de Menores;

h) fundações instituídas por particulares e sua administração.

A competência, assim, é do Juízo da Vara Cível, nos termos do artigo 34 da referida norma:

Art. 34 – Aos Juízes das Varas Cíveis compete, ressalvados os casos de competência específica:

I – processar, julgar e executar os feitos, contenciosos ou administrativos, de natureza civil ou comercial, bem como seus respectivos incidentes;

II – conhecer e decidir os processos acessórios, contenciosos ou não, de natureza civil ou comercial;

III – praticar todos os demais atos atribuídos pelas leis processuais cíveis a juiz de primeira instância."

Não se questiona que há relação de afeto entre os animais e as partes litigantes, que, para elas, integra o núcleo familiar. Contudo, não se mostra adequada a equiparação da guarda do animal de estimação à regulamentação da guarda e do regime de visitas de crianças e adolescentes.

A competência, portanto, é do Juízo Cível, conforme já se posicionou esta Colenda Câmara Especial:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação de guarda e regulamentação de visitas de animal doméstico – Distribuição inicial ao Juízo da 1ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional do Jabaquara – Declinação da competência às Varas Cíveis locais – Possibilidade – Matéria discutida que não se insere nas hipóteses que dão ensejo à atua-

Acesso ao Sumário

ção da Vara Especializada, previstas no artigo 37 do Código Judiciário do Estado de São Paulo – Precedentes – Conflito negativo procedente, competência do MM. Juiz suscitante (Juízo da 5ª Vara Cível do Foro Regional do Jabaquara).” (TJSP; Conflito de competência cível 0018667-68.2022.8.26.0000; Relatora: Ana Luiza Villa Nova; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Regional III – Jabaquara – 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 04/08/2022; Data de Registro: 04/08/2022)

“Conflito Negativo de Competência – Ação de regulamentação de guarda compartilhada de animal de estimação com pedido de tutela de urgência antecipada ajuizada – Distribuição livre à 4ª Vara da Família e das Sucessões do Foro Regional XII – Nossa Senhora do Ó – Redistribuição à 3ª Vara Cível do mesmo Foro Regional, por reputar ser o objeto da demanda bem móvel, nos termos do art. 82 do Código Civil – Admissibilidade – Demanda que se restringe a semovente e sem reflexos no direito de família e, portanto, não se amolda às hipóteses previstas no artigo 37 do Decreto-Lei Complementar nº 03/1969 para atrair a competência da Vara Especializada de Família – Pretensão de natureza obrigacional – Inteligência do artigo 34 do CJESP – Precedentes desta Eg. Câmara Especial – Conflito procedente – Competente o Juízo Suscitante.” (TJSP; Conflito de competência cível 0018121-13.2022.8.26.0000; Relator: Wanderley José Federighi (Pres. da Seção de Direito Público); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Regional XII – Nossa Senhora do Ó – 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 15/06/2022; Data de Registro: 15/06/2022)

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de busca e apreensão de animal de estimação distribuída livremente para a 1ª Vara Cível do Foro Regional do Jabaquara. Redistribuição para uma das Varas de Família e Sucessões local. Medida equivocada. Matéria não afeta às Varas de Família e Sucessões. Inteligência do artigo 37 do Código Judiciário de São Paulo. Competência da Juíza suscitada da 1ª Vara Cível do Foro Regional do Jabaquara.” (TJSP; Conflito de competência cível 0040587-35.2021.8.26.0000; Relator: Dimas Rubens Fonseca (Pres. da Seção de Direito Privado); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Regional III – Jabaquara – 3ª Vara da Família e Sucessões; Data do Julgamento: 23/11/2021; Data de Registro: 23/11/2021)

“Conflito negativo de competência – Ação de ‘guarda’ (posse) de animais domésticos – Ação proposta perante o juízo cível – Declinação da competência e remessa dos autos à especializada da família – Descabimento – Ação que versa sobre matéria diversa e sem qualquer reflexo no direito de família – Questão restrita à semovente possuído em condomínio entre as partes – Matéria disciplinada nos arts. 82, 1.199, 1.320 e 1.321, do

Acesso ao Sumário

CC – Ausente relacionamento estável a se discutir seu reconhecimento e dissolução com divisão de patrimônio comum de casal convivente – Questão que não se amolda às hipóteses atribuídas ao direito de família, nos termos do art. 37, I, do CJ – Ação de natureza meramente obrigacional – Competência das Varas Cíveis, segundo o que dispõe o art. 34, I, do DL 03/69 – Conflito acolhido – Competente o suscitado (5ª Vara Cível do Foro Regional de Pinheiros)" (TJSP; Conflito de Competência Cível nº 0005618-28.2020.8.26.0000; Relator: Renato Genzani Filho; Órgão Julgador: Câmara Especial; Data do Julgamento: 01/04/2020; Data de Registro: 01/04/2020).

"Conflito negativo de competência – Ação de regulamentação de guarda de animal de estimação distribuída à 1ª Vara de Família e Sucessões de Ribeirão Preto – Redistribuição da ação ao Juízo Cível – Medida adequada – Matéria não afeta às Varas de Família e Sucessões – Inteligência do artigo 37 do Código Judiciário de São Paulo – Competência da Juíza Suscitante da 6ª Vara Cível de Ribeirão Preto." (TJSP; Conflito de Competência Cível nº 0021621-92.2019.8.26.0000; Relator: Campos Mello (Pres. da Seção de Direito Privado); Órgão Julgador: Câmara Especial; Data do Julgamento: 04/07/2019; Data de Registro: 04/07/2019).

"Conflito negativo de competência – Ação de revisão de normas de condomínio de bem semovente, cumulado pedido de indenização por danos materiais e morais – Remessa ao Juízo de Família e Sucessões em decorrência da necessidade de se aplicar, por analogia, as normas atinentes à guarda de filhos – Impossibilidade – Embora exista relação de afeto entre seres humanos e animais domésticos, as normas aplicáveis à hipótese são aquelas relacionadas ao condomínio – Ausência das hipóteses previstas pelo artigo 37, do Código Judiciário Estadual – Questão que não se enquadra nos critérios objetivos que determinam a competência em razão da matéria – Precedente desta Câmara Especial – Conflito julgado procedente – Competência do Juízo da 1ª Vara Cível do Foro Regional do Butantã, ora suscitado." (TJSP; Conflito de competência cível 0009788-77.2019.8.26.0000; Relatora: Dora Aparecida Martins; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Regional XV – Butantã – 1ª Vara da Família e Sucessões; Data do Julgamento: 11/06/2019; Data de Registro: 11/06/2019);

"Conflito negativo de competência – Ação revisional – Visitação de animal doméstico – Questão que não se enquadra nos critérios que determinam, ratione materiae, a competência da Vara de Família e Sucessões, definida no artigo 37, I e II do Decreto-Lei Complementar 03/69 – Competência do suscitado." (TJSP; Conflito de competência cível 0115360-32.2013.8.26.0000; Relator: Marcelo Gordo; Órgão Julgador: Câmara

Acesso ao Sumário

Especial; Foro Regional XI – Pinheiros – 1ª Vara da Família e Sucessões; Data do Julgamento: 26/08/2013; Data de Registro: 30/08/2013).

Ante o exposto, conheço do conflito negativo de competência e declaro a competência do **Juízo suscitado (MM. JUÍZO DE DIREITO DA 5ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DE SANTANA DA COMARCA DE SÃO PAULO).**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0015018-61.2023.8.26.0000, da Comarca de São Vicente, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL E CRIMINAL DA COMARCA DE SÃO VICENTE, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE SÃO VICENTE.

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 MM. Juízo Suscitado (MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de São Vicente), com observação. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.673)**

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, 8 de maio de 2023.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Acesso ao Sumário

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação de inexigibilidade de débito combinada com indenização por danos materiais e morais – Distribuição ao Juizado Especial Cível – Remessa ao Juízo Comum – Necessidade – Balizas objetivas relacionadas a controvérsia que indicam a potencial necessidade de que haja a produção de prova pericial complexa que, por sua vez, exclui a competência dos Juizados Especiais para a apreciação da demanda – Complexidade não se coaduna com o rito dos Juizados Especiais – Artigo 98, I, da C.F. – Artigo 3º,

caput, combinado com o artigo 35, ambos da Lei nº 9.099/95 – Aplicabilidade – Precedentes – Observação de que não há vinculação ao Juízo reconhecidamente competente em relação à necessidade da produção de prova pericial, mas apenas quanto à competência para o processamento do feito, porquanto a competência desta Colenda Câmara Especial se restringe a matéria atinente à competência dos Juízos de primeiro grau (RITJSP, art. 33, parágrafo único, inciso II) – Procedente o conflito – Competência do Juízo Suscitado (com observação).

VOTO

Vistos.

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo **MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL E CRIMINAL DE SÃO VICENTE** em face do **MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DA MESMA COMARCA**, em ação de inexigibilidade de débito combinada com indenização por danos materiais e morais ajuizada por Maria Celia Meiene de Lucena contra o Itaú Unibanco S/A (proc. n. 1000561-22.2019.8.26.0590).

A ação foi distribuída livremente ao MM. Juízo do Juizado Especial Cível, que declinou da competência, por reputar imprescindível a realização de prova pericial técnica solicitada pelo banco réu (fls. 363/365, proc. de origem).

Contemplado pela redistribuição, o MM. Juízo da Vara Cível discordou, por considerar desnecessária a realização de perícia complexa, posto que a ré não trouxe qualquer elemento que pudesse corroborar a utilização do cartão pela autora, tal como indicação do lugar de utilização e comparativos com gastos ordinários do consumidor. Assim, foi determinada a devolução dos autos à Vara do Juizado Especial Cível (fls. 369/371, proc. de origem).

Ato contínuo, instaurou-se o presente incidente (fls. 377/378, proc. de origem).

É o relatório.

O conflito negativo de competência está configurado, porquanto ambos os magistrados declinaram da competência para conhecer, processar e julgar o pedido (art. 66, II, do CPC).

Respeitado posicionamento em sentido contrário, **assiste razão ao MM. Juízo Suscitante**, consoante razões adiante expostas.

Trata-se, na origem, de ação nominada de inexigibilidade de débito combinada com indenização por danos materiais e morais ajuizada por Maria Celia

Acesso ao Sumário

Meiene de Lucena contra o Itaú Unibanco S/A, em que postula a declaração de inexistência de débitos em conta corrente, bem como de pagamentos no cartão de crédito, no valor total de R$ 22.140,82, reputando a ocorrência de operações supostamente fraudulentas nas funções crédito e débito, realizadas através da utilização da numeração do cartão bancário da autora e senha de segurança (fls. 01/27, proc. de origem).

Ao contestar, o banco réu reputou imprescindível a realização de perícia técnica, para que se confirme ou não a utilização do cartão por terceiros, pois as transações não reconhecidas pela autora foram realizadas com cartão original e "chip", além de senha pessoal da autora (fls. 95/115, proc. de origem).

Pois bem.

Com efeito, os Juizados Especiais Cíveis detêm competência absoluta para o julgamento das causas até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos (inciso I, do artigo 3º, da Lei nº 9.099/1995).

Não se desconhece que há precedentes que afastam a possibilidade de realização de prova pericial técnica em casos tais, inclusive como bem demostrado pelo MM. Juízo Suscitado (fls. 369/371, proc. de origem). Por outro lado, o Juízo Suscitante entendeu pela necessidade da produção de prova técnica (fls. 363/365).

Deste modo, sem adentrar propriamente na atividade decisória jurisdicional propriamente dita, porquanto a competência desta Colenda Câmara Especial se restringe a análise da competência, conforme preconizado no artigo 33, parágrafo único, inciso II, do RITSP, a questão atinente a dilação probatória atinge diretamente o âmbito competencial da controvérsia.

Como sabido, o Enunciado nº 479 da Súmula de Jurisprudência do STJ dispõe que: *"As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias"*.

Contudo, nota-se que, além do entendimento já explicitado pelo Juízo Suscitante a respeito da necessidade de prova pericial – que, aliás, não vincula o Juízo Suscitado – a instituição financeira, até pelas alegações constantes em contestações, tem o direito de realizar prova pericial na área de tecnologia de dados, isso na tentativa de se desincumbir de seu ônus probatório, dada a inversão prevista no inciso VIII, do artigo 6º, do C.D.C., o que, portanto, afasta a competência do Juizado Especial Cível.

Acesso ao Sumário

De fato, se a autora impugnou as compras efetuadas, cabe ao banco réu, efetivamente, a fim de elidir sua responsabilidade no caso vertente, o ônus de provar que todas as transações teriam ocorridos de forma regular, sem que houvesse qualquer falha de sua parte, ou que não poderia ser decorrente de prática fraudulenta. Assim o fez, pois deduziu pedido de realização de prova pericial

técnica quando contestou a ação (fls. 95/115, proc. de origem).

Assim, reitera-se que esta potencial necessidade da produção de prova pericial – o que já é o entendimento do Juízo Suscitante – apesar de não vincular o Juízo Suscitado, é suficiente para acarretar na alteração da competência originariamente fixada ao Juizado Especial Cível, já que este último não detém a competência para a realização de prova pericial complexa, como seria a hipótese.

Pensar de modo contrário redundaria na extinção do feito em curso na origem sem resolução do mérito, o que não é útil ao sistema de justiça, porquanto a controvérsia estabelecida não seria definitivamente resolvida com a prolação de decisão sob o manto da coisa julgada material.

Também não se desconhece o disposto no artigo 51, inciso II, da Lei nº 9.099/95 que, por seu turno, impõe a extinção da pretensão deduzida sem resolução do mérito em casos cuja necessidade de prova pericial é latente, pois o procedimento seria inadmissível, porém, repita-se, essa resolução acarretaria na necessidade do ajuizamento de nova demanda, o que é contraproducente aos jurisdicionados e a própria atividade jurisdicional.

Quanto ao tema, traga-se a jurisprudência:

"CONSUMIDOR – BANCO – Vários saques bancários que o consumidor alega mão ter realizado – Consumidor que alega estar trabalhando em dias de saque – Instituição financeira que procedeu a análise interna, emitindo laudo, sustentando que foram saques realizados com cartão crédito, senha pessoal e biometria – Elementos de prova colidentes – Inversão do ônus da prova em favor do consumidor (artigo 6º, VIII, do CDC) que se aplicado, causaria cerceamento de defesa do banco, que insistiu na produção de prova pericial – Necessidade de realização de prova perícia – Impossibilidade de se fazer tal prova no rito do juizado – Extinção do processo sem resolução do mérito de ofício.

(...) aqui reside a razão de decidir, a instituição financeira requerida, desde sua primeira manifestação (fls. 30) e também quando foi instada a se manifestar sobre provas (fls. 132), insistiu na produção de prova perícia para comprovar seu ponto de regular realização de saque com o cartão que a parte autora confessa ter em seu poder.

Em todo esse quadro, não se tem como proceder ao julgamento em favor da parte autora, com base na inversão do ônus da prova, sem que se cerceie o direito da ré de produzir prova pericial.

Por outro lado, como se sabe, a prova pericial não é admitida no procedimento especial do juizado, onde somente se conhece de causas cíveis sem complexidade fática. Desta feita, para não se cercear o direito de provar a assertiva da reclamada, e uma vez incabível a realização de prova pericial no rito do juizado, a solução da lide passa pelo reconhecimento da ausência de

Acesso ao Sumário

interesse processual adequação. Matéria de ordem pública que permite conhecimento de ofício.

Posto isso, voto pelo não provimento do recurso da parte autora, mas, de ofício, proponho a extinção do processo sem resolução do mérito, por ausência de interesse processual adequação, diante da impossibilidade de realização de prova pericial nos juizados." (Recurso Inominado Cível nº 1002269-56.2021.8.26.0358, Rel. Cristiano de Castro Jarreta Coelho, 3ª Turma Cível do Colégio Recursal – São José do Rio Preto, j. 15/03/2022);

"Consumidor. Alegação de fraude de cartão de crédito. Condenação solidária para ressarcimento dos danos materiais. Necessidade de prova pericial e oral. Cerceamento de defesa constatado. Prova pericial incompatível como Juizado Especial Cível. Extinção do feito sem julgamento de mérito. Recurso da instituição financeira provido.

(...)

É evidente nos autos que a relação jurídica travada entre as partes é regida pelo Código de Defesa do Consumidor, e, por isso, ao réu incumbe *a prova de que seu sistema de operação com cartão de crédito está imune a fraudes, e, com isso, inibiria a pretensão do autor.*

O recorrente requereu a produção de prova pericial a fim de demonstrar exatamente essa inviolabilidade do sistema que ostenta, mas essa pretensão foi indeferida porque tal prova em nada elucidaria as questões debatidas.

Note-se que não há outra maneira de se comprovar a total inviolabilidade do sistema, sem que se proceda à prova pericial, única, ao menos em tese, capaz de demonstrar acerca desse fato.

Todavia, é sabido que essa modalidade de prova está impedida de ser produzida em sede de Juizado Especial, porque a este se reservam os processos de menor complexidade, a fim de se evitar a prolongação demasiada do feito, e se respeitar o princípio da razoabilidade temporal e econômica do processo judicial.

Logo, a única solução razoável, é a extinção do feito, com base no art. 51, inc. II, da lei 9099/94, devendo ao autor ajuizar a ação na vara judicial comum, oportunizando ao réu o pleno exercício do contraditório." (Recurso Inominado Cível nº 1013252-74.2019.8.26.0006, Rel. Mário Daccache, 7ª Turma Recursal Cível e Criminal do Colégio Recursal – Penha de França, j. 10/05/2021).

Acesso ao Sumário

Desse modo, ainda que o valor atribuído à causa esteja dentro do limite de competência dos Juizados Especiais, diante da oposição manifestada em contestação pela parte requerida e pela própria decisão do Juízo Suscitante, mostra-se pertinente a potencial necessidade de que seja produzida prova pericial complexa, de sorte a elucidar ponto de relevância ao julgamento, sem, reitera-se, que isto signifique qualquer tipo de vinculação ao Juízo Suscitado, mas o suficiente

para a modificação da competência, o que fica registrado a título de observação, evitando-se, com isso, a formação de novo incidente idêntico a este.

Mas, todavia, o ponto controvertido, objetivamente analisado, indica a observância à necessidade de atendimento da prova pericial pontuada pela instituição financeira em sua contestação, como já anteriormente enfatizado.

Nesse sentido, os artigos 3°, caput, c.c. 35 da Lei n° 9.099/95, e Enunciados 12 e 54 do FONAJE, bem como a posição adotada pelo Eg. STF no RE 537.427:

"COMPETÊNCIA – JUIZADOS ESPECIAIS – CAUSAS CÍVEIS. A excludente da competência dos juizados especiais – complexidade da controvérsia (artigo 98 da Constituição Federal) – há de ser sopesada em face das causas de pedir constantes da inicial, observando-se, em passo seguinte, a defesa apresentada pela parte acionada. COMPETÊNCIA – AÇÃO INDENIZATÓRIA – FUMO – DEPENDÊNCIA – TRATAMENTO. Ante as balizas objetivas do conflito de interesses, a direcionarem a indagação técnico-pericial, surge complexidade a afastar a competência dos juizados especiais." (STF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 14/04/2011).

Nesse quadro, há que se reconhecer a incompetência dos Juizados Especiais para o processamento e julgamento da lide, dada a clara indicação da necessidade de prova pericial técnica, o que é incompatível com o disposto no artigo 98, inciso I, da Constituição Federal, bem como com os princípios da celeridade e oralidade atinentes aos Juizados Especiais.

Com isto, pelo meu voto, **julga-se procedente o conflito, competente o MM. Juízo Suscitado** (MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de São Vicente), com observação.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0003602-96.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUÍZO DA 44ª VARA CÍVEL DO FORO CENTRAL DA CAPITAL, é suscitado MM. JUÍZO DA 2ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DA LAPA.

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 2ª Vara Cível do Foro Regional da Lapa, ora Suscitado. Declaram votos o 2º Juiz e o 3º Juiz.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

(Voto nº 34.704)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), BERETTA DA SILVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 5 de maio de 2023.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: Conflito Negativo de Competência – Ação de dissolução de condomínio – Valor da causa deve ser proporcional à cota-parte e, portanto, 'in casu', sendo inferior a 500 salários-mínimos, deve permanecer no Foro Regional competente – Inteligência do artigo 54, I, da Resolução nº 2/76 – Precedentes desta Câmara Especial – Conflito julgado procedente – Competência da 2ª Vara Cível do Foro Regional da Lapa, ora suscitado.

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado pelo MM. Juízo da 44ª Vara Cível Central em face do MM. Juízo da 2ª Vara Cível do Foro Regional da Lapa, em autos de ação de dissolução de condomínio ajuizada por S.F.P. em face de J..F.S., atribuindo-se à causa o valor de R$ 744.946,00, assim considerados o valor venal do imóvel bem como 12 parcelas do valor pretendido de aluguel (fls. 1/7, autos originários).

Designou-se o MM. Juízo suscitado para apreciar e resolver as medidas urgentes (fls. 6), tendo a Douta Procuradoria-Geral de Justiça deixado de se manifestar (fls. 12).

É o relatório.

Está configurado, no caso em testilha, o conflito negativo de competência, porquanto ambos os Juízos se declaram incompetentes para processar e julgar a demanda.

Na hipótese, distribuída a demanda perante a 2ª Vara Cível do Foro Regional da Lapa, restou declinada a competência *ex officio*, *in verbis*: *'Considerando o valor da causa para R$ 744.946,00, reconheço a incompetência deste Foro Regional, haja vista a limitação pela Resolução 2/76 até 500 salários mínimos e o valor da causa dos feitos de competência dos Foros Regionais'* (fls. 49, autos originários).

Acesso ao Sumário

Redistribuído o feito à 44ª Vara Cível Central, com proficiência, anotou o MM. Juiz Cesar Augusto Vieira Macedo, e cujos fundamentos também adoto como razões de decidir: *'Não há como aceitar a competência. Primeiro, tratando-se de questão de direito real, o valor da causa é irrelevante. Ademais, compulsando os autos, verifica-se que o imóvel objeto da ação foi partilhado na proporção de 50% para a autora e 50% para o réu. Assim, o valor da ação deve corresponder à cota parte pertencente à autora, ou seja, metade do valor venal (R$ 357.476,00). Sobre o tema, já decidiu o E. Tribunal de Justiça de São Paulo: "EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO. OCORRÊNCIA. DEMONSTRAÇÃO DA TEMPESTIVIDADE. NECESSIDADE DE CONHECIMENTO DO RECURSO. AÇÃO DE EXTINÇÃO DE CONDOMÍNIO. VALOR DA CAUSA. RECOLHIMENTO SOBRE O VALOR INTEGRAL DO IMÓVEL. IMPOSSIBILIDADE. NA AÇÃO QUE VISA A EXTINÇÃO DE CONDOMÍNIO O VALOR DA CAUSA DEVE CORRESPONDER À FRAÇÃO IDEAL DO IMÓVEL PERTENCENTE AO AUTOR, COM BASE NA ESTIMATIVA OFICIAL PARA LANÇAMENTO DE IMPOSTO. DECISÃO REFORMADA. EMBARGOS ACOLHIDOS PARA DAR PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO." (Embargos de Declaração 2179234-83.2015.8.26.0000. Rel. Des. Neves Amorim, j. 24/11/2015). Portanto, tratando-se a presente de ação de dissolução de condomínio, cuja cota parte da autora, que deve corresponder ao valor da causa, é inferior a 500 salários mínimos, o feito deve tramitar perante o Foro Regional competente. Assim, a competência é da 2ª Vara Cível do Foro Regional IV – Lapa'*.

E, de fato, o artigo 54, inciso I, da Resolução 2/76, com a redação dada pela Resolução nº 148/01, dispõe que compete aos Foros Regionais julgar os feitos cujo valor não ultrapasse quinhentas vezes o salário mínimo vigente na Capital, como no caso, inclusive as causas conexas de qualquer valor, mantida a competência firmada em relação aos feitos já distribuídos.

Nesse sentido, a orientação deste Egrégio Tribunal de Justiça: *"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Foro Central e Regional de Pinheiros – Ação de execução de título extrajudicial – Arguida exceção de incompetência pela ré, acatada pelo suscitado e determinada a remessa ao juízo suscitante que propôs o presente conflito negativo de competência – Distribuição da competência entre os foros central e regional, da Comarca da Capital, são de natureza funcional e, portanto, absoluta – Possibilidade de declinação de ofício, por magistrado da Comarca, mesmo após julgamento de exceção de incompetência transitado em julgado – Conflito procedente para declarar competente o Juízo suscitado.* (Conflito de Competência nº 175.052-0/0-00, rel. Des. Moreira de Carvalho); *"Agravo de instrumento – execução fundada em título executivo extrajudicial – discussão sobre competência do Foro Central da Capital ou do Foro Regional de Santo Amaro – Matéria objeto de anterior exceção de*

Acesso ao Sumário

incompetência, rejeitada, com confirmação em Segundo Grau, prevalecendo a competência do Foro Regional de Santo Amaro – Nova discussão do tema, sob o enfoque do valor da causa, superior a 500 (quinhentos) salários mínimos – Incompetência absoluta do Foro Regional afastada – Art. 41, 1 do Decreto-Lei Complementar estadual nº 3/69 – art. 26, l, 'a' da Resolução nº 1/71 do Tribunal de Justiça – art. 54, ll, 'b' da Resolução nº 2/76 do Tribunal de Justiça – Art. 4º da Lei Estadual nº 3947/83 – Pretensão ou defesa contra texto expresso de lei – Ofensa à disposição do art 17,1 do Código de Processo Civil – Litigância de má-fé reconhecida, com fixação de multa e indenização art. 18 e § 2º do Código de Processo Civil – Decisão mantida – Agravo improvido, com observação" (Agravo de Instrumento nº 73133755-4, rel. Des. Coutinho de Arruda).

Do exposto**, julga-se procedente** o conflito, reconhecendo-se a competência da 2ª Vara Cível do Foro Regional da Lapa, ora suscitado.

DECLARAÇÃO DE VOTO CONVERGENTE

(Voto nº 110.332)

O presente conflito é suscitado nos autos da ação de extinção de condomínio c.c. alienação do imóvel e arbitramento de aluguéis (Proc. nº 1012003-89.2022.8.26.0004), relativa ao bem imóvel localizado na Rua Domingos de Braga, nº 40, Jardim Ramos Freitas, São Paulo, adquirido pelos litigantes quando mantinham relação de união estável, imóvel esse já partilhado em ação de reconhecimento e dissolução de união estável que tramitou na 1ª Vara de Família e Sucessões do Foro Regional da Lapa. À causa foi atribuído do valor de R$ 744.946,00 (setecentos e quarenta e quatro mil e novecentos e quarenta e seis reais).

Com efeito, a fixação da competência dos Foros Regionais está prevista na Lei de Organização Judiciária do Estado de São Paulo, cujas regras têm por escopo disciplinar a distribuição dos serviços entre os diversos órgãos jurisdicionais. Trata se de competência funcional e, portanto, absoluta.

Acesso ao Sumário

As normas de organização judiciária, por sua vez, foram disciplinadas pela Resolução nº 2/76 do C. Órgão Especial desse E. Tribunal de Justiça, que limitou a competência dos Foros Regionais da Comarca da Capital para processar e julgar as causas cíveis e comerciais no valor de até 500 salários-mínimos (art. 54, I), com as exceções previstas no inciso II do referido dispositivo legal:

"Art. 54. Compete às Varas Distritais da Comarca da Capital processar e julgar:

I – Até o valor de quinhentas (500) vezes o salário-mínimo vigente na Capital, nas causas cíveis e comerciais, inclusive as conexas de qualquer valor, mantida a competência firmada em relação aos feitos já distribuídos.(...)" (re-

dação dada pela Resolução TJSP 148/2001).

II – independentemente do valor as seguintes causas cíveis e comerciais, inclusive as conexas:

a) ações de despejo, renovatórias e negativas de renovação de locação, revisionais e cobrança ou execução de aluguéis e de consignação em pagamento de aluguéis;

b) ações e execuções fundadas em títulos executivos extrajudiciais;

c) ações sobre danos pessoais e materiais decorrentes de acidentes de veículos;

d) ações de alimentos;

e) ações de desquite e anulação de casamento;

f) inventários, arrolamentos e arrecadações de bens, desde que as pessoas falecidas não tenham deixado testamento; e a consequente divisão geodésica dos imóveis partilhados e a demarcação dos quinhões;

g) venda, arrendamento, hipoteca, penhor ou outro gravame de bens de incapazes;

h) suprimento de idade e consentimento, inclusive outorga marital e uxória;

i) nomeação de tutor ou curador a incapazes, e interdição;

j) os feitos relativos ao registro civil, mesmo que envolvam questões de estado;

k) extinção de usufruto ou fideicomisso, quando em razão de ato entre vivos;

l) medidas preparatórias, preventivas e incidentes, relativas às ações de sua competência".

Ocorre que a Lei Estadual nº 3.947, de 8 de dezembro de 1983, modificou parcialmente a Organização Judiciária da comarca de São Paulo, e estabeleceu quanto à competência dos Foros Regionais:

"Art. 4º. A competência de cada foro regional será a mesma dos foros distritais existentes, com os acréscimos seguintes e observados, no que couber, os demais preceitos em vigor:

I – em matéria cível, independentemente do valor da causa:

a) as ações reais ou possessórias sobre bens imóveis e as de nunciação de obra nova, excluídas as ações de usucapião e as retificações de áreas, que pertencem às Varas de Registros Públicos; (grifo nosso)

b) as ações de rescisão e as de adjudicação compulsória, fundadas em compromisso de compra e venda;

c) as ações de procedimento sumaríssimo, salvo as de acidentes do tra-

Acesso ao Sumário

balho e as do interesse das Fazendas Públicas;

d) as ações baseadas no direito securitário, quando relacionadas com matérias ou procedimentos da competência dos foros regionais, excluídas as do interesse das Fazendas Públicas".

No caso concreto, cuida-se de ação de extinção de condomínio c.c. alienação do imóvel, demanda fundada em direito real. Desta feita, independentemente do valor atribuído à causa, a competência deve ser fixada no juízo da 2ª Vara Cível do Foro Regional da Lapa, em razão de a demanda se enquadrar no disposto na alínea "a", inciso I, do artigo 4º da Lei Estadual nº 3.947/83.

Nesse contexto, é competente o MM. Juiz da 2ª Vara Cível do Foro Regional da Lapa, para quem a ação foi originariamente distribuída.

Ante o exposto, pelo meu voto, julgo procedente o conflito de competência para declarar competente o MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível do Foro Regional da Lapa.

BERETTA DA SILVEIRA, Desembargador Presidente da Seção de Direito Privado

DECLARAÇÃO DE VOTO CONVERGENTE

(Voto nº 39.676)

Vistos.

Adoto os relatórios já constantes nos autos.

Cuida-se de conflito suscitado nos autos da ação de extinção de condomínio c.c. alienação do imóvel e arbitramento de aluguéis (Proc. nº 1012003-89.2022.8.26.0004), relativa ao bem imóvel localizado na Rua Domingos de Braga, nº 40, Jardim Ramos Freitas, São Paulo, adquirido pelos litigantes quando mantinham relação de união estável, imóvel esse já partilhado em ação de reconhecimento e dissolução de união estável que tramitou na 1ª Vara de Família e Sucessões do Foro Regional da Lapa. À causa foi atribuído do valor de R$ 744.946,00 (setecentos e quarenta e quatro mil e novecentos e quarenta e seis reais).

Acesso ao Sumário

Acompanho a solução adotada pelo Ínclito Relator, porém pelas razões adiante expostas.

É que a ação de extinção de condômino **possui natureza real, uma vez que versa sobre bem imóvel em que mais de uma pessoa possui um quinhão da propriedade**, tanto que, geralmente, deve ser observado o art. 1.647, I, do Código Civil, quando o caso, que dispõe a respeito da outorga uxória.

Desse modo, de rigor a aplicação da exceção prevista no artigo 4º, inciso I, alínea "a", da Lei Estadual nº 3.947/83 que, por seu turno, permite, indepen-

dentemente do valor atribuído à causa, que a demanda tramite perante o Foro Regional da situação do bem.

Por isto, embora haja convergência quanto o Juízo competente decidida pelo I. Relator Sorteado, acompanho os fundamentos expostos pelo Excelentíssimo Desembargador Beretta da Silveira no voto convergente por ele apresentado nos autos em epígrafe.

Com isto, pelo meu voto, **conheço do conflito em apreço, julgando-o procedente para declarar competente o MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível do Foro Regional da Lapa**, nos termos da fundamentação supra.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Desembargador Presidente da Seção de Direito Público

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0019567-17.2023.8.26.0000, da Comarca de Santana de Parnaíba, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DO SETOR DAS EXECUÇÕES FISCAIS DE SANTANA DE PARNAÍBA, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DO SERVIÇO DE ANEXO FISCAL DE COTIA.

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 do Serviço de Anexo Fiscal de Cotia. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 116.072)**

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, 1º de junho de 2023.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Execução Fiscal para cobrança de ISS PLIB referente a imóvel localizado em Santana de Parnaíba, distribuída na comarca de Cotia, em razão do domicílio da exequente. Remessa para Santana de Parnaíba,

Acesso ao Sumário

em razão do domicílio da executada. Impossibilidade. Competência territorial, de natureza relativa, indeclinável de ofício. Inteligência da súmula nº 33 do C. STJ. Precedentes. Competência do Juiz suscitado do Serviço de Anexo Fiscal de Cotia.

VOTO

Cuida-se de **conflito negativo de competência** suscitado pelo **MM. JUIZ DE DIREITO DO SETOR DAS EXECUÇÕES FISCAIS DE SANTANA DE PARNAÍBA** em face do **MM. JUIZ DE DIREITO DO SERVIÇO DE ANEXO FISCAL DE COTIA**, nos autos da execução fiscal nº 1522982-70.2017.8.26.0152, proposta pela *Fazenda Municipal de Cotia* em face de *Flávia Xavier de Souza Longo*, referente a imóvel localizado em Santana de Parnaíba.

Assinala que o juízo suscitado declinou de sua competência ao argumento de que a execução fiscal deve ser proposta no foro de domicílio da executada. Pondera que, tratando-se de competência territorial, de natureza relativa, cabe ao ente público a escolha do foro em que o devedor será demandado.

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.

Cuida-se de execução fiscal proposta pela *Fazenda Municipal de Cotia* em face de *Flávia Xavier de Souza Longo*, para cobrança de ISS PLIB, referente a imóvel localizado em Santana de Parnaíba. A ação foi distribuída para o Serviço de Anexo Fiscal de Cotia, cujo Magistrado declinou da competência e determinou a remessa para a comarca de Santana de Parnaíba, com fulcro no artigo 46, § 5º, do Código de Processo Civil, em razão do domicílio da executada. Recebido o feito, o Juiz do Setor das Execuções Fiscais de Santana de Parnaíba suscitou o presente conflito.

Dispõe o artigo 46, § 5º, do Código de Processo Civil, que *"a execução fiscal será proposta no foro de domicílio do réu, no de sua residência ou no do lugar onde for encontrado"*.

Trata-se, porém, de regra de competência territorial e, portanto, relativa, que não pode ser declinada de ofício, nos termos do artigo 65 do Código de Processo Civil.

Acesso ao Sumário

No mesmo sentido é a súmula nº 33 do C. Superior Tribunal de Justiça: *"A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício."*

Logo, a execução fiscal deve tramitar no juízo escolhido pela exequente, que corresponde ao foro do seu domicílio.

Nesse sentido, precedentes dessa C. Câmara Especial:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação de execução fiscal – Distribuição perante o Juízo Suscitado, em virtude de ser o foro do lugar do fato gerador do tributo – Redistribuição ao Foro do domicílio do executado – Descabimento – Faculdade da exequente de escolher, dentre os foros concorrentemente competentes, de ajuizar seu pedido perante a sede da executada, no local do fato gerador ou no lugar de situação dos bens a ela sujeitos – Observância aos artigos 781, V, do C.P.C. e 127 do C.T.N. – Competência relativa, a obstar a recusa sem provocação da parte – Incidência da Súmula 33 do C. STJ – Precedentes – Procedente o conflito – Competência do MM. Juízo Suscitado." (TJSP – Câmara Especial – Conflito de competência cível nº 0036303-81.2021.8.26.0000 – Rel. Des. **Magalhães Coelho** – j. em 18.11.2021, V.U.)

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de execução fiscal. Demanda ajuizada na Comarca de Jarinu, sede do Município exequente e local situação do imóvel ensejador do fato gerador do tributo não pago. Determinação de redistribuição dos autos para a Comarca de Santo André, local de domicílio da executada, a teor do artigo 46, § 5º, do CPC. Inadmissibilidade. Critério de competência territorial, de natureza relativa, indeclinável de ofício. Aplicação da Súmula nº 33 do Superior Tribunal de Justiça. Inteligência do artigo 64 do Código de Processo Civil. Conflito julgado procedente. Competência do Juízo da Vara Única da Comarca de Jarinu, ora suscitado" (TJSP; Conflito de competência cível 0030215-90.2022.8.26.0000; **Relator: Issa Ahmed**; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Jarinu – Vara Única; Data do Julgamento: 19/09/2022; Data de Registro: 19/09/2022)

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Execução Fiscal – Declinação de ofício e remessa do feito ao domicílio do executado – Impossibilidade – Competência territorial de natureza relativa que não pode ser declarada de ofício – Inteligência da Súmula 33 do Superior Tribunal de Justiça – Competência concorrente entre os Juízos suscitante e suscitado (este último o domicílio tributário do devedor) – Observância do art. 46, § 5º, do CPC combinado com art. 127, § 1º, do CTN – Precedentes – Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo suscitado" (TJSP; Conflito de competência cível 0027113-60.2022.8.26.0000; **Relator: Francisco Bruno** (Pres. Seção de Direito Criminal); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de São José dos Campos – Setor de Execuções Fiscais; Data do Julgamento: 06/09/2022; Data de Registro: 06/09/2022)

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, **CONHEÇO DO CONFLITO NEGATIVO** para declarar a competência do MM. Juiz de Direito suscitado do Serviço de Anexo Fiscal de Cotia.

Comunique-se e cumpra-se, com urgência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0019243-27.2023.8.26.0000, da Comarca de São Pedro, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA JUDICIAL DE SÃO PEDRO, interessados WAGNER JOSÉ FRAGOSO e WAM BRASIL NEGÓCIOS IMOBILIÁRIOS S.A., é suscitada MMª. JUÍZA DE DIREITO DA 3ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DO JABAQUARA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito, competente o Juízo Suscitado (MMª. Juíza de Direito da 3ª Vara Cível do Foro Regional III – Jabaquara). V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.923)**

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, 7 de junho de 2023.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação de cobrança com restituição de valores mediante distrato contratual combinada com danos morais – Distribuição ao Foro Regional do Jabaquara, por corresponder ao domicílio do autor – Redistribuição ao Juízo da Comarca de São Pedro, após acolhimento de preliminar de contestação e diante da cláusula de eleição – Impossibilidade – Relação de consumo – Faculdade do consumidor do ajuizamento no seu domicílio – Proteção diante da sua vulnerabilidade – Natureza absoluta – Exegese dos artigos 4º, I; 6º, VIII; e 101, I, todos do CDC – Súmula 77 do Eg.

Acesso ao Sumário

TJSP – Precedentes – Procedente o conflito – Competência do MM. Juízo Suscitado.

VOTO

Vistos.

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo **MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DA COMARCA DE SÃO PEDRO** em face da **MMª. JUÍZA DE DIREITO DA 3ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL III – JABAQUARA**, em ação de cobrança com restituição de valores mediante distrato contratual combinada com danos morais ajuizada por Wagner José Fragoso contra Wam Brasil Intermediadora da Empresa Walter Park São Pedro Empreendimentos Imobiliários Ltda. (proc. nº 1018803-39.2022.8.26.0003).

A ação foi distribuída livremente ao MM. Juízo Suscitado, que declinou da competência, após acolher preliminar de contestação, com base na cláusula de eleição de foro (fls. 114/115, proc. de origem).

Contemplado pela redistribuição, discordou o MM. Juízo Suscitante, por reputar a existência de relação de consumo, cuja competência é o foro do domicílio do consumidor, nos termos do artigo 101 do C.D.C (fls. 119/124, proc. de origem).

É o relatório.

O conflito negativo de competência está configurado, porquanto ambos os Juízos declinaram da competência para conhecer, processar e julgar o pedido (art. 66, II, do CPC).

Em pesquisa realizada nesta data, constata-se a ausência de interposição de agravo de instrumento contra a decisão de fls. 119/124 dos autos de origem.

Respeitado posicionamento em sentido contrário, assiste razão ao MM. Juízo Suscitante.

Na espécie, infere-se que Wagner José Fragoso ajuizou ação de cobrança com restituição de valores mediante distrato contratual combinada com danos morais contra Wam Brasil Intermediadora da Empresa Walter Park São Pedro Empreendimentos Imobiliários Ltda., sob o relato de ter firmado com a ré contrato particular de promessa de compra e venda de uma unidade – apartamento 107 A, nominado Cota 02, no valor de R$ 48.274,92 (uma entrada de R$ 4.198,00 + 96 prestações mensais de R$ 502,86). Relata que, por notificação extrajudicial, diante de seu arrependimento, realizou o distrato da compra, nos sete dias contados da assinatura do contrato, solicitando, ainda, a devolução do valor dado de sinal, bem como o cancelamento das duplicadas vincendas. Contudo, em virtude de infrutíferas tentativas em reaver o valor, pede a devolução do importe de R$ 4.198,00, devidamente corrigido, mais danos morais de R$ 10.000,00 (fls. 01/11, proc. de origem).

Acesso ao Sumário

Conforme relatado, a distribuição inicial ocorreu perante o Juízo do Foro Regional III – Jabaquara, por corresponder ao endereço da parte autora[1]. Mas, a MMª. Magistrada declinou da competência, diante da cláusula de eleição.

Com efeito, de considerar que as regras aqui a serem adotadas serão as previstas na Lei n. 8.078/1990, posto que a ação objeto do presente incidente é oriunda de uma relação de consumo.

Nesse contexto, o cerne da discussão se concentra em decidir se realmente é incompetente o juízo da comarca de domicílio do consumidor, enquanto autor da ação.

E, muito embora o foro eleito pelas partes seja válido (Súmula 335 do Eg. STF[2]), certo é que sua eleição não impede o ajuizamento da ação no foro do domicílio da parte autora.

Isso porque, um dos objetivos da lei consumerista é justamente o de facilitar a defesa dos direitos do consumidor em juízo, parte mais vulnerável (artigos 4º, inciso I e 6º, inciso VIII, ambos da Lei nº 8.078/1990). Trata-se, portanto, de regra de competência absoluta.

Assim, ainda que exista cláusula de eleição de foro, não poderia o MM. Juízo Suscitado, mesmo em preliminar de contestação, ter declinado da competência, pois cabe ao consumidor optar por distribuir a ação no foro do seu domicílio, tal como ocorreu.

A respeito, leciona Kazuo Watanabe:

"O foro do domicílio do autor é uma regra que beneficia o consumidor, dentro da orientação fixada no inc. VII do art. 6.º do Código, de facilitar o acesso aos órgãos judiciários. Cuida-se, porém, ***de opção dada ao consumidor, que dela poderá abrir mão para, em benefício do réu, eleger a regra geral, que é a do domicílio do demandado*** *(art. 46 do CPC)"* ***(g.n)***. (*In* Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. Forense Universitária, 9ª ed., 2007, p. 918).

Ainda, em prestígio às garantias do consumidor, diante da sua vulnerabilidade presumida, traga-se recente julgado do Eg. STJ:

"Trata-se de conflito de competência instaurado entre o Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Osasco/SP, ora suscitante, e o Juízo de Direito de Catende/PE. Denota-se dos autos que Sociedade de Educação do Vale do Ipojuca Ltda. ajuizou ação de cobrança em desfavor de Aldo Alberides de Oliveira Paurá, em razão de inadimplemento das mensalidades referentes aos serviços educacionais. O feito foi apresentado, inicialmente, perante o Juízo de Direito de Catende/PE, o qual declinou, de ofício, de sua competência, sob o fundamento de que, 'a presente ação movida ou mantida em foro diverso da do domicílio

1 Av. (...), nº (...), apto (...), Bloco (...), Bairro (...), São Paulo, CEP. (...) (https://www.tjsp.jus.br/app/CompetenciaTerritorial)

2 "Súmula 335 STF: É válida a cláusula de eleição do foro para os processos oriundos do contrato."

do devedor resulta óbvio prejuízo causado à defesa do consumidor, devendo ser entendido, assim, como matéria de ordem pública e de competência absoluta' (e-STJ, fl. 53). (...) Discute-se, em síntese, a competência para processar ação de cobrança proposta por instituição de ensino em desfavor de consumidor. Com efeito, a jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que, com base no princípio da facilitação da defesa, instituído pelo art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, nas ações ajuizadas em desfavor do consumidor, a competência do juízo de seu domicílio tem natureza absoluta, ficando autorizada a declinação da competência de ofício [...] 2. Segundo entendimento desta Corte, nas ações propostas contra o consumidor, a competência pode ser declinada de ofício para o seu domicílio, em face do disposto no art. 101, inciso I, do CDC e no parágrafo único, do art. 112, do CPC. ***3. Se a autoria do feito pertence ao consumidor, contudo, permite-se-lhe a escolha do foro de eleição contratual, considerando que a norma protetiva, concebida em seu benefício, não o obriga, quando optar por demandar fora do seu domicílio. 4. Não se admite, todavia, sem justificativa plausível, a escolha aleatória de foro que não seja nem o do domicílio do consumidor, nem o do réu, nem o de eleição e nem o do local de cumprimento da obrigação.*** *5. Embargos de declaração acolhidos com efeitos modificativos para conhecer do conflito, declarando competente a Justiça do Estado da Paraíba, anulada a sentença proferida pelo Juízo de Direito da 7ª Vara Cível do Foro Central de Porto Alegre, RS.' (EDcl no AgRg nos EDcl no CC 116009/PB, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 8/2/2012, DJe de 20/4/2012). (...)* ***No caso, considerando que a ação de cobrança foi ajuizada em desfavor de consumidor, é certo que a competência pode ser declinada de ofício, quando isso beneficiar o consumidor, como na presente hipótese em está sendo demandado em foro diverso do de seu domicílio. Dessa maneira, ao declinar da competência para a cidade de Osasco/SP, o Juízo Suscitado não violou norma de competência, sobretudo diante da ausência de citação****. Na esteira dos fundamentos acima adotados, conheço do presente conflito para declarar competente o Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Osasco/SP."* (Conflito de Competência Nº 180357 – SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 02/08/2021). *(g/n)*.

Nesse sentido, esta C. Câmara Especial:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C.C. RESTITUIÇÃO DE VALORES. LOTE EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL. PLEITO DE RESCISÃO CONTRATUAL. DIREITO PESSOAL. INAPLICABILIDADE DO ART. 47 DO CPC. RELAÇÃO DE CONSUMO. FACULDADE DO CONSUMIDOR. Ação inicialmente distribuída ao Juízo da 2ª Vara do Juizado Especial Cível da Comarca de Campinas. Redistribuição dos autos à Comarca de Sumaré, foro da situação do imóvel. Pretensão

Acesso ao Sumário

inaugural que versa sobre rescisão contratual. Demanda embasada em direito pessoal. Inaplicabilidade do disposto no art. 47 do CPC. Relação de consumo. Faculdade do consumidor de optar entre o foro do local do seu domicílio, do da parte requerida, do local de cumprimento da obrigação ou no foro de eleição contratual. Inteligência do art. 101, I, do CDC. Competência que é indeclinável de ofício. Súmula nº 77 do TJSP. Conflito conhecido. Competência do Juízo da 2ª Vara do Juizado Especial Cível da Comarca de Campinas." (TJSP; Conflito de competência cível 0012771-44.2022.8.26.0000; Relatora: Daniela Cilento Morsello; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Sumaré – Vara do Juizado Especial Cível e Criminal; Data do Julgamento: 20/05/2022; Data de Registro: 20/05/2022).

Logo, quer diante da relação existente entre as partes, quer em virtude da natureza absoluta do foro do domicílio do consumidor, parte mais vulnerável, é de se atribuir à Suscitada a competência para o processamento e julgamento da ação.

Com isto, julga-se procedente o conflito, competente o Juízo Suscitado (MMª. Juíza de Direito da 3ª Vara Cível do Foro Regional III – Jabaquara).

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 2250494-79.2022.8.26.0000/50002, da Comarca de São Paulo, em que é embargante THE GRACES JÓIAS LTDA. e interessado(a) MULTIPLAN EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S.A.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram os embargos de declaração. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 54.793)**

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, 19 de junho de 2023.

GUILHERME GONÇALVES STRENGER, Vice-Presidente e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Câmara Especial – Embargos de Declaração – Conflito de Competência – Alegação de vícios no julgado – Ausência de omissão, obscuridade, contradição ou erro material – Acórdão que examinou suficientemente, e em sua inteireza, todos os elementos colacionados e teses deduzidas pela parte, pronunciando-se expressamente sobre os temas relevantes – Embargos com evidente caráter infringente – Pretensão de reapreciação acerca de matéria já decidida – Embargos de declaração rejeitados.

VOTO

VISTOS.

Trata-se de *embargos de declaração* opostos por T.G.J.L. em face do v. acórdão de fls. 10/23 dos autos nº 2250494-79.2022.8.26.0000/50001, que negou provimento ao agravo interno que interpôs contra a r. decisão monocrática proferida às fls. 1148/1162 do feito principal, a qual não conheceu do conflito de competência suscitado em face do MM. JUÍZO DE DIREITO DA 11ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DE SANTO AMARO e MM. JUÍZO DE DIREITO DA 6ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DE SANTO AMARO.

Alega a embargante que há omissão no julgado, uma vez que ao apreciar a discussão havida nos presentes autos, não observou o contido no artigo 55 do CPC, fazendo-se, portanto, necessária a reunião da ação revisional nº 1049207-13.2021.8.26.0002 com a ação de despejo nº 1036039-07.2022.8.26.0002, pois em ambas as ações as partes são coincidentes e o objeto é o mesmo contrato de locação, bem como a revisão deste e seus exorbitantes valores.

Ao final, *"requer sejam acolhidos os presentes embargos de declaração com efeito modificativo para suprimento da omissão do acórdão, devendo o mesmo ser reformado, para que o conflito de competência seja conhecido e, no mérito, integralmente provido"* (fls. 01/04).

É o relatório.

Os presentes embargos não comportam acolhimento, mercê da inexistência seja de omissão, obscuridade ou contradição, de modo a autorizar a rediscussão das questões submetidas a este Tribunal de Justiça, todas explicitamente enfrentadas.

O v. acórdão embargado enfrentou, de modo claro, todas as questões deduzidas, sem apresentar qualquer omissão, contradição ou obscuridade nas razões que o fundamentaram.

Com efeito, como destacado no *decisum* guerreado, os conflitos de competência, por sua própria natureza, têm como função dirimir divergências en-

Acesso ao Sumário

tre juízos que se declarem competentes ou não para o processamento de uma mesma e determinada demanda, pressuposto ausente no caso, porquanto não há duplicidade de decisões dos juízos suscitados no sentido de que seriam competentes ou incompetentes para o processamento seja da Ação Revisional de Aluguel (Proc. nº 1049207-13.2021.8.26.0002) seja da Ação de Despejo por Falta de Pagamento (Proc. nº 1036039-07.2022.8.26.0002). Logo, não é o caso de conflito de competência, sendo, ademais, inadmissível o conhecimento deste incidente como sucedâneo recursal.

Repise-se mais uma vez que, nos termos da Súmula 235 do STJ, não há falar em conexão quando uma das ações se encontra julgada, o que ocorre na hipótese, conforme se vê às fls. 396/400 da Ação Revisional de Aluguel nº 1049207-13.2021.8.26.0002.

Cabe ressaltar que os embargos declaratórios não se prestam à revisão do julgado, nem a forçar a Turma julgadora a responder um questionário de dúvidas, mas, isto sim, a suprir erro, obscuridade, contradição ou omissão no acórdão, conforme preceitua o artigo 1.022 do Código de Processo Civil.

Consoante orientação do Pretório Excelso, *"a omissão, contradição ou obscuridade, quando inocorrentes, tornam inviável a revisão em sede de embargos de declaração, em face dos estreitos limites do art. 535 do CPC. O magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. A revisão do julgado, com manifesto caráter infringente, revela-se inadmissível, em sede de embargos"* (RE 626436 AgR-ED/RR, 1ª Turma, Rel. MIN. LUIZ FUX, DJe 12.11.2013).

Na hipótese dos autos, o inconformismo, sob o pálio da omissão, contradição ou obscuridade, limita-se a forçar a reapreciação de teses já analisadas com vistas à interposição de recurso às instâncias superiores, nos exatos termos da Súmula nº 98, do C. Superior Tribunal de Justiça, não se vislumbrando, na decisão atacada, qualquer ofensa a dispositivos constitucionais e legais.

Registra-se, ainda, que o órgão judicial não está obrigado a citar dispositivos legais em suas decisões. Nesse sentido: *"É entendimento assente de nossa jurisprudência que o órgão judicial, para expressar a sua convicção, não precisa aduzir comentários sobre todos os argumentos levantados pelas partes. Sua fundamentação pode ser sucinta, pronunciando-se acerca do motivo que, por si só, achou suficiente para a composição do litígio"* (STJ-1a Turma, AI 169.073-SP-AgRg, Rel. MIN. JOSÉ DELGADO, j. 4.6.98, negaram provimento, v.u., DJU 17.8.98, p. 44)" (Código de Processo Civil e legislação processual civil em vigor, THEOTONIO NEGRÃO, 33ª ed., Saraiva, nota 17ª ao art. 535, p. 605).

Especificamente no âmbito do E. Supremo Tribunal Federal: *"O preques-*

Acesso ao Sumário

tionamento para o RE não reclama que o preceito constitucional invocado pelo recorrente tenha sido explicitamente referido pelo acórdão, mas, sim, que este tenha versado inequivocamente a matéria objeto da norma que nele se contenha" (RTJ 152/243).

Em conclusão, revelam os presentes embargos verdadeiro inconformismo com o r. *decisum* recorrido.

Assim sendo, a decisão embargada não padece de omissão, obscuridade, contradição ou erro material, que justifique a oposição e, evidentemente, o acolhimento destes embargos de declaração.

Ante o exposto, *rejeito* os embargos de declaração.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Cível nº 2281252-41.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente I.R.R.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram em parte e, na parte conhecida, denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.856)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), BERETTA DA SILVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 5 de maio de 2023.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: "Habeas corpus" – Insurgência contra decisão não acolheu a alegação de prescrição da pretensão executória da medida socioeducativa de prestação de serviço à comunidade de seis meses, cumulativamente com liberdade assistida, por prazo indeterminado, pela prática de infração equiparada a roubo – **Alegada perda da atualidade e finalidade – Não ocorrên-**

Acesso ao Sumário

cia – Medida socioeducativa imposta em conformidade com os superiores interesses do então adolescente (hoje com 20 anos), que ainda pode se beneficiar da intervenção estatal – Decisão fundamentada – Medida socioeducativa de Prestação de Serviços à Comunidade extinta em primeiro grau – Mantida a medida de liberdade assistida – Inexistência de ilegalidade ou de abuso de poder – "Habeas corpus" conhecido em parte e denegado na parte conhecida.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensora Pública do Estado de São Paulo, Doutora Claudia Abramo Ariano, em favor de I.R.R., nascido em (...), contra decisão que não acolheu a alegação de prescrição da pretensão executória das medidas socioeducativas de prestação de serviço à comunidade de seis meses imposta ao paciente, cumulativamente com liberdade assistida, por prazo indeterminado, pela prática de infracional equiparado a roubo (art. 157, § 2º e § 2º A, inc. I do Código Penal).

Sustenta, em síntese, que a prestação de serviços à comunidade foi fulminada pela prescrição e que não há mais atualidade na liberdade assistida, sendo certa a aplicação do instituto na forma da Súmula 338 do STJ. Acrescenta que um adolescente não pode receber tratamento jurídico mais gravoso do que um adulto, nos termos do art. 35, I da Lei nº 12.594/2012. Destaca que a ação socioeducativa em comento perdeu sua essência, isto é, desapareceu, depois de transcorridos anos da prolação da sentença que aplicou medidas socioeducativas em meio aberto. Requer seja concedida a liminar para suspender o cumprimento das medidas socioeducativas e, ao final, seja concedida a ordem de *habeas corpus* para determinar a extinção de ambas, mormente à luz dos princípios da individualização, da intervenção mínima e da brevidade da medida (fls. 1/7).

Denegada a liminar (fls. 90/94), advieram informações (fls. 197/201) e, a seguir, a Douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou pela denegação da ordem (fls. 205/208).

É o relatório.

A presente ordem deve ser conhecida em parte e, na parte conhecida, denegada.

Desde logo, anoto que não houve a alegada prescrição da pretensão punitiva. Com já bem apreciado em liminar: *"...verifica-se no caso dos autos que o ato infracional ocorreu em 5.9.2020, o recebimento da representação em 6.9.2020, publicação da sentença em 6.10.2020 e o trânsito em julgado em 8.10.2020. Não se ignora que a prescrição penal se estende à sistemática das*

medidas socioeducativas, como estabelecido pela Súmula nº 338 do Colendo Superior Tribunal de Justiça e pela Súmula nº 109 desta Col. Corte ('Aplica-se o instituto da prescrição às medidas socioeducativas, observada a regra do artigo 115 do Código Penal'), consolidando o entendimento jurisprudencial sobre a matéria. A medida de prestação de serviço à comunidade, foi fixada pelo prazo determinado de 6 (seis) meses e, nos termos do art. 109, caput, do CP e, a prescrição se verifica em três anos (art. 109, VI do CP) e, como se trata de adolescente, o prazo prescricional deve ser reduzido de metade, portanto, 1 ano e 6 meses (art. 115 do CP). Na espécie, tem-se o início da medida em 13.10.2020, portanto, não se tem por exaurido o prazo prescricional aplicável, sendo certo que a retomada em outubro de 2021 deve ser compreendida como marco interruptivo da prescrição, nos termos do artigo 117, inciso V, do Código Penal. Por outro lado, a liberdade assistida não comporta prazo determinado, nos moldes do art. 118, § 2º do ECA, por isso deve ser considerado, por analogia ao prazo máximo da medida socioeducativa de internação, previsto no art. 121, § 3º do ECA, qual seja três anos. Portanto, a teor do art. 109, caput, do CP e, considerando o prazo de três anos da medida de liberdade assistida, a prescrição se verifica em oito anos (art. 109, IV do CP) e, como se trata de adolescente, o prazo prescricional deve ser reduzido de metade, portanto, 04 anos (art. 115 do CP)." (fls. 150/153)

Desse modo, compete ao Juiz decidir sobre eventual atendimento das metas estabelecidas para o efetivo cumprimento das medidas em debate, não havendo cogitar-se de violação a princípios aplicáveis à Justiça da Infância e Juventude, em especial os da Contemporaneidade, Atualidade e Mínima Intervenção, uma vez que admitir a incidência de tais conceitos, em hipóteses como a presente, significa desconsiderar a efetividade do processo socioeducativo e, mesmo, as regras da vida social.

A alegada falta de atualidade, em verdade, constitui mera aplicação abstrata dos apontados princípios, tomando-se por base, de maneira vaga e tão somente, a idade do educando e o tempo decorrido desde a prática do ato infracional – e não, ao arrepio do artigo 35, VI, da Lei nº 12.594/12, as *"capacidades e circunstâncias pessoais do adolescente"*, adequada e tecnicamente demonstradas.

Havendo ainda, vale dizer, metas a serem atingidas, de acordo com elementos concretos extraídos do caso em apreço, a execução pode perdurar até que o educando complete 21 anos de idade.

No tocante a medida de prestação de serviços a comunidade, tem-se que esta foi revogada em decisão datada de 16 de fevereiro de 2023 (fls. 182/183 dos autos principais), ficando, na ocasião, mantida a liberdade assistida.

É sempre bom consignar que é o Juiz quem está encarregado pela legislação de monitorar o acompanhamento da medida, bem como seu cumprimento. Ele é quem delibera a respeito da oportunidade de extinção ou promoção, sempre

Acesso ao Sumário

respaldado pelos pareceres do Ministério Público ou conclusões dos peritos, sejam do Poder Judiciário, da Fundação CASA ou Serviços de apoio, mas não a eles vinculados.

Ademais, constou na decisão *"...no que tange à liberdade assistida, deverá o SMSE/MA intervir junto ao educando para que ele obtenha os documentos faltantes necessários ao pleno exercício da cidadania. Ainda, deverá informar, no próximo relatório, quais as metas do PIA porventura pendentes de atingimento..."* (fl. 183).

Portanto, apresentando-se a r. decisão em perfeita consonância com os princípios norteadores do Estatuto da Criança e do Adolescente, ausente, nesta fase, qualquer vício a configurar a apontada coação ilegal.

Pelo exposto, conhece-se em parte da impetração e **denega-se** na parte conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Cível nº 2097070-80.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente R.S.L. (MENOR).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam em parte a ordem, ratificada a liminar. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.826)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 16 de junho de 2023.

FRANCISCO BRUNO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

Ementa: *Habeas Corpus* – Infância e juventude – Ato infracional equiparado a crime de furto qualificado – Medida socioeducativa de liberdade assistida – Descumprimento – Decretada a internação-sanção – Circunstâncias que, no entanto, recomendam a reinserção à liberdade assistida – Extinção – Inadmissibilidade – Ausência de ilegalidade – Decisão funda-

mentada – Magistrado não está adstrito à conclusão de relatórios emitidos pela unidade de internação ou qualquer outro órgão auxiliar da justiça – Aplicabilidade do princípio do livre convencimento – Constrangimento ilegal não evidenciado – Ordem parcialmente concedida.

VOTO

A Defensora Pública Danielly Salviano Pereira Silva impetra a presente ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de R.S.L., por entrever constrangimento ilegal por parte do MM. Juiz de Direito do Departamento de Execuções da Vara Especial da Infância e Juventude da Capital – DEIJ (autos nº (...)).

Afirma que o paciente conta com 17 anos de idade e foi representado pela prática de ato infracional equiparado ao crime de furto qualificado, praticado em (...), com aplicação, ao final do processo de conhecimento, de medida socioeducativa de *liberdade assistida*.

Expõe a impetrante que, em 2 agosto de 2022, o SMSE/MA Bela Vista sugeriu, por meio de relatório conclusivo, a extinção da execução, contando com pareceres convergentes tanto do Ministério Público, como da Defensoria Pública. Contudo, a MM. Juíza *a quo* determinou a manutenção da medida e designou audiência de reavaliação, tendo o adolescente deixado de comparecer. Por referida razão, houve a expedição de mandado de busca e apreensão, ora cumprido.

Alega, aliás, que, em audiência de justificação, o adolescente comprovou sua justificativa, no sentido de que se encontrava trabalhando, de modo que não pudera comparecer à solenidade designada. Juntou, inclusive, o adolescente, regular comprovante demonstrativo de que ele administra lojas de venda de produtos *on-line*, juntamente com sua irmã, de modo a apresentar sincero e integral arrependimento com relação ao delito.

Diante disso, e a despeito do pedido convergente das partes, foi determinada a internação-sanção por 45 dias pelo MM. Juízo *a quo*.

Defende a impetrante que a medida socioeducativa já perdeu sua atualidade diante da ausência de notícia de reiteração e da sugestão técnica para encerramento da medida.

Aduz, ainda, que não estão presentes os requisitos para a internação-sanção – i.e., descumprimento reiterado e injustificável de medida socioeducativa, conforme prevê o art. 122, inciso III, do ECA – e que a decisão viola, ainda, o quanto determinado pelo art. 43, § 4º, incisos I e II, da Lei do SINASE.

Pede, em liminar, a imediata desinternação do paciente e, no mérito, a ex-

Acesso ao Sumário

tinção da medida socioeducativa ou, subsidiariamente, *"(...) o levantamento da sanção e a recondução do educando ao cumprimento da medida socioeducativa de liberdade assistida"*.

A liminar foi deferida em parte, para determinar a reinserção do paciente à medida socioeducativa de *liberdade assistida* (fls. 109/114).

Prestadas as informações (fls. 123/125), a douta Procuradoria Geral de Justiça, com o parecer de fls. 128/132, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

Segundo as informações (fls. 123/125), por r. sentença proferida em 29/6/2018, foi imposta ao paciente a medida socioeducativa de *liberdade assistida*, por ato infracional cometido em 23/2/2018, equiparado ao crime previsto no art. 155, § 4.º, I e IV, c.c. art. 14, II, ambos do Código Penal.

Os relatórios de acompanhamento da medida foram apresentados em 15/10/18, em 10/1/19 e em 12/4/19, sendo que neste último foi apontada ausência de criticidade por parte do educando, bem como o não comparecimento aos atendimentos técnicos e falta de adesão à medida, além evasão escolar. Realizada a audiência, o descumprimento foi considerado injustificado, sendo o paciente reconduzido à medida originária; a retomada da intervenção se deu em 28/1/2020.

Em seguida, foram apresentados relatórios de acompanhamento remoto até a retomada presencial em 27/8/2020, apontando resistência do paciente em aderir à escolarização, faltas injustificadas aos atendimentos técnicos presenciais, bem como dificuldades nos atendimentos remotos, desinteresse pelos cursos disponibilizados e resistência às orientações. Foi determinada orientação e advertência pelo SMSE.

Posteriormente, em relatório de encerramento apresentado em 2/8/2022, com fundamento no prolongamento da medida, bem como destacando a ausência de senso de maturidade, resistência às intervenções, ausência às aulas de ensino formal e não regularização da documentação para o exercício da cidadania, as partes concordaram com a sugestão técnica, de modo que foi mantida a medida de *liberdade assistida*, designando-se audiência de reavaliação para o dia 14/9/2022, na qual foi decretada a busca e apreensão do paciente para que fosse apresentado ao Juízo para oitiva.

Foi noticiado o recebimento de nova representação em desfavor ao educando (Proc. n.º (...)).

O mandado de busca e apreensão foi renovado por decisão proferida em 24/3/23, indeferindo-se o pleito de extinção da medida.

Antes do cumprimento do mandado de busca e apreensão, o paciente acabou apreendido por nova prática infracional análoga a crime de receptação.

Acesso ao Sumário

Realizada a audiência de justificação em 24/4/2023, decretou-se a *internação-sanção*, por 45 dias, ao fundamento do descumprimento reiterado e injustificado da medida imposta, mesmo após advertido em audiência.

Pois bem.

Como já analisado, a r. decisão impugnada (fls. 102/105) está bem fundamentada e justificou as razões pelas quais decretou a *internação-sanção*. Destacou-se, a propósito:

> *"Verifico que, no curso da medida, não houve regularidade nos comparecimentos, havendo novas notícias de descumprimento, de modo que a medida perdura sobretudo pela conduta negligente do educando, o qual, já reconduzido anteriormente sob compromisso e advertência judicial, deveria tê-la cumprido quase que integralmente antes mesmo do advento da pandemia. Soma-se que o educando tem apresentado diversas faltas aos atendimentos sem justificativas plausíveis, não comprovou a realização de cursos profissionalizantes no decorrer da medida de liberdade assistida, não providenciou todos os documentos necessários ao exercício da cidadania (não possui nem mesmo RG), perdeu a vaga escolar por excesso de faltas, mostrando forte resistência às tentativas de intervenção da equipe. Somente é hoje apresentado porque apreendido (no mínimo) junto a outros indivíduos que praticavam ilícito (fls. 306), a confirmar a atualidade da medida em tela e as demandas que ainda são manifestas. No mais, pontuo que não justificaria a extinção o prazo de apreensão do educando, mesmo porque foi ele apreendido em virtude de mandado de busca e apreensão cuja expedição foi devidamente determinada pelo Juízo competente e foi apresentado para audiência na primeira oportunidade de oitiva em dia útil. Nesse ínterim, permaneceu custodiado em estabelecimento adequado – Centro de Atendimento Inicial da Fundação CASA – tendo todos os seus direitos resguardados. Noto também que o período de custódia não transpôs aquele do art. 185, § 2º do ECA, em que se admite custódia de adolescente até mesmo em estabelecimento policial. Com efeito, os argumentos de [R.] não são suficientes a justificar o descumprimento da medida, que é reiterado. Suas afirmações, ademais, não são confirmadas pelo conjunto amealhado, especialmente no que diz respeito à falta de adesão escolar e ao não comparecimento ao serviço de medidas. Optou por adotar rotina completamente ociosa. Conclui-se, pois, que não há como acreditar em promessa de cumprimento neste momento. Outrossim, sabia ele da necessidade de informar à equipe qualquer imprevisto ou dificuldade e, ainda assim, não o fez. Os argumentos hoje expendidos pelo educando não encontram qualquer correspondência com seus atos, que apontam para ausência de criticidade e de senso de responsabilidade. (...)"*

Acesso ao Sumário

Como se vê, sobredito *decisum* está suficientemente motivado, nos moldes do disposto no artigo 93, inciso IX, do Texto Magno, razão por que não há que falar em constrangimento ilegal.

Contudo, embora bem justificada a medida de *internação-sanção*, a meu ver, foi fixada com excessivo rigor, de modo que é caso de se manter a *liberdade assistida* na qual estava inserido o paciente.

Pelo que se infere do processo de execução da medida socioeducativa, cuja cópia foi integralmente juntada nos autos, embora o cumprimento da medida imposta tenha sido relativamente conturbado, não consta reiteração infracional pelo paciente, ao menos considerada a data do deferimento parcial da liminar e a data do presente julgamento.

Não se pode ignorar, ademais, que o paciente praticou ato infracional desprovido de violência ou grave ameaça à pessoa (equiparado a furto qualificado), há cerca de cinco anos, sendo que, inclusive, há notícias de que trabalha com vendas *on-line* pela rede social *Instagram*, tendo arrumado também um emprego formal. Neste sentido, aliás, destacou o relatório apresentado pelo SMSE/MA Bela Vista, *verbis*:

> *"Entendemos que o cumprimento do socioeducando desde 2018 com retomada em 2020 acaba por acarretar demasiado prolongamento da medida socioeducativa, contrariando o princípio da brevidade, e do caráter pedagógico e não sancionatório. Entende-se que, no caso em questão, a medida acaba por se tornar infrutífera para o adolescente; motivo pelo qual sugerimos seu encerramento."*

Por outro lado, embora inadequada a *internação-sanção*, as circunstâncias do caso, em particular, o histórico infracional e a resistência ao acompanhamento em meio aberto, demonstram, à evidência, que permanece o paciente em situação de risco e vulnerabilidade, não permitindo afirmar, de forma inequívoca, o desenvolvimento de responsabilidade e disciplina do infrator, inclusive, do senso crítico e melhora de seu quadro comportamental, o que recomenda maior cautela, pelo magistrado responsável, na extinção da intervenção socioeducativa.

Acesso ao Sumário

Cabe observar, a propósito, que a medida socioeducativa possui objetivo pedagógico, cuja finalidade, sobretudo, é auxiliar o adolescente desregrado em seu desenvolvimento pessoal, para que possa adquirir senso crítico e melhorar seu quadro comportamental.

A suposta falta de atualidade da medida, igualmente, não enseja a extinção do seu cumprimento, justamente, ante a insuficiência das intervenções até então ocorridas para o processo de ressocialização do paciente, o que indica que ainda é necessária para sua recuperação, sendo, portanto, atual.

Cumpre ressaltar, por oportuno, que o magistrado não está adstrito à con-

clusão dos relatórios elaborados pela equipe técnica da *Fundação CASA, do Serviço de Medidas Socioeducativas em meio aberto – SMSE/MA*, ou de qualquer outro órgão auxiliar da justiça, diante do princípio do livre convencimento.

Ademais, é conferido ao Juízo da execução o poder geral de cautela para eleger as providências apropriadas para corrigir o *socioeducando*, de acordo com suas necessidades pedagógicas e protetivas, não estando adstrito ao requerimento das partes ou às conclusões do laudo produzido pela equipe técnica, como prevê o art. 148, I, do ECA.

O relatório favorável, no presente caso, não é suficiente ao deferimento do pleito para decretar a extinção da medida, sendo perfeitamente possível ao Juízo afastá-lo, desde que o faça de forma fundamentada, considerando as circunstâncias dos fatos, como se vislumbra caso.

Importante destacar, ainda, que a atividade desenvolvida no processo de execução é jurisdicional e, portanto, cabe ao Poder Judiciário proferir decisão final sobre os incidentes ocorridos, como a extinção, manutenção ou substituição de uma medida socioeducativa.

Impende rememorar, por derradeiro, o disposto na Súmula n.º 84, deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: *"O juiz, ao proferir decisão na execução da medida socioeducativa, não está vinculado aos laudos da equipe técnica"*.

Inadmissível, assim, a imediata extinção da medida socioeducativa, porquanto ausente qualquer constrangimento ilegal que deva ser reparado por meio da presente impetração.

Ante o exposto, pelo meu voto, **concedo em parte** a ordem, ratificada a liminar.

Remessas Necessárias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária Cível nº 1004654-72.2022.8.26.0024, da Comarca de Andradina, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, são recorridos H.M.A.P. (MENOR), MUNICÍPIO DE ANDRADINA e ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este

Acesso ao Sumário

acórdão. **(Voto nº 43.536)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 18 de maio de 2023.

FRANCISCO BRUNO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: Remessa necessária – Infância e Juventude – Ação de obrigação de fazer – Criança com diagnóstico de testículo retráctil do lado esquerdo – Realização do procedimento cirúrgico de orquidopexia esquerda e postectomia – Direito à saúde – Direito público subjetivo de natureza constitucional – Exigibilidade independente de regulamentação – Normas de eficácia plena – Inexistência de ofensa à autonomia dos poderes ou determinação de políticas públicas – Reserva do possível afastada – Processo não sujeito à tese vinculante firmada no julgamento do Tema 106 do Superior Tribunal de Justiça – Documentos médicos fundamentados e subscritos pelos médicos que assistem o menor – Prova inequívoca da necessidade do procedimento pleiteado – Manutenção da verba honorária – Remessa necessária não provida.

VOTO

Vistos.

Trata-se de remessa necessária da r. sentença de fls. 131/141, que julgou parcialmente procedente pedido formulado em *ação de obrigação de fazer* ajuizada por **H.M.A.P. (menor)** contra o **Município de Andradina** e o **Estado de São Paulo**, condenando-os, solidariamente, a disponibilizar todos os meios, incluindo transporte, deslocamento, internação e medicação, para que o menor seja submetido aos tratamentos cirúrgicos prescritos para a patologia diagnosticada (orquidopexia esquerda e postectomia), observando-se a fila de espera própria para crianças com mesma patologia (com prioridade absoluta, nos termos da Constituição), no prazo de 15 (quinze dias), e estabelecendo que eventual recurso terá apenas efeito devolutivo, salvo decisão em contrário do juízo ou de instância superior. Os entes públicos foram condenados, subsidiariamente, ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da causa, conforme CPC 85, § 2º e o Tema nº 1.076 do c. STJ.

Acesso ao Sumário

Não houve interposição de recurso pelas partes (fl. 155).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo não provimento da remessa necessária (fls. 162/165).

É o relatório.

Conhece-se da remessa necessária, nos termos do art. 496, I, do Código de Processo Civil.

No tocante à remessa necessária, convém ressaltar que, a despeito do valor atribuído à causa, verifica-se que a r. sentença impôs ao ente público obrigação que busca tutelar o direito à saúde de criança, a qual deverá ser assistida por políticas públicas de atendimento à saúde.

Trata-se, portanto, de sentença ilíquida cujo valor não pode ser estimado e tampouco definido de forma precisa neste momento, já que não se tem qualquer elemento para se definir qual o custo dos procedimentos hospitalares.

Diante dessa circunstância, a sentença está sujeita à reapreciação pela instância superior, até como forma de se assegurar o trânsito em julgado, uma vez que, como é cediço, a remessa necessária tem natureza jurídica de condição para a eficácia da sentença, de maneira que o instituto inibe o trânsito em julgado e torna o duplo grau de jurisdição obrigatório, nos termos da Súmula nº 423 do Supremo Tribunal Federal, *verbis*: *"Não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso ex officio, que se considera interposto ex lege."*

Pois bem.

Cuida-se de *ação de obrigação de fazer* pela qual se garantiu ao autor a realização do procedimento cirúrgico *orquidopexia esquerda e postectomia*, observando-se a fila de espera própria para crianças com a mesma patologia.

Como é cediço, constitui dever interdependente de todos os entes federados prover a saúde (artigo 23, II, CF), garantida pela Constituição Federal como direito público subjetivo (artigos 6º e 196, CF).

Essa premissa foi, definitivamente, confirmada no julgamento da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 855.178 (Tema 793 do C. STF), com a seguinte ementa:

> *RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porque responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente.* (STF – Repercussão Geral no RE 855.178-SE – Pleno – Rel. MIN LUIZ FUX – DJe 13.03.2015).

Acesso ao Sumário

Sobredita decisão reafirma a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, uníssona no reconhecimento da existência de solidariedade dos entes federados no dever fundamental de prestação de saúde em favor de qualquer pessoa (STF – ARE 814.878 AgR – 2ª T. – Rel. MIN. TEORI ZAVASCKI – j. 17.03.2015; ARE 894.085 AgR/SP – 1ª T. – Rel. MIN. LUÍS ROBERTO BARROSO – j. 13.12.2015; RE 717.290 AgR/RS – 1ª T. – Rel. MIN. LUIZ FUX – j. 18.03.2014).

Da mesma forma, posiciona-se este Tribunal de Justiça:

SÚMULA 37, TJSP*: A ação para fornecimento de medicamento e afins pode ser proposta em face de qualquer pessoa jurídica de Direito Público Interno.*

SÚMULA 66, TJSP*: A responsabilidade para proporcionar meios visando garantir o direito à saúde da criança ou do adolescente é solidária entre Estados e Município.*

Ante a clara solidariedade em sentido estrito, permite-se à parte indicar um, algum ou todos os responsáveis pela satisfação da obrigação (artigo 275, *caput*, Código Civil), não havendo que se questionar a escolha ou os limites da responsabilidade do respectivo ente acionado.

O fato de o art. 197, da Constituição Federal, prever a administração hierarquizada do sistema único de saúde, amparada na diretriz da descentralização, não traduz isenção de responsabilidade própria de cada ente federado em prover os meios necessários ao exercício do direito à saúde, pelo fornecimento de tratamento, medicamentos e insumos.

E, conforme as diretrizes estabelecidas no Tema 793 do C. STF, faculta-se ao apelante buscar a reparação frente ao ente público que reputa responsável pelo custeio dos insumos, em face da repartição de atribuições pertinentes à assistência farmacêutica, perante a Justiça competente.

No mais, a saúde é direito social de natureza fundamental (artigo 6º, CF), com eficácia plena em face do Estado, por força do art. 196 da CF/88, *verbis*: *"A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas públicas 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."*

Especialmente em relação à criança e ao adolescente, reforça-se o dever do Poder Público de garantir a efetivação do direito à saúde, conforme disposto o art. 4º, *caput*, do ECA: *"É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária."*

Assegura-se, nesse sentido, *"acesso integral às linhas de cuidado voltadas à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do Sistema Único de Saúde, observado o princípio da equidade no acesso a ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde"* (artigo 11, *caput*, do ECA).

Nesse quadro, garante-se o fornecimento, àqueles que necessitam, de *"medicamentos, órteses, próteses e outras tecnologias assistivas relativas ao tratamento, habilitação ou reabilitação para crianças e adolescentes, de acordo com as linhas de cuidado voltadas às suas necessidades específicas."* (artigo 11, § 2º do ECA).

O dever do Estado de garantir a todos, especialmente a crianças e adolescentes, acesso aos meios de proteção e recuperação da saúde, não é excepcionado pela *teoria da reserva do possível*.

Aliás, o *"STJ tem firme orientação de que, ante a demora ou inércia do Poder competente, o Poder Judiciário poderá determinar, em caráter excepcional, a implementação de políticas públicas para o cumprimento de deveres previstos no ordenamento constitucional, sem que isso configure invasão da discricionariedade ou afronta à reserva do possível" (REsp 1.367.549/MG, Rel. Ministro Humberto, Segunda Turma, DJe 8.9.2014).*

Da mesma forma, não o relativiza o disposto no art. 2º da CF/88.

O ato judicial que concretiza o direito subjetivo à saúde não se confunde com as escolhas do administrador, que tenham caráter coletivo e tendente à realização de normas programáticas, vinculadas a políticas públicas reservadas ao Poder Executivo.

A efetivação do direito individual não observado pela Administração Pública faz parte da competência natural do Poder Judiciário, ante a apresentação, para conhecimento, do caso concreto.

É o que vem definido, de forma clarividente, no inc. XXXV, do art. 5º da CF/88: *"a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"*.

O C. Supremo Tribunal Federal posiciona-se, reiteradamente, no sentido da inexistência de interferência inconstitucional do Poder Judiciário nas decisões do Poder Executivo, pois *"o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde"* (STF – ARE 894.6085-AgR/SP – 1ª T. – Rel. MIN. LUÍS ROBERTO BARROSO – j. 15.12.2015).

Na mesma direção:

"Suspensão de liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à

Acesso ao Sumário

saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento" (STF – SL 47-AgR – Pleno – Rel. MIN. GILMAR MENDES – DJe 30.4.2010).

E mais: STF – AI-AgR 809.018/SC – 1ª T. – Rel. MIN. DIAS TOFFOLI – DJe 10.10.2012.

Diferente não é o entendimento já sumulado neste Tribunal de Justiça:

***SÚMULA 65, TJSP**: Não violam os princípios constitucionais da separação dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças ou adolescentes.*

Noutra vereda, conquanto se reconheça que o princípio da competência orçamentária atribua ao legislador as decisões finais da destinação dos recursos públicos, especialmente em políticas de atendimento universalizado da população no âmbito da saúde, não se pode admitir que esse princípio ganhe ares absolutos, retirando do administrador a responsabilidade de atender às necessidades individuais das pessoas necessitadas.

É que *"a força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada. Ele não é um princípio absoluto. Direitos individuais podem ter peso maior que razões político-financeiras"* (ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 512-513).

Reconhecida, assim, a magnitude do dever solidário dos entes da federação de garantir meios de proteção e recuperação da saúde de crianças e adolescentes, ingressa-se no exame do caso *sub judice*.

Acesso ao Sumário

Na hipótese dos autos postula-se sejam os entes públicos compelidos à realização de procedimento cirúrgico *orquidopexia esquerda e postectomia*, bem como tratamento médico em hospital de referência cadastrado junto ao SUS, ou, se necessário, em hospital da rede privada – neste caso com todas as despesas custeadas pela Fazenda Pública – ao menor diagnosticado com *testículo retráctil do lado esquerdo – CID 10 N53*.

Importante ressaltar que não se aplica, à espécie, o Tema 106 do C. STJ, uma vez que o objeto da ação é o fornecimento de **procedimento cirúrgico** ao menor, e não de medicamentos.

De qualquer forma, a **imprescindibilidade** e **necessidade** da realização do procedimento cirúrgico ficaram comprovadas, **de maneira inequívoca**, pelos documentos médicos de fls. 20/23 e 72/74.

O documento médico de fl. 72 de lavra do médico assistente do menor, Dr. (...), CRM – SP (...), atesta a necessidade de realização do tratamento prescrito: *"(...) Paciente 'H' tem diagnóstico de testículo retrátil do lado esquerdo, CID10 – N53, com dor local durante períodos de retração e inchaço de região inguinal esquerda. Tem indicação de tratamento cirúrgico orquidopexia unilateral esquerda, tratamento definitivo de sua patologia. Pelo fato de apresentar também fimose, CID10 – N47, e ter episódios de balanopostite, no passado,* ***tem indicação de realizar cirurgia concomitante de postectomia. A patologia escrotal tem prioridade em seu tratamento.****"*

Nesse contexto, sobreleva mencionar o prestígio que há de ser atribuído à prescrição médica, cujo profissional, responsável pela apuração técnica da conveniência do uso de determinado tratamento, tem sua responsabilidade imposta pelo Código de Ética Médica (Resoluções CFM nº 1.246/88 e nº 1.931/2009).

Não há, assim, provas nos autos que possam infirmar conclusão no sentido da imprescindibilidade do procedimento médico prescrito ao autor, cuja obrigação de atendimento foi corretamente reconhecida na r. sentença.

Nesse contexto, deve ser reconhecida a legitimidade da intervenção judicial para a concretização do direito individual de fundamento constitucional.

Por fim, no que tange aos honorários advocatícios, arbitrados em 15% sobre o valor atualizado da causa, registre-se que esses foram fixados de forma moderada e estão dentro dos parâmetros consolidados nesta C. Câmara, de modo que devem subsistir.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento** à remessa necessária.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL DE PRESIDENTES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 1003162-06.2017.8.26.0417/50001, da Comarca de Paraguaçu Paulista, em que é agravante LEANDRO EDIMAR SPINDOLA, é agravado(a) MESSIAS MARIA SPINDOLA.

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 101.858)**

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, 27 de abril de 2023.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. VÍCIOS DE JULGAMENTO. Alegação de violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Necessidade de prévia análise de normas infraconstitucionais. Arguição de violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, em razão do indeferimento do pedido de produção de prova. Repercussão geral afastada no E. STF nos Recursos Extraordinários com Agravo nºs 639.228/RJ e 748.371/MT (temas 424 e 660). Decisão mantida. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de Agravo Interno Cível interposto por Leandro Edimar Spindola contra decisão que, em ação de reintegração de posse, **NEGOU SEGUIMENTO a Recurso Extraordinário**, pois o V. Acórdão abordou matéria cuja

Acesso ao Sumário

repercussão geral foi afastada no E. Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário com Agravo nº 748.371/MT. Alega a indevida aplicação do precedente repetitivo que não guarda relação com a matéria debatida no reclamo extraordinário, a respeito do cerceamento de defesa e da violação aos artigos 5º, XXIII e LV e 170, III, da CF.

Não houve oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo 1º da Resolução nº 549/2011 desta Corte, com a redação dada pela Resolução nº 772/2017.

É O RELATÓRIO.

Anote-se, inicialmente, que o Agravo Interno está sujeito à competência da Câmara Especial de Presidentes, nos termos do art. 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental nº 565/2017.

O recurso não comporta provimento.

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 quando o julgamento da causa depender de prévia análise das normas infraconstitucionais não apresenta repercussão geral, conforme se infere da sua ementa:

> *"Alegação de cerceamento do direito de defesa. Tema relativo à suposta violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal. Julgamento da causa dependente de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais. Rejeição da repercussão geral."*

No caso em apreço, a ofensa reflexa à Constituição Federal é evidente, uma vez que houve a necessidade de prévia análise da alegação de violação aos artigos 1.238, 1.239, 1.242 e 1.243 do CC e 17, 70, 76, 320, 330, 343, 538 e 561 do CPC. Por conseguinte, correta a decisão agravada ao reconhecer a ausência de repercussão geral nas teses suscitadas pelo recorrente.

Além do mais, julgado o Agravo em Recurso Extraordinário nº 639.228/

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Câmara Especial de Presidentes

RJ, a E. Suprema Corte também ressaltou a ausência de repercussão geral da discussão sobre a alegação de ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, nos casos de produção de provas em processo judicial não apresenta repercussão geral, conforme se infere da ementa abaixo colacionada:

> *"RECURSO. Agravo convertido em Extraordinário. Inadmissibilidade deste. Produção de provas. Processo judicial. Indeferimento. Contraditório e ampla defesa. Tema infraconstitucional. Precedentes. Ausência de repercussão geral. Recurso extraordinário não conhecido. Não apresenta repercussão geral recurso extraordinário que, tendo por objeto a obrigatoriedade de observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, nos casos de indeferimento de pedido de produção de provas em processo judicial, versa sobre tema infraconstitucional."*

A decisão agravada, nesses termos, apenas aplicou a sistemática da repercussão geral, com fundamento no art. 1.030, I, "a", 1ª parte, do CPC.

De resto, não se cogita de violação aos artigos 5º, XXIII e 170, III, da CF, uma vez que as razões do recurso, também neste aspecto, buscam a prevalência de tese já resolvida em definitivo, não podendo mais ser discutida no âmbito do extraordinário, nos termos do paradigma de repercussão geral supramencionado. Nesse sentido: *"Cabe a esta Corte decidir se determinados temas devem ser trazidos à sua apreciação, definindo se têm ou não repercussão geral. Essa decisão poderá ser tomada em um único recurso. Uma vez resolvido que há repercussão geral do tema, este ou outro recurso extraordinário sobre a mesma questão constitucional será levado a julgamento, e a decisão que sobrevier será aplicada, nos tribunais e turmas recursais de origem, a todos os processos com recursos extraordinários sobrestados ou que venham a ser interpostos. A possibilidade ou não da aplicação do quanto decidido pela Corte aos diversos outros recursos, sobrestados ou que venham a ser interpostos, está vinculada à abrangência da própria questão constitucional submetida a julgamento e à possibilidade desta questão constitucional definir o futuro dos processos. (...) Se a questão constitucional for a mesma, a decisão se aplica, não importando os múltiplos argumentos laterais que se possam agregar à discussão, na tentativa de reabri-la indefinidamente"* (AI nº 760.358-QO/SE, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, DJe de 19.2.2010).

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Criminal nº 1525125-27.2019.8.26.0228/50002, da Comarca de São Paulo, em que é agra-

vante EMERSON BELTRAMI MACHADO.

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 43.512)**

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, 2 de maio de 2023.

FRANCISCO BRUNO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NÃO CONHECEU DE AGRAVO, FUNDADO NO ARTIGO 1.021 DO CPC, INTERPOSTO CONTRA NÃO ADMISSÃO DE RECURSO ESPECIAL. ERRO GROSSEIRO. CABIMENTO DO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL, NOS TERMOS DO ARTIGO 1.042 DO CPC. NÃO PROVIMENTO.

1. Contra a decisão que não admitiu o recurso especial em razão de óbices processuais, há previsão expressa do recurso cabível, qual seja, o agravo nos termos do artigo 1.042 do Código de Processo Civil.

2. Agravo regimental não provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo, com fundamento no artigo 1.021 do Código de Processo Civil, interposto após o *decisum* de fls. 484/485, da Presidência da Seção de Direito Criminal que, em razão de erro grosseiro cometido pela Defesa, não conheceu do agravo intentado com esteio no artigo 1.021 da Lei Adjetiva Civil, contra a decisão que não admitiu o recurso especial.

Busca a Defesa, em síntese, o processamento de seus anteriores reclamos para a consequente remessa do feito ao Superior Tribunal de Justiça (fls. 488/521).

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Câmara Especial de Presidentes

A Procuradoria Geral de Justiça opinou às fls. 524/528.

É o relatório.

Conheço do presente agravo, nos termos do artigo 33-A, § 2º, do Regimento Interno deste Tribunal, não merecendo, contudo, provimento.

Com efeito, como esclarecido na decisão vergastada (fls. 484/485), ante a expressa previsão legal de que o agravo nos próprios autos é recurso cabível contra a decisão que não admitiu o apelo extremo, nos termos do artigo 1.042 do Código de Processo Civil, não era possível a aplicação do princípio da fungibilidade para o processamento do agravo fundado no artigo 1.021 da Lei Adjetiva Civil, uma vez que manifesto o equívoco no manejo recursal.

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 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 da Lei Processual 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).

Acesso ao Sumário

Assim, a clareza da disciplina legislativa demonstra ser impossível alterar a decisão monocrática vergastada para o processamento do agravo errôneo, uma vez que se trata de erro inescusável no manejo recursal, de forma que a existência de disposição expressa sobre o recurso cabível afasta a aplicação do princípio da fungibilidade.

Anoto, ainda, que o erro grosseiro, assim como a má-fé, constitui óbice à aplicação do princípio da fungibilidade – 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, que o questionamento acerca da correção ou não da decisão que não admitiu o recurso especial, diante da existência de óbices processuais, escapa do objeto possível de análise no agravo regimental, não sendo tal alegação pertinente para se buscar alcançar o conhecimento de reclamo erroneamente interposto.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 0014245-28.2011.8.26.0229/50002, da Comarca de Hortolândia, sendo agravante RODOVIAS DO TIETÊ S.A. e agravado G. MARKAKIS EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA.

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 48.076)**

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, 12 de maio de 2023.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

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.

Ementa: AGRAVOS INTERNOS. Decisões monocráticas que não conheceram de pedido de desistência parcial de desapropriação e negaram seguimento aos recursos especial e extraordinário.

– Competência restrita da Presidência da Seção de Direito Público que justifica o não conhecimento do pedido de desistência parcial de desapropriação – Decisão amparada em jurisprudência do Col. Superior Tribunal de Justiça.

– 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 AI n. 791.292/PE – TEMA 339/STF.

– A questão referente aos juros compensatórios de 6% ao ano a partir da imissão na posse, em ação de desapropriação por utilidade pública, corresponde ao decidido no Resp n. 1.111.189/SP – Tema 126/STJ.

– O valor dos honorários advocatícios em sede de desapropriação deve respeitar os limites impostos pelo artigo 27, § 1º, do Decreto-lei 3.365/41, ou seja, entre 0,5% e 5% da diferença entre o valor proposto inicialmente pelo imóvel e a indenização imposta judicialmente. (PET 12344/DF, interposta no Resp n. 1.114.407/SP – TEMA 184).

– Inviabilidade de reexame de prova em Recursos Especial e Extraordinário, nos termos das Súmulas 7/STJ e 279/STF.

– Demais questões rebatidas que não se encontram submetidas à sistemática de recursos repetitivos – impugnação por recurso próprio.

Agravos desprovidos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravos interpostos com fundamento no artigo 1.021 do Código de Processo Civil (fls. 876/885, 887/897 e 899/912) contra decisão que não conheceu do pedido de desistência parcial da desapropriação, bem como, em face de decisões que negaram seguimento (art. 1.030, inciso I, alíneas b e a c.c. art. 1035, § 8º do Código de Processo Civil) aos recursos especial e extraordinário por reconhecida identidade da matéria com orientação firmada pelas Cortes

Superiores nos autos do AI n. 791.292/PE e dos Resps. nºs 1.111.829/SP, Tema nº 126, e 1.114.407/SP, Tema nº 184 (Petição nº 12344/DF).

Alegou a agravante, em síntese, que a desistência parcial da desapropriação seria de rigor, uma vez que não seria obrigada a desapropriar área maior do que aquela efetivamente necessária. Quanto ao recurso especial, ressaltou que não teria discutido a estipulação dos parâmetros mínimos e máximo para a fixação dos honorários advocatícios, mas a exorbitância do valor fixado no caso concreto, não tratando o recurso acerca do percentual dos juros compensatórios, mas sim em relação à incidência desses consectários na hipótese em questão.

Quanto ao recurso extraordinário, aduziu que o Tema 339/STF não guardaria identidade com o caso em análise, porquanto, restaria configurada a ofensa ao artigo 93, inciso IX da Constituição Federal, se eventualmente o recurso extraordinário fosse inadmitido pela falta de prequestionamento, o que não teria ocorrido.

É o relatório.

Inicialmente, cumpre manter a decisão de fls. 843-845.

Isso porque a decisão referida não indeferiu o pedido de desistência parcial da desapropriação, apenas dele não conheceu, esclarecendo-se a impossibilidade da respectiva análise no presente âmbito, devido à competência restrita da Presidência da Seção de Direito Público, a qual se circunscreve ao juízo de admissibilidade de recursos especial e/ou extraordinário.

Não se pode olvidar, ademais, que o não conhecimento do pedido se ampara em jurisprudência do Col. Superior Tribunal de Justiça, que aponta para a imprescindibilidade da análise de tal pedido nas instâncias ordinárias. Confira-se, nesse aspecto, recentíssimo julgado da Corte Superior:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE DESISTÊNCIA PARCIAL DA DESAPROPRIAÇÃO, FORMULADO APÓS A INTERPOSIÇÃO DO AGRAVO INTERNO. INDEFERIMENTO. DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. APONTADAS INCONSISTÊNCIAS DO LAUDO PERICIAL E DOS VALORES FIXADOS A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO E DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. ALEGADA OFENSA AO ART. 30 DO DECRETO-LEI 3.365/41. RAZÕES DO AGRAVO QUE NÃO IMPUGNAM, ESPECIFICAMENTE, DETERMINADO FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ. AGRAVO INTERNO PARCIALMENTE CONHECIDO, E, NESSA EXTENSÃO, IMPROVIDO.
>
> I. Agravo interno aviado contra decisão que julgara recurso interposto contra decisum publicado na vigência do CPC/2015.
>
> II. Com relação ao pedido de **desistência parcial** da desapropriação,

Acesso ao Sumário

> formulado após a interposição do presente Agravo interno, cabe destacar que, embora o Superior Tribunal de Justiça admita a desistência de desapropriação, inclusive após o trânsito em julgado, este ato processual está condicionado a inexistência de pagamento integral do valor da indenização e a possibilidade de devolução do bem sem modificação substancial que comprometa a sua utilização como antes do processo desapropriatório. No caso, **tais questões, notadamente a possibilidade de restituição do bem sem alteração substancial, só podem ser apreciadas pelas instâncias ordinárias, para quem deve ser endereçado o pedido de homologação de desistência em feito expropriatório.** Nesse sentido: STJ, AgInt nos EDcl no REsp 1809413/SP, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 18/05/2020.
>
> (...)
>
> IX. Agravo interno parcialmente conhecido, e, nessa extensão, improvido. (AgInt no AREsp n. 1.408.630/SP, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 14/2/2023, DJe de 16/2/2023.)

Bem por isso, o presente agravo, nesse ponto, não é acolhido, facultando-se à agravante requerer o que de direito nas instâncias ordinárias.

No mais, os recursos não merecem provimento.

Com efeito, com o permissivo do artigo 1.030, inciso I, alíneas a e b c.c. art. 1035, § 8º, do Código de Processo Civil, as decisões agravadas consideraram que o v. acórdão da Turma Julgadora converge com o decidido no AI nº 791.292/PE, Tema 339, bem como, com o julgamento da Proposta de Revisão do Tema nº 126 firmado no Resp nº. 1.111.829/SP, e do Tema nº 184, firmado no Resp. nº 1.114.407/SP, dos Cols. Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, quando se fixaram as seguintes teses:

> 339: 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.
>
> 126: O índice de juros compensatórios na desapropriação direta ou indireta é de 12% até 11.6.97, data anterior à publicação da MP 1577/97.
>
> 184: O valor dos honorários advocatícios em sede de desapropriação deve respeitar os limites impostos pelo artigo 27, § 1º, do Decreto-lei 3.365/41 – qual seja: entre 0,5% e 5% da diferença entre o valor proposto inicialmente pelo imóvel e a indenização imposta judicialmente.

No que se refere ao Tema 339/STF, não se avista desacerto na decisão agravada quanto ao AI n. 791.292, tendo em conta a matéria aqui tratada referente à obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, nos termos do art. 93, IX, da Constituição Federal.

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.

Quanto ao agravo em recurso especial anote-se que a recorrente questiona, sim, a estipulação dos parâmetros mínimos e máximo para a fixação dos honorários advocatícios, pois invocam essa questão para contorná-la, pois nenhuma rubrica foi reduzida que não seja daí decorrente, de modo a enquadrar-se aos exatos ditames do tema aplicado na sistemática dos recursos repetitivos.

Da mesma forma, convém ressaltar que a tese do tema 126/STJ foi alterada em revisão para estipular juros compensatórios de 12% até 11/06/97, diante da ADI 2332 que julgou constitucional a incidência de 6%, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. No caso concreto, como a imissão na posse ocorreu em 2012, o percentual será de 6%, conforme a compreensão do STF na ADI 2332.

Consignem-se, por oportuno, trechos do v. Acórdão recorrido (fls. 675/687), convergentes aos temas 126 e 184/STJ aplicados na sistemática dos repetitivos – *verbis*:

> Os juros compensatórios são devidos em virtude do deferimento da imissão na posse, justamente porque a finalidade desta modalidade de juros é indenizar o proprietário pela perda antecipada do uso e gozo do bem expropriado.
>
> (...)
>
> Do julgado, o tema n. 126 foi revisto, passando a estabelecer o seguinte: *"O índice de juros compensatórios na desapropriação direta ou indireta é de 12% até 11/6/1997, data anterior à vigência da MP 1577/97"*. No caso concreto, a expropriante foi imitida na posse em 22.12.2004 (fls. 152/153), razão pela qual são devidos os juros compensatórios desde então, à razão de 6% a.a., incidentes desde a data da imissão até o efetivo pagamento, apenas sobre a diferença não depositada.
>
> A sentença fixou os juros compensatórios em 6% a.a., devendo ser mantida.
>
> (...)
>
> Não há falar em sucumbência da ré. Isso porque a autora manejou a ação, correndo contra ela o risco do processo. O fato de a ré impugnar o pedido, sugerindo valor superior ao fixado não indica que tenha formulado pedido nesse sentido. Assim, o pedido da autora é parcialmente procedente, de forma que a sucumbência deve ser direcionada somente

Acesso ao Sumário

a ela, de forma proporcional, nos termos do artigo 27 do DL 3.365/41.

O percentual de 5% mostra-se razoável diante do conteúdo econômico da causa. O artigo 27 do Decreto-lei n. 3.365/41 determina que "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 § 4 o do art. 20 do Código de Processo Civil, não podendo os honorários ultrapassar R$ 151.000,00 (cento e cinqüenta e um mil reais)".

Assim, o percentual de 5% deverá incidir sobre o valor da diferença entre o preço oferecido e o valor estipulado na sentença para indenização. Devem incidir os valores referentes aos juros moratórios na base de cálculo da verba honorária, conforme a Súmula 131 do Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido: STJ, REsp n. 906.351/SP, 2ª Turma, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 14.09.2010 (fl. 681/682 e 685/687).

Não menos assertivo foi o v. Acórdão da Col. Turma Julgadora (fls. 707/711) no que se refere ao Tema 339/STF – *verbis*:

Conforme bem asseverou o ilustre Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, "se com os fundamentos do acórdão não concorda a recorrente é outra questão, que não se confunde com negativa de prestação jurisdicional. (...) A não-conformação da parte não se confunde com ausência de fundamentação" (STJ, REsp n. 166.649/RS, 4ª Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 06.08.2002).

Ressalto que mesmo após a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, o Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento de que "o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão" (STJ, EDcl no MS n. 21.315/DF, 1ª Seção, rel. Min. Diva Malerbi – desembargadora convocada TRF 3ª Região, j. 08.06.2016).

De outra banda, não há falar em necessidade de expressa menção dos argumentos e teses apresentados.

Como se sabe, "é desnecessário o prequestionamento explícito de dispositivo legal, por só bastar que a matéria haja sido tratada no decisum" (STJ, AgRg no REsp n. 1.127.411/MG, 6ª Turma, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 23.02.2010), de forma que, "inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão" (STJ, REsp n. 739.711/MG, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 14.11.2006) (Fl. 710/711).

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 os recursos extraordinário e especial, conforme preceituado nas Súmulas 7 e 279 das Cortes Superiores.

A alegação da agravante acerca do apregoado afastamento dos juros compensatórios, nos termos do entendimento adotado no julgamento da ADI nº 2.332/DF, mereceu capítulo próprio na decisão que procedeu ao juízo de admissibilidade do recurso especial apresentado, porquanto não abarcada na tese jurídica aplicada e ora mantida (Tema 126). Tal irresignação desafiou o agravo de fls. 856/874, fundado do art. 1.042 do Código de Processo Civil, cuja competência para apreciação é do Eg. Superior Tribunal de Justiça.

Por derradeiro, sem avistar intuito protelatório no manejo dos presentes recursos, deixa-se de infligir à agravante a multa prevista no art. 1.021, § 4º do Código de Processo Civil.

Em face de tais razões, **nego provimento** aos agravos internos.

Anoto a existência dos recursos de fls. 856/874 e 914/930 que serão analisados pelas Cols. Cortes Superiores.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Criminal nº 0000526-07.2011.8.26.0543/50001, da Comarca de Santa Isabel, em que é agravante RICARDO DA SILVA HAERTLING.

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 43.609)**

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, 15 de maio de 2023.

FRANCISCO BRUNO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Câmara Especial de Presidentes

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NÃO CONHECEU DE AGRAVO REGIMENTAL INTERPOSTO CONTRA DECISÃO DE NÃO ADMISSÃO DE RECURSO ESPECIAL. ERRO GROSSEIRO. CABIMENTO DO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL, NOS TERMOS DO ARTIGO 1.042 DO CPC. NÃO PROVIMENTO.

1. Contra a decisão que não admite recurso especial, em razão de óbices processuais, há previsão expressa do recurso cabível, qual seja, o agravo nos termos do artigo 1.042 do Código de Processo Civil.

2. Agravo regimental não provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo regimental interposto contra a decisão de fls. 1029/1030, da Presidência da Seção de Direito Criminal que, em razão de erro grosseiro, não conheceu do agravo regimental intentado contra a decisão que não admitiu o recurso especial.

Busca a Defesa, em síntese, o processamento de seus anteriores reclamos para a consequente remessa do feito ao Superior Tribunal de Justiça (fls. 1032/1035).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou às fls. 1045/1047.

É o relatório.

Conheço do presente agravo, nos termos do artigo 33-A, § 2º, do Regimento Interno deste Tribunal, não merecendo, contudo, provimento.

Com efeito, como esclarecido na decisão vergastada (fls. 1029/1030), ante a expressa previsão legal de que o agravo nos próprios autos é recurso cabível contra a decisão que não admitiu o apelo extremo, nos termos do artigo 1.042 do Código de Processo Civil, não era possível a aplicação do princípio da fungibilidade para o processamento de agravo nominado como regimental e endereçado à Presidência da Seção Criminal.

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 1030, § 1º e 1.042) e de negativa de seguimento (agravo interno, cf. artigos 1.030, § 2º e 1021) dos 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 Processual 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 alterar a decisão monocrática combatida para o processamento do agravo errôneo, uma vez que se trata de erro inescusável no manejo recursal, de forma que a existência de disposição expressa sobre o recurso cabível afasta a aplicação do princípio da fungibilidade.

Anoto, ainda, que o erro grosseiro, assim como a má-fé, constitui óbice à aplicação do princípio da fungibilidade – 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]

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Criminal nº 0002675-75.2015.8.26.0400/50002, da Comarca de Olímpia, em que é agravante REINALDO PERPETUO RIBEIRO, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO 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 aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 48.763)**

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, 18 de maio de 2023.

JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, Relator, no impedimento ocasional do Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: AGRAVOS. DECISÕES MONOCRÁTICAS QUE, EM PARTE, NEGARAM SEGUIMENTO AOS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO.

RECURSO COM MATÉRIA RELATIVA À REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA E JULGAMENTO DEFINITIVO DE MÉRITO. HIPÓTESES IDÊNTICAS. NÃO PROVIMENTO.

1. Interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial é lícita, mesmo que em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori. Recurso com repercussão geral reconhecida e julgamento definitivo do mérito (Tema 280/STF).

2. Agravos internos não providos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravos interpostos contra as decisões da Presidência da Se-

ção de Direito Criminal (fls. 245/247 e 248/250) que, em parte, com fundamento no Tema 280 do Excelso Supremo Tribunal Federal, negaram seguimento aos recursos extraordinário e especial, nos termos dos artigos 1.030, I, "a" e "b", do Código de Processo Civil e 638 do Código de Processo Penal.

Sustenta a Defesa, em síntese, a inaplicabilidade do Tema 280 do Excelso Pretório ao caso concreto, reiterando os termos de seus reclamos e reafirmando a ausência de justa causa para o ingresso em domicílio. Pugna, assim, pelo processamento de suas insurgências (fls. 252/258 e 259/265).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou às fls. 267/274 e 275/279.

É o relatório.

Conheço dos presentes agravos como internos, nos termos do artigo 33-A, § 1º, I, do Regimento Interno deste Tribunal, não merecendo, contudo, provimento.

Houve a interposição de recursos especial e extraordinário pela Defesa às fls. 212/220 e 222/234.

Ponderando a explanação defensiva trazida à baila nos agravos, constato que, quando da análise do juízo de prelibação dos reclamos, verificou-se a necessária aplicação do rito da sistemática de repercussão geral, em cumprimento à expressa previsão legal (artigo 1.030, I, "a" e "b", do Código de Processo Civil – fls. 245/247 e 248/250), e não vislumbro, agora, argumentos suficientes a demonstrar a existência de distinção ou outra peculiaridade capaz de afastar a incidência do Tema 280 ao caso concreto.

Nessa linha, observados os termos dos recursos especial e extraordinário e o teor do v. acórdão de fls. 204/208, em especial às fls. 207, restou demonstrado ter havido a pontuação de elementos concretos considerados como justificadores do ingresso no domicílio, o que se nota pelo seguinte excerto:

[...]

"Não há falar, porém, em nulidade processual ou, mesmo, em ilicitude das provas colhidas, uma vez que os milicianos ingressaram no estabelecimento comercial com autorização de uma funcionária, e com o objetivo de dar cumprimento ao mandado de prisão civil expedido em desfavor do réu. E, nesse contexto, de modo fortuito, acabaram se deparando com a arma e com as munições, cabendo ressaltar, ainda, que o delito é questão é tido como permanente.

Vale destacar, ademais, que, em Juízo, a testemunha Carlos Henrique da Silva de Souza apontou que já havia denúncia no sentido de que o apelante possuía arma de fogo no escritório."

[...]

Assim, escorreita a incidência do precedente vinculante oriundo do julga-

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Câmara Especial de Presidentes

mento, pelo Pretório Excelso, do Recurso Extraordinário nº 603.616/RO (Tema 280), em que, por maioria, reconheceu-se a repercussão geral e fixou-se a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial é lícita, mesmo que em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori*, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados.

Desse modo, constato que o paradigma da Corte Suprema ajusta-se perfeitamente à hipótese dos autos e que as decisões impugnadas pautaram-se pelas circunstâncias aduzidas nos recursos especial e extraordinário e pelo teor do aresto, sendo, portanto, precisas e individualizadas, de forma que a manutenção da sistemática da repercussão geral aplicada é de rigor.

Ante o exposto, **nego provimento** aos agravos internos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2236669-05.2021.8.26.0000/50003, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante SUL AMÉRICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS, são agravados MARLI PEREIRA PIMENTA e APARECIDA VIANA.

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 113.018)**

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, 24 de maio de 2023.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. SEGURO HABITACIONAL. Falta de comprovação de vinculação à apólice pública. Competência da Justiça Estadual. V. Acórdão firmado em

consonância com o decidido no E. STF no Recurso Extraordinário nº 827.996/PR (tema 1011). Precedentes da E. Corte Superior. Decisão mantida. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de **Agravo Interno Cível** interposto por Sul América Companhia Nacional de Seguros contra decisão que, em demanda indenizatória, **NEGOU SEGUIMENTO a Recurso Especial**, pois o V. Acórdão recorrido observou a orientação estabelecida no E. Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 827.996/PR. Alega incompetência absoluta da justiça estadual, em razão da necessidade de intervenção da Caixa Econômica Federal. Aduz que o interesse jurídico da CEF decorre da comprovação do comprometimento do FCVS e da comprovação da apólice pública. Afirma que a Corte Superior reconheceu a necessidade de ingresso da CEF e a competência da Justiça Federal para todos os casos em que não existia sentença de mérito prolatada em 26.11.2010.

Não houve oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo 1º da Resolução nº 549/2011 desta Corte, com a redação dada pela Resolução nº 772/2017.

É O RELATÓRIO.

Anote-se, inicialmente, que o Agravo Interno está sujeito à competência da Câmara Especial de Presidentes, nos termos do art. 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental nº 565/2017.

O recurso apenas comportará provimento se o recorrente demonstrar que, por ausência de similitude fática, a tese firmada no E. Superior Tribunal de Justiça sob o regime dos recursos repetitivos não se aplica ao caso concreto (*distinguishing*). Neste sentido, o AgInt no RE no AgRg nos EREsp nº 1.039.364/ES, Rel. Min. **Laurita Vaz**, Corte Especial, DJe de 6.2.2018, e o AgInt no RE no AgInt nos EDcl no RMS nº 48.747/DF, Rel. Min. **Humberto Martins**, Corte Especial, DJe de 19.6.2018.

E este não é o caso dos autos.

A identidade fática e jurídica entre o V. Acórdão objeto do inconformismo especial e o paradigma apontado na decisão recorrida é evidente.

Cabe esclarecer, antes de avançar na análise do presente reclamo, que o E. Superior Tribunal de Justiça passou a devolver inúmeros processos a este Tribunal, para que os Recursos Especiais que tratassem da questão *sub judice* fossem submetidos ao entendimento firmado no Recurso Extraordinário nº 827.996/PR, afetado sob a sistemática da repercussão geral no tema 1011 do E. Supremo Tribunal Federal, nos termos dos arts. 1.039 e 1.040 do CPC.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido: AgInt no AREsp nº 1.408.072/SP, Rel. Min. **Maria Isabel Gallotti**, Quarta Turma, DJe de 18.2.2020; AREsp nº 1.654.791/SP, Rel. Min. **Nancy Andrighi**, DJe de 23.4.2020; REsp nº 1.869.839/SP, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 17.4.2020; REsp nº 1.863.029/SP, Rel. Min. **Raul Araújo**, DJe de 27.3.2020; REsp nº 1.859.162/SP, Rel. Min. **Ricardo Villas Bôas Cueva**, DJe de 26.2.2020; REsp nº 1.812.849/SP, Rel. Min. **Moura Ribeiro**, DJe de 20.2.2020; REsp nº 1.858.880/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe de 20.2.2020; REsp nº 1.854.026/SP, Rel. Min. **Raul Araújo**, DJe de 18.2.2020; REsp nº 1.854.642/SP, Rel. Min. **Luis Felipe Salomão**, DJe de 18.2.2020; e AgInt no REsp nº 1.823.176/SP, Rel. Min. **Luis Felipe Salomão**, DJe de 4.2.2020.

Esclarecido este ponto, registro que a E. Suprema Corte, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 827.996/PR, sob a sistemática da repercussão geral, julgou a questão nos seguintes termos: *"1) Considerando que, a partir da MP 513/2010 (que originou a Lei 12.409/2011 e suas alterações posteriores, MP 633/2013 e Lei 13.000/2014), a CEF passou a ser administradora do FCVS, é aplicável o art. 1º da MP 513/2010 aos processos em trâmite na data de sua entrada em vigor (26.11.2010): (...)* é da Justiça Federal a competência para o processamento e julgamento das causas em que se discute contrato de seguro vinculado à apólice pública, na qual a CEF atue em defesa do FCVS*, devendo haver o deslocamento do feito para aquele ramo judiciário a partir do momento em que a referida empresa pública federal ou a União, de forma espontânea ou provocada, indique o interesse em intervir na causa, observado o § 4º do art. 64 do CPC e/ou o § 4º do art. 1ºA da Lei 12.409/2011"* (g.n.). Confira-se a fls. 4827/4729.

Neste contexto, o V. Acórdão recorrido (fls. 4704/4707) está em perfeita sintonia com a orientação superior, ao concluir pela competência da Justiça Estadual.

Confira-se trecho do V. Acórdão: *"Logo, uma vez que as agravadas não possuem vínculo com apólice pública, de rigor a manutenção da competência da Justiça Estadual"* (fl. 4706).

Acesso ao Sumário

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos, que não pressupõe trânsito em julgado, conforme manifestação da própria E. Corte Superior:

> *"A orientação jurisprudencial desta Corte é no sentido de que é desnecessário aguardar-se o trânsito em julgado de decisão proferida em matéria repetitiva e repercussão geral para sua aplicação."* (Embargos de Declaração no Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.607.907/PR, Rel. Min. **Francisco Falcão**, DJe de 10.4.2018)

No mesmo sentido, a E. Suprema Corte assim se manifestou:

"Para fins de aplicação da sistemática da repercussão geral, é desneces-

sário aguardar o trânsito em julgado do acórdão paradigma para que se possa aplicar a orientação firmada aos processos que tratam da mesma matéria. Esta Corte decidiu pela imediata observância de suas decisões, independentemente de trânsito em julgado. Nesse sentido, confira o ARE 650.574-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia; o AI 752.804-ED, Rel. Min. Dias Toffoli; o AI 636.933-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa; e o ARE 686.607-ED, Rel. Min. Dias Toffoli." (Medida Cautelar na Reclamação nº 30.165/SP, Rel. Min. **Luís Roberto Barroso**, DJe de 27.4.2018)

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2208406-26.2022.8.26.0000/50000, da Comarca de Sertãozinho, sendo agravante CEM EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS EIRELI e agravado MUNICÍPIO DE SERTÃOZINHO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50.650)**

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 junho de 2023.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: AGRAVO INTERNO – Decisão monocrática que negou seguimento ao recurso especial.

– A legitimidade passiva para o pagamento do Imposto Predial Territorial Urbano (IPTU) é matéria idêntica à tratada no rito dos recursos repetitivos – Resp. n. 1.111.202/SP e 1.110.551/SP – TEMA 122/STJ.

Nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo interposto com fundamento no artigo 1.042 do Código de Processo Civil (fls. 1/14 – 50000) contra decisão que negou seguimento (CPC, art. 1.030, I, "b") ao recurso especial por reconhecida identidade da matéria com orientação firmada pela Corte Superior nos autos dos REsps nºs 1.111.202/SP e 1.110.551/SP.

Alegou a parte agravante, em síntese, que não poderia figurar como contribuinte do IPTU, na medida em que transferiu todos os atributos da propriedade a terceiro, em data anterior ao fato gerador, por compromisso irretratável, embora formalmente continue figurando no registro imobiliário como proprietária do bem.

É o relatório.

Recebe-se o recurso interposto como agravo interno nos termos do art. 1.030, § 2º do Código de Processo Civil.

O recurso não merece provimento.

Com efeito, com o permissivo do artigo 1.030, inciso I, alínea b do Código de Processo Civil, a decisão agravada considerou que a decisão da Turma Julgadora converge com o decidido no REsp nº 1.111.202/SP e no REsp 1.110.551 (Tema 122), DJe de 18.06.2009, do Col. Superior Tribunal de Justiça, quando se fixou a seguinte tese: *1 – Tanto o promitente comprador (possuidor a qualquer título) do imóvel quanto seu proprietário/promitente vendedor (aquele que tem a propriedade registrada no Registro de Imóveis) são contribuintes responsáveis pelo pagamento do IPTU; 2 – cabe à legislação municipal estabelecer o sujeito passivo do IPTU*.

Não se avista desacerto na decisão ora agravada quanto aos REsps. nºs. 1.111.202/SP e 1.110.551/SP, sob a técnica de casos seriais, haja vista a questão abordada referente à legitimidade passiva pelo pagamento do Imposto Territorial Urbano – IPTU:

> 1. Segundo o art. 34 do CTN, consideram-se contribuintes do IPTU o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil ou o seu possuidor a qualquer título. 2. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que tanto o promitente comprador (possuidor a qualquer título) do imóvel quanto seu proprietário/promitente vendedor (aquele que tem a propriedade registrada no Registro de Imóveis) são contribuintes responsáveis pelo pagamento do IPTU. Precedentes: RESP nº 979.970/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ de 18.6.2008; AgRg no REsp 1022614/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJ de 17.4.2008; REsp 712.998/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJ 8.2.2008; REsp 759.279/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ de 11.9.2007; REsp 868.826/RJ, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma,

Acesso ao Sumário

DJ 1º.8.2007; REsp 793073/RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ 20.2.2006". 3. 'Ao legislador municipal cabe eleger o sujeito passivo do tributo, contemplando qualquer das situações previstas no CTN. Definindo a lei como contribuinte o proprietário, o titular do domínio útil, ou o possuidor a qualquer título, pode a autoridade administrativa optar por um ou por outro visando a facilitar o procedimento de arrecadação' (REsp 475.078/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 27.9.2004).

Consigne-se, por oportuno, trecho do v. acórdão recorrido, convergente ao tema aplicado na sistemática dos repetitivos:

> Nos termos das decisões cujas ementas se acham recém-transcritas, não se pode afastar a responsabilidade da agravante pelo pagamento do tributo muito embora não detenha a posse direta do imóvel, pois à época do lançamento ainda figurava como proprietária do bem.
>
> Em suma: a agravante é sujeito passivo do imposto predial e territorial urbano, pois ainda figura como proprietária perante o registro de imóvel. (fls. 99)

Assim, não há como se proceder à modificação do decidido, pois está em perfeita harmonia com o paradigma julgado pela Corte Superior.

Por derradeiro, sem avistar intuito protelatório no manejo do presente recurso, deixa-se de infligir ao agravante a multa prevista no artigo 1.021, § 4º do Código de Processo Civil.

Em face de tais razões, nega-se provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 1035902-73.2019.8.26.0602/50003, da Comarca de Sorocaba, em que é agravante JJ SÃO BENTO NEGÓCIOS IMOBILIÁRIOS LTDA., são agravados DANIELA FERNANDES FERREIRA DE FREITAS e WILLIAM CESPEDES DE FREITAS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos agravos, na parte conhecida, e julgaram prejudicado o pedido de agregação de efeito suspensivo.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 57.920)**

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), FRANCISCO BRUNO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREI-

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Câmara Especial de Presidentes

TO CRIMINAL) e GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE).

São Paulo, 7 de junho de 2023.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator, no impedimento do Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. RESOLUÇÃO DE CONTRATO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. Contrato submetido ao Código de Defesa do Consumidor. Abusividade da cláusula que prevê a restituição de valores somente ao término da obra ou de forma parcelada. Restituição imediata e integral em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcial, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento (tema 577). Ausência de demonstração do desacerto da aplicação do entendimento firmado no E. STJ em julgamento repetitivo. Percentual fixado dentro dos limites jurisprudenciais. Termo inicial dos juros de mora. Ausência de questionamento no Recurso Especial. Inviabilidade de apreciação neste âmbito recursal. Razões recursais, no mais, impertinentes a esta via recursal. Inteligência do art. 1.042 do Código de Processo Civil. Decisão mantida. RECURSO DESPROVIDO, NA PARTE CONHECIDA.

AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ALEGAÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. Descabimento. Desnecessidade de exame pormenorizado de cada uma das alegações das partes. V. Acórdão firmado em consonância com o decidido no E. STF no Agravo de Instrumento nº 791.292/PE (tema 339). Decisão mantida. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravos internos interpostos por JJ São Bento Negócios Imobiliários Ltda. contra decisão que, em ação de rescisão contratual cumulada com reintegração de posse e indenização por perdas e danos, **NEGOU SEGUIMENTO a Recurso Especial**, pois o V. Acórdão recorrido observou a orientação estabelecida no E. Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial

Acesso ao Sumário

nº 1.300.418/SC, julgado 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 791.292/PE. Alega que houve ausência plena de fundamentação no acórdão e não motivação meramente deficitária. Aduz a não incidência do tema repetitivo nº 577, pois não se discute somente a forma de devolução de eventuais valores aos agravados e tampouco o percentual. Defende a incidência da Lei 13786/2018, a revogação da assistência judiciária concedida aos agravados, o afastamento da devolução dos valores pagos, a perda do sinal, a incidência de multa contratual, o pagamento de indenização pela fruição do imóvel, o afastamento da correção monetária quanto aos valores a devolver ou a fixação de seu termo inicial na data do trânsito em julgado, a não incidência dos juros de mora antes do trânsito em julgado da ação e o reconhecimento da ocorrência de sucumbência mínima de sua parte. Pede a concessão de efeito suspensivo aos agravos.

Não houve oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo 1º da Resolução nº 549/2011 desta Corte, com a redação dada pela Resolução nº 772/2017.

É O RELATÓRIO.

Anote-se, inicialmente, que o Agravo Interno está sujeito à competência da Câmara Especial de Presidentes, nos termos do art. 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental nº 565/2017.

O recurso apenas comportará provimento se o recorrente demonstrar que, por ausência de similitude fática, a tese firmada no E. Superior Tribunal de Justiça sob o regime dos recursos repetitivos não se aplica ao caso concreto (*distinguishing*). Neste sentido, o AgInt no RE no AgRg nos EREsp nº 1.039.364/ES, Rel. Min. **Laurita Vaz**, Corte Especial, DJe de 6.2.2018, e o AgInt no RE no AgInt nos EDcl no RMS nº 48.747/DF, Rel. Min. **Humberto Martins**, Corte Especial, DJe de 19.6.2018.

E este não é o caso dos autos.

A identidade fática e jurídica entre o V. Acórdão objeto do inconformismo especial e o paradigma apontado na decisão recorrida é evidente.

Com efeito, julgado o Recurso Especial nº 1.300.418/SC, sob o regime dos recursos repetitivos, o E. Superior Tribunal de Justiça decidiu que, nos contratos submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, é abusiva a cláusula contratual que determina a restituição dos valores devidos somente ao término da obra ou de forma parcelada, na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel, por culpa de quaisquer contratantes. Em tais avenças, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador – integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vende-

Acesso ao Sumário

dor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento. Confira-se a fls. 633/638.

Neste contexto, o V. Acórdão recorrido (fls. 392/404) está em perfeita sintonia com a orientação superior, ao manter a sentença, que determinara a retenção de 25% dos valores pagos, para compensar as despesas operacionais da vendedora.

Destaca-se trechos do V. Acórdão: *"Embora os Réus não tenham trazido nenhum documento comprobatório do pagamento das parcelas contratualmente ajustadas, daí não decorre necessariamente a improcedência da determinação de devolução dos valores adimplidos, uma vez que apenas reconhecido o direito deles (compradores) em reaver parte do que pagaram, o que poderá ser comprovado em regular liquidação de sentença. Acrescente-se que a própria Autora admite o pagamento de parte do preço ajustado, uma vez que pretende o perdimento das parcelas pagas e do sinal ofertado. A pretensão da Autora à incidência da Lei nº 13.786/18 ao caso em análise deve ser afastada, uma vez que tal ordenamento não existia na época da assinatura do contrato firmado entre as partes, de modo que não pode ser aplicado de forma retroativa. (...) Não se pode falar em retenção das arras no caso presente, uma vez que estas, conforme estipulação contratual, tinham nítido caráter confirmatório do negócio jurídico, pois seu valor passava a integrar parcelas do preço contratado. (...) Observe-se que a cláusula 16ª (pág. 41), ao estabelecer a cobrança do percentual de 20% sobre o preço total atualizado da alienação, implicaria na retenção total dos valores pagos pelos Réus, o que os colocaria em nítida posição de desvantagem e caracteriza estipulação abusiva, que deve ser afastada, com base no artigo 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor e com as Súmulas retrotranscritas. A pretensão da Apelante à fixação de taxa de fruição igualmente não deve prosperar. Não foi demonstrado que os Réus exerceram efetiva posse do lote de terreno. Não existe nenhum documento a demonstrar a efetiva ocupação do lote de terreno, a ensejar o pagamento pleiteado, ainda mais no valor pretendido, que é nitidamente abusivo"* (fls. 397/401).

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

Acesso ao Sumário

Por outro lado, as razões do recurso envolvendo a retenção do sinal e a aplicação de multa contratual buscam a prevalência de tese já rejeitada no julgamento do paradigma repetitivo supramencionado. Nesse sentido, vale citar os seguintes julgados da E. Corte Superior: AREsp nº 787.502/SP, Rel. Min. **Moura Ribeiro**, DJe de 19.10.2015; AgRg no AREsp nº 548.627/SP, Rel. Min. **Assusete Magalhães**, DJe de 9.10.2014; AgRg nos EDcl no AREsp nº 127.350/RS, Rel. Min. **Benedito Gonçalves**, DJe de 30.9.2014; QO no Ag nº 1.154.599/SP, Rel. Min. **Cesar Asfor Rocha**, DJe de 12.5.2011.

Em relação ao percentual de retenção, como bem indicou a decisão recor-

rida, o E. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que o alienante pode reter entre 10% e 25% dos valores pagos, de modo que apenas condenações em percentuais diversos permitem a admissão do Recurso Especial, o que não ocorreu na hipótese.

No tocante à aplicação da Lei nº 13.786/2018, como já explicitado na decisão ora impugnada, o E. Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento de que referida lei não é aplicável a contratos anteriores à sua vigência. Tal pacificação originou-se na Questão de Ordem no Recurso Especial repetitivo nº 1.635.428/SC (tema 996), decidida em 27.3.2019, tendo sido firmado que *"(...) não se pode cogitar de aplicação simples e direta da nova Lei n. 13.786/18 para a solução de casos anteriores ao advento do mencionado Diploma legal (retroatividade da lei, com consequente modificação jurisprudencial, com ou sem modulação)*", o que reforça o descabimento do pedido e impede a abertura da instância extraordinária, por aplicável o tema 577 do E. STJ à hipótese.

Referido entendimento foi ratificado em diversos julgamentos posteriores na E. Corte Superior. Confiram-se: EDcl no AgInt no REsp nº 1.816.960/RJ, Rel. Min. **Raul Araújo**, Quarta Turma, DJe de 16.11.2020; AgInt no REsp nº 1.814.240/SP, Rel. Min. **Maria Isabel Gallotti**, Quarta Turma, DJe de 28.5.2020; AgInt nos EDcl no REsp nº 1.815.822/SP, Rel. Min. **Paulo de Tarso Sanseverino**, Terceira Turma, DJe de 24.4.2020; AREsp nº 1.726.164/SP, Rel. Min. **Luis Felipe Salomão**, DJe de 22.9.2020; AgInt no AREsp nº 1.387.445/SP, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 1.9.2020; e AREsp nº 1.651.605/SP, Rel. Min. **Marco Buzzi**, DJe de 29.4.2020.

Ademais, registra-se que o termo inicial da correção monetária deve ser fixado de acordo com o art. 1º, § 1º, da Lei nº 6.899/81, como reflexo da tese repetitiva firmada, que delimitou o montante e a forma de pagamento de dívida líquida e certa decorrente de resolução de contrato de compromisso de compra e venda de bem imóvel.

Por sua vez, o E. Supremo Tribunal Federal, sob a sistemática da repercussão geral, decidiu ser exigido que o acórdão ou decisão sejam fundamentados – como é o caso dos autos, conquanto contrários os fundamentos aos interesses do recorrente –, ainda que sucintamente, sem determinar o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão, valendo transcrever a ementa:

> *"Questão de ordem. Agravo de Instrumento. Conversão em recurso extraordinário (CPC, art. 544, §§ 3º e 4º). 2. Alegação de ofensa aos incisos XXXV e LX do art. 5º e ao inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. Inocorrência. 3. O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações*

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Câmara Especial de Presidentes

ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão. 4. Questão de ordem acolhida para reconhecer a repercussão geral, reafirmar a jurisprudência do Tribunal, negar provimento ao recurso e autorizar a adoção dos procedimentos relacionados à repercussão geral."

A decisão agravada de fls. 639/641, nestes termos, apenas aplicou a sistemática da repercussão geral, com fundamento no art. 1.030, I, "a" e "b", do CPC.

No mais, o inconformismo atinente à distribuição da sucumbência e à concessão de justiça gratuita aos agravados desafiava a interposição de Agravo contra Decisão Denegatória de Recurso Especial na forma do art. 1.042 do Código de Processo Civil, desbordando, destarte, dos estreitos limites desta via recursal.

Por fim, a matéria referente ao termo inicial de incidência dos juros de mora não foi arguida no Recurso Especial, de modo que coberta pela preclusão e, em consequência não é cognoscível neste Agravo Interno.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** aos agravos, na parte conhecida, e dá-se por prejudicado o pedido de agregação de efeito suspensivo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 1070201-98.2017.8.26.0100/50001, da Comarca de São Paulo, sendo agravante Wallison Soares da Silva e outros e agravada CPTM – Companhia Paulista de Trens Metropolitanos.

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 48.149)**

Acesso ao Sumário

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, 14 de junho de 2023.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: AGRAVO INTERNO. Decisão monocrática que negou seguimento a recurso especial.

– A responsabilidade civil da concessionária de transporte ferroviário por morte decorrente de atropelamento por trem, diante da existência ou não de culpa concorrente, é matéria idêntica à examinada pelo Superior Tribunal de Justiça, no *leading case* TEMA 517/STJ – Resp n. 1.210.064/SP.

– Inviabilidade de reexame de prova em Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

Nega-se provimento ao recurso.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por Jonathans Muriel Ferreira Soares da Silva e Outros (fls. 1/19 – Incidente 50001) contra decisão que, em cumprimento ao artigo 1.030, inciso I, alínea 'b', do Código de Processo Civil, negou seguimento a recurso especial por reconhecida identidade de matéria com orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça em julgado sob a técnica dos recursos seriais, nos autos do REsp n. 1.210.064/SP.

Alegaram os agravantes, em síntese, que o Tema 517/STJ não seria adequado ao caso concreto, porquanto há os paradigmas 1.172.421 e 1210.064 que mais se assemelhariam à questão do feito. Aduziram que, por não terem sido configuradas as situações mencionadas (embriaguez ou suicídio), não haveria como isentar a concessionária de transporte da sua parcela de culpa pela ocorrência do sinistro.

O D. Representante do Ministério Público manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 36/38 – Incidente 50001).

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

Com efeito, em cumprimento ao art. 1.030, inciso I, alínea 'b' do Código de Processo Civil, proferiu-se a decisão agravada que considerou estar o v. Acórdão em harmonia com a orientação em regime de casos repetitivos do RESP 1210064/SP – Tema 517/STJ, no qual se fixou a seguinte tese – *verbis*:

> A despeito de situações fáticas variadas no tocante ao descumprimento do dever de segurança e vigilância contínua das vias férreas, a responsabilização da concessionária é uma constante, passível de ser elidida tão somente quando cabalmente comprovada a culpa exclusiva da vítima. Para os fins da sistemática prevista no art. 543-C do CPC, citam-se algumas situações: (i) existência de cercas ao longo da via, mas abertura de passagens clandestinas, ainda quando existente passarela nas ime-

Acesso ao Sumário

> diações do local do sinistro; (ii) a própria inexistência de cercadura ao longo da toda a ferrovia; (iii) a falta de vigilância constante e de manutenção da incolumidade dos muros destinados à vedação do acesso à linha férrea pelos pedestres; (iv) a ausência parcial ou total da sinalização adequada a indicar o perigo representado pelo tráfego das composições.

No que se refere aos indicados RESPs 1.172.421 e 1.210.064, consigne-se terem sido pinçados dos vários julgados acerca da matéria, mas que, por não afetados, não constam da Sistemática dos Repetitivos no NUGEP – Núcleo de Gerenciamento e Controle de Precedentes, razão pela qual inaplicáveis ao caso concreto.

A propósito, vejam-se trechos do v. Acórdão da Col. Turma Julgadora que demonstram a subsunção da matéria em análise ao tema indicado pelo E. STJ, *verbis*:

> Como visto, a vítima transitava sem cuidados pela via férrea, à noite (por volta da meia noite). A estação ferroviária indicada é antiga, inaugurada em 1955. Todavia, mesmo considerando-se que houvesse alguma precariedade estrutural, inexistem provas de desleixo da parte da CPTM.
>
> As circunstâncias apontam para a entrada clandestina do falecido no local e os autores deixaram de colher outros dados que demonstrassem a alegada desídia como, por exemplo, fotografias dos muros e cercas, mas não o fizeram.
>
> Assim, não comprovaram que a ré deixou de agir em consonância com os artigos 123 e 554 do Decreto nº 1.832, de 1996, de modo a criar situações de risco para moradores e transeuntes.
>
> (...)
>
> De outra parte, ao que se depreende dos documentos anexados e depoimentos das testemunhas ouvidas, há passarela no local. Eventual distância ainda que, de aproximadamente seiscentos metros como referem os apelantes ou, nos termos da sentença, ao lado, ou seja, km 35 e 38 existem passarelas (fls. 231/233 e 236), entre a estação e o local adequado de passagem de pedestres não legitima o procedimento daquele que, imprudentemente, rompe obstáculos e, inobservando a devida cautela exigida em tais situações, opta por cruzar a via em local inadequado.
>
> (...)
>
> Anoto que os autores não mencionam que o falecido desconhecia o local. Ao contrário, o contexto revela sua intimidade com as proximidades da estação ferroviária, que o simples senso comum indica ser lugar perigoso. A vítima era maior de idade, capaz e que convivia com o tráfego ferroviário, de modo que não se pode conceber fosse um tolo que jamais imaginaria poder ser alcançado por alguma composição. É arriscadíssima a empresa à qual se dispôs, a exigir-lhe cautela mais do que redobrada. Foi imensa, intensa, sua imprudência.
>
> E, ademais, qualquer elemento de segurança que compusesse o local

Acesso ao Sumário

seria insuficiente para evitar o acidente, pois a vítima rompeu, por sua vontade, as regras de segurança, assumindo o risco de sofrer o acidente que, infelizmente se concretizou. (Fls. 751/754).

Impertinente para fins de análise da adequada subsunção do acórdão à tese repetitiva perquirir-se sobre o correto dimensionamento feito pela Turma Julgadora, seja porque extrapolaria o espectro deste recurso, seja porque extrapolaria o âmbito de análise reservado à aplicação de temas julgados pelos Tribunais Superiores, seja sobretudo porque inexoravelmente dependeria da reanálise de provas contidas nos autos, sendo, portanto, matéria fática, que não se coaduna com o recurso especial conforme preceituado na Súmula 7, da Corte Superior.

Por derradeiro, sem avistar intuito protelatório no manejo do presente recurso, deixa-se de infligir ao agravante a multa prevista no artigo 1.021, § 4º do Código de Processo Civil.

Em face de tais razões, **nega-se provimento** ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2191374-08.2022.8.26.0000/50001, da Comarca de Iacanga, em que é agravante NELSON FERREIRA DA SILVA, é agravado BANCO DO BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 111.278)**

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, 19 de junho de 2023.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. REMUNERAÇÃO DE DEPÓSITO JUDICIAL. Extinção da obrigação do devedor, nos limites da quantia depositada, na situação de depósito para

Acesso ao Sumário

pagamento do débito. Na situação de depósito para garantia do juízo ou decorrente de penhora, o devedor responde pelos consectários da mora previstos no título executivo até sua efetiva liberação ao credor. V. Acórdão firmado em consonância com o decidido no E. STJ nos Recursos Especiais nºs 1.348.640/RS e 1.820.963/SP (tema 677). Decisão mantida. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de **Agravo Interno Cível** interposto por Nelson Ferreira da Silva contra decisão que, em agravo de instrumento interposto em cumprimento individual de sentença proferida em ação civil pública, **NEGOU SEGUIMENTO a Recurso Especial**, pois o V. Acórdão recorrido observou a orientação estabelecida no E. Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais nºs 1.348.640/RS e 1.820.963/SP, julgado sob o regime dos recursos repetitivos. Alega que o V. Acórdão não está em consonância com tema 677 e deve ser adequado ao novo entendimento firmado. Aduz que o executado não teria realizado o depósito a título de pagamento do débito, mas como mera garantia do juízo, em 21 de setembro de 2015, o que não o isenta dos consectários legais, até que o valor seja efetivamente levantado pelo credor.

Não houve oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo 1º da Resolução nº 549/2011 desta Corte, com a redação dada pela Resolução nº 772/2017.

É O RELATÓRIO.

Anote-se, inicialmente, que o Agravo Interno está sujeito à competência da Câmara Especial de Presidentes, nos termos do art. 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental nº 565/2017.

O recurso apenas comportará provimento se o recorrente demonstrar que, por ausência de similitude fática, a tese firmada no E. Superior Tribunal de Justiça sob o regime dos recursos repetitivos não se aplica ao caso concreto (*distinguishing*). Neste sentido, o AgInt no RE no AgRg nos EREsp nº 1.039.364/ES, Rel. Min. **Laurita Vaz**, Corte Especial, DJe de 6.2.2018, e o AgInt no RE no AgInt nos EDcl no RMS nº 48.747/DF, Rel. Min. **Humberto Martins**, Corte Especial, DJe de 19.6.2018.

E este não é o caso dos autos.

A identidade fática e jurídica entre o V. Acórdão objeto do inconformismo especial e os paradigmas apontados na decisão recorrida é evidente.

Com efeito, julgado o Recurso Especial nº 1.348.640/RS, sob o regime dos recursos repetitivos, o E. Superior Tribunal de Justiça decidiu que, na fase

Acesso ao Sumário

de execução, o depósito judicial do montante integral ou parcial da condenação extingue a obrigação do devedor, nos limites da quantia depositada.

Posteriormente, a E. Corte Superior, no Recurso Especial nº 1.820.963/SP, revisou a tese repetitiva para consignar que, *"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 de 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"*. Confira-se a fls. 154/156.

Neste contexto, o V. Acórdão recorrido (fls. 91/96) está em perfeita sintonia com a orientação superior, ao afastar a incidência dos encargos moratórios, porque a D. Turma Julgadora entendeu que o depósito havido nos autos configurou pagamento tempestivo do débito.

A D. Turma Julgadora entendeu que o depósito havido nos autos configurou pagamento do débito. Assim, uma vez que se entendeu ter havido pagamento e não mera garantia, descabida a incidência dos encargos moratórios, nos exatos termos do tema 677 do E. STJ. Tanto é assim que, em casos idênticos, ainda que não ocorrido o trânsito em julgado, a mesma C. Câmara vem autorizando o poupador a levantar os valores depositados em Primeiro Grau.

Confira-se trecho do V. Acórdão: *"Considerado isso, pagamento existente, os ônus da mora, no caso, cessaram com o depósito realizado pelo executado, e em razão disso não é cabível a incidência dos encargos determinados na sentença sobre a quantia que, na sua proporção, extinguiu a dívida excutida. Daí decorre que, ao permanecer saldo em aberto, não tendo sido apto o valor depositado nos autos para a quitação integral do montante objeto da execução, permitido restou o acréscimo imposto pelas regras dos §§ 1º e 2º, do art. 523, do Código de Processo Civil, e, além disso, levou à persistência da aplicação dos sobreditos encargos previstos em sentença, agora sobre o quantum do remanescente não pago, e isto até que verificado o seu adequado e completo recolhimento. Ressalte-se que o importe depositado, a contar do dia em que confiado ao juízo, passou a ser remunerado e atualizado na forma prevista para que tal aconteça quando se trata de depósitos judiciais, sendo observadas, nesse aspecto, as diretrizes da Corregedoria Geral da Justiça, na forma de seus Comunicados nº 85/86 e nº 1.969/2012, confirmado em seu teor pelo Provimento nº 347/98, do Conselho Superior da Magistratura"* (fls. 95).

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

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

Acesso ao Sumário

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1004185-35.2022.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que são apelantes C.M.M.C., ESPÓLIO DE M.H.M.B. e M.A.C.D., é apelado 2º OFICIAL DE REGISTROS DE IMÓVEIS DA COMARCA DE RIBEIRÃO PRETO.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.979)**

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, 5 de maio de 2023.

FERNANDO ANTONIO TORRES GARCIA, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – DÚVIDA – NEGATIVA DE REGISTRO DE ESCRITURA PÚBLICA DE INVENTÁRIO E PARTILHA – IMÓVEIS QUE FORAM ADQUIRIDOS A TÍTULO ONEROSO E NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916, POR PESSOA CASADA EM REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS – SÚMULA Nº 377 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – PRESUNÇÃO DE COMUNICAÇÃO DOS AQUESTOS – DÚVIDA PROCEDENTE – APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de apelação interposta por **C.M.M.C.**, **M.A.C.D. e o *Espólio de M.H.M.B.*** contra a r. sentença que manteve recusa a registro de escritura

pública de inventário e partilha dos imóveis matriculados sob n.ºs (...) e (...), do 2º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de Ribeirão Preto, decidindo que os bens adquiridos na constância do casamento, na vigência do Código Civil de 1916, presumem-se de ambos, nos termos da Súmula 377 do C. Supremo Tribunal Federal.

Aduzem os apelantes, em suma, inexistir comprovação de esforço comum, devendo ser adotado o entendimento do Código Civil de 2002 pela não presunção de esforço comum. Alegam que a testadora, no bojo do testamento, declarou que se tratavam de bens reservados, inexistindo argumento a invalidar o testamento, que tem fé pública e deve ser cumprido. O imóvel matriculado sob o n.º (...), apesar de ter sido adquirido na constância do casamento, o foi exclusivamente pela falecida M.H., que exercia profissão lucrativa.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 384/387).

É o relatório.

Cuida-se de registro de escritura pública de inventário e partilha dos bens deixados por M.H.M.B. em que os imóveis matriculados sob nºs (...) e (...), do 2º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de Ribeirão Preto, foram atribuídos aos herdeiros legatários C.M.M.C., J.M.B.M., V.S.S.M. e S.M.R., nos termos do testamento público lavrado em 29/11/1988.

O pretendido registro foi obstado por meio da nota devolutiva de fls. 07/08 exarada nos seguintes termos:

> *"O título apresentado refere-se à escritura de inventário e partilha dos bens deixados por M.H.M.B., em que os imóveis das matrículas nºs (...) e (...), desta serventia, foram atribuídos aos herdeiros legatários.*
>
> *Ocorre que referidos imóveis foram adquiridos a título oneroso e na constância do casamento de M.H. e L.M.B., casados sob o regime da separação obrigatória de bens desde 30/01/1982, sendo que tais aquisições ocorreram sob a égide da Súmula* nº 377 do STF, segundo a qual '*no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento'.*
>
> *Observa-se inexistir nos títulos aquisitivos dos imóveis qualquer indicação expressa de que foram adquiridos com esforço exclusivo da inventariada M.H.M.B., de modo a afastar a incidência dos dispositivos legais vigentes e da Súmula nº 377 do STF, razão pela qual os bens são de titularidade de ambos os cônjuges.*
>
> *Acrescenta-se que L.M.B. faleceu em 16/08/2004, e até esta data não foi prenotado título referente ao inventário de seus bens, e no inventário de M.H.M.B., falecida em 20/09/2020, também inexistente documento apto a comprovar a alegada aquisição exclusiva pela inventariada.*

A nota de exigência e devolução formulada por esta serventia está fundamentada no posicionamento em vigor no Conselho Superior da Magistratura de São Paulo, conforme claramente mencionado na r. decisão proferida pelo Juízo de Direito da 1ª Vara de Registros Públicos da Capital, autos nº (...), na qual respalda-se o pedido de reconsideração apresentado.

Portanto, considerando que os imóveis foram adquiridos de forma onerosa, sem indicação de se tratarem de bens exclusivos; considerando que tais aquisições estão devidamente registradas nas matrículas respectivas e produziram seus regulares efeitos; e considerando o entendimento exposto na Súmula 377 do STF, os imóveis das matrículas nº (...) e nº (...) pertencem a M.H.M.B. e L.M.B.

De qualquer forma, se houve documento hábil a comprovar que os imóveis acima referidos são exclusivos de M.H.M.B., pede-se apresentá-los para a devida qualificação registrária."

Suscitada a dúvida, foi julgada procedente, nos termos da r. sentença de fls. 318/325, ora recorrida.

O recurso não comporta provimento.

M.H.M.B. e L.M.B. casaram-se em 30/01/1982 sob o regime da separação obrigatória de bens.

Os bens imóveis matriculados sob n.ºs (...) (fls. 30/31) e (...) (fls 10/29) no 2º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de Ribeirão Preto foram adquiridos a título oneroso e na constância do casamento de M.H. e L.M., em 02/06/1988 e 04/09/1996, respectivamente, na vigência do Código Civil de 1916, portanto.

Conforme a Súmula nº 377, do Supremo Tribunal Federal, os bens adquiridos a título oneroso na constância do casamento celebrado pelo regime da separação legal de bens são presumidos como de propriedade comum dos cônjuges, pois também é presumida a existência de esforço comum para a aquisição.

O registro do título aquisitivo faz presumir a propriedade (art. 1.425 e seguintes, do Código Civil) e produz todos os efeitos legais enquanto não for cancelado, ainda que por outro modo se prove que o título foi desfeito, anulado, extinto ou rescindido (art. 252 da Lei n.º 6.015/73).

Portanto, as matrículas mencionadas indicam que M.H. adquiriu os imóveis telados quando era casada pelo regime da separação obrigatória de bens com L.M., fato ocorrido na vigência do Código Civil de 1916.

Não há qualquer menção ou indicação expressa nos títulos aquisitivos dos bens matriculados sob os n.ºs (...) e (...), de que ambos tenham sido adquiridos com exclusividade por M.H.

E o afastamento da presunção de esforço comum não pode se dar pela declaração unilateral contida no testamento público como pretendido pelos apelantes.

Não se desconhece a releitura conferida pelo C. Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que não se presume o esforço comum. Contudo, *in casu*, considerando as datas do casamento e da aquisição dos bens imóveis, ocorridas na vigência do Código Civil de 1916, há de prevalecer o entendimento da Súmula nº 377, do Supremo Tribunal Federal, presumindo-se o esforço comum.

A negativa do registro encontra respaldo na jurisprudência deste Egrégio Conselho Superior da Magistratura, como a seguir:

> *"Registro de Imóveis – Proprietária casada no regime da separação obrigatória de bens – Bem adquirido na constância da união* – Cônjuges falecidos – *Escritura de inventário da falecida esposa por meio da qual a totalidade do imóvel é partilhada – Impossibilidade de registro – Aplicabilidade da Súmula 377 do STF – Comunhão que se presume – Necessidade de prévia inscrição do formal de partilha extraído do inventário do falecido marido, no qual sua parte no imóvel será dividida – Alegação de prescrição da ação de sonegados – Matéria estranha ao procedimento de dúvida – Apelação desprovida."* (CSMSP – Apelação Cível: 1027173-17.2016.8.26.0100, Des. Rel. MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS).

Assim, em observância ao *princípio da continuidade*, correta a exigência formulada pela Registradora de apresentação do título revisto ou documento hábil à comprovação de que os imóveis mencionados tenham sido adquiridos com exclusividade por M.H. (artigos 195 e 237 da Lei n.º 6.015/73).

Frise-se, por fim, que a suposta ausência de prejuízo a terceiros é irrelevante. A desqualificação decorre de uma análise formal do título, de modo que a existência ou não de prejudicados é matéria estranha à análise feita pelo Oficial ou pela Corregedoria, Geral ou Permanente.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento** ao apelo, mantida a recusa do registro.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2287991-30.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes JAIMIR PARIZOTTO, VICTOR CARLETTI PARIZOTTO, LUCIO CARLETTI PARIZOTTO e PRISCILA CARLETTI PARIZOTTO DOS SANTOS, é

agravado 17º 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: "Não conheceram do recurso e determinaram o retorno à Colenda 4ª Câmara de Direito Privado, nos termos do voto do Desembargador Relator, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.975)**

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, 9 de maio de 2023.

FERNANDO ANTONIO TORRES GARCIA, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE USUCAPIÃO JUDICIAL, EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – REDISTRIBUIÇÃO DO RECURSO PELA 4ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, SOB FUNDAMENTO DE SE TRATAR DE PROCESSO DE DÚVIDA – DÚVIDA INEXISTENTE – REGISTRADOR QUE APENAS APONTOU DIVERGÊNCIA NA SENTENÇA E MANIFESTOU ESTAR INCERTO SOBRE COMO PROCEDER PARA A ABERTURA DA MATRÍCULA – DECISÃO JUDICIAL – NÃO EXISTINDO PROCESSO DE DÚVIDA, INCOMPETENTE O COLENDO CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA PARA CONHECER DO AGRAVO DE INSTRUMENTO – REDISTRIBUIÇÃO DOS AUTOS À COLENDA 4ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **Jaimir Parizotto, Victor Carletti Parizotto, Lucio Carletti Parizotto e Priscila Carletti Parizotto**

dos Santos contra decisão judicial (fls. 917) que indeferiu, nos autos de ação de usucapião judicial já julgada, a pretensão de que do mandado ao Oficial de Registro de Imóveis constasse que a unidade referente à usucapião, o apartamento 01, fosse mencionada na correspondente matrícula.

Em suas razões de recurso, defendem os agravantes o cabimento do agravo de instrumento, à luz do disposto no artigo 1.015, parágrafo único, do Código de Processo Civil, e, quanto à questão de fundo, insistem em que há viabilidade de que seja registrada a sentença proferida na ação de usucapião *"considerando que o domínio foi declarado com relação à parte ideal do imóvel (12%), conforme proposto pelo cartório de registro, devendo a unidade a que se refere a presente usucapião, qual seja, apto 01, ser mencionada na referida matrícula"*, em conformidade com o artigo 7º e § 4º do artigo 20, do Provimento CNJ 65/2017.

Sob fundamento de que a r. decisão teria acolhido o "procedimento de dúvida" suscitado pelo Oficial de Registro de Imóveis, o agravo de instrumento não foi conhecido pela E. 4ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal de Justiça, encaminhando-se os autos a este C. Conselho Superior da Magistratura.

É o relatório.

Na origem, tratou-se de ação de usucapião judicial, a qual, após regular trâmite, culminou com a prolação de sentença de procedência, com resolução do mérito, declarando o domínio dos ora agravantes sobre o imóvel usucapiendo, melhor descrito a fls. 180/186. A r. sentença serviu como mandado.

Recebidos os autos pelo 17º Oficial de Registro de Imóveis de São Paulo, manifestou que teve dúvida em como proceder à abertura da matrícula, tendo em vista que na descrição do imóvel (fls. 180/183) há a indicação de que é constituído por um **terreno**, sobre o qual os requerentes possuem **a fração ideal de 12%**, mas a fls. 185/186 foi apresentado um "croqui" do **terreno** e outro do **apartamento**, respectivamente.

Não houve, em verdade, suscitação de *dúvida registral*, tal como instituída pelo artigo 198, VI, da Lei nº 6.015/1973. O Oficial apenas manifestou estar incerto sobre como proceder à abertura da matrícula, em razão da divergência que apontou.

Após a oitiva da parte autora, foi prolatada a decisão recorrida (fls. 917), posteriormente mantida em apreciação dos embargos de declaração (fls. 923), pela qual ficou rejeitada a pretensão de que a usucapião fizesse referência não só à fração ideal do terreno, mas, também, ao apartamento 01.

Contra essa decisão judicial é que o agravo se voltou, sobrevindo seu não conhecimento pela C. 4ª Câmara da Seção de Direito Privado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sob fundamento de que se tratou de processo de dúvida, a desencadear a competência deste C. Conselho Superior da Magistratura, o que, data vênia da r. decisão, não corresponde à realidade.

Acesso ao Sumário

A questão tratada tem caráter jurisdicional porque a decisão recorrida foi prolatada nos autos de usucapião judicial, em fase de cumprimento de sentença, e o Oficial de Registro não formulou dúvida, apenas manifestou incerteza quanto ao proceder em razão da divergência apontada.

Não existindo processo de dúvida, carece competência deste C. Conselho Superior da Magistratura para a apreciação do agravo de instrumento.

Muito embora a causa de pedir e os pedidos deduzidos pelo recorrente em sua pretensão relacionem-se a registros públicos, ostentam cariz litigioso, daí porque a matéria não está afeta à competência deste C. Conselho Superior da Magistratura, mas às Câmaras comuns, que são as detentoras de jurisdição contenciosa.

Impõe-se, portanto, o reconhecimento da competência da Colenda 4ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal de Justiça para conhecer do pedido, conforme estabelece o artigo 5º, inciso I, item I.33, da Resolução TJSP nº 623, de 16 de outubro de 2013.

Ante o exposto, pelo meu voto, **determino a redistribuição** do agravo de instrumento à Colenda 4ª Câmara de Direito Privado do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000216-29.2021.8.26.0059, da Comarca de Bananal, em que é apelante TELEFÔNICA BRASIL S/A, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE BANANAL.

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 39.007)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE), XAVIER DE AQUINO (DECANO), BERETTA DA SILVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO), WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e FRANCISCO BRUNO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 16 de junho de 2023.

FERNANDO ANTONIO TORRES GARCIA, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – ESCRITURA PÚBLICA DE DOAÇÃO – DESQUALIFICAÇÃO – DESCRIÇÃO PRECÁRIA DO IMÓVEL QUE NÃO PERMITE IDENTIFICÁ-LO – AUSÊNCIA DE REGISTRO ANTERIOR – IMPOSSIBILIDADE DE ABERTURA DE MATRÍCULA E REGISTRO DO TÍTULO POR OFENSA AO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE OBJETIVA – APELAÇÃO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por ***Telefônica Brasil S.A.*** em face da r. sentença proferida pelo MM. Juiz Corregedor Permanente do Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil das Pessoas Jurídicas da Comarca de Bananal, que julgou procedente a dúvida suscitada e manteve a recusa do registro da escritura pública de doação lavrada no 9º Tabelião de Notas de São Paulo, aos 11 de maio de 1966, no livro 714, fls. 100, referente ao imóvel localizado na praça Rubião Junior, na cidade de Bananal (fls. 193/194).

Afirma a apelante, em síntese, que o título apresentado não carece de qualquer retificação (como exigido pelo Oficial de Registro de Imóveis), pois ainda não foi aberta matrícula para o imóvel doado, o que justamente deverá ser feito por ocasião do registro da escritura pública de doação (fls. 221/225).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 249/251).

É o relatório.

O registro da escritura pública de doação foi negado pelo Oficial, que expediu nota de devolução nos seguintes termos (fls. 12):

> *"1-) Apresentação de certidão da escritura de doação devidamente legível;*
>
> *2-) Retificação da escritura para constar o número da transcrição/matrícula do imóvel objeto da doação para que a mesma seja devidamente qualificada (artigo 222 da Lei 6.015/73)".*

Cumprida a exigência elencada no item 1 e diante da afirmada impossibilidade de cumprimento daquela descrita no item 2 da nota devolutiva, os apresentantes pugnaram pela suscitação da dúvida. Suscitada a dúvida, o Oficial apontou outros óbices ao ingresso do título: a) descrição detalhada do imóvel (artigo 225 da Lei nº 6.015/1973); b) número de inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda da doadora e donatária (artigo 176, II, 4, b, da Lei nº 6.015/1973); c) número do registro anterior (artigo 176, II, 5, da Lei nº 6.015/1973); e d) designação cadastral (item 57, I, c, Capítulo XX, das

Acesso ao Sumário

Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça).

De antemão, impede consignar que ao Registrador cabe examinar, de forma exaustiva, o título apresentado e, havendo exigências de qualquer ordem, estas deverão ser formuladas de uma só vez (artigo 198 Lei nº 6.015/1973), não no curso do processo de dúvida.

Entretanto, não se pode olvidar que tanto o MM. Juiz Corregedor Permanente quanto este Colendo Conselho Superior da Magistratura, ao apreciar as questões postas no processo de dúvida, devem requalificar o título por completo. A qualificação do título realizada no julgamento da dúvida é devolvida por inteiro ao órgão para tanto competente, sem que disso decorra decisão *extra* ou *ultra petita* ou violação do contraditório e ampla defesa, como decidido por este órgão colegiado na Apelação Cível nº 33.111-0/3, da Comarca de Limeira, 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, o qual, no entanto, não comporta acolhimento.

Analisado o título apresentado (fls. 06/09), datado do ano de 1966, o imóvel está descrito da seguinte forma:

> *"É proprietária de um terreno situado na praça Rubião Junior, no município de Bananal, deste Estado, livre e desembaraçado de quaisquer ônus, dívidas ou duvidas, medindo 14 (catorze) metros de frente para a referida praça Rubião Junior, 19 (dezenove) metros, da frente aos fundos, do lado direito de quem olha para o terreno; 12 (doze) metros da frente aos fundos, do lado esquerdo e 16 (dezesseis) metros, aproximadamente nos fundos, confrontando de ambos os lados, com terrenos dela doadora,*

e nos fundos com o córrego Lavapés, tendo a frente, inicio a uma distância de seis metros contados de uma mureta de pedra, divisória do terreno no qual está construído o Fórum local e encerrando a área aproximada de 217 metros quadrados; terreno esse, havido pela outorgante em data de 1.841".

Importante lembrar que o Registro de Imóveis, com a função de transcrever aquisições imobiliárias e inscrever ônus reais, instituiu-se, no Brasil, pela Lei nº 1.237/1864, regulamentada pelo Decreto nº 3.453/1865. Anteriormente, com o fim restrito e exclusivo de somente inscrever hipotecas, criou-se, pela Lei Orçamentária nº 317/1843, o Registro Hipotecário.

Como o bem imóvel foi havido pela doadora no ano de 1841, sequer existia à época o sistema de transcrições e inscrições; ou seja, o imóvel doado não se encontra matriculado nem foi objeto de transcrição, como informado pela apelante.

Logo, as exigências atinentes ao número da matrícula ou transcrição não se sustentam, observado, ainda, que a referente ao cadastro municipal é facultativa (o qual remanesceu informado por ocasião da impugnação – cadastro nº 01.01.038.0127.001 – fls. 56/59) e à dos números de inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda poderia ser superada com a apresentação dos correspondentes documentos (mitigação do princípio da especialidade subjetiva – artigo 176, § 17, da Lei nº 6.015/1973).

Contudo, o que se alça como verdadeiro obstáculo ao acesso do título à tabua registral é a precariedade da descrição imobiliária na escritura pública, agravada pelo fato de o imóvel ter ficado à margem de qualquer sistema registral.

A descrição, tal como posta no título, não permite a perfeita identificação do imóvel para que seja autorizada a abertura de matrícula e, a seguir, registrado o título aquisitivo.

A perfeita identificação do imóvel é requisito da abertura de matrícula (especialidade objetiva) em consonância com o disposto no artigo 176, § 1º, II, 3, b, da Lei nº 6.015/1973:

"Art. 176 – O Livro nº 2 – Registro Geral – será destinado, à matrícula dos imóveis e ao registro ou averbação dos atos relacionados no art. 167 e não atribuídos ao Livro nº 3.

§ 1º A escrituração do Livro nº 2 obedecerá às seguintes normas:

I – cada imóvel terá matrícula própria, que será aberta por ocasião do primeiro ato de registro ou de averbação caso a transcrição possua todos os requisitos elencados para a abertura da matrícula;

II – são requisitos da matrícula:

Jurisprudência - CSM

(...)

3) a identificação do imóvel, que será feita com indicação:

(...)

b) se urbano, de suas características e confrontações, localização, área, logradouro, número e de sua designação cadastral, se houver".

E como dispõe o artigo 176, § 15, da mesma lei:

"§ 15. Ainda que ausentes alguns elementos de especialidade objetiva ou subjetiva, desde que haja segurança quanto à localização e à identificação do imóvel, a critério do oficial, e que constem os dados do registro anterior, a matrícula poderá ser aberta nos termos do § 14 deste artigo".

No mesmo sentir, as Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, em seu item 57 do inciso IV do Capítulo XX, disciplina:

"57. A identificação e caracterização do imóvel compreendem:

(...)

IV – as confrontações, inadmitidas expressões genéricas, tais como 'com quem de direito', ou 'com sucessores' de terminada pessoas, que deve ser excluídas, se existentes no registro de origem, indicando-se preferencialmente os imóveis confinantes e seus respectivos registros".

Desta forma, evidenciado que a descrição do imóvel constante da escritura pública não atende aos requisitos estabelecidos nos dispositivos legais e normativos referidos, para a própria segurança do registro imobiliário e dos efeitos dele irradiados e com a finalidade de preservar a especialidade registrária, inviável a abertura da matrícula e a inscrição do título no fólio real.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento** à apelação.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003915-58.2022.8.26.0361, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que são apelantes EUGENIO PACELLI FIGUEIREDO e EDNA SONIA DE FIGUEIREDO, é apelado 1º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE MOGI DAS CRUZES.

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 39.012)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente),

GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE), XAVIER DE AQUINO (DECANO), BERETTA DA SILVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO), WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e FRANCISCO BRUNO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 16 de junho de 2023.

FERNANDO ANTONIO TORRES GARCIA, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – DÚVIDA – USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL – CONTRATO DE COMPROMISSO PARTICULAR DE PERMUTA DE CESSÃO DE DIREITOS E OUTRAS AVENÇAS – POSSE PRECÁRIA CEDIDA – FALTA DE COMPROVAÇÃO DO TERMO INICIAL DA POSSE COM ÂNIMO DE DONO – PRAZO PRESCRICIONAL NÃO DEMONSTRADO – CERTIDÕES ATUALIZADAS EXIGIDAS PELO ARTIGO 4º, IV, DO PROVIMENTO Nº 65/2017 DA CORREGEDORIA NACIONAL DE JUSTIÇA – EXIGÊNCIA DE INCLUSÃO NA PLANTA E MEMORIAL DESCRITIVO APRESENTADOS, DE CONSTRUÇÃO EXISTENTE NO IMÓVEL – À VISTA DA MODALIDADE DE USUCAPIÃO INVOCADA (ARTIGO 1.238, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL), A EXIGÊNCIA ERA PERTINENTE PORQUE HÁ ALEGAÇÃO DE ESTABELECIMENTO DE MORADIA NO IMÓVEL – MANTIDOS OS ÓBICES AO PROSSEGUIMENTO DA USUCAPIÃO – RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por **Eugênio Pacelli de Figueiredo** e sua esposa **Edna Sônia Figueiredo**, em processo de dúvida, visando à reforma da r. sentença que manteve a rejeição do pedido de reconhecimento extrajudicial da usucapião do imóvel objeto da matrícula nº 78.061 (um terreno composto dos lotes sob nºs 01, 02, 03 e 04 da quadra "X", situado na Vila Oliveira, no Município e Comarca de Mogi das Cruzes, formado pelo perímetro A-B-C-D-E-A, com área de 1.933,78m², melhor descrito na certidão a fls. 173/175), com a consequente extinção do processo e cancelamento da respectiva prenotação

Jurisprudência - CSM
Acesso ao Sumário

(fls. 781/785).

Os óbices apontados pelo Oficial foram: (i) ausência de planta e memorial descritivo que retratem suficientemente a construção (acessão) existente no local; (ii) ausência de certidões cíveis e criminais atualizadas; (iii) impossibilidade de estabelecer o termo inicial da posse como ânimo de dono na data informada pelos interessados (2009).

Aduzem os apelantes, em síntese, que os requisitos necessários para a usucapião foram preenchidos, fazendo jus ao reconhecimento da aquisição do domínio. Afirmam estar na posse do imóvel desde meados de 2009, conforme a documentação acostada aos autos, sendo inexigível justo título ou boa-fé, a teor do que dispõe o artigo 1.238, parágrafo único, do Código Civil. Alegam que apresentaram as certidões exigidas, e o Oficial jamais solicitou a apresentação das certidões atualizadas nas notas de devolução que precederam a última. No mais, no tocante à construção erigida sobre o imóvel objeto da usucapião, disseram que a anterior nota de devolução sugeriu que, para o atendimento da especialização do objeto, seria necessária a solicitação expressa de dispensa da especialização da construção (por uma regularização futura, se o caso), vez que os trabalhos técnicos de especialização do objeto não contemplaram a construção existente; e a sugestão foi acolhida pelos ora recorrentes. Pedem, portanto, o afastamento dos óbices para o deferimento da usucapião extrajudicial sobre o imóvel em apreço (fls. 809/826).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 842/845).

É o relatório.

Os recorrentes deduziram pedido de usucapião extrajudicial do imóvel de matrícula nº 78.061 no 1º Oficial de Registro de Imóveis de Mogi das Cruzes, fls. 31/37, com invocação do disposto no artigo 1.238, parágrafo único, do Código Civil, que defere a usucapião extraordinária a quem tem posse mansa e ininterrupta, com *animus domini*, estabelecendo no imóvel sua moradia habitual, ou nele realizando obras ou serviços de caráter produtivo, por dez anos (fls. 31/37).

Acesso ao Sumário

Em seu requerimento, afirmaram que "os direitos de posse sobre esse imóvel foram adquiridos pelos requerentes por meio do Compromisso Particular de Permuta de Cessão de Direitos e Outras Avenças, firmado na data de 01 de junho de 2009", quando, então, nele estabeleceram sua moradia (fls. 32).

Por referido contrato e seu aditamento, figuraram como vendedores **Devaldo Cardoso de Jesus** e sua esposa **Josenilda Vicente de Paula Jesus** e, como compradores, os recorrentes (fls. 82/85, 86/87). Os primeiros cederam os direitos sobre o imóvel que haviam recebido de **Gilson de Oliveira Cardoso** e sua esposa **Gabrielle Sanchez Palência Cardoso** (fls. 77/81). E nenhum deles figura como proprietário do imóvel, que está sob a titularidade de **Júlio Ivo Al-**

bertoni, casado com **Ely Piacenti Albertoni**, e **Umberto Palma**, casado com **Maria Assunta Bottari Palma**.

No contrato firmado entre Devaldo e esposa e Gilson e esposa, constou a entrega da **posse precária** sobre o imóvel, sendo que a posse definitiva dar-se-ia após a quitação das 100 (cem) parcelas avençadas na alínea "e" da cláusula 1ª, vencendo-se a primeira delas em 20/10/2008.

Vale dizer que a posse transmitida aos postulantes por Devaldo e esposa teve a mesma característica da precariedade, haja vista que ninguém transmite direitos maiores do que os têm.

Deste modo, não é possível extrair da prova documental em apreço o termo inicial da posse com ânimo de dono porque, como é de geral sabença, posse precária não é *ad usucapionem*.

Não se trata de exigir a prova da quitação do preço firmado no contrato, como querem fazer crer os recorrentes. A quitação apenas poderia indicar eventual inversão do ânimo da posse, quiçá com deflagração do termo *a quo* para a contagem do prazo de usucapião.

Não se tem, portanto, notícia de quando se deu o prazo inicial da posse com ânimo de dono, e certamente não é a data de celebração do contrato invocado pelos apelantes (meados de 2009) porque, naquela data, a posse transmitida era precária.

Pela mesma razão as contas de consumo ou de pagamento e imposto sobre o imóvel não auxiliam os recorrentes. Não há controvérsia de que realizaram os pagamentos e de que residiam no imóvel, apenas não se tem demonstração de que o termo inicial da posse com intento de adquirir a propriedade ocorreu na data invocada.

O Provimento nº 65/2017 da Corregedoria Nacional de Justiça, que estabelece diretrizes para o procedimento da usucapião extrajudicial nos serviços notariais e de registro de imóveis, dispõe:

> *"Artigo 4º. O requerimento será assinado por advogado ou por defensor público constituído pelo requerente e instruído com os seguintes documentos:*
>
> *(...)*
>
> *III – justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a cadeia possessória e o tempo de posse;"*

Ainda que a modalidade de usucapião invocada seja a extraordinária, o que dispensa a presença do justo título, era imprescindível que os apelantes trouxessem documentos hábeis a demonstrar a origem, a continuidade, a cadeia possessória e o tempo de posse, o que não se vê dos autos.

Só por isso o pleito já era improcedente, mas as demais exigências igual-

mente se sustentam.

No que se refere à construção existente no imóvel e à necessidade de que a ata notarial, a planta, o memorial descritivo e eventuais outros documentos fizessem menção a ela, o Oficial está com a razão, à vista da modalidade de usucapião invocada.

Os recorrentes pretenderam invocar a usucapião extraordinária do parágrafo único do artigo 1.238 do Código Civil, aquele que se dá em dez anos de posse mansa e ininterrupta, com ânimo de dono, estabelecendo no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizando obras ou serviços de caráter produtivo.

Como a moradia se estabelece na construção sobre o terreno, era imprescindível que o pedido de usucapião também descrevesse a construção existente no terreno.

Por pertinência lógica entre o dispositivo legal invocado e o imóvel, haver-se-ia de incluir a construção no pleito de usucapião.

A circunstância de o Oficial ter sugerido, em nota de devolução anterior que, para o atendimento da especialização do objeto, seria necessária a solicitação expressa de dispensa da especialização da construção (por uma regularização futura, se o caso), vez que os trabalhos técnicos de especialização do objeto não contemplaram a construção existente, em nada auxilia os recorrentes.

Tratou-se de mera sugestão a ser acolhida, se o caso. Mas diante da invocação do disposto no artigo 1.238, parágrafo único, do Código Civil, certamente não era o caso de se adotar a sugestão do Oficial.

As certidões atualizadas são devidas por força do disposto no artigo 4º, inciso IV, do Provimento 65/2017 da Corregedoria Nacional de Justiça, sendo exigidas do requerente e respectivo cônjuge ou companheiro, se houver; do proprietário do imóvel usucapiendo e respectivos cônjuge ou companheiro, se houver; de todos os demais possuidores e respectivos cônjuges ou companheiros, se houver, em caso de sucessão de posse, que é somada à do requerente para completar o período aquisitivo da usucapião.

Tratando-se de exigência decorrente da normatização referida, é desimportante eventual ausência de óbice nas notas de devolução anteriores.

Por fim, não se vislumbram indícios de atuação desidiosa do Oficial hábil a deflagrar sua responsabilidade administrativa. É dever do Oficial apresentar os óbices à qualificação do título e embora seja recomendável que o faça exaustivamente na primeira oportunidade em que se manifestar, não se pode olvidar que os esclarecimentos posteriores por parte dos interessados acabam por justificar óbices outros.

Além disso, cuida-se de um procedimento de usucapião extrajudicial, onde esclarecimentos podem ser necessários durante seu curso, como, aliás, estabelece o artigo 17, "caput", do Provimento CNJ nº 65/2017:

Acesso ao Sumário

"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".

Em suma, mantidos os óbices, a extinção do processo extrajudicial era mesmo de rigor.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento** à apelação.

Acesso ao Sumário

NOTICIÁRIO

ÁLVARO AUGUSTO DOS PASSOS (Desembargador)

Discurso proferido em nome do Tribunal de Justiça, por ocasião da "Posse Solene dos Desembargadores Pedro Paulo Maillet Preuss e João Antunes dos Santos Neto" (Cerimônia realizada em 04.05.2023).

Excelentíssimo Senhor Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, Desembargador Ricardo Mair Anafe, em cuja pessoa saúdo todos os Membros do Colendo Conselho Superior da Magistratura presentes.

Excelentíssimo Senhor Secretário da Justiça e Cidadania, Fábio Prieto, em cuja pessoa peço vênia para cumprimentar todas as demais Autoridades presentes cujos nomes já foram declinados pelo cerimonial.

Demais Autoridades, Desembargadores, Juízes, Membros do Ministério Público, Defensores Públicos, Advogados e Servidores desta Casa.

Senhoras e Senhores,

Desde os tempos mais longínquos, nós, seres humanos, marcamos os momentos mais significativos de nossas vidas por meio de rituais de passagem. Comemoramos o passado, agradecemos o presente e depositamos nossas esperanças no futuro. Ao se fechar um ciclo, outro se abre em nossa jornada pela vida. A cerimônia de hoje se insere neste contexto. Celebramos o fim de uma etapa na carreira dos homenageados e o início de uma nova: a de Desembargadores do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo.

Não posso iniciar minha saudação aos empossados sem antes dizer da honra que me foi concedida para saudá-los em nome da Corte, já que por ambos nutro amizade e admiração de longa data.

Pedro Paulo Maillet Preuss, Pipa para todos, desde seu ingresso na Magistratura, em 1988, aprovado no 154º Concurso, marcou por sua presença e simpatia contagiantes, alegria incontida e, sobretudo, pela precisão de seus comentários. Dono de invejável domínio da Língua Portuguesa e inteligência vivaz, está sempre preparado para fazer de um simples comentário uma análise aprofundada, sobretudo, da natureza humana, mas sempre sem perder a elegância e o seu humor refinado.

Pedro Paulo [Maillet Preuss] deixou sua marca por onde passou. Formado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), na turma de 1985, e especialista em Direito do Consumidor pela Escola Paulista da Magistratura, foi Juiz Substituto da 8ª Circunscrição Judiciária, com sede em Campinas; promovido já em 1989 para o Foro Distrital de Ipaussu, Comarca de Santa Cruz do Rio Pardo; em 1990, assumiu o cargo de Juiz o cargo de Juiz de Direito

Acesso ao Sumário

de Caçapava (1990); em 1993, chego à Capital, inicialmente como Juiz Auxiliar, designado para o Foro Regional de Pinheiros e, em 2005, promovido para a Vara do Juizado Especial Civil do Foro Regional de Tatuapé. Após profícua jornada, assume o cargo de Desembargador com assento na 24ª de Direito Privado.

Pedro Paulo [Maillet Preuss], o Pipa, não caminhou só em uma jornada. Além de seus amigos e funcionários, teve sempre ao seu lado sua esposa. Maria Tereza, e seus filhos, Francisco e Mari Laura, motivos de muito orgulho de seus pais.

Senhor Presidente,

Não posso deixar de iniciar minha saudação ao Desembargador João Antunes [dos Santos Neto] sem antes relembrar fatos que nos aproximaram: ambos crescemos em Santo André; ambos fomos Procuradores da Prefeitura de Santo André; ambos tivemos muitos queridos e saudosos amigos comuns que já se foram; prestei informações quando do seu ingresso na Magistratura e acompanho sua trajetória desde então. É com orgulho que hoje posso saudá-lo em sua posse como Desembargador.

João Antunes dos Santos Neto, possuidor de temperamento inquieto, combativo e inteligência singular, enfrentou com coragem, tenacidade e competência os desafios que a vida lhe apresentou. Filho de mãe guerreira, Atleta e Advogada, aprendeu com ela a jamais desistir de seus sonhos e objetivos.

Formado pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (1985), Mestre (2002) e Doutor (2006) pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco, ingressou na Magistratura em 1990, aprovado em primeiro lugar no 158º Concurso. Empossado Juiz Substituto da 5ª Circunscrição Judiciária com sede em Jundiaí, foi Juiz Titular do Foro Distrital de Ilha Solteira, Comarca de Pereira Barreto, e 1ª Vara da Comarca de Palmital (todos no ano de 1990); após assumir o cargo de Juiz da Capital, em 1994, foi removido para a 5ª Vara Cível de Santo André, onde permaneceu até 2015, quando nomeado Juiz Substituto em Segundo Grau, designado para a 16ª Câmara de Direito Público. Promovido ao cargo de Desembargador, Sua Excelência passou a compor a 25ª Câmara de Direito Privado.

Além da magistratura, João Antunes [dos Santos Neto] foi Professor concursado da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo por mais de 20 anos, além de outras instituições de ensino, e publicou artigos e livros na área do Direito Administrativo. Militou em nossas associações, tendo sido Diretor da Apamagis [Associação Paulista de Magistrados] e AMB [Associação dos Magistrados Brasileiros], atuando sempre na defesa da Magistratura e do Poder Judiciário.

Pai de Mickaill, ganhou uma segunda filha, Gabriela, de sua união com a médica Luciana Parotti Ribeiro Leite.

Acesso ao Sumário

Senhor Presidente, como afirmado no início de minha oração, falar dos amigos é sempre momento de honra e desafio. Por mais que posamos dizer, não será o suficiente para enaltecer suas virtudes e qualidades.

Diante deste desafio, socorro-me nas palavras do Poeta das Gerais, que, com a precisão daqueles que vivem da emoção, ao falar do amigo, nos legou esta canção:

Amigo é coisa pra se guardar
No lado esquerdo do peito
Mesmo que o tempo e a distância digam "não"
Mesmo esquecendo a canção
O que importa é ouvir
A voz que vem do coração.

Meus amigos, finalizo desejando que a nova jornada que se inicia seja coroada de êxito, como foi a carreira de ambos até aqui, e que vivam intensamente em cada momento e sejam felizes.

JOÃO ANTUNES DOS SANTOS NETO (Desembargador)

Discurso proferido em nome do Tribunal de Justiça, por ocasião da sua "Posse Solene e do Desembargador Pedro Paulo Maillet Preuss" (Cerimônia realizada em 04.05.2023).

Excelentíssimo Senhor Desembargador Ricardo Mair Anafe, Mui Digno Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo;

Excelentíssimo Senhor Desembargador Guilherme Gonçalves Strenger, Mui Digno Vice-Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo;

Excelentíssimo Senhor Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia, mui Digno Corregedor da Justiça, do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo;

Excelentíssimo Senhor Desembargador José Carlos Gonçalves Xavier de Aquino, Mui Digno Decano do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo;

Excelentíssimo Senhor Desembargador Artur César Beretta da Silveira, Mui Digno Presidente da Seção de Direito Privado do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo;

Excelentíssimo Senhor Wanderley José Federighi, Mui Digno Presidente da Seção Direito Privado do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo;

Excelentíssimo Senhor Desembargador Francisco José Galvão Bruno, Mui Digno Presidente da Seção de Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo;

Acesso ao Sumário

Colegas Desembargadores, Autoridades Judiciárias, Autoridades Civis e militares, Familiares e Amigos presentes;

Senhoras e Senhoras,

Prezado Desembargador Pedro Paulo Maillet Preuss.

Faço o registro de que esta data é ainda mais especial para mim, em razão de nossas promoções se darem de forma conjunta, eis que sempre o tive como Magistrado honrado, colega reconhecido e querido por todos os que têm a graça de conhecê-lo, seja em razão de vosso proceder exemplar, seja em razão de vossa simpatia cativante.

Saiba que vosso carisma natural traz à tona como aspectos principais de vossa personalidade os atributos da gentileza e da alegria, propriedades estas marcantes em vossa individualidade e estimadas por todos os que vos conhecem.

Também ressalto que constituem qualidades ímpares e que sobressaem na história que Vossa Excelência construiu a lealdade e o profissionalismo, que continuamente pautaram vossa vida pessoal e vossa vida funcional e que se encontram entranhadas de modo indissociável na reputação que construiu em sua longa carreira.

Tenha certeza de que, mais do que, mais do que mera admiração, a constatação destes fatos provoca, mesmo, imenso júbilo naqueles que, como eu, têm o privilégio de gozar de vossa amizade.

O reconhecimento público da imensa afeição que nutro por Vossa Excelência, com ênfase na descrição daqueles predicados raros que marcam, de forma extremamente positiva, vossa pessoa, consubstancia e singela, mas espontânea homenagem que vos faço nesta data festiva.

Quanto a mim, posso dizer que é com muita honra e humildade que assumo o cargo de Desembargador deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Gostaria de aproveitar esta oportunidade para compartilhar com todos um pouco da minha trajetória pessoal, como também falar sobre o compromisso que sempre tive com o Estado Democrático de Direito e com o conceito amplo de Justiça.

Confesso, entretanto, que a formulação de um discurso objetivo, que permitisse distribuir meus pensamentos de maneira ordenada nesta ocasião, demonstrou ser tarefa extremamente difícil.

Durante mais de quarenta anos de lida com o Direito, trinta e três anos deles atuando como Magistrado e outros trinta e tantos labutando no Magistério Superior, acostumei-me a ordenar as ideias, sempre a partir de um procedimento padrão, com utilização de técnica, coisa que, aliás, nos insta fazer, como profis-

Acesso ao Sumário

sionais que somos.

Já na largada entrego que não consegui elaborar, pela via do raciocínio, exposição formal que fosse o suficiente a participar a todos o quanto essa conquista representa para mim.

Impossível classificar o assunto que gostaria de abordar desde um ponto de partida até chegar a uma conclusão, como se espera quando estamos diante de uma explanação racional de ideias.

Em todos os experimentos, em todos os inúmeros rascunhos escrevinhados, pareceu-me mesmo inútil a utilização do método.

Organizar meus sentimentos numa fala se revelou empreitada extremamente penosa; não havia "início", "meio", "fim", por onde pudesse articular juízos e, a partir deles, encontrar uma solução, representada numa exposição minimamente coerente, que pudesse explicar como vivencio este momento ímpar de minha vida.

Tentei valer-me da técnica aprendida no exercício da jurisdição, partindo da "exposição" para a "fundamentação", e desta para a "conclusão", mesmo assim não obtive sucesso; nem ainda o apelo a fórmulas conhecidas da análise cognitiva tornava possível elaborar fala que expressasse de modo verdadeiro minhas emoções.

Demorei a compreender tremenda dificuldade.

Entendi, finalmente, que o método falha quando somos dominados pelos sentimentos; a ciência explica o fato e esses são processados pela razão; o sentimento, ao contrário, vem do coração.

O sentimento é inexplicável; impossível classificá-lo, ordená-lo – nós simplesmente sentimos e, no final de tudo, é o sentimento que nos faz humanos.

Ciente, pois, da imperfeição decorrente de minha humanidade, finalmente me senti apto, então, a elaborar um discurso.

Advirto, contudo, que ao falar dominado pela emoção, não só subverto a lógica, como também permito expressar, livremente, o que de mais profundo carrego em meu âmago.

Acesso ao Sumário

Peço vênia, portanto, para iniciar descrevendo, ainda que brevemente, minha história de vida, desde muito cedo conectada ao Direito e ao ideário de Justiça.

Sempre tive, e isso além de ser público é também eterno, uma conexão muito especial com minha falecida mãe, Dona Noêmia.

Nossa afinidade transcendia os vínculos de maternidade (que por si só já são muito fortes).

Desenvolvemos uma relação de amizade, de companheirismo, de amor infinito, que se tornou única e que habita o desconhecido.

Minha mãe era “meu ídolo”!

Muito jovem, ainda adolescente, iniciou a sua trajetória como Atleta de Alto Rendimento.

Era um prodígio!

Foi jogadora da Seleção Brasileira de Basquetebol por quase duas décadas, jogou o primeiro campeonato mundial da categoria, foi poliatleta e multicampeã, reconhecida em seu tempo como verdadeira estrela.

Para mim, ela era o “máximo” e eu, obviamente, queria ser como ela.

Praticamente nasci numa quadra de basquete... tentei jogar e seguir seus passos. Fui um razoável jogador, distante, todavia, do brilho daquela invejável criatura, até porque, como sabemos, talento não é hereditário.

Ela era filha de imigrantes italianos, operários na região do ABC e, para além de ser Atleta Olímpica, coisa que, dizia, “ocorreu por acidente” em sua vida, tinha como verdadeiro sonho, desde menina, ser Advogada.

Sonho difícil de realizar na década de 1940, momento em que a assunção à uma faculdade de Direito era realmente extremamente seletiva; pouquíssimas pessoas conseguiam alcançar essa condição. Acessar o ensino superior, naquela época, era um verdadeiro privilégio, distante da realidade da maioria da população.

Não bastasse, minha mãe dependia de seu trabalho, ainda que a sua renda fosse complementada pelo que auferia no nascente basquetebol semiprofissional da primeira metade do século XX.

Teve de abdicar, muito cedo, daquela aspiração de estudar Direito e ser Advogada; porém, nunca a esqueceu.

Quando encerrou sua carreira esportiva, já com amis de quarenta anos de idade e um filho pequeno para cuidar, com a mesma garra que demonstrava para vencer as suas adversárias nas quadras, partiu ela em busca de seu sonho e, finalmente, pode matricular-se na universidade.

Iniciava-se aí, por via reflexa, minha vinculação com o Direito, que só fez crescer na medida em que minha mãe me levava juntamente com ela às suas aulas na faculdade e, quando já Advogada, aos fóruns, para, segundo justificava, “ajudá-la” a acompanhar os processos dos quais era causídica.

Lembro-me como se fosse hoje que, ainda criança, na companhia de minha mãe em suas “andanças”, essencialmente pelo fórum da Comarca de Santo André, conheci e encantei-me com a figura do Juiz.

Garoto curioso queria saber dela o porquê de aquele ser altivo ter tratamento tão respeitoso por parte dos demais. Por que o chamavam de Excelência? – foi minha primeira pergunta -, ao que minha mãe respondeu que o Juiz era assim tratado por ser possuidor de qualidades especiais.

Tinham eles de ter conhecimento quase que enciclopédico, conduta irrepreensível, comedimento em suas ações, lhaneza no trato com as pessoas.

Isso fazia que se conferisse aos Juízes reconhecimento social de bem desempenhar um alta e importante função, o que exigia "nobreza" no cumprimento de seu mister.

O reconhecimento geral dessa condição é o que traria a titulação da excelência de seu trabalho.

Ao ouvir aquilo, decidi, quase que imediatamente que, "quando crescesse", iria ser Juiz.

Ingressei na faculdade com esse propósito – fui fazer Direito para ser Juiz.

Graduei-me na mesma faculdade que minha mãe cursou, e que, posteriormente, meu filho frequentou para, também, bacharelar-se em Direito.

Fui Estagiário de seu modesto escritório.

Depois de formado, ainda em tenra idade, advoguei por breve período, tendo Dona Noêmia como rigorosa "chefa".

Logo, deixei a Advocacia privada e me tornei Procurador Municipal e, já me sentindo mais seguro a alçar voos mais altos e com o apoio irrestrito de minha mãe, lancei-me na mais deliciosa empreitada que um jovem poderia realizar: a de perseguir seu sonho.

Foi uma dura jornada... não foi nada fácil.

Não se perseguem os sonhos numa estrada pavimentada, o caminho é acidentado, tudo é mais difícil do que parece ser.

Depois de muito lutar, consegui o que poucas pessoas conseguem na vida: ser aquilo que eu queria quando crescesse!

Eu era Juiz!

E Juiz do maior Tribunal de Justiça do mundo – o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Acesso ao Sumário

Atrevo-me a dizer, sem nenhum flerte com o exagero: o maior e melhor Tribunal de Justiça do mundo!

Quanta honra poder pertencer aos quadros desta Corte!

Nunca desejei estar em outro lugar!

Foi aqui, neste palácio magnífico, que, em 23 de março de 1990, tomei posse como Juiz de Direito.

Naquele dia eu sentia que era a pessoa mais feliz da face da terra!

O que sonhara para minha vida, precocemente, se tornava concreto e isso me fazia questionar: quem pode ser mais feliz do que eu?

Entretanto, alguns anos após, num dos momentos mais terríveis de mi-

nha existência, quando do falecimento de minha mãe, ao ter de, dolorosamente, organizar seus poucos pertences, deparei dentre seus documentos pessoais com algo que me faz dar conta de que quando tomei posse como Magistrado desta Corte não era eu a pessoa mais feliz do mundo!

Quando muito, eu era a segunda pessoa mais feliz do mundo naquela data; Dona Noêmia era a detentora do primeiro lugar, a exemplo do que costumava fazer rotineiramente quando era Atleta!

Tive essa certeza ao descobrir, em meio a seus arquivos, um guardado, cuja existência desconhecida.

Encontrei ali, carinhosamente conservadas em uma pasta, inúmeras publicações de jornal, periódicos, revistas... tudo o que trazia qualquer referência à minha atividade profissional foi por ela colecionado.

Naquela pasta estavam acondicionadas diversas publicações que trouxeram, imediatamente, memórias esquecidas – mesmo enlutado pelo passamento da minha mãe, reuni forças e consegui sentir imenso contentamento ao rememorá-las.

A notícia do primeiro júri que presidi, em Jundiaí, ainda nos primeiros dias de atividade judicante, com a participação do lendário Advogado Waldir Troncoso Peres como defensor de um dos réus – ele era a notícia, mas mina mãe sublinhou o meu nome na reportagem; a celebração da comunidade de Ilha Solteira pela chegada do "primeiro juiz do Foro Distrital" recém-instalado! Sim, fui o primeiro Juiz Titular do Foro daquela pitoresca e simpática cidade, na fronteira com o Mato Grosso do Sul, integrante da Comarca de Pereira Barreto; o pioneirismo no caso de julgamento de crime de informática, ainda incipiente, na 30ª Vara Criminal Central da Comarca da Capital, 1993.

Mas não só isso.

A memorabilia amealhada por minha mãe incluía reportagens e matérias publicadas em periódicos "de bairro", em jornais de associações comerciais, fossem elas de comarcas próximas ou muito distantes de nossa residência – todos os lugares por onde passei, desde a Capital, bem como Jundiaí, pereira Barreto, Ilha Solteira, Palmital, Santo André...

Um mistério insolúvel saber como minha mãe conseguira acessar fisicamente todas aquelas publicações, numa época em que a tecnologia da informação se restringia a conversas por telefone ou avisos por telegrama – naqueles tempos, as pessoas não tinham acesso a telefones celulares e muito menos à *internet.*

O fato é que ela, sabe-se lá como, não só obteve esse vasto material como também guardou absolutamente tudo o que foi publicado e que tinha por objetivo minha vida funcional.

Sua devoção a esta tarefa era tamanha que se somavam ao acervo que

ela reuniu e que eu encontrei, igualmente, incontáveis publicações do Diário Oficial; bastava que contivesse meu nome que minha mãe recostava e guardava.

Desde comunicações importantes àquelas de mero expediente; de notícias de promoções na carreira até as de deferimento de pedidos de gozo de férias e de licença-saúde!

Seria um exagero?

Não para uma mãe orgulhosa de seu filho!

Percebi, ao descobrir a devoção com que ela passou a cultuar tudo o que eu fazia como Juiz de Direito, que minha mãe, que era "meu ídolo", na verdade me idolatrava!

O destino me transformou no ídolo de minha mãe!

Naquela pasta, guardara com tanto carinho, encontrei também, em páginas amareladas pela ação do tempo, o original do discurso de posse que honrosamente proferi em nome de minha turma de Juízes do 158º Concurso de Ingresso na Carreira da Magistratura paulista.

Estávamos em 1990.

Finalmente, o Brasil virava, de forma definitiva, uma das páginas mais vergonhosas de sua história!

A Constituição da República tinha poucos meses de vigência, a sociedade brasileira respirava os ares frescos da liberdade e o então jovem juiz empossando trazia a público, com seu discurso – para exultação de Dona Noêmia -, além de sua satisfação incomensurável de estar ali, naquela condição, também suas aflições quanto à jornada que o futuro mostrava reservar.

Ao revisitar aquela realidade, ao ler, hoje, aquele discurso de posse, me apanhei surpreendido com a atualidade das preocupações ali estampadas.

O país, hodiernamente, como que num pesadelo, voltava a cortejar com a infâmia!

A ditadura já não mais parecia ter ficado no passado; encontrava-se acoitada na esquina, pronta para tomar de assalto o poder!

Entretanto, e isso me alegra, foi graças aos Juízes verdadeiros que a liberdade se manteve íntegra e que a democracia, conquistada à duras penas, foi preservada.

Mais um motivo para eu me orgulhar de ser Juiz e saber que foram meus pares aqueles que, de forma corajosa e republicana, tendo a lei e somente a lei como arma, mantiveram no limbo – onde, aliás, é seu lugar – os detratores da ordem, os traidores da pátria.

"Traidor da Constituição é traidor da pátria", bradou *Ulisses Guimarães* em 5 de outubro de 1988, acrescentando que a tirania deveria ser amaldiçoada *"onde quer que ela desgrace homens e nações"*.

Acesso ao Sumário

Benditas palavras, que devem sempre permear o ideário de todos os que fizeram do Direito sua vida!

Ressalto que, em minha trajetória, nem mesmo o *vilipêndio da toga*, perpetrado por pessoas inescrupulosas, que nunca tiveram compromisso com o Direito e com a Justiça e que usaram a jurisdição de forma egoística para concretizar seu projeto tosco de autocracia e satisfazer seu proveito pessoal, me fizeram duvidar que esse Poder, plasmado na figura do Juiz, seria, como já dissera em 23 de março de 1990, *"o único capaz de catalisar a confiança popular nas horas mais delicadas em que a nação pudesse se ver lançada"*.

Foi isso que exclamei quando tomei posse neste Tribunal – trinta e três anos atrás -, sem imaginar que pudéssemos recuar no marco civilizatório às quadras que duramente havíamos deixado para trás, em tom que hoje soa quase que como uma profecia.

Deixo registrado, mais uma vez, que as mesmas inquietações que tinha quando iniciei minha carreira ainda permanecem entranhadas em minha alma.

Ao reler aquela inocente e tímida narrativa que integrava meu discurso, pude reencontrar o que me movia – e ainda me move.

Imaginava eu, à época, que a "Nova Constituição", ao reestruturar o Estado Brasileiro, restaurando a independência e a autonomia dos Poderes, em especial a do Poder Judiciário, , tão comprometida pela ditadura, nos traria responsabilidade redobrada.

Num misto de "envergonhado" – de ter de falar para público tão seleto – e, ao mesmo tempo, "atrevido" – pelo conteúdo da fala -, asseverei naquela data imaginar que a figura do Juiz, a partir do então nobilíssimo marco constitucional, *"iria surgir em meio à desconfiança e descrença geral como o último bastião da honestidade pública"*.

Destacava eu que *"não há nem pode haver liberdade sem justiça"* e que *"nenhuma mudança seria real e definitiva se a desrespeitasse"*... identificava à oportunidade que *"não poderia conceber um Poder Judiciário atrelado, ideológica ou participadamente a colunas outras que não fossem da imparcialidade, isenção e equidade"*. Dizia, credulamente, que *"o dever do Juiz, como não poderia deixar de ser, é o de aplicar a lei, independentemente de suas simpatias ou convicções pessoais"*.

Era esse o credo, dentre outras proposições, que eu desfiava orgulhosamente em meu discurso de posse no longínquo ano de 1990 e que hoje ratifico com vigor acentuado!

Àquela época não conhecíamos, ainda, o pernicioso significado da expressão *lawfare*, cuja instrumentalização recente esgarçou nossas vestes talares.

Esgarçou, mas não danificou a toga que orgulhosamente vestimos e que

se mantém bravamente preservada!

Não se pode olvidar que a jurisdição se manteve nos trilhos do republicanismo porque foram Juízes verdadeiros, Juízes com "J" maiúsculo, Juízes que honram a toga que vestem, os que, corajosamente e muitas vezes agindo contra forças coléricas e ocultas, mas de magnitude imensurável, os que corrigiram e ainda lutam para corrigir aquelas e outras torpes e abjetas distorções, levadas a cabo por criaturas descompromissadas com uma vida social justa e igualitária, pessoas originárias dos mais baixos círculos morais de nossa sociedade, muitas delas detentoras dos piores vícios que um ser humano pode possuir.

Não nos esqueçamos nunca que a Constituição, a democracia, a liberdade e a civilidade continuam a pairar sobre nossas cabeças graças à figura do Juiz isento, imparcial, insuspeito, que teve de cortar na carne para se manter impoluto!

O Juiz que sacrificou sua vida pessoal em nome da defesa do Direito e da Justiça!

Essa é a verdadeira razão pela qual mantenho, mais do que nunca, a crença no Poder Judiciário e na excelência do Magistrado que ainda traz impregnado consigo aquelas propriedades, que o colocam sob a vetusta inquebrantável da honestidade pública, o que me faz ter imenso orgulho de ser o que sou.

Ainda creio que é isso que se espera de um Juiz!

Nada mais, nada menos!

Reitero aqui, perante todos, nesta oportunidade, o *múnus* que jurei cumprir na data de minha posse como Juiz de Direito, ora com minha conduta profissional a testemunhar o que fiz e o que certamente continuarei a fazer: bem desempenhar minhas funções, defender a Constituição, me conduzir com denodo, honra e honestidade (moral, intelectual e profissional).

Faço isso escorado na responsabilidade de ser para meus filhos, *Mickaill e Gabriela*, o exemplo que minha mãe *"Noêmia"*, meu ídolo, foi para mim!

Torno público esse compromisso deixando muito claro qye em minha caminhada, sempre acreditei que a concepção de justiça não se limita a uma aplicação mecânica das leis, mas leva em conta o contexto social, histórico e político em que elas foram criadas.

Minha experiência no mundo jurídico me mostrou a importância do Estado Democrático de Direito e do conceito amplo de Justiça na construção de uma sociedade desenvolvida.

Em nosso seio social, esses valores são fundamentais para garantir que todos tenham os mesmos direitos e oportunidades, independentemente da sua origem, raça, gênero ou orientação sexual.

Esses axiomas não consubstanciam modismos; não se tratam de meras

Acesso ao Sumário

expressões do que se convencionou chamar de politicamente correto.

Não são, também, nem de longe, patrocínio ou incentivo à ruptura do pensamento conservador, como alguns inescrupulosos teimam em afirmar.

Traduzem-se, ao contrário, na simples e mais pura expressão do princípio da igualdade, pedra angular de nosso sistema jurídico e consistente na necessidade de se conferir tratamento desigual aos desiguais, de modo a proteger a vida, os direitos e os costumes de todos os que habitam uma sociedade minimamente civilizada.

Essa é a base inexpugnável, alicerce de qualquer concepção de Justiça que se possa imaginar!

No caminho que percorri pude compreender, entre erros e acertos, que ninguém pode ser discriminado simplesmente por ser o que é.

Ninguém pode se envergonhar de sua condição; a existência de um ser humano não pode ser objeto de chiste ou deboche... ninguém pode ser piada de ninguém apenas por ser diferente.

A dignidade que se reconhece à vida humana não permite comportamento diferente!

Cabe a nós, Juízes, a divina missão de garantir àqueles que integram as chamadas "minorias" – me refiro aqui às minorias jurídicas, aquelas que se encontram sob controle de um grupo majoritariamente mais forte, independentemente da quantidade numérica – o direito de ser e expressar o que são.

As minorias não têm de se submeter à vontade de ninguém, cabendo a nós a responsabilidade por sua continuidade – elas não vão desaparecer porque no Brasil existe um Poder Judiciário forte!

Temos o dever funcional e moral de usar os instrumentos que o arcabouço constitucional nos disponibiliza para protegê-los da sanha dos grupos que insistem em excluí-los do convívio social pleno; é nossa missão, como integrantes deste Poder, abonar-lhes a condução e a fruição das próprias vidas.

Mulheres, crianças, adolescentes e todos os que se encontram em vulnerabilidade, seres humanos de cor preta, indígenas, pessoas com algum tipo de doença ou portadoras de necessidade especiais, idosos, enfermos, imigrantes, refugiados, pessoas "em situação de rua", pobres de um modo geral, população LGBTQIA+, todos os grupos marginalizados devido aos aspectos econômicos, sociais, culturais, físicos ou religiosos, devem receber proteção especial do Juiz, como afirmação do conceito de Justiça.

O Poder Judiciário não existe apenas para combater as injustiças; ao contrário, tem a incumbência de afirmar a Justiça! Esse é o papel do Juiz!

É nisso que acredito.

São essas as premissas que continuam a me conduzir e são elas que leva-

Acesso ao Sumário

rei para o túmulo, pois morrerei Juiz, esteja eu onde estiver!

E morrendo Juiz, morrerei feliz!

Nesta data, quando cumpro o sono de duas vidas – a minha, que ainda precisa se provar aqui na terra, e a de minha mãe, "meu ídolo", que vive na eternidade e em meu coração para todo o sempre, assumo mais uma vez esse encargo – o de lutar até o limiar de minhas forças para que todos, sem qualquer distinção, sejam amparados pelo Direito e pela Justiça!

Esse é o meu objetivo e pouco importa o quão difícil será realiza-lo; esse é o meu compromisso; esse é o meu destino: contribuir para a construção de um mundo melhor!

Quem tem sede de justiça não pode esperar!

Justamente por isso, peço licença para quebrar o protocolo e termino trazendo alguns excertos de versos, em tradução livre, daqueles que compuseram a trilha sonora da minha juventude, ora revitalizada pelo anseio de afiançar a liberdade em todas suas dimensões e a todos os que dela desejarem usufruir.

Como cantaram os Ramones *"essa é nossa hora, nós queremos o mundo e o queremos agora* (...) *"eu fecho os olhos e penso em como as coisas podem ser; o futuro é aqui, hoje; não é tarde demais"* (...) *"eu acredito em milagres; eu acredito em mundo melhor... para mim e para você"*.

Muito obrigado!

PEDRO PAULO MAILLET PREUSS (Desembargador)

Discurso proferido em nome do Tribunal de Justiça, por ocasião da sua "Posse Solene e do Desembargador João Antunes dos Santos Neto" (Cerimônia realizada em 04.05.2023).

Excelentíssimo Senhor Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, Ricardo Mair Anafe, na pessoa de quem saúdo todas as demais Autoridades aqui presentes.

Senhoras e Senhores,

Diz-se que, mesmo antes de um rio cair no oceano, ele treme de medo. Olha para trás, para toda a jornada. Os cumes, as montanhas, o longo caminho sinuoso através das florestas e das cidades e vê a sua frente um oceano tão vasto que entrar nele nada mais é do que desaparecer para sempre. Mas não há outra maneira. O rio não pode voltar, ninguém pode voltar. Voltar é impossível na existência. O rio precisa se arriscar e entrar no oceano. Somente quando ele entra no oceano é que fenecem os temores e o medo, porque apenas então o rio saberá que não se trata de desaparecer no oceano, mas tornar-se oceano.

Acesso ao Sumário

Assim somos nós. Só podemos ir em frente e arriscar.

E na jornada épica do singelo rio, ele banhou-se nas águas e enlevou-se no espírito. A cada vereda e a cada parada.

Na correnteza do Direito em Campinas, amealhou aventuras e amores. No farfalhar das águas, em Ipaussu, fez ode a Themis; Fórum inaugurado. Seguindo a correnteza, em Caçapava, fez dos colaboradores, amigos e, dos amigos, colaboradores. Foi feliz.

Na Capital, foi longevo, avesso a sinecuras, 12 anos em Pinheiros e 17 no Tatuapé. O universo deu ao rio mais do que ele almejou, mais do que sonhara e mais do que ele merecia.

Obrigado, João, Isabel, Soraia, Nivaldo, Tina, Eduardo e Mauro. Vocês foram parte das águas.

Chega-se na foz e abre-se o oceano.

É preciso estar atento. Que o rio não se seduza pela vaidade, que não se inunde no orgulho, nem se fascine por honrarias ou glórias vãs. Que a pena de onde exala tinta do estilete que fere seja a seta que assinala a trajetória da lei no caminho da Justiça.

A tarefa, doravante, não é tanto ver aquilo que ninguém viu, mas pensar o que ainda ninguém pensou, sobre aquilo que todo mundo vê.

A Maria Teresa, Francisco Felipe e Maria Laura, desideratos diuturnos da plena realização como Juiz e como ser humano, que possa o rio ter sido exemplo de retidão e paradigma para a vida, não se olvidando de Oswaldo Preuss, orgulhoso na eternidade e que, outrora incansavelmente como arauto aspergia: "meu filho é Juiz".

Alçado a este sodalício no mesmo dia, hora e local da posse como Juiz de Direito (35 anos depois), em sincronicidade ímpar, que seja ela o prenúncio de que pessoas não são papéis, sentimentos não são sentenças e destinos não são recursos.

Vale o registro de que, não fossem a torcida e o apoio dos amigos aqui presentes, dos colegas de cada foro, dos encarnados e desencarnados e, em especial, da turma de 1985 da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, este rio não chegaria ao oceano desde a nascente ao cargo de Desembargador.

Por fim, vale a paráfrase de Monteiro Lobato:

"O Juiz perfeito não é máquina de aplicar textos, é partícipe da lei. É o cérebro, o músculo, o nervo vivo que encarna os desencarnados ossos do esqueleto textual e os põem vivos a agirem em prol da vida. Nunca lhe falecem meios de aliar a Justiça, a bondade e o bom senso. Há que examinar os litígios na sua realidade e moralidade e julgá-los por equidade. Em seguida, procurar a forma técnica adequada a essa solução."

Acesso ao Sumário

Muito obrigada a todos.

RICARDO MAIR ANAFE (Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso de encerramento por ocasião da "Posse Solene dos Desembargadores Pedro Paulo Maillet Preuss e João Antunes dos Santos Neto" (Cerimônia realizada em 04.05.2023).

(Cumprimento aos presentes).

É sempre uma honra dar posse a dois Juízes de carreira. Sempre uma satisfação imensa.

Eu lembro que quando abrimos o concurso para Desembargador e o primeiro nome que apareceu foi um tal de Pedro Paulo Maillet Preuss, eu li e falei: "quem é?" Não sabia quem era, aí me falaram: "é o Pipa". Bom, agora eu sei quem é.

E o João Antunes dos Santos Neto veio ao nosso querido "pinguinato" como Juiz Substituto em 2º grau em 2015. Eu era Presidente da Seção de Direito Público e o recebi. Hoje lhe dou posse como Desembargador, o que é muito bacana. Lembro, do dia da posse administrativa, que o discurso foi bem próprio do Judiciário, não havia nada de político, aliás, parabéns pelo primeiro discurso, quando Sua Excelência, emocionado, falou da mãe.

Eu falei que ele aprendeu uma coisa que só aprendi quando fui fazer estágio, que eu não tinha a menor ideia: o que era "conclusos". Com certeza, já de garoto sabia o que era, eu só fui aprender quando estava fazendo estágio de Direito. E aprendeu mais, aprendeu onde era o fórum, porque são as duas coisas mais importantes do estágio, saber sobre conclusos e onde era o estágio. Hoje, com o processo eletrônico, acho que basta estudar, o estágio fica uma coisa não tão glamorosa como era antes.

O Desembargador Pedro Paulo Maillet Preuss, como bem disse Sua Excelência, o Desembargador Álvaro Augusto dos Passos, é uma pessoa bem-humorada, absolutamente destacada, muito inteligente, extremamente arguto, faz, de fato, conceito das condutas, das posturas e tem um conhecimento profundo na História, tal como amigo dele, sentado ao fundo, Magistrado Marco Aurélio Pelegrini de Oliveira, dois estudiosos da História que sempre nos trazem outras discussões... E nós sempre aprendemos com elas. É uma satisfação imensa.

Foi Juiz de Vara e veio diretamente ao Tribunal, trazendo toda a sua experiência de 35 anos. Realmente coincidiu a posse administrativa no mesmo dia e hora da posse enquanto Juiz Substituto. Foi uma satisfação imensa para ele e, para o Tribunal, é uma satisfação maior ainda.

Acesso ao Sumário

É sempre bom lembrar que, nesse momento, chega-se ao ápice da carreira de Juiz de Direito. Nós nos enchemos de orgulho! Olhamos para trás, para tudo que passamos, e vemos quanto vale a pena. Isso é o mais importante. Tudo o que fizemos, o orgulho que temos de nós mesmos e das pessoas que amamos, que nos apoiaram, que estiveram sempre ao lado e algumas que se foram e continuam olhando por nós.

É um momento muito importante, em que sabemos que essas pessoas, as esposas, os filhos, os pais e os amigos nos respeitam e nos admiram por nossa jornada, por nossa vida e não por colocações pessoais ou colocações absolutamente pontuais.

O importante é aquilo que nós fazemos e, geralmente, fazemos em silêncio.

O exercício do Magistrado é um exercício silencioso. O papel não fala. A pena não fala; ela decide, mas não fala. E tudo o que lá é posto, é cumprido.

Nós temos que ter exata noção da nossa responsabilidade como Juízes, nossa responsabilidade pela imparcialidade e pela manutenção da ordem constitucional. E isso nós traçamos nos papéis, com respeito a todos.

Enquanto hoje se proclama sempre o respeito à diversidade, antes de mais nada é respeito, e é isso que o Judiciário tem com todos os jurisdicionados e todas as pessoas.

E, com todo o meu respeito, declaro encerrada essa cerimônia de posse dos nobilíssimos Desembargadores.

Muitíssimo obrigado!

FERNANDO ANTONIO TORRES GARCIA (Corregedor-Geral da Justiça)

Discurso em nome do Tribunal de Justiça, por ocasião da "Inauguração do Retrato do Desembargador Ricardo Mair Anafe na Galeria dos Corregedores-Gerais da Justiça do Estado de São Paulo" (Cerimônia realizada em 18.05.2023).

EXMO. SR. PRESIDENTE DESTE EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO E **HOMENAGEADO DESTA TARDE**, DESEMBARGADOR **RICARDO MAIR ANAFE**, NA PESSOA DE VOSSA EXCELÊNCIA PEÇO VÊNIA PARA SAUDAR AS DIGNAS AUTORIDADES, MAGISTRADOS, MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO, ADVOGADOS, DEFENSORES PÚBLICOS E SERVIDORES, TODOS JÁ NOMEADOS,

Acesso ao Sumário

SAÚDO ESPECIALMENTE A QUERIDA DESEMBARGADORA ANA LUIZA LIARTE, COMPANHEIRA E AMIGA DE TODOS OS MOMENTOS DO NOSSO HOMENAGEADO.

Minhas senhoras e meus senhores.

Hoje nos reunimos em festa para cultuarmos uma das mais caras tradições desta quase sesquicentenária Corte de Justiça: a inauguração do retrato de um dos ícones da Magistratura bandeirante na galeria dos Corregedores Gerais da Justiça, o DES. RICARDO MAIR ANAFE.

Embora singela, esta cerimônia revela o grato reconhecimento da Instituição e, sobretudo, dos seus pares, pela imensa dedicação de Vossa Excelência ao Poder Judiciário paulista, vocação que já se descortinava no ano de 1985, na 5ª Circunscrição Judiciária – Jundiaí, quando Juiz Substituto, passando, na sequência dos anos, por Santa Fé do Sul, Cruzeiro, Mogi das Cruzes e São Paulo.

Já como Desembargador, em 2008, assumiu coordenadorias e presidiu comissões desta Casa, tendo sido eleito Presidente da Colenda Seção de Direito Público para o biênio 2014/2015 e, ao depois, por dois biênios, eleito e reeleito como integrante do Órgão Especial. Guindado à Corregedoria Geral da Justiça no biênio 2020/2021, hoje dirige o maior Tribunal de Justiça das Américas.

E o faz, assim como fez na Corregedoria Geral, com extrema responsabilidade e exclusivo respeito ao Poder Judiciário e aos seus integrantes – magistrados e servidores, aliás, sua maior preocupação.

Aqui na Corregedoria Geral da Justiça, verdadeiro laboratório de ideias, voltado constantemente à melhoria da infraestrutura do primeiro grau de jurisdição, Vossa Excelência fez saltar aos olhos sua inigualável capacidade administrativa. Dentre tantos e variados projetos, idealizou a ***queima da guia de custas***, que propiciou o fim da fraude ao erário e, consequentemente, um acréscimo financeiro importantíssimo ao Tribunal, a fim de que melhor seja prestada a jurisdição ao povo de São Paulo.

E esse acréscimo orçamentário poderá ser ainda mais expressivo se o Legislativo estadual aprovar o oportuno projeto de lei que trata do novo regulamento de custas no Estado de São Paulo, também idealizado pelo então Corregedor Geral da Justiça Ricardo Anafe.

Acesso ao Sumário

E convém que jamais se perca de vista que o biênio 2020/2021 ficará marcado como o ***período da pandemia***, quando as expectativas quanto ao rumo do Poder Judiciário eram as mais sombrias. Mas Vossa Excelência, à frente da maior magistratura de primeiro grau do Brasil, com o apoio incondicional e decisivo do então Presidente, Des. GERALDO FRANCISCO PINHEIRO FRANCO, mais uma vez evidenciou o seu protagonismo e, em meses, propiciou a obtenção de impressionantes índices de produtividade, ainda que com os nossos prédios totalmente fechados.

De minha parte, como testemunha ocular que sou, devo confessar que me deparei, após quase quatro décadas na Magistratura, com o grande desafio de assumir a Corregedoria Geral da Justiça deste majestoso Tribunal. Foram momentos de grande expectativa, mercê do novo que se avizinhava. Entrementes, tão logo teve início a gestão, pude constatar a excelência do trabalho aqui desenvolvido pelo meu antecessor, o que tem tornado minha tarefa muito mais amena, recompensadora e fonte inesgotável de aprendizado.

E justamente pelo trabalho incessante aqui desempenhado, pela dedicação incansável e pela obstinação de sempre aprimorar a prestação jurisdicional, com brevidade e qualidade, melhorando, consequentemente, a vida do cidadão de São Paulo, é que hoje se inaugura o retrato de Vossa Excelência nesta mais que centenária Corregedoria Geral, sua eterna casa, como verdadeiro preito de gratidão àquele que bem a representou e dignificou.

Expressa, ademais, a homenagem mais concreta e palpável aos que, como Vossa Excelência e tantos outros que nesta galeria estão perpetuados, contribuíram e vêm contribuindo decisivamente para o engrandecimento e o fortalecimento do Poder Judiciário frente aos demais Poderes da República, tendo, em função disso, a reverência e admiração de toda a Família Forense.

Além de tudo isso, esta solenidade representa, especialmente, legítimo tributo de honra aos seus amados pais, Sr. Mair e Da. Emilia, que lhe moldaram o caráter, com dignidade e pertinácia, além de motivo de júbilo a Ana Luiza, sua confidente e incansável incentivadora, assim como de orgulho aos filhos Rebeca e Ricardo, ao genro Leon e a nora Carolina, e aos adoráveis netos Ricardo Neto, Mateus, Guilherme, Lily e Sienna, refúgios de ternura e de amor.

Saiba, meu caro amigo Ricardo, que são esses os sinceros sentimentos de todos os integrantes do Poder Judiciário de nossa terra, magistrados e servidores, dos quais sou apenas um singelo porta-voz.

Que Deus o abençoe sempre.

Muito obrigado por me ouvirem.

Acesso ao Sumário

GALDINO TOLEDO JÚNIOR (Desembargador)

Discurso em nome do Tribunal de Justiça, por ocasião da "Posse Solene da Desembargadora Angela Moreno Pacheco de Rezende Lopes" (Cerimônia realizada em 25.05.2023).

(Cumprimentos)

Foi com muita honra que recebi a indicação da Digníssima Presidência para saudar em nome de nossa Corte a Desembargadora Angela Moreno Pache-

co de Rezende Lopes, por ocasião de sua posse solene no cargo de Desembargadora deste Tribunal.

Falemos de Sua Excelência:

A Doutora Angela [Moreno Pacheco de Rezende Lopes] é natural de Santos, filha de Waldemar Rodrigues Pacheco e Regina Moreno Pacheco. Casada com o também meu antigo amigo Engenheiro Joaquim Vicente de Rezende Lopes, tem três filhos:

Pedro Henrique, Luís Guilherme e Marcos Vinicius. Marido e filhos estão hoje, certamente, muito felizes e honrados com a conquista da amada esposa e mãe.

A Doutora Angela ingressou na Magistratura paulista no ano de 1990, como Juíza Substituta. Foi inicialmente nomeada para a 31ª Circunscrição Judiciária, com sede em Marília. Posteriormente, já como Juíza Titular, atuou na Comarca de Jacupiranga, no Vale do Ribeira. Foi, em seguida, promovida para a 2ª Vara da Comarca de Santa Bárbara D'Oeste.

Depois atuou nesta Capital, como Juíza de Direito Auxiliar. Removeu-se, em seguida, para a 2ª Vara Cível da Comarca de Osasco, alcançando finalmente a antiga Entrância Especial, hoje Entrância Final, como Juíza de Direito Auxiliar da 1ª Vara Cível do Foro Regional de Santana. De lá retornou à 2ª Vara Cível da Comarca de Osasco, até ser galgada à Segunda Instância deste Tribunal como Juíza Substituta em Segundo Grau no mês de fevereiro de 2016.

Foi nessa ocasião que tive o prazer de conhecer a Doutora Angela e conviver com ela por um longo tempo. Designada para fazer parte da 9ª Câmara de Direito Privado, onde atuo desde que promovido ao cargo de Desembargador, pela sequência natural dos colegas nas respectivas cadeiras, assumi a condição de Segundo Juiz na Turma Julgadora onde a Doutora Ângela prolatava seus votos como Relatora sorteada.

Percebi, desde logo, seu conhecimento do Direito, a excelência, a rapidez e o rigor técnico de seu trabalho, mas o mais importante, a busca pelo seu aperfeiçoamento ao sistema colegiado de julgamento. Uma Magistrada preocupada em não aplicar simplesmente a letra fria da lei, mas em respeitar o princípio de exegese do Direito que recomenda que na interpretação da lei o julgador atenderá mais aos fins sociais a que ela se destina e às experiências do bem comum.

O Juiz de Primeiro Grau é solitário, tem como companheiro de suas decisões apenas sua própria consciência, mas com isso tem a liberdade de julgar somente com base em suas próprias convicções. Já em Segundo Grau, no julgamento colegiado, as convicções pessoais continuam presentes, mas a ela somam-se as dos demais integrantes do Colegiado, que, eventualmente, apresentam divergências e saber tratá-las com humildade, mas também segurança própria, é o desafio que cada novo julgador encontra.

Acesso ao Sumário

A Doutora Angela sempre soube dosar bem esses predicados, cedendo posição quando convencida de que outra propositura era a mais adequada, ou mantendo firme a sua, ainda que eventualmente pudesse restar vencida em seu pensamento. Por isso a Doutora Angela foi sempre muito querida a respeitada por todos os colegas da 9ª Câmara de Direito Privado e tenho certeza de que o é por todos os integrantes dos demais colegiados onde Sua Excelência teve a oportunidade de atuar, até alcançar sua promoção ao cargo de Desembargadora.

Para nossa felicidade (minha e demais colegas da 9ª Câmara) a Doutora Angela escolheu uma cadeira na 10ª Câmara de Direito Privado, que integra junto com a 9ª, o 5º Grupo de Câmaras de Direito Privado desta Corte, pelo que teremos a oportunidade nesse colegiado estendido de, ao menos, continuar debatendo e julgando com Sua Excelência novas futuras causas, tanto em sede de recurso, como originárias.

Concluo essa singela oração cumprimentando a Doutora Angela por esta merecidíssima conquista. Saudação que estendo à nossa própria Corte, por contar com mais uma dedicadíssima e preparada Julgadora e aos colegas da 10ª Câmara de Direito Privado por tê-la como nova integrante de seu colegiado.

Muito obrigado.

ANGELA MORENO PACHECO DE REZENDE LOPES (Desembargadora)

Discurso por ocasião de sua posse como Desembargadora do Tribunal de Justiça (Cerimônia realizada em 25.05.2023).

(Cumprimentos).

Eu era muito jovem e, nascida na linda cidade de Santos, gostava de pegar a minha cadeirinha de praia e me sentar à beira-mar, ainda no começo da manhã, sem muitas pessoas, e ali ficava contemplando o horizonte até a chegada dos amigos de sempre.

A linha ao "final" do oceano era o espaço para onde me deslocava e refletia sobre mim mesma, sobre os meus sonhos e desejos para o meu futuro, e um deles era a respeito da carreira que eu seguiria adiante.

Já estava na faculdade, lá pelo 3º ano, e de todas as possibilidades de escolha que o Direito oferecia, e oferece, a Magistratura era a que eu me identificava e a que não saía dos meus pensamentos quando idealizava o meu trabalho: a tentativa de equilibrar os pratos da balança da Justiça em um conflito, com a democrática oitiva das partes envolvidas, a análise e ponderação dos fatos e a busca pela verdade, tudo guiado pelos princípios éticos e da dignidade da pessoa

Acesso ao Sumário

humana, e que devem nortear a norma posta, a mim era fascinante. Mas difícil era essa escolha.

Escutava em conversas no fórum, época dos meus estágios: Angela, se você pensar em Magistratura, desista, nem tente, é muito difícil. O concurso é difícil, a carreira mais ainda, árdua, você terá que enfrentar inúmeros desafios, morar longe por muito tempo, sabe-se lá quanto, pode ter sentimentos de solidão, é um trabalho de muita doação pessoal, renúncia a família etc., desista!

Bem, aproveitava a quietude do mar e sua imensidão à minha frente e refletia. Pensamentos em turbilhão, próprios da juventude, verdadeiro labirinto que vinha à mente sobre as minhas reais possibilidades, minha capacidade de exercer a função, de enfrentar qualquer obstáculo que surgisse pelo caminho, de até mesmo ingressar na carreira. Por vezes achava que era "muito" para mim ser uma Juíza de Direito, talvez porque tamanha era a admiração que tinha ao assistir aos Juízes trabalhando, ainda nos meus estágios. Era muita admiração...

Encontrei a saída do labirinto por meio dos exemplos de disciplina, de força e de perseverança, sempre vindos na hora certa pelos meus pais e minha família. Por meio deles entendi a minha capacidade e que um sonho para ser alcançado, precisa ser construído, passo a passo. Entre a inquietação e a concretização do sonho, entendi que há longo caminho a ser percorrido.

Não desisti. Ao contrário, insisti.

E o sonho tornou-se realidade: recém-ingressada na carreira, já não mais no meu espaço do horizonte à beira-mar, surge a então comarca de difícil provimento, três municípios e um distrito, cerca de 7.000 processos, pauta de audiências de mais de ano, eleições para presidir, e somente eu de Juíza, era Vara Única, enfim: o mundo real que se apresentava para mim, para a tentativa de apaziguamento dos conflitos, não veio com brisa do mar.

Mas, ainda assim, mesmo com o impacto do volume de processos ameaçando a necessidade da rápida solução do litígio, iniciei o meu trabalho dando o melhor de mim, porque o cenário ali visto de inúmeros problemas para administrar, ao invés de abater o meu espírito, deu-me estímulo para enfrentá-los porque sabia que por detrás dos papéis, dentro de cada auto de processo, estavam pessoas esperando pela resolução de seus conflitos. E aí, abrindo um por um, surgiu a humanidade à minha frente, o seu avesso, as suas dificuldades, os seus valores morais, os seus limites ou a falta deles...

Mas a humanidade trazida para mim por meio de suas demandas, em que pese a dura realidade apresentada pelos conflitos de toda ordem, mostrou também o seu lado divino e a capacidade que o ser humano possui de amar. Não me esqueço da primeira adoção que fiz, de um casal que aceitou como filho não só o bebê de meses e com graves problemas de desenvolvimento, mas também o seu irmão já com cinco anos de idade, o que se mostrava improvável na época.

Acesso ao Sumário

As duas crianças então recebidas pelo casal, feliz, ali na minha frente, pedindo para tirar fotos na sala de audiências, “agora como pais”, como disseram, foi enriquecedor. Quase um ano após, enviaram novas fotos ao serviço social do fórum, e lá estavam eles unidos, bem cuidados e, principalmente, amados.

Eu, sentir solidão morando longe de casa? Trabalho solitário? Como? Pois eu estava absolutamente envolvida com os meus

casos, com a melhor solução para eles e, também, absolutamente entusiasmada e feliz e jamais tive que abrir mão do convívio com a minha família, até porque o tempo dedicado ao trabalho e a distância não abalam o afeto e a união que tem o amor como elo.

Pois os anos se passaram, construí a minha família, tive meus filhos, decorreram-se mais de três décadas e eu me deparei com um novo horizonte: estava prestes a viver esta promoção.

E, por coincidência, às vésperas deste momento, estava novamente com os olhos direcionados à linha do oceano que se encontra com o céu azul, inspirador... Era outra praia, outra cadeirinha. Não era mais aquela jovem Angela, era a Angela em 2023, com a vivência de 33 anos de experiência na carreira, sete deles já em Segundo Grau, auxiliando as Câmaras desta Corte.

Deparei-me, de fato, com as minhas reflexões por meio de outro horizonte que passei a vislumbrar e que se avizinhava para esta importante e simbólica data. Com novas perspectivas. Com novo olhar para a Justiça, ciente de que para que ela prevaleça, existe a luta, diária, constante, sem esmorecimento, luta contra o tempo, contra a infindável distribuição, contra a alta litigiosidade que surge a cada crise social e econômica. A Justiça precisa de quem lute por ela.

Este novo horizonte, trazido e revelado com esta promoção, em que pese as novas perspectivas, mostrou-me a mesma Justiça sonhada e idealizada quando jovem. O amor pela Justiça e por nosso Poder Judiciário não morre. Ao contrário, se fortalece com o decorrer da carreira.

Deparei-me, sim, à frente da linha infinita do mar com o encontro do céu azul, azul de Brigadeiro, como diria meu pai, mas agora com a plena e forte consciência da responsabilidade que existe para quem enverga esta toga e adentra a este recinto e recebe este Colar.

Esta toga representa o dever para com o jurisdicionado, agora com a responsabilidade acrescida da reanálise de uma decisão proferida por um Juiz de Direito, que está ali, na linha de frente, presidindo os processos, ouvindo democraticamente as partes, colhendo as provas, resolvendo os conflitos com todas as vicissitudes que surgem no meio do caminho e que todos nós sabemos que existem. Olhei para o horizonte e me enxerguei no chamado passado, mas que trago comigo como bagagem para o exercício do duplo grau de jurisdição. Reanalisar o caso concreto, a decisão proferida por um Juiz de Direito, não é pouco.

Mas o sistema para isso mostra-se sábio e cuidadoso: para a reforma ou manutenção de uma decisão proferida por um Juiz são necessários o olhar e a perspectiva de três, agora Desembargadores, cada qual com suas experiências no primeiro grau.

E, ainda assim, a persistir divergência de entendimentos, mais dois são chamados a compor o Colegiado. É preciso sempre o debate, a democracia das ideias e o consenso da maioria.

É, repito, muita responsabilidade, pois o exercício diuturno da Magistratura nos mostra que o Judiciário é a esperança última de quem sofre com as mazelas humanas e é marcado ora com a dor, ora com a culpa, ora vítima do descaso, do engano ou da má-fé. Não há tranquilidade a quem busca o Judiciário. Nós temos o dever de encontrar a paz, em caso a caso trazido para nossa apreciação e para isso precisamos "sentir" a Justiça como valor, que não se resume aos textos racionais das leis.

É preciso ser capaz de ir até o sofrimento do outro, andar por sobre a ponte que liga a razão da norma posta e a sensibilidade humana. Este é o nosso trabalho, o de promover a Justiça e a pacificação. O mundo precisa sentir a paz e a Justiça contribui para o pacto civilizatório que nos protege da barbárie.

Finalmente, digo a todos aqui presentes, com plena convicção, de que o mérito representado por este Colar e que ora recebi, não pertence somente a mim. Este mérito é fruto do exemplo, do incentivo e sobretudo do amor recebido dos meus pais desde sempre, incondicionalmente, incessantemente. É fruto do apoio e da vibração positiva de toda a minha família, aqui representada pelo meu irmão, tios e sobrinhos, minha sogra, meus enteados e demais presentes.

Este mérito é fruto do trabalho incansável dos meus queridos servidores, muitos deles me acompanhando nesta trajetória antes ainda do nascimento do meu primeiro filho.

Este mérito provém, ao longo de 25 anos, do companheirismo do meu marido, Joaquim Vicente, aqui, com o seu olhar intenso, que ele sabe que amo tanto e que me diz tudo que preciso saber e sentir para ser feliz, em todos os momentos da vida e desta carreira complexa e intensa. A ele devo o colo nas horas de cansaço, a compreensão, a paciência nos meus momentos sem paciência. Devo-lhe a mão que segura a minha e juntos seguimos pela vida com alegria e muito amor em um momento como o de hoje, de festa.

Este mérito provém, inexoravelmente, dos três corações que pulsam em minha alma e que revelam, mesmo sem perceberem e desde pequenos, o quanto respeitam e admiram a Justiça, porque eles têm, dentro do espectro ainda do início da vida, o sentimento de colocarem-se no lugar do outro, na dor do outro, a compreensão da desigualdade, a necessidade de prevalecer a paz, a igualdade e a justiça no nosso planeta, seja questionando as guerras, seja questionando as

Acesso ao Sumário

iniquidades das injustiças sociais a que assistem no mundo.

A grandeza de bons sentimentos que noto nos três, Pedro Henrique, Marcus Vinicius e Luís Guilherme, meus filhos, faz com que eu reafirme a mim mesma que toda a luta pelos sonhos vale a pena. Nós, seres humanos, não existimos sem nossos sonhos e nossos desejos: meus filhos me mostram isso, porque também com eles sonhei um dia e estão aqui, participam da minha alegria, que sei ser a deles também. São eles que, com todo o entusiasmo pelas questões humanas e a irreverência da juventude, reavivam sempre as minhas linhas de horizonte, o meu amor pelo Justo e pela Paz.

Este mérito, sem sombra de dúvidas, não pertence só a mim.

Muito obrigada.

RICARDO MAIR ANAFE (Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso de encerramento por ocasião da "Posse Solene da Desembargadora Angela Moreno Pacheco de Rezende Lopes" (Cerimônia realizada em 25.05.2023).

(Cumprimentos).

Para o Tribunal de Justiça é uma honra imensa dar posse solene à Desembargadora Angela Moreno Pacheco de Rezende Lopes, natural de Santos, da Universidade Católica de Santos. Aliás, eu vi hoje uma Desembargadora que também fez Universidade Católica de Santos e elogiou senhora, a Desembargadora Ana Luiza Liarte. De Santos aqui também temos o Doutor Fábio Prieto, Secretário Estadual da Justiça e Cidadania, que foi Promotor de Justiça, Juiz Federal, Presidente do Tribunal Regional Federal, foi do Conselho de Ética da União e hoje é Secretário da Justiça e Cidadania em São Paulo. A Doutora Vanessa Ribeiro Mateus, nossa caríssima Presidente da Apamagis [Associação Paulista de Magistrados], também é de Santos.

A senhora assume a cadeira do Desembargador Kioitsi Chicuta. Kioitsi Chicuta foi um exemplo como Magistrado, um exemplo de pessoa. Eu tive a honra de trabalhar com ele na Corregedoria Geral da Justiça, na 1ª Vara de Registros Públicos – ele me levou para lá, era o Titular. Foi Juiz do 2º Tribunal de Alçada e se aposentou quando estava próximo de completar 75 anos. Eu diria que a senhora tem uma honra imensa de suceder ao Desembargador Kioitsi Chicuta e, com certeza, o Desembargador Kioitsi Chicuta se sente muitíssimo honrado de ser sucedido pela senhora.

Vosso discurso me deixou muito contente. Uma coisa que nós sempre dizemos é que nós temos que ter amor à Magistratura, amor ao Poder Judiciário.

Acesso ao Sumário

Esse amor é a demonstração plena do comprometimento do Magistrado com o Poder Judiciário e a senhora deixou claro esse amor em toda a sua oração. A senhora está de parabéns.

Aliás, o Doutor Joaquim Vicente de Rezende Lopes também está de parabéns pela declaração de amor que ouviu de sua esposa, assim como seus filhos: Paulo Henrique, Luís Guilherme e Marcos Vinícius. Essa declaração de amor é algo que nós não conseguimos mensurar, a gente ouve e só quem tem ideia do que é isso são aqueles que recebem esse amor.

Posso dizer, em nome do Poder Judiciário, que espero que meus ouvidos tenham ouvido exatamente o sentimento transmitido, pois foi isso que ouvi da oração do meu caríssimo amigo Desembargador Galdino Toledo Júnior. Isso que eu ouvi das pessoas, amigas da senhora, colegas, profissionais e, com certeza, foi nesse sentido do amor, de sua profundidade, de sua extensão, em especial a sua intensidade, que ouviu o senhor seu marido, seus filhos e seus familiares. E aqueles que não puderam estar presentes com certeza também ouviram.

Declaro encerrada a Sessão de Posse da Desembargadora Angela Moreno Pacheco de Rezende Lopes.

Muitíssimo obrigado.

SÍLVIA ROCHA (Desembargadora)

Discurso em nome do Tribunal de Justiça, por ocasião da "Outorga do Colar de Mérito Judiciário aos Ministros André Luiz de Almeida Mendonça, Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin e Antonio Carlos Ferreira" (Cerimônia realizada em 12.06.2023).

Excelentíssimo Senhor Presidente Ricardo Mair Anafe, na pessoa de quem cumprimento com satisfação todas as Autoridades presentes, antes nominadas; Excelentíssimas Desembargadoras e Excelentíssimos Desembargadores, Juízas, Juízes, Membros do Ministério Público, Defensores Públicos, Advogados, Senhoras e Senhores.

Acesso ao Sumário

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reúne-se hoje em sessão solene muito relevante e grata às suas altas tradições: a outorga do Colar do Mérito Judiciário aos Eminentes Ministros André Luiz de Almeida Mendonça, Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin e Antonio Carlos Ferreira, aos quais me dirijo para, com muita honra, cumprimentá-los.

O Colar do Mérito Judiciário foi instituído em 1973, há 50 anos, para, nos termos de sua Resolução, galardoar pessoas naturais ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, que, por seus dotes e relevantes serviços prestados à cultura jurídi-

ca, hajam por merecer a especial distinção.

É a mais importante honraria do quase sesquicentenário Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o responsável por 25% da totalidade dos processos em andamento na Justiça brasileira, que tramitam nas suas 320 Comarcas. Os números, em São Paulo, são sempre superlativos, como também é superlativa a relevância que esta antiga e sempre renovada Corte dá à aplicação digna, respeitosa, técnica, eficiente e célere da Justiça.

Por isso, é preciso homenagear quem dedica a sua vida profissional a dizer a última palavra em termos constitucionais, pondo fim a conflitos institucionais, preservando a democracia e os direitos da cidadania.

Esta é a razão de conferir a honraria ao Ministro André Mendonça, paulista de Santos, com impressionantes trajetórias profissional e acadêmica. Sua Excelência, dentre os muitos cargos que exerceu, foi advogado da Petrobrás Distribuidora S/A, Advogado-Geral da União, Ministro da Justiça e Segurança Pública, até que, em dezembro de 2021, tomou posse como Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Sua Excelência é pós-graduado em Direito Público pela Universidade de Brasília, Mestre em Direito pela Universidade de Salamanca, na Espanha, e Doutor em Direito, com menção de Doutorado Internacional pela mesma universidade. É, ainda, Professor do Instituto Presbiteriano Mackenzie e Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Instituição Toledo de Ensino, em Bauru, São Paulo.

É preciso homenagear, também, os que trabalham para uniformizar o entendimento e a interpretação da legislação infraconstitucional, orientando a jurisprudência nacional e pavimentando caminhos para a pacificação de conflitos.

Este o mérito do Ministro Herman Benjamin que, para a honra dos paulistas, radicou-se em São Paulo em 1982, quando ingressou no Ministério Público deste Estado, onde permaneceu até 2006, quando foi nomeado Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Em São Paulo, dirigiu o Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente e o Centro de Apoio Operacional do Consumidor, disciplinas das quais foi pioneiro e é profundo conhecedor, como sabem os que acompanham seus trabalhos, suas decisões e têm, como tive, o prazer de assistir às suas aulas.

Seu currículo excepcional inclui: ser Presidente-fundador do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (Brasilcon) e do Instituto "O Direito por um Planeta Verde", ter sido membro da Comissão de Juristas de Direito Penal Ambiental da ONU e, por uma década, Conselheiro do Conselho Nacional do Meio Ambiente. Atualmente, é presidente da Associação Brasil-Estados Unidos de Direito, da Comissão Mundial de Direito Ambiental e do Fonama, o

Acesso ao Sumário

Fórum Nacional de Magistrados e Ambiente. O Ministro Herman Benjamin é, ainda, Professor visitante da Faculdade de Direito da Universidade do Texas, em Austin, desde 1994. Fez mestrado na Universidade de Illinois e doutorado na Universidade do Rio Grande do Sul. Já publicou mais de 30 livros e artigos no Brasil e no exterior.

Do mesmo modo, o Ministro Antonio Carlos Ferreira, também paulista, distingue-se no desafio incessante de laborar no Superior Tribunal de Justiça desde 2011. Antes, foi Advogado de carreira da Caixa Econômica Federal, por mais de 27 anos, da qual foi Diretor Jurídico e onde exerceu diversos cargos de assessoramento e de gestão. Foi, também, Chefe da Divisão de Legislação Aplicada do Serviço do Patrimônio da União, do Ministério da Fazenda.

Sua Excelência é Doutorando no Programa Sistema Constitucional de Garantia de Direitos da Instituição Toledo de Ensino, em Bauru, neste Estado, é membro do Conselho Superior da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - a Enfam - e integra a Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo e do Conselho de Orientação Editorial da Revista de Direito Civil Contemporâneo (RDCC) Thomson Reuters, da Revista dos Tribunais.

A construção das longas e sólidas carreiras jurídicas dos hoje homenageados por este Tribunal revela, para além de conduta firme, afinco e responsabilidade, fé no Direito, como instrumento para a construção da Justiça como virtude, único meio de equilibrar desigualdades e eliminar preconceitos, restituindo a paz e a liberdade.

O sério compromisso profissional implica relevantes ônus, dúvidas e conflitos, mas sabe, quem tem a fortuna de sobreviver à juventude e às suas ilusões, que é na relevância e nas consequências do trabalho bem realizado que a breve vida humana encontra estímulo, satisfação, utilidade e a tão buscada paz de espírito.

Ignorar a oportunidade de concretizar a Justiça é desconsiderar a essência divina que nos comanda e nos dirige ao caminho do aperfeiçoamento. É, como disse o Poeta (Vinicius de Moraes), “passar pela vida e não viver”. E não há mal pior que a descrença que impede usar os instrumentos colocados à disposição de cada um.

Os hoje homenageados pelo Tribunal Bandeirante galgaram os degraus de sua vida profissional com responsabilidade, não se furtaram ao aperfeiçoamento nem às oportunidades de cultuar a Justiça, como intelectuais que são e na lida incansável de solucionar conflitos diuturna, paciente e obstinadamente.

O tributo concedido tem, por fim, homenagear esse trabalho, que a outorga da medalha corporifica. É símbolo que reconhece o valor dos homenageados, o exemplo de vidas dedicadas ao Direito, à cultura jurídica e ao bem comum.

Saibam Vossas Excelências do respeito e reverência que lhes dedica o

Acesso ao Sumário

Tribunal de Justiça de São Paulo, cujos Magistrados reconhecem os méritos e os serviços que prestam à cultura jurídica do país e se sentem honrados em distingui-los com o seu mais relevante galardão, augurando que ele lhes confira a satisfação do dever bem cumprido.

Aos nossos homenageados e aos que me deram a honra de me ouvirem, muito obrigada!

ANTONIO HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN (Ministro do Superior Tribunal de Justiça)

Discurso por ocasião da "Outorga do Colar de Mérito Judiciário aos Ministros André Luiz de Almeida Mendonça, Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin e Antonio Carlos Ferreira" (Cerimônia realizada em 12.06.2023).

Homenagem feita pelo Tribunal de Justiça de São Paulo muito difere de tantas outras oferecidas por instituições brasileiras, judiciais ou não. Primeiro, porque o Tribunal é extremamente comedido - austero mesmo - nesse campo. Segundo, porque a dimensão numérica, a respeitabilidade dos seus integrantes e a qualidade de sua jurisprudência colocam a Corte em posição de destaque entre as maiores e mais importantes do mundo, como salientou há pouco a Desembargadora Silvia Rocha. Terceiro, porque eu, sendo paraibano de Catolé do Rocha por nascimento e paulista por adoção, o reconhecimento ganha peculiar significado pessoal.

Começo, então, por agradecer a deferência do Poder Judiciário de São Paulo e o faço na pessoa do Presidente Ricardo Mair Anafe, e peço permissão ao Presidente para, em seu nome e da Desembargadora Silvia Rocha, saudar todas as Juízas, todos os Juízes, todas as Desembargadoras e todos os Desembargadores do nosso Estado. Gostaria de mencionar individualmente cada um dos colegas, Juízes aqui presentes, de primeiro e segundo grau, e lembro dos que nos deixaram, como o meu amigo tão brilhante - e amigo de vários aqui - Desembargador Romeu Ricupero. Saudade.

Foi no Ministério Público de São Paulo que me fiz paulista. Vinte e quatro anos convivendo com colegas excepcionais, vários deles aqui presentes. Foi pelo Quinto Constitucional - e eu não posso esquecer isso - foi pelo Quinto Constitucional do Parque! que cheguei ao STJ. Homenageio a todos na pessoa do atual Procurador-Geral de Justiça, Mário Sarrubbo, que está à mesa; e do Ex-Procurador-Geral de Justiça, Luiz Antônio Guimarães Marrey, que está conosco aqui também, vários outros amigos se encontram neste salão,

Agradeço ainda a presença das Autoridades e amigos que aqui vejo, em especial dos dois homenageados principais: o Ministro André Mendonça e o

Acesso ao Sumário

Ministro Antonio Carlos Ferreira. Sobre André Mendonça posso dizer que eu o conheço pelo seu trabalho como Advogado da União e como Advogado-Geral da União, defensor aguerrido daquilo que se chama patrimônio público, nunca se omite.

Sempre vi no meu colega Antonio Carlos Ferreira o nome STJ "na testa". Até que, às vésperas do fechamento das inscrições, e o nome dele não estava lá, liguei para cobrar que ele se inscrevesse - ele nem sabia que a data era naquela sexta-feira. É um privilégio tê-lo entre nós no Superior Tribunal de Justiça.

Quero dizer que reencontrar esses amigos que vejo aqui me remete a toda uma vida que passei em São Paulo. Evidentemente, nesses momentos de homenagem, nós achamos que temos a liberdade para falar sobre qualquer coisa e sobre o tempo que quisermos, mas eu não tenho a liberdade para falar sobre qualquer coisa nem o tempo que eu queira. Eu poderia escolher temas que são caros ao Judiciário paulista, desafios da gestão judicial, questões jurídicas complexas, cujos primeiros precedentes despontam nos debates, nas várias Câmaras ou na Primeira Instância, o papel do Juiz perante a corrupção cada vez mais aberta e agressiva ou, ainda, diante de ameaças existenciais, como as mudanças climáticas e a inteligência artificial. Esses são temas apropriados aqui para esta grande Magistratura. Poderia, ainda, tecer loas aos grandes expoentes da Magistratura paulista ou discorrer sobre o STJ, minha casa, quer para festejar seus acertos, quer para apontar dificuldades, e são muitas. Poderia buscar inspiração no Direito Comparado e na literatura estrangeira sobre algum tema exótico daqueles que inspiram uns poucos e fazem dormir a maioria.

Optei, Presidente, meus colegas, contudo, por uma curta reflexão sobre a meritocracia no Poder Judiciário, na esperança de que possa despertar a curiosidade e, quem sabe, o desconforto entre alguns.

Sem dúvida, algo de que muito nos orgulhamos como brasileiros é o concurso público para Juiz. Não pensemos que é assim no mundo todo. Concurso e meritocracia, na consciência oficial e na popular, viraram sinônimos.

Já relembro, de antemão, que concurso sem apreciação do contexto social em que se insere nem sempre garante meritocracia autêntica. Se assim é, talvez seja o momento de se apreciar ou reapreciar e, eventualmente, repensar a implementação da meritocracia judicial. No Judiciário, dois tipos ou momentos de meritocracia se colocam. Um, no ingresso, o concurso público como porta de entrada para a profissão de Juiz. O outro, na evolução da carreira, o merecimento entre os próprios pares como critério para promoção e remoção. As duas modalidades clamam permanentemente por nossa atenção, mas me concentrarei no concurso público de ingresso, pois seu impacto político imediato e direto ganha, em uma perspectiva de Estado Social de Direito, urgência e centralidade incomparáveis.

Acesso ao Sumário

Constitucionalizado, o concurso público atribui mérito para ingressar, mas não garante mérito para ser e para ficar. Dele, o Juiz extrai a legitimidade política para decidir em nome da sociedade ou da nação e das gerações futuras. Autorização que não decorre em linha reta do exercício do voto popular. A legitimidade para ficar e para aquilo que poderíamos chamar "o estado de juiz" depende do exercício dedicado ao interesse público. Nesse terreno, muito preocupa uma certa arrogância displicente que observo em alguns Juízes, como se o concurso lhes estivesse conferido carta de alforria ampla e irrestrita para ser como os outros. Nós não somos os outros. Ademais, muitos se esquecem do esforço coletivo, além do individual, para o sucesso pessoal.

A indagação principal, e esse é o ponto que eu queria aqui trazer, é a seguinte: um concurso dificílimo para a Magistratura garante verdadeira meritocracia inclusiva e equânime? Mede o êxito pessoal ou, em rigor, tratamos de êxito que muito se deve a uma rede de apoio moral e financeiro familiar e que poucos detêm? Situação em que importa bastante onde e como se nasce, onde e como se cresce, onde e como se educa. Situação que não se relaciona necessária e exclusivamente com talento e esforço pessoais. Eu passei em um concurso, mas não passei sozinho.

Até recentemente, na medida em que o melhor ensino jurídico era elitizado, privilégio de poucos, o concurso judicial assegurava, sim, concorrência e, portanto, uma modalidade de meritocracia. Mas, fundamentalmente, era a meritocracia no interior das classes abastadas. Pobre e minoria, os excluídos, porque não competiam em pé de real igualdade, gozavam apenas de mera possibilidade formal - o direito de sonhar - de ingressar na Magistratura. Claro, sempre com as louváveis exceções de praxe que nós conhecemos.

A situação começa a mudar com a democratização das Faculdades públicas da elite, ou de elite. Veja-se o exemplo da Universidade de São Paulo, a três quadras - eu não vou nem mencionar quantos ex-alunos estão aqui presentes. Deve-se às cotas sociais, raciais e para sujeitos hipervulneráveis essa ampliação das portas de entrada desses centros de ensino. Por esse prisma, podemos dizer, com cautela, que caminhamos a médio prazo para uma espécie de pan-meritocracia no ingresso judicial, vale dizer, meritocracia que supera a divisão de classes sociais, porque agora essas universidades estão com acesso democratizado.

Apesar dessa notável evolução - e já me encaminho para a conclusão - do acesso ao ensino jurídico de qualidade, remanesce um problema a ser enfrentado, e é esta reflexão que eu trago para os meus pares da Justiça paulista. Se para ele não atentarmos e nada fizermos, a meritocracia judicial de ingresso na carreira continuará sendo uma quimera esplêndida na promessa formal, mas insuficiente na entrega efetiva das expectativas do Estado Social de Direito.

Isso porque, em paralelo à democratização do bom ensino jurídico uni-

versitário, também se observam dois outros fenômenos que nós não atentamos para eles, que impactam diretamente a acessibilidade social nos concursos públicos.

De um lado, os concursos, atualmente, atraem candidatos de todos os Estados, o que em si não é ruim, pois criam a Magistratura nacional, um quadro judicial do Brasil, desapegado do local de nascimento. Mas viajar pelos quatro cantos do país custa muito, e certamente não é para todos, É para poucos, os concurseiros, Na linguagem coloquial adotada entre os aspirantes, a exclusão aqui dos milhares não se faz, evidentemente, pelo critério do mérito. E sabemos, com frequência, candidatos se inscrevem não para passar e para trabalhar, mas para avançar no quesito dos títulos, com isso, desequilibrando a balança dos pontos. Uma solução possível seria, eventualmente, pontuar não a aprovação, mas o exercício efetivo do cargo.

Por outro lado, cada vez mais cresce o papel central dos cursinhos preparatórios. Ora, quem precisa trabalhar de segunda a sexta-feira e só tem o sábado para cuidar das obrigações domésticas ou familiares não dispõe de iguais condições financeiras e de tempo para frequentar esses cursinhos.

Ninguém nega isso, mas nós não atentamos para o fenômeno. O que fazer, então? E aqui é a reflexão final. A pergunta se divide em duas.

Uma é sobre o ethos de nós, Magistrados, da nossa Magistratura. A base de qualquer raciocínio sobre o tema cabe indagar se seria responsabilidade nossa, dos Juízes, ou apenas de terceiros, seja lá quem for, a ampliação das possibilidades de acesso ao Judiciário. Temos essa responsabilidade ou não? E, se quiserem, temos esse compromisso social ou não? Refiro me à democratização do ingresso na carreira, e não à democratização do acesso à jurisdição. Esta última debatida na década de 80, quando cheguei a São Paulo, hoje superada, no atacado pela Constituição de 88 e pela legislação específica de acesso à Justiça. Em outras palavras, temos ou não temos, como Juízes, interesse ou, quiçá, até obrigação de nos preocupar com o caráter o mais igualitário e democrático possível dos nossos concursos judiciais e com a diversidade de gênero, racial e de minorias no quadro de Juízes? Esta é a pergunta.

A outra indagação, no terreno da ação, o que concretamente podemos fazer, além de propor alterações legislativas sempre demoradas e nem sempre fáceis? Nesse momento, no máximo, posso avançar a preocupação e com questionamentos, talvez, referendar caminhos que possam ser trilhados. Daí eu indagar se não seria papel das Escolas Judiciais - e há ex-Diretores aqui da nossa gloriosa Escola Paulista da Magistratura - se não seria papel das Escolas Judiciais e até mesmo das Associações a organização de cursos online e gratuitos de preparação para os que não dispõem nem de dinheiro nem de tempo para frequência a cursinhos privados? Ou seja, se é responsabilidade nossa, como

Juízes, então o que fazer? Vamos aproveitar as nossas instituições internas que já existem e o quadro extraordinário, como muito bem dito aqui pela Desembargadora Sílvia Rocha.

Pois bem, paro por aqui, sem soluções peremptórias e definitivas a advogar. Ao certo, trago somente uma convicção e um compromisso pessoal, porque isso vem me angustiando muito.

A convicção de que a democratização do ingresso na Magistratura, sem perda de qualidade do conhecimento, não será um favor, não será entrar pela janela. Fortalece política e moralmente a nossa instituição. Seremos mais fortes.

O compromisso pessoal é o de me colocar à disposição das Escolas e das Associações para avançar com o debate acerca de mecanismos que reduzam a exclusão nos concursos públicos de ingresso à carreira judicial, assim superando, ou que seja só mitigando, eventual injustiça do modelo.

Muito obrigado.

ANTONIO CARLOS FERREIRA (Ministro do Superior Tribunal de Justiça)

Discurso por ocasião da "Outorga do Colar de Mérito Judiciário aos Ministros André Luiz de Almeida Mendonça, Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin e Antonio Carlos Ferreira" (Cerimônia realizada em 12.06.2023).

Boa tarde a todos.

Excelentíssimo Senhor Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, Desembargador Ricardo Anafe, peço licença a Vossa Excelência para, na pessoa de Vossa Excelência e da Desembargadora Sílvia Rocha, saudar todas as distintas Autoridades e amigos presentes nesta cerimônia. Muito obrigado pela presença de todos.

Permitam-me uma saudação muito especial e fraterna aos Ministros André Mendonça e Herman Benjamin, também agraciados com o Colar do Mérito Judiciário; ao Ministro Dias Toffoli, fraterno amigo; e ao meu amigo e colega do STJ, Ministro Moura Ribeiro, que nos honram todos com a presença.

Com grande alegria recebo, neste templo sagrado da Justiça, o Colar do Mérito Judiciário, que é a mais alta distinção que o Tribunal de Justiça de São Paulo outorga a pessoas que considera singulares por seus méritos e relevantes serviços prestados à Justiça.

Graças à grandeza e generosidade desse Tribunal, passo a compor a galeria dos agraciados por esta comenda, onde se encontram pessoas ilustres, de qualidades invulgares, de grande moral e notório saber, e que se elevam na ad-

miração de toda a sociedade.

Ser incluído nessa galeria de pessoas notáveis talvez seja maior do que os meus méritos, circunstância que me impõe o dever - que muito me alegra - de procurar, com o melhor dos meus esforços, corresponder à confiança do Tribunal e estar à altura dessa distinção.

Ao receber essa láurea, sinto renovado meu compromisso indeclinável com os princípios e valores da Magistratura Paulista e, em particular, do Tribunal de Justiça da minha terra.

O Tribunal de Justiça de São Paulo não precisa ser enaltecido por palavras, porque sua história, suas tradições, seu trabalho produtivo e as notáveis virtudes de seus integrantes falam mais alto do que qualquer voz.

Para mim, torna-se ainda mais alegre e auspicioso receber o Colar do Mérito Judiciário na companhia de dois amigos fraternos, os Ministros André Mendonça e Herman Benjamin, que também o recebem nesta cerimônia e com os quais me congratulo,

Sou muito grato à Desembargadora Sílvia Rocha pela generosidade de suas palavras, que não falam apenas aos meus ouvidos, mas, também, ao meu coração.

Agradeço - comovido e do fundo do meu coração - ao Tribunal de Justiça de São Paulo e aos seus Desembargadores, a grande distinção e o reconhecimento que me concedem, que procurarei honrar por toda a minha vida.

Por fim, agradeço a presença de tantos amigos que prestigiam esta solenidade.

Como Paulista, ao receber o reconhecimento do Tribunal de Justiça de São Paulo, como expressão generosa de estímulo e de verdadeira amizade, lembro-me dos versos de Olavo Bilac:

"Por ser da minha terra é que sou nobre/

Por ser da minha gente é que sou rico".

Muito obrigado a todos!

Acesso ao Sumário

ANDRÉ LUIZ DE ALMEIDA MENDONÇA (Ministro do Supremo Tribunal Federal)

Discurso por ocasião da "Outorga do Colar de Mérito Judiciário aos Ministros André Luiz de Almeida Mendonça, Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin e Antonio Carlos Ferreira" (Cerimônia realizada em 12.06.2023).

Boa tarde a todos e todas.

Minha saudação inicial e especial ao Eminente Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, Desembargador Ricardo Mair Anafe. É um privilégio e uma honra, para mim, em seu nome cumprimentar todos os demais Desembargadores que compõem essa reconhecida mesa de Autoridades.

De modo muito especial, não só por ser a grande representante feminina, mas pelas mais que gentis palavras em relação a todos nós, principalmente a mim, querido Antonio Carlos, Ministro Herman, nossa Desembargadora Silvia Rocha, meus cumprimentos. Querido amigo, Ministro Dias Toffoli, privilégio tê-lo aqui à mesa, farei uma referência mais específica a Vossa Excelência também mais adiante; querido amigo, Ministro Moura Ribeiro, que aqui representa o Superior Tribunal de Justiça, permitam saudar de forma muito especial meus amigos e, hoje, também homenageados, Ministro Antonio Carlos, Ministro Herman Benjamin, e esposa do Ministro Antonio Carlos, que aqui se faz presente.

Também saudar o Doutor Mário Luiz Sarrubbo, Procurador-Geral de Justiça; o Doutor Fábio Prieto, Secretário do Estado da Justiça e Cidadania; a OAB e os Advogados, na pessoa do Conselheiro Federal, Doutor Felipe Sarmento; também todos aqueles Professores, Acadêmicos que aqui se fazem presentes, amigos.

Um momento como este é de, em primeiro lugar, agradecimento. Agradecimento ao Tribunal de Justiça de São Paulo, agradecimento aos seus Desembarcadores, agradecimento ao Órgão Especial, agradecimento aos seus Juízes, agradecimento à história desse Tribunal que tanto nos honra e dignifica, agradecimento à Justiça paulista. Dizer que tenho certeza, para nós três, é um privilégio.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, para quem é paulista, mas não só para quem é paulista, é uma referência dentro do Judiciário. E nesse contexto de agradecimento eu não poderia estar mais bem ladeado do que com as presenças, neste ato, dos Ministros Antonio Carlos e Herman Benjamin, dois grandes amigos.

O Ministro Herman Benjamin tem uma história no Superior Tribunal de Justiça de probidade, de integridade, de honra, de legitimidade, de verdade, caráter. A história dele, como representante do Ministério Público deste Estado, credenciou-o a ser escolhido como um dos Membros do Superior Tribunal de Justiça. A sua luta pela causa ambiental, pela causa pública. Muitas das vezes tomando decisões não simples, agradando a pessoas que, talvez, tenham sido seus adversários e, outras vezes, desagradando pessoas próximas. Mas Vossa Excelência é marcado pela coragem, integridade e determinação.

Na Advocacia-Geral da União, eu que cheguei lá em Brasília no ano de 2006, sempre tínhamos na atuação e na judicatura do Ministro Herman Benja-

Acesso ao Sumário

min um exemplo de preservação do patrimônio, do meio ambiente e da coisa e da administração pública como um todo.

Querido Ministro Antonio Carlos, meu grande amigo, Vossa Excelência sabe disso. Ganhei um irmão, e Vossa Excelência sabe disso. E nessa feliz coincidência, o Tribunal de Justiça de São Paulo, talvez, até sem saber dessa relação, nos presenteia de estarmos os três juntos aqui. Quantos diálogos e confidências comuns já compartilhamos. E o Tribunal de Justiça de São Paulo me dá ainda a honra de ter e trazer à mesa e fazer o convite ao Ministro Dias Toffoli. Meu agradecimento ao Ministro Dias Toffoli.

Eu sou do 2° Concurso da AGU, de 98, e nessa história da Advocacia Geral da União sempre dois nomes são lembrados como os grandes Advogados-Gerais que nós tivemos: um, Ministro Gilmar Mendes; o segundo grande nome, não necessariamente nessa ordem, mas os dois grandes nomes, Ministro Dias Toffoli.

Para que fique registrado nessa cerimônia e nos Anais do Tribunal de Justiça de São Paulo, foi na gestão do Ministro Dias Toffoli que os Membros da Advocacia-Geral da União foram alçados e conduzidos à direção da própria Instituição. Pela primeira vez, todos os cargos de natureza especial, ou seja, salvo o próprio Advogado-Geral, Corregedor-Geral, Consultor Geral, Procurador-Geral, todos ocupados por Membros da Instituição, e ele nos deu liberdade. E muito da minha trajetória na AGU se deve a essa liberdade e a essa visão de um então jovem Ministro de Estado. Bem jovem. Mas um jovem Ministro de Estado que confiou nos jovens daquela Instituição. Dentre eles ali estava eu, e assumi a direção de um relevante Departamento na AGU, o de Patrimônio, Probidade, Meio Ambiente, Créditos e Precatórios, E fruto dessa confiança naqueles jovens Membros, a AGU conquistou diversos prêmios, no Brasil e no Exterior, em diversas áreas. Para que tenhamos uma ideia, nós saímos de uma recuperação de 1% das execuções do Tribunal de Contas da União para, em menos de um ano, alcançarmos 12, 15 e, ao longo dos anos, ultrapassarmos 20, 25% do recebimento das execuções do Tribunal de Contas da União. Trabalho que foi reconhecido na ONU e pelo Departamento de Estado Norte-americano, porque aquele jovem Advogado-Geral confiou em outros ainda mais jovens. E é por isso que há esse reconhecimento. E a trajetória do Ministro Toffoli, naquele momento, abriu o caminho para aquele que hoje aqui está alçasse novos e futuros voos. Um filho de São Paulo, como é o Ministro Dias Toffoli. E eu queria fazer um registro agora mais amplo.

Acesso ao Sumário

O Supremo Tribunal Federal, hoje, conta com três Ministros Paulistas. Há uma possibilidade real de termos novamente quatro Ministros Paulistas. Esses quatro têm no Ministro Dias Toffoli o seu já Decano. É o Decano entre os Paulistas. E daqui a 10 anos esses quatro Ministros estarão entre os cinco mais antigos do Supremo Tribunal Federal. Ou seja, a importância do Judiciário, da

Academia Jurídica de São Paulo, estará representada, dentre cinco, os quatro Ministros mais antigos do Supremo Tribunal Federal pelos próximos 15, 20 anos, depois desses 10 anos.

Como bem disse o Ministro Herman Benjamin, nós não chegamos aonde chegamos sozinhos. Chegamos porque nossas famílias acreditaram em nós, porque tivemos uma boa formação jurídica - como eu tive em Bauru-, porque amigos estenderam as mãos.

E a Justiça Paulista - é importante se dizer isso -, ela tem essa qualidade por ter boas Faculdades. Dentre as grandes Faculdades de Direito do país, boa parte delas está dentro do Estado de São Paulo.

Assim como o Tribunal de Justiça nos reconhece, é momento de nós reconhecemos o Tribunal de Justiça. A arquitetura deste salão e deste edifício, da Casa da Justiça paulista, diz muito sobre o Tribunal de Justiça. Fala sobre tradição, fala sobre história, fala sobre integridade. A Justiça Paulista é reconhecida por sua história, por sua integridade, por seu zelo com a coisa pública, a administração dos recursos públicos. É reconhecida pela qualidade dos seus Magistrados, é reconhecida pelas boas fundamentações das suas decisões. Nós não vemos na Justiça Paulista situações que envergonhem o Judiciário brasileiro. Nós podemos ter discordâncias em relação a posições, mas a Justiça Paulista orgulha o Judiciário brasileiro. Por quê? Porque ela tem grandes Juízes, ela tem uma tradição, ela tem uma história, ela tem um norte, ela tem envergadura. E essa história é representada pelos anciãos do Judiciário, e esses anciãos, preparando as novas e futuras gerações de Juízes e Desembargadores.

Eu faço esse elo entre o Decano dos Paulistas no Supremo, o presente do Judiciário Paulista e muito do futuro do Judiciário Paulista. Porque eu queria deixar registrado um terceiro aspecto: além do agradecimento, além do reconhecimento, o comprometimento. Vossas Excelências, aos nos honrarem, também nos fazem estar comprometidos com o Judiciário Paulista: em colaborar com o Judiciário Paulista, em ajudarmos na integração do Judiciário Paulista com o Judiciário Nacional, em sermos, porta-vozes do que de bom é feito no Judiciário Paulista, a sermos, por vezes, vozes dissonantes de correções e novos rumos que podem se abrir ao Judiciário Paulista, de ajudar nesse fortalecimento do Judiciário Paulista junto ao país como um todo, em sermos agentes que colaborem para que essa boa tradição e essa boa raiz que gera frutos desse Judiciário gere novos frutos nos Tribunais Superiores, no Supremo Tribunal Federal e, mais do que isso até, na colaboração com o Judiciário Nacional como um todo.

Então, certamente eu, o Ministro Herman Benjamin e o Ministro Antonio Carlos, ao mesmo tempo em que estamos aqui gratos, nos dizemos comprometidos.

Acesso ao Sumário

Eu fiz boa parte da minha carreira jurídica fora do Estado de São Paulo, mas as raízes são do Estado de São Paulo, a família é de São Paulo, os amigos em boa medida são de São Paulo. Um respeito grande por São Paulo. E tenham certeza, Eminentes Desembargadores e Juízes Paulistas, que muito nos honra representar São Paulo na Suprema Corte, muito nos honra representar São Paulo no Judiciário Brasileiro e muito nos honra, e continuará nos honrando, servir ao país, sem esquecer, antes de tudo, que somos paulistas.

Então o nosso agradecimento à Justiça de São Paulo, nosso agradecimento aos filhos de São Paulo que compõem este Tribunal e o nosso reconhecimento a este Tribunal. E, ao longo dessa gratidão e desse reconhecimento, o comprometimento em também buscar honrar essa Justiça.

A Desembargadora Sílvia Rocha nos falou da virtude da Justiça. A Justiça não é simplesmente o que está na lei. Ela é um valor, ela é uma virtude, em ajudarmos essa virtude que São Paulo emite para o país prosseguir, continuar e se fortalecer.

Meu muito obrigado e uma boa tarde e noite a todos os meus amigos e amigas aqui presentes.

RICARDO MAIR ANAFE (Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso de encerramento por ocasião da "Outorga do Colar de Mérito Judiciário aos Ministros André Luiz de Almeida Mendonça, Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin e Antonio Carlos Ferreira" (Cerimônia realizada em 12.06.2023).

Boa tarde.

Eu vou procurar ser breve, mas hei de cumprir o protocolo. Gostaria, de antemão, de cumprimentar Sua Excelência, José Antonio Dias Toffoli, Ministro do Supremo Tribunal Federal, que, sempre que pode, prestigia o Tribunal de Justiça de São Paulo. É uma honra recebê-lo, Ministro.

Acesso ao Sumário

Cumprimentar o Ministro Paulo Dias de Moura Ribeiro, do Superior Tribunal de Justiça. Ele sempre prestigia São Paulo, até porque São Paulo é sua casa - foi Juiz do Estado de São Paulo, foi desembargador neste Tribunal e é conhecido como "Embaixador do Tribunal de Justiça" no Superior Tribunal de Justiça.

Cumprimentar Sua Excelência, o Doutor Fábio Pietro, que é Secretário de Estado da Justiça e Cidadania, representando Sua Excelência, o Governador do Estado de São Paulo.

Cumprimentar Sua Excelência, o Desembargador Guilherme Gonçalves

Strenger, Vice-Presidente do Tribunal de Justiça. Cumprimentar Sua Excelência, o Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia, Corregedor-Geral da Justiça. Cumprimentar Sua Excelência, o Desembargador José Carlos Xavier de Aquino, Decano do Tribunal de Justiça. Vossa Excelência tem o título de Decano mesmo. Regimentalmente, Vossa Excelência é o nosso Decano e é o nosso ancião. Cumprimentar Sua Excelência, o Desembargador Artur Beretta da Silveira, Presidente da Seção de Direito Privado. Cumprimentar Sua Excelência, o Desembargador Wanderley José Federighi, Presidente da Seção de Direito Público. Cumprimentar Sua Excelência, o Desembargador Francisco José Galvão Bruno, Presidente da Seção de Direito Criminal. Cumprimentar Sua Excelência, a Desembargadora Sílvia Rocha, Oradora do Tribunal de Justiça, que não sei se eu devia cumprimentar muito, porque fiquei sem nada para falar, me deixou em uma situação muito difícil. Foi fantástico o discurso, realmente, invejável.

Cumprimentar Sua Excelência, o Doutor Mário Luiz Sarrubbo, Procurador-Geral da Justiça do Estado de São Paulo, nosso amigo, sempre presente nos momentos mais importantes.

Cumprimentar todas as Autoridades que já foram declinadas. Cumprimentar os Desembargadores, as Desembargadoras, os Juízes, os Membros do Ministério Público, os Defensores Públicos, os Advogados, as Autoridades Civis, Militares, Servidores da Justiça, minhas Senhoras e meus Senhores.

Por derradeiro, hei de cumprimentar Suas Excelências, os homenageados, o Ministro André Mendonça, o Ministro Herman Benjamin e o Ministro Antonio Carlos Ferreira.

Para o Tribunal de Justiça, é uma honra conceder o Colar do Mérito Judiciário para Vossas Excelências. Como Vossas Excelências percebem, os Membros do Conselho Superior da Magistratura estão de veste talar completa, porque o Colar do Mérito Judiciário só pode ser utilizado junto com a veste talar completa, tamanha a grandeza, a importância e a representação da medalha.

A concessão se sucede pelo Colendo Órgão Especial - temos alguns integrantes do Órgão Especial aqui presentes.

Quem agradece é o Tribunal de Justiça, porque são três grandes personalidades, três grandes personalidades de São Paulo. Eu, como Sua Excelência, o Ministro Herman Benjamin, não nasci em São Paulo. Sua Excelência nasceu na Paraíba. Eu nasci no Rio de Janeiro. Vim para cá com seis meses, está certo, um pouco antes de Vossa Excelência, mas São Paulo, para mim, é a terra-mãe, é a terra onde meus pais me criaram, é a terra onde meus filhos nasceram, os meus netos nasceram. São Paulo me deu tudo.

Sou Juiz há 38 anos e tenho a dizer que sou Juiz de São Paulo com muito, muito orgulho. Tenho uma paixão por este Tribunal que, no ano que vem, completará seu sesquicentenário.

Acesso ao Sumário

Falando das virtudes da Justiça, os vitrais laterais desta sala imponente representam as sete virtudes da Justiça. Neste Salão Manoel da Costa Manso, onde se celebra esta solenidade, também é onde se realiza o Órgão Especial que, após a proposta da concessão da medalha passar pela Comissão de Honraria e Mérito, aprovou essa Medalha. E ele aprova essa Medalha guardando os fundamentos da cultura jurídica que essas pessoas ostentam e que representam para São Paulo e para o País.

E olhando para Sua Excelência, o Doutor Fábio Prieto, lembro-me do Brasão de São Paulo, *PRO BRASIL/A FIANT EXIMIA*. Ou seja, "pelo Brasil, façamos o melhor". E é isso que representa a Medalha do Mérito Judiciário. Nós queremos uma representação para o Brasil, para São Paulo, e esse é o orgulho do Tribunal.

Outro fundamento é a integridade, sem sombra de dúvida. E Vossas Excelências são exemplos de integridade, não há menor dúvida. Exemplos de cultura jurídica, aliás, bem colocada, por inteiro, pela desembargadora Silvia Rocha, a experiência toda que traz cada um da sua área, da Advocacia-Geral da União, do Ministério Público, da advocacia, ingressando no Superior Tribunal de Justiça. É uma experiência única de pessoas cultas, íntegras e que são, acima de tudo, comprometidas com o Poder Judiciário. Estar comprometido com o Poder Judiciário não diz respeito ao Poder Judiciário de São Paulo, diz respeito ao Poder Judiciário Brasileiro. É um comprometimento de integridade, de retidão e de proposição. É um comprometimento que vai muito além do que se pode imaginar, e é tudo aquilo que se espera de um Juiz, porque nós, Ministros, Desembargadores, nós somos Juízes, nós somos Magistrados. E o que se espera de um Magistrado é a cultura jurídica, é a integridade, é a retidão e, acima de tudo, que sempre, sob qualquer circunstância, procure dar o melhor de si, porque ninguém pode ir além disso.

Então, para São Paulo, é uma honra imensa e quem agradece, e eu agradeço em nome do Tribunal de Justiça de São Paulo, a possibilidade de conceder essa honraria e, sem sombra de dúvida, o Povo Paulista também agradece.

Muitíssimo obrigado, Ministro André Mendonça, Ministro Herman Benjamin e Ministro Antonio Carlos Ferreira.

Muitíssimo obrigado por terem me ouvido e terem sido tão generosos.

Declaro encerrada esta solenidade.

Obrigado.

Acesso ao Sumário

GERALDO FRANCISCO PINHEIRO FRANCO (Desembargador)

Discurso proferido por ocasião da Inauguração de seu retrato na Galeria de Ex-Presidentes do Tribunal de Justiça (Cerimônia realizada em 15.06.2023).

Senhor Presidente:

Cumprimento a todos que me honram com suas presenças nas pessoas de Vossa Excelência, do E. VicePresidente, do Corregedor Geral da Justiça e dos demais ínclitos membros do Conselho Superior da Magistratura.

Fernando Pessoa escreveu que "o valor das coisas não está no tempo que elas duram, mas na intensidade com que acontecem. Por isso existem momentos inesquecíveis, coisas inexplicáveis e pessoas incomparáveis".

O momento presente será inesquecível.

Esta sala encerra muitas emoções. Aqui prestei o exame oral para ingresso na magistratura, nos idos de 1980, e aqui vejo a expressão serena de meu amado Pai, Nelson Pinheiro Franco, que acompanha, não tenho dúvida, com minha amada Mãe, esta solenidade a um só tempo especial e carinhosa.

Nunca imaginei chegar à presidência da Corte. Mas fui eleito pelas mãos de Deus, que me concedeu essa graça, e de diletos colegas que acreditaram no meu desejo de trabalhar por nosso Judiciário. E fui muito feliz, embora os cabelo tenham embranquecido de vez.

E creio ter cumprido o mandato outorgado no limite de minhas possibilidades. Trabalhei diuturnamente pela grandeza da Corte, com a responsabilidade de mantê-la no pedestal maior, fruto da missão de meus antecessores. Sempre tive em mente que o Presidente do Tribunal deve despir-se da pessoalidade para servir à Instituição, fornecendo todos os meios para que seus Membros, Magistrados e Servidores, possam atuar por Ela com tranquilidade, compromisso, responsabilidade e afinco, sempre com olhos na sociedade, em busca da paz social almejada por todos.

E assim é no nosso Tribunal, que nos orgulha e é admirado com respeito pelo cidadão de São Paulo.

Aqui contei com o apoio dos Membros do Conselho Superior da Magistratura, Desembargadores Soares de Mello, Ricardo Anafe, Xavier de Aquino, Dimas Fonseca, Paulo Magalhães e Guilherme Strenger. Nunca vou esquecer o respaldo que deram à Presidência, agindo em conjunto para o bem comum.

Passamos, juntos, por momentos de verdadeira provação, que, graças aos céus, ficaram no passado. O fechamento da Corte, com olhos na saúde de todos, foi um dos marcos de maior impacto, creio. Era necessário. Preservamos a saúde. Só por isso podemos afirmar que os sacrifícios valeram.

Acesso ao Sumário

Contei sempre com o apoio dos Juízes e Juízas Assessores, competentes, probos, compromissados, amigos para a vida:

Rodrigo Nogueira, João Baptista Galhardo, Roger Pellicani, Fernando Tasso, Alexandre Andretta, Carlos Lora Franco, Claudia Menge, Claudia Chamorro, Gabriel Sormani, Gustavo Teodoro Iberê Dias, José Augusto Genofre, Juliana Marzagão, Luiz Augusto Teotônio.

Recebi o apoio dos Desembargadores e Desembargadoras, desde a primeira hora cientes das dificuldades que enfrentamos, seja na administração, seja quanto à saúde pública. Destaco, em especial, o trabalho diuturno dos Integrantes das Comissões de Trabalho. Magistrados e Magistradas voltados tão só ao interesse público.

Também aos Juízes e Juízas de Direito de todo Estado, que fizeram a justiça presente em todo tempo, meu reconhecimento.

Destaco, igualmente, o reconhecimento pelo trabalho dos secretários e secretárias, incansáveis, e que me auxiliaram com competência na administração da Corte.

Cláudia Braceio, Franco Martins, Adriano Pissolatto, Edivaldo Sartori, Elisa Matsuse, Fábio Makoto, Pedro Cristóvão Pinto, Rosana Barreira, Rosely Padilha, Suliene Chiconelli, Renato Kuba, Carmen Corbillon.

Uma lembrança especial ao Senhor Chefe da Assessoria Militar do Tribunal, Coronel Mendes, homem admirável, de uma simplicidade encantadora e de uma postura marcante. Assim como de sua brilhante equipe.

Um olhar para a senhora Rosângela Sanchez e sua equipe, impecáveis em preservar a Corte e dar a ela a publicidade que a população deseja e tem direito. Contribuem assim para que o Tribunal se aproxime do cidadão, destinatário maior de nosso trabalho.

Da mesma forma, as senhoras Advogadas, Dras. Pilar Lopes Cid e Solange Sugano, defensoras intransigentes dos direitos do Tribunal e de uma competência ímpar, dando plena segurança à administração.

Marquinhos, agente de segurança, que me acompanhou desde antes da corregedoria até meu último dia na presidência. De uma lealdade e amizade ímpares. Viajamos muito por esse Estado de São Paulo à época da corregedoria geral e engordamos juntos, um pouco em cada comarca visitada.

Aos Amigos da Copa que sempre trazem um sorriso e um momento de descontração no atribulado dia, meu abraço fraterno.

Aos servidores do Tribunal, que fizeram de tudo para que a Corte continuasse a prestar sua jurisdição em alto nível e com competência reconhecida, meu destaque especial. Souberam entender as dificuldades do momento, todas elas, e arregaçaram as mangas em favor da Corte.

Ninguém, senhor Presidente, como Vossa Excelência referiu dias atrás, faz nada sozinho. Ouvi do Filósofo Mario Sérgio Cortela uma referência importante sobre isso, com origem em um ditado africano: "se você quiser ir rápido, vá sozinho; se quiser ir longe, vá com alguém".

Devo muito a todos. E talvez nunca consiga agradecer o bastante. Eu era apenas parte de uma equipe, de uma engrenagem, cujos membros procurei valorizar a cada instante. E eu era a parte mais velha, dispensável, o que é pior.

Aprendi com eles todos os dias. Agiram sempre em conformidade com os preceitos que regem a honra, o dever, a probidade, a dignidade e a integridade. Nunca vou esquecer do carinho e da lealdade de cada um, todos atuando em prol de nosso amado Tribunal, sem nenhuma outra intenção.

A hora é de finalizar (já se passaram 5 minutos) e agradecer por essa adorável solenidade. Minha fotografia, pena, acabou por tirar a beleza do evento, mas não há mágica a fazer.

Agradeço a todos que aqui estão pela simpatia da presença, demonstração de afeto que me toca. À minha esposa, Maria Fernanda, que acompanhou *pari passu* todos os momentos e todas as dificuldades enfrentadas, sempre com uma palavra de esperança, de apoio, de companheirismo, de tranquilidade e de amor. Sem ela teria sido muito mais difícil. Meus filhos, Juliana, Fabiana, Juliana e Felipe, estes filhos do coração, meu amor e minha gratidão. A juventude de vocês me permite trilhar caminhos novos e nunca imaginados.

Agradeço a Vossa Excelência, caríssimo Presidente, pelas palavras delicadas, gentis, que estão inscritas em meu coração e o cumprimento pela notável administração empreendida na nossa Corte.

Obrigado por me ouvirem.

RUBENS RIHL PIRES CORRÊA (Desembargador)

Discurso em nome do Tribunal de Justiça, por ocasião da Posse Solene do Desembargador Maurício Fiorito (Cerimônia realizada em 20.06.2023).

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE, DES. RICADO MAIR ANAFE, DIGNÍSSIMO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, apresento minhas saudações e, por intermédio deste ato, cumprimento as demais autoridades dos órgãos de cúpula e de direção presentes;

Excelentíssimo Desembargador Maurício Fiorito, também apresento

meus cumprimentos, extensível aos demais colegas e amigos de magistratura;

Ilustríssima Senhora Sonia Murari Fiorito, digníssima genitora do eminente Desembargador empossado, deixo minhas homenagens, ampliando-as aos demais familiares e convidados;

Senhores funcionários desta E. Corte, demais autoridades, Senhoras e Senhores:

Coube a mim, com muita honra, trazer a todos algumas palavras de boas-vindas ao colega Fiorito – **permitam-me chama-lo assim** – que hoje galga mais uma etapa de sua exitosa carreira. Falar de sua Excelência é cuidar de **um modo de vida bem-humorado, capaz de se adaptar aos difíceis cenários, de muito trabalho, estudo e de desafios.**

A referência da forma divertida de ver a vida deve-se a maneira com que interage com nossas brincadeiras lá nos gabinetes do MMDC. Para contextualização de todos, criamos uma espécie de mitologia por lá, uma forma de explicar "nosso mundo". O prédio tem seus gabinetes distribuídos, basicamente, entre os gabinetes dos Juízes Substitutos em Segundo Grau e dos Desembargadores. Os primeiros, nos primeiros andares. Os segundos, nos superiores. Assim, no melhor estilo da antiga Escócia e da série "Game of Thrones", temos as "Terras Baixas" e as "Terras Altas" no prédio. Essa história surgiu quando o Desembargador Maurício Fiorito chegou por lá, em meados de 2012. Foi o primeiro habitante das "Terras Baixas" e a partir disso, tivemos assuntos dos mais diversos e divertidos, sempre com sua colaboração nas brincadeiras. Não bastasse isso, Sua Excelência nasceu em 2 de fevereiro, conhecida e festiva data do Estado da Pensilvânia, EUA, que foi eternizada no filme "Feitiço do Tempo", quando se comemora o "Dia da Marmota". Não preciso me alongar sobre o volume de conversas que decorre daí. Não mencionarei a "Pedra de Sacrifício Inca", em razão do tempo. Enfim, é o lado divertido do empossado.

Quanto ao trabalho, é conhecido – e aqui, a referência é séria – como um **"Trator"**. Quem aquilata isso são vários Presidentes da Seção de Direito Público que constataram e contaram com a sua colaboração. Com ilustração, entre 26 de julho de 2012, quando se tornou Juiz Substituto em Segundo Grau, até 24 de maio de 2023, o Desembargador Maurício Fiorito proferiu **18.980 votos, a razão de 5 votos por dia transcorridos**, isto é, sem considerarmos os finais de semana, feriados e os períodos em que esteve afastado para prestar serviços junto ao Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, outra E. Corte frequentada pelo empossado. Se levarmos em conta essas variáveis, **produção diária será maior** e isso é para poucos. **Daí, o destaque.**

Sua **dedicação aos estudos** também é reveladora de suas qualidades. É Professor na Escola Judiciária Eleitoral do TRE/SP; é Mestre em Direito Constitucional e Eleitoral, especialista em Direitos Difusos e Coletivos, Coordenador

Acesso ao Sumário

do Observatório da Democracia da Universidade Nove de Julho, além de ter participado de diversos seminários, congressos, palestras etc.

Sua história apresenta sua determinação por vencer **desafios**, os quais já foram e serão **gigantescos.** Não somente para o Digno empossado. Afirmo isso para todos nós, magistrados e servidores deste E. Tribunal. Tenho como base algumas reflexões. Ray Dalio[1] já alertou que

"Os novos tempos serão radicalmente diferentes daqueles em que vivemos"

Exemplos disso são os fenômenos naturais inesperados (doenças, escassez de alimentos, inundações, dentre outros), variáveis essas que exigirão, como exigiram das instituições, e dos magistrados e funcionários em particular, séria consideração. Esses elementos já são por si só mais impactantes que muitas guerras e depressões econômicas. O relacionamento humano se modificou e o contato físico entre pessoas diminuiu consideravelmente. A sociedade possui outros valores hoje.

Outra visão desses obstáculos relaciona-se com o seguinte questionamento: Como lidar com a **Inteligência Artificial Geral** (AGI) e a temida **Superinteligência Artificial** (ASI) onde, até o momento, não há sequer regras ou mesmo parâmetros? Não bastasse o estágio atual do Chat-GPT, que caminha para a sua 5ª versão pública (um exemplo de Inteligência Artificial Geral), em breve poderemos encontrar a Superinteligência, com plena e autônoma consciência, originalidade, distinção ou, como dizem os técnicos, **com singularidade**. Para termos uma noção do quanto tais ferramentas avançaram – e clamo o testemunho da nossa Presidência – em recente encontro com o **Dr. Tito Arciniega, Vice-Presidente de vendas coorporativas da empresa Microsoft para a América Latina**, soubemos que a IA avança na aquisição de conhecimento de forma **ultra-humana**, isto é, para **cada mês de aprendizado, a máquina absorve 10 anos de conhecimento humano**. E não me surpreenderei se no segundo semestre de 2023, essa absorção possa cair para **15 dias**.

Harari[2] já disse que a IA é ainda um **"bebê"** perto do potencial de desenvolvimento que possui. Ela funcionava vinte e quatro horas por dia, sete dias por semana, não precisa comer, descansar ou mesmo tirar férias. Não temos como competir com ela, pelo menos na mesma raia.

Com as respostas prontas e pesquisadas que recebemos desses instrumentos, teremos pensamento crítico suficiente ou seremos levados a um comodismo? Com o Sistema de Justiça se comportará em face de tamanha mudança?

1 Princípios para a ordem mundial em transformação, e-book, Editora Intrínseca, Avid Reader Press, 2022, gestor e fundador da Bridgewater Associates, a maior e mais lucrativa gestora de hedge funds do mundo.

2 Entrevista de Yuri Hoah Harari dada em 19 de maio de 2023 para a Fundação Francisco Manoel dos Santos (FFMS) – https://youtu.be/4hIDiVDww4

São desafios dessa magnitude que teremos à frente. No entanto, contamos com caminhos e alternativas para tirar o melhor dessas ferramentas e continuarmos no controle, ainda que parcial, de tudo isso.

1. Devemos desenvolver algumas capacidades, como por exemplo, a de temos consciência de que **nenhuma habilidade será segura nem garantirá sucesso permanente;**
2. Precisaremos sempre estudar, aprender e nos adaptar ao novo; dedicarmos tempo e recursos para nosso **desenvolvimento humano**, o que nos diferencia da IA e
3. Sermos capazes de acompanhar tudo **com leveza e humor**.

Em outras palavras, **tentarmos ser um pouco do que o E. Desembargador Fioirito é**.

Certo de que o Sr. Felisberto Fiorito (falecido), a Sra. Sua mãe Sonia Murari Fiorito, a Sra. Luciane Ferrari de La Pietra Fiorito, esposa, e os filhos Lara e Enrico hoje estejam orgulhosos de Sua Excelência, desejo ao novo Desembargador do C. TJSP o sucesso sempre presente em sua vida e que seja muito feliz.

Muito obrigado!

MAURÍCIO FIORITO (Desembargador)

Discurso por ocasião da sua Posse Solene como Desembargador (Cerimônia realizada em 20.06.2023).

Excelentíssimo Senhor Desembargador Ricardo Mair Anafe, Digníssimo Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por quem saúdo todas as autoridades e peço permissão para, em seu nome, também saudar os amigos, servidores e familiares aqui presentes.

Antes da minha oração, gostaria de tranquilizar a todos, para garantir que serei breve.

Acesso ao Sumário

Quero inicialmente agradecer ao meu amigo Rubens Rihl pelas gentis palavras à minha pessoa dirigidos, elogios que me encheram de orgulho e emoção, e muitas delas, tenho certeza, não sou merecedor.

Conforme os anos passam, mais reflito sobre a vida e caminhos que percorrem ao longo dela.

Uma das peculiaridades do envelhecimento é de conhecer amigos há muito tempo, alguns há mais de 50 anos.

Confesso que faço constantemente uma análise, mesmo que de forma involuntária, da minha pessoa e de todos que são próximos, de como fomos nos transformando ao longo do tempo.

Noto, até uma certa facilidade, que minha vida e a de meus amigos e conhecidos reflete perfeitamente as escolhas que fizemos em cada momento de nossa jornada, principalmente a partir da adolescência.

Pablo Neruda já dizia que "somos livres para fazer nossas escolhas, mas prisioneiros das consequências".

Estas escolhas são feitas, inicialmente, pela educação que tivemos com nossos pais, parentes próximos e professores; mais tarde, pelos bons amigos e por aquela voz que ouvimos, mesmo sem saber de onde exatamente partiu.

Trabalhar logo cedo, estudar muito ou tentar aproveitar a vida com tudo que ela pode oferecer; fazer uma faculdade; qual faculdade; fazer ou não estágio; namorar, casar, ter filhos; fazer um mestrado ou doutorado; ou partir com tudo para o mundo nada amigável e tentar dominá-lo.

Passados muitos anos, cada um, diante das escolhas que fez, moldou sua jornada e duas opções transformaram sua vida em uma estrada mais ou menos árdua, mais ou menos financeiramente bem sucedida, com mais ou menos amigos, com mais ou menos alegria, cultura, religiosidade e saúde.

Cada um fez as escolhas que entendeu pertinentes e hoje é produto e reflexo delas.

A felicidade é sensação muito subjetiva e necessariamente não depende do acúmulo de fortuna.

Ao final espero que eu e meus amigos cheguemos à conclusão que, no balanço da vida, haja menos arrependimento, menos mágoa, menos sensação de ter seguido o caminho errado, menos rancor.

De minha parte, acredito que, quase como todos, carrego vários arrependimentos, mas trago algumas boas certeza das opções que fiz durante minha jornada.

Fiz a escolha da faculdade de Direito, de estudar muito e optar pela Magistratura com minha profissão de fé, e não me arrependo nem um segundo de ter escolhido as Comarcas de Iguape, Ubatuba, São Bernardo do Campo, das Sucessões e Família da Capital, do Tribunal Regional Eleitoral e, finalmente, em Segunda Instância, da Seção de Direito Público.

A decisão pela Magistratura me engrandeceu, me tornou uma pessoa com uma visão ímpar do mundo, onde cada lado merece sempre uma oportunidade de expor e defender seu ponto de vista.

A Magistratura, financeiramente, me deu tudo o que possuo, me presenteou com grandes e verdadeiros amigos e trouxe a possibilidade de conhecer minha esposa, Luciane, que, por sua vez, deu-me de presente meus filhos Lara e Enrico.

A Magistratura encheu de orgulho meus pais e avós, sendo uma espécie

Acesso ao Sumário

de bússola para os meus filhos e amigos.

A Magistratura me proporcionou a possibilidade de acompanhar a evolução tecnológica de forma peculiar.

Como muitos hoje aqui, sou do tempo que internet, celular, e-mail, computador e redes sociais não existiam.

Lembro das pequenas fichas com jurisprudência que levávamos às distantes comarcas, do mimeógrafo, do Diário Oficial impresso – que às vezes só chegava depois do almoço – e das intermináveis filas da distribuição e protocolo.

Lembro da sensação de ter visto o primeiro 286 tela fosca e a surpresa ao saber, já na capital, da digitalização dos processo e, mais recentemente, da possível utilização da inteligência artificial no mundo jurídico.

Percorri, junto com meus colegas, uma viagem inacreditável. E, ansiosamente, estou pronto para o que ainda nos espera.

Outra decisão que não me arrependo, caro Senhor Presidente e amigos, foi a de, mesmo com cabelos brancos, ingressar no Mestrado e agora no Doutorado, passos esses copiados de meu pai que, após um dia de trabalho e com filhos pré-adolescentes, resolver fazer duas faculdades à noite, para melhor enfrentar os desafios que já se mostravam presentes.

A volta à vida acadêmica me enriquece a cada dia e, confesso, aprendo mais do ensino.

E assim sendo, quero agradecer meus pais, Felisberto e Sonia, pelos ensinamentos de retidão e responsabilidade perante a vida, ensinamentos muitas vezes não verbalizados, não apenas demonstrados por simples gestos e atitudes.

Devo principalmente a eles todas as boas escolhas que fiz e que vou fazer neste mundo.

Quero agradecer meu irmão Marcelo pelo companheirismo e por me dar lições de como encarar o mundo de forma mais leve e positiva.

Quero agradecer meus queridos bons amigos que tanto me ensinaram e apoiaram.

Quero agradecer os servidores que me acompanharam e deram os melhores anos de suas vidas à causa da Justiça.

Quero agradecer, ao final, minha esposa, Luciane, e meus filhos, Lara e Enrico, minha melhor escolha, que deram um sentido à minha existência neste mundo e que me fazem, a cada dia, mesmo sabendo ser impossível, querer ser imortal.

A todos o meu muito obrigado.

Acesso ao Sumário

GUILHERME GONÇALVES STRENGER (Vice-Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso proferido por ocasião da Inauguração do retrato do Desembargador Luís Soares de Mello na Galeria da Vice-Presidência do Tribunal de Justiça (Cerimônia realizada em 22.06.2023).

Boa tarde a todos.

Excelentíssimo Senhor Desembargador Ricardo Mair Anafe, Presidente desta Corte, na pessoa de quem peço licença para saudar todos os membros do Conselho Superior da Magistratura, demais autoridades já nominadas, Desembargadoras, Desembargadores, Juízas, Juízes, membros do Ministério Público, Defensores Públicos, advogados, servidores e, em especial os familiares e amigos do Desembargador Luís Soares de Mello Neto.

Minhas Senhoras e meus senhores.

A solenidade que esta Corte realiza nesta data, ao inaugurar o retrato do eminentíssimo Desembargador Luís Soares de Mello Neto, na Galeria da Vice-Presidência, em razão do exercício de seu mandato neste honroso cargo no biênio 2020/2021, além de assumir especial importância perante os magistrados e servidores, reforçando o grau de pertencimento à nossa instituição, é um reconhecimento à excelência do trabalho desempenhado pelo homenageado. A memória institucional contribui para o fortalecimento e a independência do Poder Judiciário, não raras vezes alvo de críticas infundadas e tentativas de ingerências de outros poderes.

Não se constrói o futuro sem, no presente, conhecer o passado.

'Aliás. como bem afirma o historiador francês Maurice Halbwachs, ao lado de uma história escrita, há uma história viva que se perpetua e se renova através do tempo. Cada memória individual é um ponto de vista sobre a memória coletiva. Segundo ele, a galeria de dirigentes da instituição é mais que um registro fotográfico, é uma expressão complexa do líder, liderados e projetos na história da atividade oficial. É essa história que não se pode perder.

E como nos ensina Camões na obra "Os Lusíadas", a lei da morte é o esquecimento. Por isso, temos o dever fundamental de não-esquecimento, para que não sejam perdidos ou sepultados bens materiais e imateriais, fatos e personalidades que, por obras valorosas, construíram e conferem identidade a nossas instituições judiciárias.

Para quem, como eu, juiz por convicção e vocação, há mais de 42 anos, ter tido a ventura e o privilégio de acompanhar a trajetória do Desembargador Luís Soares, além de privar de sua amizade fraterna, a hora deste testemunho é particularmente de extrema emoção.

Confesso a minha particular alegria e prazer, porque estou abrindo o meu

coração para homenagear meu querido e fraterno amigo Desembargador Luís Soares de Mello Neto, por todos nós tratado carinhosamente como Luisinho, nesse momento marcante na sua vida.

O desembargador Luís Soares possui uma inteligência privilegiada, além de uma sólida formação humanística e permanente cultura jurídica. Foi primeiro colocado no seu Concurso de Ingresso na Magistratura.

Nomeado Juiz Substituto em 29 de outubro de 1979, trabalhou nas Comarcas de Campinas, Jundiaí, Laranjal Paulista, Capivari, Lorena, Diadema e na Capital, como titular da 9ª Vara da Fazenda Pública. Trabalhou em assessorias no Conselho Superior da Magistratura e no Tribunal Regional Eleitoral. Foi juiz eleito do TRE, suplente e depois efetivo, na classe titular da capital. Também em Segunda Instância, esteve por seis anos no Primeiro Tribunal de Alçada Cível e por cinco anos no saudoso Tribunal de Alçada Criminal. Assumiu o cargo de desembargador em 2005. Atuou como membro eleito do Órgão Especial, gestão 2012/2014. Participou de inúmeras comissões desta corte, especialmente em Informática, entre 2003 e 2017. Foi também coordenador de Informática e do Núcleo de Estudos de Direito Digital na EPM (gestão 2018/2019).

É daquelas pessoas que se destacam, pela sua coragem e energia contagiante. Além de não transigir com o erro, não se conforma com a intolerância, registrando sempre sua indignação perante as injustiças. É um magistrado modelo, que sabe aplicar o direito.

Tive a honra de participar da gestão passada, na qualidade de Presidente da Seção de Direito Criminal. Presenciei de perto o amor e a dedicação ao Judiciário, do Desembargador Luís Soares de Mello, no exercício do cargo de Vice- Presidente desta Corte.

Grandes tragédias impulsionam grandes transformações. E no Poder Judiciário não foi diferente. A pandemia modificou substancialmente o nosso Tribunal de Justiça, promovendo significativos avanços, em curto espaço de tempo.

Graças à atuação firme e permanente do Conselho Superior da Magistratura, presidido pelo eminente Desembargador Geraldo Francisco Pinheiro Franco, foram implementadas as medidas necessárias e regulamentado o funcionamento da Corte conforme a crise sanitária se agravava, mediante a edição de inúmeros atos administrativos.

O trabalho comprometido e incansável dos Magistrados e Servidores possibilitou que o TJSP atravessasse o período pandêmico sem que houvesse solução de continuidade na prestação jurisdicional, com altíssima produtividade e na mais estrita segurança.

Sou testemunha do trabalho e da dedicação do Des. Luis Soares, neste período, enfrentando todas as adversidades e não esmorecendo em momento algum. Como seu sucessor, posso afirmar que, o legado de eficiência que encon-

Acesso ao Sumário

trei, em muito vem facilitando a minha gestão.

Aliás, a Vice-Presidência hoje possui uma estrutura sólida e eficaz graças aos esforços contínuos e ingentes de todos os que nos antecederam.

Na emoção ínsita deste momento, também quero dar o testemunho sobre o Des. Luis Soares, do homem camarada e sensível, além do amigo de todas as horas, sempre disposto a ouvir. É uma pessoa de personalidade diligente, de raciocínio rápido e preciso, solidária, fraterna e generosa. Homem de firmeza de caráter, princípios sólidos, além de postura ética e moral inquebrantável.

De outra parte, são conhecidas de todos nós suas grandes paixões, sua esposa e companheira, a doce Juju, seus filhos Martina e Rodolfo, seus netos Heloisa e Oto, além das viagens, obviamente.

Uma lembrança especial, também, aos saudosos pais do nosso homenageado, hoje certamente presentes espiritualmente, Dr. Luís Soares de Mello Jr, Secretário-Diretor Geral desta Corte, no período de 06/08/1964 a 16/05/de 1979 e Dona Vera Vuolo Soares de Mello, que souberam transmitir aos filhos valores sólidos.

Inegavelmente, a história do homem está em suas ações e no exemplo de vida que deixa. Seguindo este parâmetro é justo afirmar que o Desembargador Luís Soares soube registrar seu nome na história desta Corte e deixou a Vice-Presidência cercado do respeito, da admiração e da estima dos seus pares e servidores.

Finalizo minha fala com versos de Virgílio, poeta da língua latina:

"Enquanto os rios correrem para o mar,
Os montes fizerem sombra aos vales
E as estrelas fulgirem no firmamento
Deve durar a recordação
Do benefício recebido
Na mente do homem reconhecido."

Muito obrigado a todos.

LUÍS SOARES DE MELLO (Desembargador)

Discurso proferido por ocasião da Inauguração de seu retrato na Galeria da Vice-Presidência do Tribunal de Justiça (Cerimônia realizada em 22.06.2023).

Exmo. Sr. Des. Presidente do Tribunal de Justiça, **Des. Ricardo Mair Anafe**, Exmo. Sr. **Des. Geraldo Francisco Pinheiro Franco**, Presidente desta Corte na gestão 2020/2021, Exmo Sr. **Des. Guilherme Gonçalves Strenger**,

Vice-Presidente desta Corte, demais integrantes do Colendo Conselho Superior da Magistratura, **Des. Artur César Beretta da Silveira**, Presidente da Seção de Direito Privado, **Des. Wanderley José Federighi**, Presidente da Seção de Direito Público e **Des. Francisco José Galvão Bruno**, Presidente da minha Seção de Direito Criminal, autoridades em nome de quem permito-me saudar todas as demais já anteriormente nominadas pelo cerimonial.

Na inocência de meus vinte e alguns anos, já o disse outras vezes, quando iniciei minha carreira na gloriosa magistratura paulista, minha maior aspiração, e talvez o maior patamar que julgasse nela acontecer, seria alcançar um posto no Fórum João Mendes, o que efetivamente ocorreu, na saudosa 9ª Vara da Fazenda Pública, mas dali por diante muitos, inúmeros e incontáveis acontecimentos vieram com o decorrer dos anos, e todos eles marcaram minha vida pessoal e profissional, resultando só positividades e alegrias infinitas, que permanecem até hoje vibrantes em meu espírito de magistrado súper entusiasmado, até aqui, como o era no primeiro dia de carreira, recheado de alegria e satisfação com o Poder Judiciário e com a arte de julgar.

E, é claro, a mais importante e dignificante função que exerci não poderia deixar de ser, efetivamente, a de Vice-Presidente da Corte, eleito que fui pelos meus pares para a missão, que foi para mim maravilhosa em absolutamente todos os sentidos, chegando agora a esse momento marcante do descerramento da minha fotografia.

A importância dessa solenidade e cerimônia, até rotineira em quadros do Colendo Conselho Superior da Magistratura, na verdade não me parece maior do que a marca do eterno, em si, que ela deixa na história de nossa amada Corte, e nas figuras daqueles que são homenageados.

É a história fazendo memória, ou a memória fazendo a história.

Nisso reside a importância desse ato, porque ele se protrai indefinidamente no tempo, mostrando a face daqueles que foram os dirigentes da Corte, e que por aqui e em nome de seus pares e eleitores trabalharam para manter o Poder Judiciário de nosso Estado grande e digno, como sempre foi.

E isso, naturalmente, acaba honrando e envaidecendo a todos nós, que então passamos a figurar nesse quadro de honra no portal dessa Vice-Presidência.

Saber, enfim, que em futuro em que não mais estaremos aqui, fisicamente, ainda seremos vistos e até reverenciados por aqueles que exploram os corredores deste Tribunal, dá-nos a sensação de eternidade, de vaidade e do dever cumprido na gestão, especialmente neste terrível tempo de pandemia em que governamos, com todas as dificuldades e adversidades decorrentes dos necessários isolamentos físicos, mas sempre com enfrentamento virtual terrivelmente trabalhoso e muito dificultoso, especialmente ao nascer do surto sanitário, dado que as condições que se nos apresentavam, não só para nós, mas ao mundo todo,

esta a verdade, eram totalmente desconhecidas, e nisso bem soube conduzir de forma absolutamente democrática, o **Presidente Geraldo Pinheiro Franco**, com reuniões constantes e permanentes com o Conselho Superior da Magistratura, que ouvia a todos, para buscar o melhor caminho a ser tomado para esta ou aquela situação.

Afortunadamente, conseguimos atravessar as tormentas, com todas as adversidades, e nosso plantel de juízes e funcionários não só conseguiu dar conta de tudo, como aumentou sensivelmente sua produtividade, para espanto e surpresa de alguns, reflexo da dedicação incansável de todos.

Para mim, embora e nada obstante as dificuldades aqui traçadas, o exercício do cargo foi mais um momento de prazer e satisfação, como tudo o que faço, por ter conseguido continuar a servir a magistratura e nossa Corte com a mesma garra e energia que sempre me motivaram em tudo o que fiz, nos já quase quarenta e quatro anos de carreira, a esta altura.

A cerimônia é simples, nada obstante as marcas que deixa sejam perenes, como disse, por isso é necessário ser breve, mas será impossível deixar de lembrar e valorizar gente que esteve comigo durante toda a gestão, auxiliando-me a bem tocar a marcha frenética que se imprime, por aqui.

Isso porque nenhum ser humano é dotado de capacidade para desenvolver bons trabalhos, se não estiver bem acompanhado por pessoas que lhe auxiliem, quer no plano físico, quer no plano das ideias e, no caso da gestão, quer especialmente no plano virtual.

A Vice-Presidência é um local simplesmente recheado de pessoas do bem, dedicadas ao extremo àquilo a que se propõem, e qualquer comando que viesse de minha parte, sempre era antes bem discutido com essas pessoas, verdadeiras luzes que se dedicam ao Tribunal e à sociedade.

O magistrado que ocupa o cargo do Vice é alternado, mas os funcionários, na sua imensa maioria, ali se mantém por anos, até no anonimato, mas sempre a prestar o bom serviço, daí a importância que eles representam para a direção do Tribunal de Justiça.

Hora de agradecer, portanto, e de fazer o registro de minha extrema felicidade de ter trabalhado com todos e cada um daqueles que aqui relaciono.

TOM ALEXANDRE BRANDÃO, que comandou sempre com bom humor e espírito leve e elevado o meu trio de Juízes Assessores, homem carismático e cativante, sempre com ótima conversa, cheia de conteúdo, um amigo de todas as horas, sabia perfeitamente se colocar, discutir e orientar questões administrativas, muitas vezes pesadíssimas, mas com surpreendente e tremenda experiência, com sua inteligência aguçada e sempre pronto a dar bons palpites e soluções, e até mesmo me corrigir - que ousadia - quando isso se impunha necessário;

Acesso ao Sumário

SWARAI CERVONE DE OLIVEIRA, magistrado e professor preparadíssimo, para além de especial, com conhecimento profundo e genial, cabeça privilegiada mesmo, sempre com soluções para quaisquer problemas jurídicos e com uma capacidade de conhecimento poucas vezes vista em minha vida de magistrado, e que deve até hoje um churrasco em sua casa de campo para nossa equipe;

ALICE GALHANO PEREIRA DA SILVA, quase baiana, pelo menos de espírito, de tanto que está por lá, a delicadeza e doçura em forma de pessoa, cujo grande conteúdo e sensibilidade no trato com os processos de menores acabou por me levar com tranquilidade, agora, a lidar com essa classe de feitos, e ao final da gestão até consegui registrar que obtive pelo menos uma boa intimidade com a matéria.

Pois esses eram aqueles diretamente ligados a mim, sem os quais não teria conseguido desenvolver meu trabalho, de forma a dar cabo de tudo o que tínhamos por aqui.

Ainda, meus assistentes de Gabinete, da minha 4ª Câmara Criminal, **Jamil, Fabi, Paulo, Daniel, Carla** e **Bruna**, e que também nunca se afastaram de mim durante o mandato, e me auxiliavam permanentemente em casos do Órgão Especial e da Câmara Especial, e por isso mesmo os agradeço de forma muito especial, desde que sempre se mostraram positivos e com muita boa-vontade e bom-humor em nossas duríssimas e demoradas reuniões virtuais, tanto às terças-feiras, como também aos domingos, a partir das 18h *(isso mesmo, domingo, 18h!!)*; foram e são sempre dedicados e eu nunca esqueço disso; eram importantíssimos para minha função.

Depois e ainda, minhas Assistentes de Gabinete, aqui na própria Vice-Presidência, **ADRIANA FACHETTI MARTÍNEZ** e **MARIA ISABELA GARCIA BERARDO DE ALMEIDA,** que me davam conforto espiritual constante e eram o anteparo para tudo o que chegava ao gabinete, quer pessoalmente, quer via telefônica ou virtual, fazendo o filtro necessário de tudo e para tudo o que chegasse, sempre solícitas, queridas e simpáticas, prontas para qualquer missão, fosse a mais espinhosa que se oferecesse; suas delicadezas de trato para comigo e para com o público, que sempre foi diferenciado, era impressionante e não havia semana que não recebesse elogios em relação a elas, que eu carinhosamente chamava de meus anjos da guarda. E foram.

Acesso ao Sumário

Outra palavra de agradecimento profundo a **ROSANA DE SOUZA**, a nossa *Rosaninha*, sempre com seu bom astral e sorriso franco, sua marca-registrada em qualquer lugar que se a encontre, e isso desde sempre, e uma das pessoas que mais ama cachorrinhos que eu conheci em toda minha vida, ponto que temos em comum e que nos aproxima, e que comanda com muita competência, eficiência e dedicação vinte e um funcionários na Diretoria de Apoio

à Vice-Presidência, funcionária notável e de categoria distinguida e exemplar, sempre preocupada com o bom andamento de tudo ligado a sua área.

Pois agora e já quase finalizando, necessário meu preito profundo de gratidão e verdadeiro amor à minha querida e linda mulher, **JUJU**, doce e companheira, contagiantemente feliz e sempre de bem com a vida, e que constantemente está aplacando minhas ansiedades, e não são poucas, e que sempre e sempre em tudo me apoiou, nesses vinte e dois anos que estamos juntos, especialmente enquanto exerci o honroso cargo de Vice-Presidente da Corte, sabendo do entender todos os momentos em que eu era solicitado por telefone, pelo meu computador pessoal, *notebook, iPad, whatsapp, emails, teams, google meeting*, etc., já que vivia eu diária e ininterruptamente com os olhos em telas, até mesmo e de forma constante aos finais de semana também, porque se é que as coisas ali se acalmassem, isso se dava apenas aos domingos, e mesmo assim só depois do almoço, para na sequência ter que começar minhas reuniões com os assistentes as 18h, como já registrei.

Não há como agradecer isso tudo, portanto, senão com a troca de amor.

Finalmente, minha palavra de amizade fiel e permanente ao **Desembargador Guilherme Gonçalves Strenger**, nosso competente Vice-Presidente, um irmão de alma que a vida me deu e que esta mesma vida, por essas coincidências boas do destino, tornou-o meu direto sucessor; homem dedicadíssimo ao Poder Judiciário e a todos, excelente magistrado e administrador, também ele esteve envolvido de perto e diretamente em nossa difícil gestão de 2020/2021, como Presidente ilustre de nossa Seção Criminal, sempre com boas sugestões, palpites e decisões no Conselho Superior da Magistratura, durante aqueles dois anos de gestão com crise sanitária, e agora, com muita destreza pontuando, com extrema vivacidade e tirocínio, a Vice Presidência desta Casa, e certamente tem se saído melhor do que eu, em face de sua invulgar competência.

Sua leitura de minha pessoa, feita momentos atrás, só me dá orgulho e muita, mas muita alegria, porque cada palavra elogiosa dita por você, querido amigo, pode ser dita por mim também em relação a você, que é um homem de estirpe judiciária irretocável e honrada.

Muito obrigado por tudo.

Acesso ao Sumário