REVISTA ELETRÔNICA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

REVISTA OFICIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOLUME 58 – ANO 10

JULHO E AGOSTO

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 43

Seção de Direito Público

a) Ações Rescisórias 348

b) Agravos de Instrumento 361

c) Apelações 383

d) Apelações/Remessas Necessárias 505

e) Remessas Necessárias 534

2- Jurisprudência Criminal:

a) Agravos em Execução Penal 548

b) Agravos Internos 552

c) Apelações 556

d) *Habeas Corpus* 678

e) Recursos em Sentido Estrito 712

f) Revisões Criminais 731

3- Jurisprudência do Órgão Especial:

a) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adin's) 736

b) Agravos Internos 795

c) Agravos Regimentais 805

d) Arguições de Inconstitucionalidade 808

e) Conflitos de Competência 813

f) Conflitos de Jurisdição 828

g) Embargos de Declaração 830

h) *Habeas Corpus* 838

i) Inquéritos Policiais 848

j) Mandados de Segurança 857

k) Reclamações 870

l) Representações Criminais 883

4- Jurisprudência da Câmara Especial:

a) Apelações 887

b) Apelações/Remessas Necessárias 914

c) Conflitos de Competência 917

d) Conflitos de Jurisdição 935

e) *Habeas Corpus* 940

5- Câmara Especial de Presidentes 948

6- Conselho Superior da Magistratura 979

7- Noticiário 992

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. 58, jul./ago. 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

ROBERTO Caruso Costábile SOLIMENE
LUCIANA Almeida Prado BRESCIANI
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
Waldir Sebastião de NUEVO CAMPOS Júnior
CARLOS Fonseca MONNERAT

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 Gonçalves XAVIER DE AQUINO
Desembargador JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES***
Desembargador JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS
Desembargador ÁLVARO Augusto dos PASSOS
Desembargador Luiz Beethoven GIFFONI FERREIRA
Desembargadora HERTHA HELENA ROLLEMBERG PADILHA DE OLIVEIRA**
Desembargadora MARIA SALETE CORRÊA DIAS**
Desembargador FERNANDO FLORIDO MARCONDES**
Desembargador JOÃO BAPTISTA GALHARDO JÚNIOR**

2º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALA 509)

3ª Câmara de Direito Privado (sala 509 — 3ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Carlos Eduardo DONEGÁ MORANDINI
Desembargador Artur César BERETTA DA SILVEIRA
Desembargador Dácio Tadeu VIVIANI NICOLAU
Desembargador CARLOS ALBERTO DE SALLES
Desembargador JOÃO PAZINE NETO***
Desembargador CARLOS BORTOLETTO SCHMITT CORRÊA**

4ª Câmara de Direito Privado (sala 509 — 5ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador ENIO Santarelli ZULIANI
Desembargador NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA
Desembargador ALCIDES LEOPOLDO e Silva Júnior
Desembargadora MÁRCIA Regina DALLA DÉA BARONE***
Desembargador CARLOS CASTILHO AGUIAR FRANÇA
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 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 MARCIA Lourenço MONASSI
Desembargadora CLARA MARIA ARAÚJO XAVIER
Desembargador RODOLFO PELLIZARI
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**
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 JANE FRANCO MARTINS**
Desembargador WILSON LISBOA RIBEIRO**
Desembargador VALENTINO APARECIDO DE ANDRADE**
Desembargador MARCIO ANTONIO BOSCARO**

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***
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 EMÍLIO MIGLIANO NETO**
Desembargador JOSÉ WILSON GONÇALVES**

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

Desembargador José JACOB VALENTE***
Desembargador TASSO DUARTE DE MELO
Desembargadora SANDRA Maria GALHARDO ESTEVES
Desembargador Antonio Mário de CASTRO FIGLIOLIA
Desembargador MARCO FÁBIO MORSELLO**
Desembargador ALEXANDRE DAVID MALFATTI**

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

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

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***

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 JAIRO BRAZIL FONTES OLIVEIRA**
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
Desembargador JÚLIO CÉSAR SILVA DE MENDONÇA FRANÇA**

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 MÁRCIO TEIXEIRA LARANJO**

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 — 3ª 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 PAULO GIMENES ALONSO
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
Desembargadora ANA MARIA Alonso BALDY
Desembargador RODOLFO CESAR MILANO**
Desembargadora CLAUDIA DE LIMA MENGE**

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**
Desembargador EMILIO MIGLIANO NETO**

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***
Desembargador JOÃO BATISTA DE MELLO PAULA LIMA**

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 211 — 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
Desembargadora MARIA FERNANDA DE TOLEDO RODOVALHO**
Desembargador MÁRCIO KAMMER DE LIMA**
Desembargador JOEL BIRELLO MANDELLI**

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
Desembargadora ANA PAULA ZOMER
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 GILBERTO Ferreira da CRUZ
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 GERALDO Luís WOHLERS Silveira
Desembargadora CLAUDIA LÚCIA FONSECA FANUCCHI
Desembargador MAURÍCIO HENRIQUE GUIMARÃES PEREIRA FILHO***
Desembargador JOÃO AUGUSTO GARCIA**

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**
Desembargador ADILSON PAUKOSKI SIMONI**

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 LUÍS GERALDO SANT'ANA LANFREDI**
Desembargador JOSÉ ERNESTO DE SOUZA BITTENCOURT RODRIGUES**

14ª Câmara de Direito Criminal (sala 511 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador FERNANDO Antonio TORRES GARCIA
Desembargador HERMANN HERSCHANDER***
Desembargador WALTER DA SILVA
Desembargador MARCO Antonio DE LORENZI
Desembargador MIGUEL MARQUES E SILVA
Desembargador LUÍS AUGUSTO FREIRE TEOTÔNIO**

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

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

Desembargador WILLIAN Roberto de CAMPOS***
Desembargador RICARDO SALE JÚNIOR
Desembargadora GILDA Cerqueira ALVES BARBOSA Amaral DIODATTI
Desembargador CLAUDIO LIMA BUENO DE CAMARGO
Desembargador CHRISTIANO JORGE Santos
Desembargadora ERIKA SOARES DE AZEVEDO MASCARENHAS**

16ª Câmara de Direito Criminal (salas 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
Antonio Luiz Tavares de Almeida
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 de Agravo de Instrumento nº 2092533-41.2023.8.26.0000, da Comarca de Serra Negra, em que é agravante AR SOLUÇÕES E MANUTENÇÃO INDUSTRIAL LTDA., são agravados EDER FARIA INVENCIONE e VITOR FARIA INVENCIONE.

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 81840)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MATHEUS FONTES (Presidente) e ROBERTO MAC CRACKEN.

São Paulo, 5 de junho de 2023.

CAMPOS MELLO, Relator

Ementa: EMBARGOS DE TERCEIRO. PEDIDO DE REVOGAÇÃO DE LIMINAR DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. INDEFERIMENTO EM 1 º GRAU. DECISÃO MANTIDA. HIPÓTESE EXCEPCIONAL, NÃO CONFIGURADA NA ESPÉCIE. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

É agravo de instrumento contra a decisão copiada a fls. 160/161 dos autos principais, que, em embargos de terceiro, indeferiu pedido de revogação de liminar que houvera sido deferida em demanda de reintegração de posse em favor dos agravados.

Alega a recorrente que a decisão não pode subsistir, pois demonstrou que tem a propriedade e posse do bem desde 20/10/2021. Pede a reforma.

Processou-se o recurso apenas no efeito devolutivo e os agravados não apresentaram resposta.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Conheço do recurso, visto que tempestivo. A decisão que causou o gravame foi publicada em 27/3/2023 e o prazo terminou em 19/04/2023, já considerado o feriado da semana santa.

Anote-se inicialmente que os agravados adquiriram o imóvel, por meio de compromisso particular de cessão parcial de promessa de compra e venda de imóvel e outras avenças em 25 de novembro de 2020. Após houve o alegado esbulho (cf. boletim de ocorrência lavrado em 28/1/2021). Os embargos de terceiro foram distribuídos em 29/09/2021 e a escritura de compra e venda somente lavrada em 20/10/2021, em nome da pessoa jurídica que tem por sócia os mesmos autores da demanda de reintegração de posse, na qual já havia sido concedida liminar aos ora agravados.

Em tais circunstâncias, a liminar concedida em demanda possessória já era de conhecimento agravante e tem, em princípio, caráter antecipatório, cunho primordialmente satisfativo e que, também em princípio, é injustificável revogação, sem motivo **jurídico** superveniente (Ovídio A. Baptista da Silva, "Procedimentos Especiais", Ed. Aide, 1993, p. 269; Betina Rizzato Lara, "Liminares no Processo Civil", Ed. RT, 2ª ed., 1994, p. 171, Joel Dias Figueira Junior, "Liminares nas Ações Possessórias", Ed. RT, 2ª ed., p. 431).

A única ressalva que deve ser feita consiste na aceitação de possibilidade de revogação em decorrência de fato ou causa jurídica superveniente. Isso significa que nem mesmo a apresentação de novas provas, mas referentes a fatos anteriores à propositura, tem o condão de modificar a situação de fato estabelecida pela concessão da liminar. Com efeito, como afirma com propriedade Adroaldo Furtado Fabrício, "*o mecanismo todo da proteção possessória orienta-se pelo interesse público na estabilidade da situação de fato. Um sistema que permitisse ao juiz dar e retirar sucessivamente a posse, segundo as variantes que a seu espírito oferecesse a evolução da prova ao longo do processo, negaria a base mesma desse mecanismo*" (in "Comentários ao Código de Processo Civil", Vol. VIII, Tomo III, Ed. Forense, 7ª ed., 1995, p. 415) (Ag. 1.046.649-4, de São Roque, Décima Segunda Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil, DJE 15.03.2002).

Assim, como já fora verificada a presença dos requisitos necessários ao deferimento da liminar de reintegração de posse, e ausente a alegação de fatos novos, não há razão para que se revogue a antecipação de tutela já concedida. Ora, a mera existência de controvérsia, pressuposto do litígio, por certo não constitui fato novo e, assim, é insuficiente à revogação da liminar concedida.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2037380-23.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ESTADO DE SÃO PAULO, são agravados IRMÃOS RAIOLA & CIA. LTDA. e PAVI ADMINSTRAÇÃO E EMPREENDIMENTOS LTDA.

ACORDAM, em 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 54263)**

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

São Paulo, 28 de junho de 2023.

J. B. FRANCO DE GODOI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – Decisão que acolheu pedido de antecipação de tutela para substituir, em execução fiscal, a penhora dos recebíveis das recuperandas com seus maiores clientes pela marca "RAIOLA", até o limite do débito executado – Insurgência da Fazenda Estadual – Cabimento – Crédito extraconcursal – Avaliação unilateral da marca – Pedido de substituição contrário ao disposto no art. 6º, §7º-B, da Lei nº 11.101/05 – Dinheiro que não pode ser considerado como bem de capital essencial – Substituição de constrição que deve ser sempre realizada por meio mais eficaz – Art. 805, p.u., do Código de Processo Civil – Hipótese em que a marca da empresa é absolutamente essencial à continuidade de suas atividades, tornando sua constrição mera blindagem patrimonial ao Fisco – Devedora que não adimple impostos estaduais desde 2017 – Mecanismos de renegociação do débito à disposição da recorrida, com possibilidade de longo parcelamento da dívida – Decisão reformada – Recurso provido.

VOTO

1) Insurge-se a parte agravante contra r. decisão proferida nos autos da re-

cuperação judicial das agravadas, na qual o MM. Juiz "a quo" deferiu o processamento do soerguimento e acolheu pedido de antecipação de tutela para substituir, em execução fiscal, a penhora dos recebíveis das recuperandas com seus maiores clientes pela marca "RAIOLA", até o limite do débito executado, com fundamento no art. 6º, §7º-B da Lei 11.101/05 (fls. 298/307). Alega, em síntese que: a recuperanda "Raiola" apresenta mais de R$ 60 milhões em débitos inscritos e não recolhe um centavo de todo o ICMS oriundo de suas operações desde 2017, enquanto seu faturamento cresceu ao longo dos últimos anos, sem indício de queda em suas vendas; não foi apresentada qualquer queixa de dificuldade financeira no procedimento executivo; a constrição substituída não ultrapassa a 5,74% (cinco por cento e setenta e quatro centésimos) do total de suas vendas, evidenciando efetividade nesta modalidade; a primeira agravada sequer cogitou crise econômica no seu primeiro pedido de substituição da penhora, apresentando radical modificação no seu discurso após o indeferimento da tutela, apresentando reclamação sobre os efeitos nocivos da pandemia do Sars-CoV-2 a seus negócios; limitada a competência do juízo recuperacional para apreciação da constrição de ativos que recaiam sobre bens de capital essenciais à manutenção da atividade empresarial; recebíveis não são bens de capital, pois equivalem a constrição de dinheiro; há opções para amortização do débito imputado compatível com um plano válido de recuperação judicial, visto a possibilidade de parcelamento do débito tributário em até 84 (oitenta e quatro) vezes.

Isenta de preparo.

Não foi concedido o efeito pretendido ao recurso (fls. 310).

A parte agravada respondeu (fls. 318/325), sustentando que: perfeitamente cabível a substituição de penhora que possa impactar no soerguimento das empresas em recuperação judicial; a marca ofertada está avaliada em R$ 98.053.043,56 (noventa e oito milhões, cinquenta e três mil, quarenta e três reais e cinquenta e seis centavos); o Juízo recuperacional é o único competente para dispor dos bens das recuperandas; o princípio da preservação da empresa é inafastável no procedimento recuperacional; a existência de faturamento não afasta o aumento de sua receita e sua necessidade de atualização e investimento, estando presentes os requisitos para utilização do instituto para soerguimento e saldar com suas obrigações assumidas perante seus credores.

Acesso ao Sumário

O administrador judicial apresentou manifestação pela manutenção da decisão (fls. 318/325), na qual argumentou em apertada síntese que: a tutela antecipada concedida considerou a situação de crise, assim como a onerosidade da penhora de recebíveis frente à dificuldade financeira enfrentada pelas empresas recuperandas; não há dúvidas acerca da possibilidade de penhora para satisfação do crédito fiscal, consoante o disposto no artigo 855 do CPC, porém tal constrição deve ser realizada de maneira excepcional, sob pena de ofensa ao princípio de menor onerosidade das devedoras; a penhora determinada nos au-

tos da execução fiscal atingiu quase 6% (seis por cento) do faturamento mensal da Agravada, quantia significativa para o caixa da empresa no atual cenário de crise; a partir da contabilidade da coagravada "Raiola" referente aos exercícios de 2020 a 2022 infere-se que seus índices de liquidez foram insatisfatórios ao longo do período, indicando dificuldades em cumprir com suas obrigações de curto e longo prazo e grande passivo, tanto concursal como extraconcursal; é de competência do Juízo recuperacional decidir sobre a manutenção ou não das constrições que porventura recaiam sobre quaisquer ativos da devedora; o processo de soerguimento encontra-se em fase verificação dos créditos, aguardando a apresentação do plano de recuperação judicial das recorridas.

O I. membro do "Parquet" apresentou manifestação pelo improvimento do recurso (fls. 398/402), assentando que: a constrição efetuada comprometeu parcela significativa do faturamento das devedoras, amortizando de forma pouco significativa o crédito do fisco estadual; deve ser preservada a atividade empresarial da agravada.

Houve oposição das agravadas ao Julgamento virtual (fls. 315).

É o breve relatório.

2) Merece acolhimento o recurso.

Primeiramente, a possibilidade de o Juízo recuperacional substituir constrições efetuadas em procedimentos extraconcursais se encontra prevista na lei de regência nos seguintes termos:

> "§ 7º-B. O disposto nos incisos I, II e III do caput deste artigo não se aplica às execuções fiscais, admitida, todavia, a competência do juízo da recuperação judicial para ***determinar a substituição dos atos de constrição que recaiam sobre bens de capital essenciais à manutenção da atividade empresarial até o encerramento da recuperação judicial***, *a qual será implementada mediante a cooperação jurisdicional, na forma do art. 69 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), observado o disposto no art. 805 do referido Código.*"(g.n.)

Nesta toada, a interpretação do que vem a ser "bem de capital essencial", nos termos do art. 49, §3º da lei de regência e aplicável indistintamente a este caso, deve ser sistemática e objetiva, conforme assenta o E. STJ:

> "RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CESSÃO DE CRÉDITO/RECEBÍVEIS EM GARANTIA FIDUCIÁRIA A EMPRÉSTIMO TOMADO PELA EMPRESA DEVEDORA. RETENÇÃO DO CRÉDITO CEDIDO FIDUCIARIAMENTE PELO JUÍZO RECUPERACIONAL, POR REPUTAR QUE O ALUDIDO BEM É ESSENCIAL AO FUNCIONAMENTO DA EMPRESA, COMPREENDENDO-SE, REFLEXAMENTE, QUE SE TRATARIA DE BEM DE CAPITAL, NA DICÇÃO DO § 3º, IN FINE, DO ART. 49 DA LEI N. 11.101/2005.

Acesso ao Sumário

IMPOSSIBILIDADE. DEFINIÇÃO, PELO STJ, DA ABRANGÊNCIA DO TERMO "BEM DE CAPITAL". NECESSIDADE. TRAVA BANCÁRIA RESTABELECIDA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A Lei n. 11.101/2005, embora tenha excluído expressamente dos efeitos da recuperação judicial o crédito de titular da posição de proprietário fiduciário de bens imóveis ou móveis, acentuou que os "bens de capital", objeto de garantia fiduciária, essenciais ao desenvolvimento da atividade empresarial, permaneceriam na posse da recuperanda durante o stay period. 1.1 **A conceituação de "bem de capital", referido na parte final do § 3º do art. 49 da LRF, inclusive como pressuposto lógico ao subsequente juízo de essencialidade, há de ser objetiva. Para esse propósito, deve-se inferir, de modo objetivo, a abrangência do termo "bem de capital", conferindo-se-lhe interpretação sistemática que, a um só tempo, atenda aos ditames da lei de regência e não descaracterize ou esvazie a garantia fiduciária que recai sobre o "bem de capital", que se encontra provisoriamente na posse da recuperanda. 2. De seu teor infere-se que o bem, para se caracterizar como bem de capital, deve utilizado no processo produtivo da empresa, já que necessário ao exercício da atividade econômica exercida pelo empresário.**

Constata-se, ainda, que o bem, para tal categorização, há de se encontrar na posse da recuperanda, porquanto, como visto, utilizado em seu processo produtivo. Do contrário, aliás, afigurar-se-ia de todo impróprio e na lei não há dizeres inúteis falar em "retenção" ou"proibição de retirada". Por fim, ainda para efeito de identificação do "bem de capital" referido no preceito legal, não se pode atribuir tal qualidade a um bem, cuja utilização signifique o próprio esvaziamento da garantia fiduciária. Isso porque, ao final do stay period, o bem deverá ser restituído ao proprietário, o credor fiduciário. [...]6.1 A partir de tal conceituação, pode-se concluir, in casu, não se estar diante de bem de capital, circunstância que, por expressa disposição legal, não autoriza o Juízo da recuperação judicial obstar que o credor fiduciário satisfaça seu crédito diretamente com os devedores da recuperanda, no caso, por meio da denominada trava bancária.

7. Recurso especial provido." **(REsp 1758746/GO, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/05/2017, DJe 25/05/2017)**.

Dinheiro, como reiteradamente vem decidindo as C. Câmaras de Direito Empresarial, não é bem de capital essencial, o que, a princípio, desautoriza a substituição:

"*AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL.*

Acesso ao Sumário

DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE DESBLOQUEIO DE NUMERÁRIO CONSTRITO EM EXECUÇÃO FISCAL. MANUTENÇÃO. DECURSO DO STAY PERIOD. PLANO DE RECUPERAÇÃO QUE JÁ FOI HOMOLOGADO. NÃO HAVENDO ÓBICE LEGAL PARA QUE O JUÍZO DA EXECUÇÃO FISCAL DETERMINE A CONSTRIÇÃO DE BENS DAS RECUPERANDAS. DINHEIRO QUE NÃO PODE SER CONSIDERADO BEM DE CAPITAL ESSENCIAL. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DA HIPÓTESE DO ART. 6º, §7ºB, DA LEI Nº 11.101/05. RECUPERANDAS QUE SEQUER INDICARAM OUTROS BENS PARA SUBSTITUIÇÃO DA PENHORA. RECURSO NÃO PROVIDO." **(AI nº 2094721-41.2022.8.26.0000 – Relator(a): Alexandre Lazzarini – Comarca: Barueri** – Órgão julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial – **Data do julgamento: 24/06/2022)**

"*Recuperação judicial. Decisão de indeferimento de pedido formulado pela recuperanda, de afirmação da essencialidade de valores bloqueados em execução fiscal, bem assim de suspensão de atos constritivos e expropriatórios. Agravo de instrumento. Aplicável, no caso, o § 7º-B do art. 6º da Lei 11.101/2005, introduzido pela Lei 14.112/2020, que reza: "O disposto nos incisos I, II e III do 'caput' deste artigo não se aplica às execuções fiscais, admitida, todavia, a competência do juízo da recuperação judicial para determinar a substituição dos atos de constrição que recaiam sobre bens de capital essenciais à manutenção da atividade empresarial até o encerramento da recuperação judicial, a qual será implementada mediante a cooperação jurisdicional, na forma do art. 69 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), observado o disposto no art. 805 do referido Código". Não enquadramento de dinheiro no conceito de bem de capital da ressalva final do dispositivo do § 3o do art. 49 da lei 11.101/2005. Precedentes do STJ e desta 1a Câmara Reservada de Direito Empresarial. Caso em que, ademais, o "stay period" já se encerrou, descabendo discussão a respeito de eventual essencialidade de bens. Manutenção da decisão recorrida. Agravo de instrumento a que se nega provimento.*" **(AI nº 2050572-57.2022.8.26.0000 - Relator(a): Cesar Ciampolini – Comarca: Aguaí Órgão julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial Data do julgamento: 25/05/2022)**

"*Recuperação Judicial. Penhora no rosto dos autos. Possibilidade. Crédito fiscal que não se sujeita ao concurso. Incumbe, ao Juízo da Recuperação, se entender conveniente, tão-só "determinar a substituição dos atos de constrição que recaiam sobre bens de capital essenciais à manutenção da atividade empresarial". Inteligência do § 7º-B do art. 6º da Lei nº 11.101/2005. Decisão reformada para permitir a penhora no*

Acesso ao Sumário

rosto dos autos. Recurso provido." **(AI nº 2112399-40.2020.8.26.0000 – Relator(a): Araldo Telles – Comarca: Barueri – Órgão julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial – Data do julgamento: 20/01/2022)**

Insta ressaltar que não cabe ao Juízo da recuperação judicial decidir sobre os créditos fiscais em si, que não se submetem ao processo de soerguimento, mas tão somente garantir o devido prosseguimento das atividades da recuperanda, promovendo a substituição de eventuais constrições que afetem bens indispensáveis, como já decidiu este Sodalício:

"*Recuperação judicial. Decisão que deixou de apreciar proposta de transação para quitação de débitos estaduais e federais, por não se sujeitarem eles ao processo recuperacional. Agravo de instrumento das recuperandas. Os créditos fiscais não se submetem ao concurso de credores, salvo, como dispõe o art. 187 do CTN, "para determinar a substituição dos atos de constrição que recaiam sobre bens de capital essenciais à manutenção da atividade empresarial até o encerramento da recuperação judicial, a qual será implementada mediante a cooperação jurisdicional". Não compete, pois, ao Juízo recuperacional, prover a respeito. Cabe à empresa devedora providenciar, na forma e sob as penas da lei, perante a autoridade fazendária competente, o parcelamento a que possa fazer jus. Jurisprudência das Câmaras de Direito Empresarial deste Tribunal. Manutenção da decisão recorrida. Agravo de instrumento a que se nega provimento.*" **(AI nº 2210037-39.2021.8.26.0000 – Relator(a): Cesar Ciampolini – Comarca: Guarulhos – Órgão julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial – Data do julgamento: 02/03/2022)**

No caso em comento, a tutela de urgência promoveu a substituição de penhora sobre recebíveis da empresa recuperanda com seus principais clientes pela marca "Raiola".

Segundo a Fazenda agravante, o indigitado débito tributário alcança o montante de R$ 34.405.622,44 (trinta e quatro milhões, quatrocentos e cinco mil, seiscentos e vinte e dois reais e quarenta e quatro centavos) e marca do grupo empresarial foi avaliada em R$ 98.053.043,56 (noventa e oito milhões cinquenta e três mil e quarenta e três Reais com cinquenta e seis centavos), conforme laudo de fls. 65/119 dos autos principais.

Neste aspecto, verifica-se que o laudo apresentado pelo grupo em recuperação judicial é unilateral.

Sem qualquer depreciação ao labor da "KS Engenharia", tampouco dos critérios por ela adotados para confecção da peça, certo é que o parecer técnico está eivado do interesse processual das recuperandas, não podendo ser adotado

Acesso ao Sumário

como exclusivo parâmetro de julgamento.

Importante destacar a doutrina de **LUIZ FUX** sobre a valoração da prova e o sistema da persuasão racional:

> "*O sistema hodierno adotado pelo Código de Processo Civil brasileiro é o do convencimento racional ou persuasão racional. O convencimento racional caracteriza-se pela liberdade conferida ao juiz na valoração dos elementos de convicção e, ao mesmo tempo, pela adstrição e motivação desse convencimento à luz, apenas, das provas produzidas nos autos.*" **(CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL. PROCESSO DE CONHECIMENTO – P.586/587 ED. FORENSE – 2008 RIO DE JANEIRO)**

A apresentação de prova técnica unilateral tem seu valor relativizado e nem sempre é acolhida nas C. Reservadas de D. Empresarial. Destaca-se:

> "*Agravo de instrumento. Direito de empresa. Ação de apuração de haveres. Sócio falecido. Bloqueio online de ativos financeiros da sociedade. Providência que visa a garantir os direitos dos herdeiros do agravado. Ausência de prova de práticas fraudulentas, ruinosas ou contrárias ao interesse social pelos administradores. Laudos unilaterais que não permitem, por si só, conclusão segura a respeito. "Periculum in mora" inverso. Ausência dos requisitos legais para o deferimento da liminar "inaudita altera parte" pleiteada. Substituição, todavia, pela determinação de depósito judicial, pela agravante, do valor incontroverso dos haveres. Decisão reformada. Agravo a que se dá provimento, em parte.*" **(AI nº 2164104-87.2014.8.26.0000 – Relator(a): Pereira Calças – Comarca: Botucatu – Órgão julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial – Data do julgamento: 25/11/2014)**

> "*Propriedade Industrial. Patentes de invenção. Alegação de violação ao processo de fabricação envolvendo o produto Fipronil. Inexistência de prova bastante para a concessão de antecipação de tutela destinada a que a agravada promova importação e lance seus produtos no mercado. Prova pericial imparcial e equidistante que é indispensável, não bastando, para a antecipação laudo unilateral trazido pela agravante. Inexistência de risco de dano irreparável, possuindo a agravada condições de, se for caso, suportar a composição das perdas e dos lucros cessantes. Antecipação de tutela bem indeferida. Recurso improvido.*" **(AI nº 0065636-93.2012.8.26.0000 - Relator(a): Maia da Cunha – Comarca: São Paulo – Órgão julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial – Data do julgamento: 18/09/2012)**.

Ainda que fosse passível a substituição excepcional, a proposta acolhida na tutela provisória vai de encontro ao previsto na legislação processual civil,

Acesso ao Sumário

posto que o art. 805, parágrafo único, do CPC/15, ao enunciar o princípio da menor onerosidade, adverte a necessidade de que o meio alternativo de constrição ofertado **seja mais efetivo na liquidação do débito exequendo:**

"*Art. 805. Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado.*

Parágrafo único. Ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar ***outros meios mais eficazes*** *e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados.*

E é evidente que a marca da empresa é um dos meios menos eficazes para a satisfação do presente débito, posto que, ao contrário da verba originalmente constrita, é absolutamente essencial à continuidade de suas atividades.

Por fim, deve ficar consignado que a Fazenda se opôs a substituição e deixou em aberto a possibilidade de parcelamento do crédito tributário:

"[...] *a regularização tributária da empresa aspirante à recuperação judicial, com viabilização de sua recuperação e reinserção no mercado na qualidade de player em condições de normalidade, pode ocorrer, inclusive, atendidos os requisitos legais, de modo incentivado e nitidamente facilitado, mediante a transação tributária recém incorporada ao Sistema Tributário Estadual pela Lei n. 17.293/2020 do ente bandeirante.*

Com efeito, tal instituto, voltado à equalização do passivo inscrito em dívida ativa de empresas devedoras do Fisco paulista alicerça-se na novel Lei Estadual nº 17.293/20, regulamentada pela Resolução PGE nº 27/20 e pela Portaria SubG-CTF nº 20/20, e emanado no escopo dos arts. 155-A, § 3º, e 171, do CTN, e do art. 68 da Lei n. 11.101/2005. Quando da concessão pelo ente público, oferece condições atrativas à conformidade fiscal da empresa, especialmente:

(i) por conferir ao devedor, nas linhas normatizadas pelo Estado de São Paulo, descontos em multas e juros de mora de até 40% – quarenta por cento –, prazos e formas de pagamento especiais – incluído diferimento de pagamento e moratória;

(ii) pela modalidade do ***parcelamento para empresas em recuperação judicial****, conferir ao devedor a possibilidade de fracionamento do débito nesse abrangido por* ***até 84 (oitenta e quatro) parcelas mensais consecutivas.***" (fls. 21, grifo no original).

Na equalização de suas contas, as recuperandas devem buscar os meios legítimos previstos no ordenamento jurídico, sendo certo que o parcelamento da dívida tributária é contemplado pelo princípio da preservação da empresa.

Nesta senda, não é admissível que a empresa agravada venha a concorrer com as demais sociedades empresárias atuantes no seu ramo de atividade em

Acesso ao Sumário

condições equânimes deixando de adimplir totalmente com as despesas tributárias perante o fisco estadual por mais se cinco anos, sem buscar um efetivo ajuste com a Fazenda agravante, utilizando como blindagem patrimonial bem incorpóreo impassível de liquidação imediata, avaliado unilateralmente.

De rigor, portanto, o provimento do feito recursal para restabelecer a constrição sobre os recebíveis nos moldes originalmente autorizados pelo Juízo fiscal.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2145749-14.2023.8.26.0000, da Comarca de Marília, em que são agravantes BANCO BRADESCO S/A, ALPHA CONSIG LTDA., SIGMA CONSULT E FINANCIAMENTOS LTDA., BRUNO FERANDO SANTOS DE SOUZA e DANIELLE DA SILVA DOS SANTOS, é agravada JANDIRA FERREIRA PORTO DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 20ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram o efeito antecipatório recursal e, desde já, negaram provimento ao agravo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27457)**

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

São Paulo, 4 de julho de 2023.

ROBERTO MAIA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Decisão agravada que deferiu pedido de tutela de urgência para determinar que o requerido se abstenha de efetuar descontos referentes aos contratos objetos da ação. Insurgência do banco réu. Pretensão de reforma da decisão. Pedido de efeito antecipatório recursal, cuja apreciação se dá, neste momento, diretamente pelo colegiado desta câmara julgadora (arts. 129 e 168, §2º do RITJSP). Sem razão. Presentes os requisitos do artigo 300 do CPC. Probabilidade do direito perseguido pela recorrida que se evidencia pela

Acesso ao Sumário

impossibilidade de se fazer prova negativa. Evidente o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação a autora, ante a natureza alimentar de seus proventos, que não são elevados e visam atender suas necessidades básicas. Previsão legal de imposição de astreintes no artigo 537 e seus §§ do Código de Processo Civil, para coibir a inércia daquele que tem o dever de cumprir alguma obrigação, garantindo, assim, a eficácia da determinação judicial. Valor arbitrado (R$ 1.000,00) por dia, limitado a R$ 5.000,00, que não se afigura excessivo, considerando o porte econômico da instituição agravante e o objetivo da aludida multa, que visa compelir ao cumprimento de uma obrigação de fácil execução. Efeito antecipatório recursal indeferido e, na sequência, desde já julgado o agravo, com a decisão recorrida ficando mantida. Recurso não provido.

VOTO

RELATÓRIO:

Trata-se de agravo de instrumento deduzido por *BANCO BRADESCO S/A* em razão de decisão interlocutória (fls. 83/85 do processo, digitalizada a fls. 39/41) que, em ação de procedimento comum, deferiu a tutela de urgência, para determinar que o réu suspenda os contratos de empréstimo nº 470509394 e nº 472796130, realizados em nome da requerente, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00, limitada a R$ 5.000,00, até ulterior decisão.

Inconformada, recorre a instituição financeira ré, alegando, em síntese, que estão ausentes os requisitos para a concessão da tutela antecipada (art. 300 do CPC).

Aduz o banco agravante que não foi detectada qualquer irregularidade na contratação dos referidos empréstimos. Afirma que é *impossível que se impute qualquer culpa ao Banco Bradesco, tendo em vista que este procedeu às transações solicitadas pela parte Agravada, transferindo os valores para conta de titularidade do próprio cliente no Banco Nu Pagamentos. (...) As transações foram realizadas mediante autenticações válidas, ou seja, com a utilização de senhas e Token, de posse do cliente, sendo de conhecimento e de responsabilidade exclusiva do correntista, de caráter pessoal e intransferível.*

Acesso ao Sumário

Insurge-se ainda o recorrente em face de a multa cominatória aplicada, sustentando que o valor arbitrado é elevado para o caso em tela, desatendendo aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, servindo mais para enrique-

cer sem causa a agravada. De rigor, destarte, que o valor da multa fixado seja revogado ou, subsidiariamente, reduzido. Pugnou pela concessão de efeito antecipatório recursal e, ao final, o provimento deste agravo.

Nos termos dos artigos 129 e 168, §2º do RITJSP, a questão foi remetida diretamente ao colegiado, para apreciação da medida de urgência requerida e, se possível, também do recurso.

FUNDAMENTAÇÃO:

Nega-se o efeito antecipatório recursal e, sendo possível, julga-se a questão desde logo, destacando que a concentração de atos aqui determinada tem como único objetivo atender ao disposto no artigo 5º, LXXVIII da CF e artigos 1º; 4º; 6º; 80, IV e 139, II; todos estes do CPC.

Em que pesem os argumentos esposados pelo agravante, a r. decisão atacada não merece reforma.

Como se sabe, o cabimento ou não da antecipação da tutela deve ser apreciado à luz dos preceitos contidos no artigo 300 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

> ***Art. 300****. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.*
>
> §1º *Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.*
>
> §2º *A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.*
>
> §3º *A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.*

Pois bem, há probabilidade do direito perseguido pela recorrida, pois não se pode exigir dela prova da inexistência de fato negativo e, presumindo-se sua boa-fé, confere-se, em tese, verossimilhança às suas alegações.

Por outro lado, evidente o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação a autora, ante a natureza alimentar de seus proventos, que não são elevados e visam atender suas necessidades básicas.

Por sua vez, a imposição de *astreinte*, com amparo no artigo 537 e seus parágrafos do Código de Processo Civil, existe justamente para coibir a inércia daquele que tem o dever de cumprir alguma obrigação, garantindo, assim, a eficácia da determinação judicial. Logo, não há que se falar em revogação da multa em questão e nem sua redução, por ora.

Caso o agravante não se recuse a cumprir tal determinação judicial, evi-

Acesso ao Sumário

dentemente, estará isento da referida multa cominatória.

No tocante ao seu valor, isto é, R$ 1.000,00 por dia, limitada a R$ 5.000,00, para o caso de descumprimento da ordem judicial, não se afigura excessivo, considerando o porte econômico do banco agravante e o objetivo da aludida multa, que visa compelir ao cumprimento de uma obrigação de fácil execução (suspender a cobrança dos contratos de empréstimos objeto da ação na origem). Assim, não há que se falar em lesão grave ou de difícil reparação ao agravante. Lembro que o valor da *astreinte* merece ser consistente, sob pena de não cumprir sua função coercitiva.

Quem obedece às decisões judiciais (que são obrigatórias e não facultativas), ou recorre, com êxito, nada paga. Os demais arcam com o preço de terem escolhido o caminho da afronta ao judicialmente determinado.

Se dão como prequestionados todos os dispositivos constitucionais e legais ventilados na apelação e nas contrarrazões, não sendo preciso transcrevê-los aqui um a um, nem mencionar cada artigo por sua identificação numeral. Assim, já se pacificou nos tribunais superiores.

DISPOSITIVO:

Termos em que, voto pela denegação do efeito antecipatório recursal e, desde já, pelo **NÃO PROVIMENTO** ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2116920-23.2023.8.26.0000, da Comarca de Indaiatuba, em que é agravante E.C.A., são agravados A.A.C. e M.Y.M.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42176)**

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

São Paulo, 5 de julho de 2023.

VIVIANI NICOLAU, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação de guarda. Decisão agravada que indeferiu o pedido de tutela de urgência para concessão da guarda do menor à autora, avó materna. Insurgência. Não aco-

lhimento. Alteração de guarda em tutela de urgência que deve ser reservada aos casos excepcionais. Caso em que não foi narrada situação de risco, tampouco há comprovação idônea e suficiente acerca das alegações iniciais, em especial do exercício da guarda de fato pela requerente e da concordância dos pais. Necessidade de formação do contraditório na origem. Decisão preservada. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão interlocutória proferida em ***ação de guarda*** (processo nº 1004926-39.2023.8.26.0248), proposta por **E.C.A** e em face de **A.A.C** e **M.Y.M**, que indeferiu o pedido de tutela de urgência para concessão da guarda do menor **A.M.C.M.** à autora, avó materna (fls. 14/16 de origem).

A agravante alega, em síntese, que a genitora do menor nunca cumpriu com as suas obrigações de mãe e sempre deixou o menor aos cuidados da avó, sendo que em meados de abril deste ano deixou a residência na qual moravam juntas, em razão de ter iniciado novo relacionamento amoroso. Afirma que, desde então, o menor de apenas 02 anos está sob seus cuidados e que os pais não se opõem a que seja a guarda atribuída à agravante. Reitera que necessita regularizar a guarda para que possa praticar todos os atos necessários à criança, como matrícula em creche. Porque presente o risco de dano de difícil ou impossível reparação e demonstrada a probabilidade do provimento do recurso, pede o ***deferimento da antecipação da tutela recursal***. Ao final, busca a reforma da decisão para concessão da tutela de urgência (fls. 01/08).

Dispensadas as peças referidas nos incisos I e II do art. 1.107 do CPC, porque eletrônicos os autos do processo principal (art. 1.017, §5º). Ciência da decisão em ***11/05/2023*** (fls. 24 de origem). Recurso interposto no dia ***16/05/2023***. O preparo não foi recolhido, tendo em vista a concessão da gratuidade. Distribuição, por sorteio, a esta relatoria.

Antecipação da tutela recursal indeferida (fls.). Dispensada a contraminuta, tendo em vista que a parte contrária não foi citada. A douta **Procuradoria de Justiça** ofertou parecer pelo desprovimento do recurso (fls.

Não registrada oposição ao julgamento virtual.

É O RELATÓRIO.

A agravante, avó materna do menor **A.M.C.M.** (nascido em **29/09/2020** – fls. 11 de origem), busca liminarmente o deferimento da guarda da criança a seu favor, sob a alegação de que exerce a guarda de fato e de que os pais não

Acesso ao Sumário

apresentam resistência ao pedido.

É cediço que a alteração de guarda em tutela de urgência deve ser reservada aos casos excepcionais, em que há, de plano, indícios de situação de risco, a fim de preservar a criança de sucessivas alterações ao longo do feito.

No caso dos autos, além de não ter sido narrada situação de risco, também não há comprovação idônea e suficiente acerca das alegações iniciais, em especial do exercício da guarda de fato e da falta de condições dos pais para tanto ou de sua concordância com o pedido inicial.

Ademais, recorda-se que somente em casos excepcionais é autorizada a concessão da tutela antecipada antes da formação do contraditório. **TEORI ALBINO ZAVASCKI** ensina que:

> "*Antes de decidir o pedido, deve o juiz colher a manifestação da parte contrária. Trata-se de providência exigida pelo princípio constitucional do contraditório que a ninguém é lícito desconsiderar. (...) Em princípio, pois, a antecipação da tutela não pode ser concedida 'inaudita altera pars'. A providência somente poderá ser dispensada quando outro valor jurídico, de mesma estatura constitucional que o direito ao contraditório, puder ficar comprometido com a ouvida do adversário. Por exemplo, se a demora decorrente da bilateralidade da audiência for incompatível com a urgência da medida pleiteada, ou se a cientificação do requerido acarretar, por si só, risco de dano ao direito, é evidente que, nesses casos, a dispensa da providência estará justificada, em nome da garantia da efetividade da jurisdição*" (Antecipação de Tutela, Editora Saraiva, 2005, pág. 117/118).

Considerando que não houve a formação do contraditório na origem, ainda não se conhece a versão dos réus acerca das alegações iniciais e a dinâmica familiar em que a criança de apenas 02 anos de idade está inserida. Nos autos de origem, foi determinada a citação dos réus e designada audiência de conciliação para 13/07/2023, nos termos da mesma decisão agravada.

Recomendável, nessas condições, o estabelecimento do contraditório, sem prejuízo de que a questão possa ser reavaliada pelo Magistrado *a quo* com a vinda de novos elementos de convicção aos autos, a pedido da parte interessada, sempre em observância ao melhor interesse da criança.

No mesmo sentido, reiteram-se as considerações lançadas pela D. **Procuradora de Justiça NILZA RUSSO FERREIRA** (fls. 45/47):

> "O recurso não merece provimento.
>
> Em consulta aos autos principais, constata-se que o genitor da criança foi citado em junho de 2023 (fls. 53), ao passo que a genitora ainda não foi encontrada para a citação.
>
> O relatório do Conselho Tutelar de fls. 41/42, embora afirme que a avó materna seja a guardiã de fato do menor e tenha boas condições de

Acesso ao Sumário

exercer a função, apontou que a genitora costumava estar presente nos atendimentos médico e escolar.

Recomenda-se o aguardo da citação da requerida e o decurso de prazo para o oferecimento de contestação para requerida para nova apreciação do pedido de concessão de guarda provisória.". (destaque não original)

Em conclusão, a decisão é preservada.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2156404-45.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes L.C.G. e L.C.G., é agravado C.F.G.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42444)**

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

São Paulo, 4 de julho de 2023.

JAMES SIANO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Irresignação em face da decisão que indeferiu o pedido de majoração da verba alimentar. Descabimento. Quando do julgamento do agravo de instrumento de nº 2274720-51.2022.8.26.0000, em março de 2023, ficou estabelecido a fixação dos alimentos em 7 salários-mínimos. Na ocasião em que estabelecidos os alimentos em 7 salários-mínimos os menores já estavam no curso do ano letivo. Não houve demonstração inequívoca de alteração da situação fática a enseja nova mudança, em tão curto espaço de tempo. A quantia provisoriamente arbitrada não se mostra inadequada, ao menos até que sejam amealhados melhores elementos de convicção. Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Irresignação em face da decisão de f. 155 que indeferiu o pedido de majoração da verba alimentar.

Sustenta: (i) após a fixação dos alimentos provisórios, o genitor deixou de arcar com os custos das mensalidades dos filhos menores e, em razão da premência, com o início do ano letivo, a genitora matriculou os filhos e passou a custear todas as despesas relativas às mensalidades, ao material escolar e aos uniformes; (ii) diante do valor despendido, houve um superendividamento por parte da genitora e aumento da necessidade dos menores – atualmente o valor das necessidades atinge o patamar de R$22.414,86; (iii) pugna pela majoração da verba alimentar a 9 salários mínimos, ou, subsidiariamente com o pagamento de metade das despesas escolares, inclusive retroativas.

É o relatório.

Improcedem as razões recursais.

Quando do julgamento do agravo de instrumento de nº 2274720-51.2022.8.26.0000, em 29 de março de 2023, ficou estabelecido a fixação dos alimentos em 7 salários-mínimos. Assim:

> *A quantia fixada a título de alimentos provisórios, 7 salários-mínimos para 2 filhos menores, em princípio não se mostra exorbitante.*
>
> À f. 51 dos autos de origem a genitora apresenta planilha de gastos dos menores que alcança o valor mensal de R$ 16.292,98, acrescidos das despesas médicas e escolares.
>
> *O agravante, diretor comercial, não comprovou a incapacidade de arcar com o valor arbitrado provisoriamente, limitando-se a afirmar que os valores apontados são elevados e que a mãe detém condições de arcar com metade dos gastos mensais, aliás, fato que será apurado na instrução.*
>
> *Ainda que considerados pelo agravante superfaturados ou desarrazoados os gastos, a questão demanda juízo exauriente, que não se verifica nesta sede de cognição sumária.*
>
> *Considerando que as necessidades dos filhos são presumidas, ao menos até que se colha melhores elementos, o valor dos alimentos provisórios não se mostra inadequado. O valor atribuído em pecúnia, 7 salários-mínimos, deve ser preservado e acrescido do pagamento do plano de saúde, notadamente porque não comprovada a impossibilidade do genitor de arcar com o valor estabelecidos.*

Na ocasião em que estabelecidos os alimentos em 7 salários-mínimos os menores já estavam no curso do ano letivo. Não houve demonstração inequívoca de alteração da situação fática a enseja nova mudança, em tão curto espaço de tempo.

Acesso ao Sumário

A quantia provisoriamente arbitrada não se mostra inadequada, ao menos até que sejam amealhados melhores elementos de convicção.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2141557-38.2023.8.26.0000, da Comarca de Sertãozinho, em que é agravante ZANINI INDÚSTRIA E MONTAGENS LTDA., é agravada CRISTINA CAMPI DE SOUSA BOMBONATO.

ACORDAM, em 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgamento conjunto com o Agravo de Instrumento 2136678-85.2023.8.26.0000. Negaram provimento ao recurso da exequente e deram provimento ao recurso da executada. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 54.197)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MATHEUS FONTES (Presidente), ROBERTO MAC CRACKEN e HÉLIO NOGUEIRA.

São Paulo, 3 de agosto de 2023.

MATHEUS FONTES, Relator

Ementa: CUMPRIMENTO DE SENTENÇA PARA COBRANÇA DE HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA EM EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – EXEQUENTE E EXECUTADA QUE SÃO AO MESMO TEMPO CREDORA E DEVEDORA UMA DA OUTRA – COMPENSAÇÃO – REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS – ARTIGO 368 DO CÓDIGO CIVIL – JUROS DE MORA – INCIDÊNCIA SOBRE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS A PARTIR DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA – EXCESSO DE EXECUÇÃO CONFIGURADO – ACOLHIMENTO PARCIAL DA IMPUGNAÇÃO – CABIMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – ORIENTAÇÃO CONSOLIDADA NA CORTE ESPECIAL DO STJ NOS TERMOS DO ARTIGO 543-C DO CPC/1973 – ARTIGO 85, § 1º DO CPC – RECURSO DA EXEQUENTE IMPRO-

Acesso ao Sumário

VIDO – RECURSO DA EXECUTADA PROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que acolheu em parte impugnação ao cumprimento de sentença, sem, contudo, condenar a impugnada ao pagamento de honorários advocatícios, por se tratar de mero incidente processual e porque não houve extinção da execução.

Sustenta a agravante que, em razão do acolhimento parcial da impugnação por excesso de execução, devem ser fixados honorários em favor de seu advogado, entre o mínimo de 10% e o máximo de 20% sobre o proveito econômico obtido com o acolhimento parcial da impugnação, nos termos do artigo 85, §§ 1º e 2º, do CPC. Transcreve jurisprudência. Pede reforma.

Processou-se o recurso no efeito devolutivo, com dispensa de informações, tendo sido contraminutado.

Em conjunto com este recurso será julgado o Agravo de Instrumento nº 2136678-85.2023.8.26.0000, interposto por Cristina Campi de Sousa Bombonato contra o capítulo da decisão que acolheu em parte a impugnação ao cumprimento da sentença.

É o Relatório.

A Câmara, ao dar provimento ao Agravo de Instrumento nº 2251223-08.2022.8.26.0000, por acórdão que transitou em julgado, decidiu que as matérias suscitadas na impugnação ao cumprimento provisório de sentença apresentada pela "Zanini Indústria e Montagens Ltda" – compensação e excesso de execução – deveriam ser apreciadas na origem, por terem previsão no artigo 525, § 1º, incisos V e VII, do CPC. Assim, alegação de inadequação da via eleita pela "Zanini" para defesa de seus interesses no cumprimento provisório de sentença ficou superada pela coisa julgada formal, não podendo voltar a ser discutida novamente.

Outrossim, ao dar provimento parcial ao recurso de Apelação nº 0003809-07.2010.8.26.0597, a Câmara manteve o capítulo da sentença que condenou a "Zanini" ao pagamento de honorários advocatícios de 10% do valor atualizado da causa, por ter motivado, com a mora no pagamento da dívida, o ajuizamento da execução pela "Sertemil", porém, a Câmara cancelou os honorários fixados no início daquela execução, bem como os honorários objeto do acordo firmado em seu curso e que antecedeu ao pedido de recuperação judicial da "Zanini", para que não houvesse dupla condenação pelo mesmo processo. Este acórdão também transitou em julgado recentemente, em 24 de maio de 2023 (fls. 1158/1160 dos autos originários do cumprimento de sentença, Processo nº 0006103-17.2019.8.26.0597).

Assim sendo, e como restou incontroverso que a advogada Cristina Campi

Acesso ao Sumário

de Souza Bombonato recebeu o pagamento dos honorários que vieram a ser cancelados pelo acórdão da Câmara na Apelação nº 0003809-07.2010.8.26.0597, correta a decisão da juíza que mandou compensar o valor recebido por ela – e posteriormente tornado indevido – com o valor dos honorários advocatícios a que tem direito e que são devidos pela "Zanini", os quais foram fixados na sentença de extinção da execução e mantidos pelo mesmo acórdão da Câmara na Apelação nº 0003809-07.2010.8.26.0597, correspondentes a 10% do valor atualizado da causa, pois presentes os requisitos do artigo 368 do Código Civil.

Ressalte-se que, em caso de conflito entre coisas julgadas, o STJ vem decidindo que prevalece a que se formou por último, enquanto não desconstituída pela via processual adequada (AgInt nos EDcl no REsp nº 1.948.558/ES, Relator Ministro Gurgel de Faria, DJe 16.02.2023; AgInt no REsp nº 1.942.558/ES, Relator Ministro Sérgio Kukina, DJe 15.12.2022; AgInt no AREsp nº 2.090.902/SP, Relator Ministro Marco Buzzi, DJe 04.11.2022; AgInt no AREsp nº 1.885.772/RJ, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 15.03.2022; AgInt nos EDcl no REsp nº 1.828.761/MG, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 17.06.2021; AgInt no REsp nº 1.788.079/ES, Relator Ministro Francisco Falcão, DJe 24.09.2020; AgInt no REsp nº 1.270.008/MS, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 27.08.2018; REsp nº 1.524.123/SC, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 30.06.2015; AgRg no REsp nº 643.998/PE, Relator Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP), DJe 01.02.2010; EAREsp nº 600.811/SP, Relator Ministro Og Fernandes, DJe 07.02.2020), e, no caso, o que transitou em julgado por último foi o acórdão da Câmara na Apelação nº 0003809-07.2010.8.26.0597, o qual, assim, prevalece sobre a sentença homologatória do acordo firmado no curso da execução para pagamento de honorários advocatícios.

Releva conotar que ao caso não incide a vedação prevista no § 14 do artigo 85 do CPC, pois não se trata de compensação de honorários da advogada Cristina Campi de Souza Bombonato com débito da parte que a constituiu para representá-la em juízo, a "Sertemil", mas, sim, de compensação de débito da própria advogada Cristina Campi de Souza Bombonato junto à "Zanini" com crédito desta junto àquela, a advogada Cristina Campi de Souza Bombonato.

Quanto ao termo inicial dos juros de mora, a decisão de primeiro grau está em perfeita harmonia com entendimento do STJ, segundo o qual, "...os juros de mora são decorrência lógica da condenação e também devem incidir sobre a verba advocatícia, desde que, como sói acontecer, haja mora do devedor, a qual somente ocorre a partir do momento em que se verifica a exigibilidade da condenação, vale dizer, do trânsito em julgado" (AgInt no REsp nº 1.326.731/GO, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 16.12.2019).

De resto, a Corte Especial do STJ, no julgamento do REsp nº 1.134.186/RS, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 21.10.11, para efeitos do artigo

Acesso ao Sumário

543-C do CPC/1973, firmou tese de que, no caso de acolhimento da impugnação ao cumprimento de sentença, mesmo parcial, serão arbitrados honorários em benefício do executado com base no artigo 20, § 4º, do CPC/1973.

O NCPC adotou tal entendimento. Em seu artigo 85, § 1º, afirma serem devidos honorários advocatícios no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo.

Arbitro-os em 10% do proveito econômico obtido com o acolhimento parcial da impugnação ao cumprimento da sentença, atualizados da intimação do acórdão.

Quanto ao suscitado pela "Zanini" em contraminuta, não se pode dizer que tenha havido litigância de má-fé da advogada Cristina Campi de Souza Bombonato, exigente de dolo no entravamento do trâmite processual manifestado por conduta intencionalmente maliciosa e temerária, inobservado dever de proceder lealmente (REsp 699.393/SP, Rel. Min. Denise Arruda, DJ 09.05.05; REsp 523.490/MA, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 01.08.05; EDcl no AgRg no REsp 480.221/RS, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ 28.05.07; REsp 499.830/RJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 20.09.04; AgRg no Ag 398.870/SP, Rel. Min. Paulo Medina, DJ 11.03.02; REsp 397.832/RS, Rel. Min. Vicente Leal, DJ 01.04.02; REsp 334.259/RJ, Rel. Min. Castro Filho, DJ 10.03.03), hipóteses não configuradas.

A utilização dos recursos ou meios de defesa previstos em lei, por si só, não caracteriza litigância de má-fé ou mesmo ato atentatório à dignidade da justiça. É necessário haver a demonstração do dolo em obstar o trâmite regular do processo a fim de causar prejuízo à parte adversa (AgRg na MC 16.600/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 20.04.10; EREsp 210.636/RS, 1ª Seção, Rel. Min. Paulo Medina, DJ 14.04.03; REsp 479.876/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJe 22.02.10; REsp 638.697/RJ, Rel. Min. Castro Meira, DJ 25.08.06; AgRg no REsp 710.125/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 12.09.05; REsp 809.127/SP, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 15.05.06; REsp 810.154/SP, Rel. Min. José Delgado, DJ 02.05.06; REsp 815.690/SP, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 26.04.06; AgRg no REsp 875.799/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 03.11.08; REsp 886.119/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 05.02.07; EDcl no REsp 999.040/SP, Rel. Min. Denise Arruda, DJe 30.04.08; REsp 1.006.562/SP, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias (juiz convocado do TRF 1ª Região), DJe 29.04.08; REsp 1.010.188/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 14.03.08; REsp 1.188.043/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 21.05.10; REsp 1.128.314/RJ, Rel. Min. Castro Meira, DJe 30.09.09), não sendo esse o caso.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso da advogada Cristina Campi de Souza Bombonato e dou provimento ao recurso da empresa "Zanini Indústria e Montagens Ltda".

Acesso ao Sumário

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1004308-46.2021.8.26.0319, da Comarca de Lençóis Paulista, em que é apelante/apelado BANCO DO BRASIL S/A, é apelado/apelante CLOVIS NALIN (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao apelo do réu e deram provimento ao recurso adesivo do autor. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.518)**

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

São Paulo, 5 de junho de 2023.

CAUDURO PADIN, Relator

Ementa: Ação de reparação de danos. Negativação indevida do nome do autor junto aos cadastros de inadimplentes. Réu não comprovou a efetiva pactuação do cheque especial ou de débito imputável ao autor, deixando de se desincumbir do ônus da prova, decorrente do artigo 373, II, do Código de Processo Civil, e das regras do Código de Defesa do Consumidor. Responsabilidade objetiva da instituição financeira. Inteligência do Recurso Repetitivo nº 1.199.782/PR e Súmula nº 479, ambos do E. STJ. Insurgências genéricas. Acertada a declaração de inexigibilidade do débito e a condenação por danos morais. Fixação de astreintes para o caso de descumprimento da tutela deferida, com observância das disposições contidas no Código de Processo Civil. Atendidos os critérios de prudência e razoabilidade, bem como o poder discricionário do Juízo. Dano moral. Ofensa configurada. Aplicação da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor. Quantum indenizatório. Fixação que deve observar os critérios de prudência e razoabilidade.

Acesso ao Sumário

Montante que comporta majoração, inclusive para atender ao parâmetro usualmente adotado por este Colegiado em casos parelhos. Reforma parcial da r. sentença. Apelo do réu não provido. Provimento do recurso adesivo do autor.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação e recurso adesivo contra a sentença de fls. 132/139, que julgou procedente a ação para declarar a inexigibilidade do débito impugnado, ante a ausência de contratação válida, e condenar o Banco réu a pagar ao autor indenização por danos morais no valor de R$ 6.000,00 (seis mil reais), devidamente atualizado pela Tabela Prática deste E. Tribunal e acrescido de juros moratórios de 1% ao mês, a partir da intimação da sentença. Sem prejuízo, antecipou os efeitos da tutela para o fim de compelir o réu a excluir o nome do autor dos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito, no prazo de 10 dias, a contar da intimação da sentença, sob pena de multa diária de R$ 100,00 até o limite de R$ 5.000,00. Pela sucumbência, condenou o Banco ao pagamento das custas e despesas processuais, atualizadas a partir do desembolso, bem como honorários advocatícios que fixou, com fulcro no art. 85, § 8º, do CPC, em R$ 1.500,00, tudo devidamente atualizado até efetivo pagamento.

Recorrem ambos os litigantes.

O Banco sustenta, em breve síntese, que quando o autor contratou a conta anuiu com a pactuação do cheque especial; que o autor utilizou do crédito disponibilizado; que a comunicação relativa ao uso se dava a cada consulta no terminal, uma vez que ao fazer saques, consultar extratos/saldos é informado ao consumidor/cliente o valor disponível em conta, assim como seu limite e uso; assim, a contratação foi regular, o acréscimo foi periodicamente sendo ajustado, de acordo com o uso, assim como foi dada inequívoca ciência ao autor desses acréscimos, que nunca foram questionados ou tidos por irregulares. Impugna a multa fixada para a hipótese de descumprimento da medida liminar deferida. Insiste que o contrato foi firmado em terminal de autoatendimento, o que "*inviabiliza apresentação de contrato assinado a tinta*". Diz que "*a falha que se tenta atribuir ao Banco, foi na verdade, ato de terceiro*"; que não houve reclamação administrativa; que sua conduta foi pautada na boa- fé e na força do contrato firmado com a parte; que não houve danos ou irregularidades causadas pelo Banco; que não há danos de nenhuma espécie a serem reparados; que não há nexo de causalidade entre a conduta danosa e os atos procedidos pelo Banco. Pretende, assim, a reforma da r. decisão combatida (fls. 142/168).

O autor, por sua vez, argumenta que ao fixar o valor do dano moral em R$

Acesso ao Sumário

6.000,00, que não foi devidamente considerada a amplitude do dano, do constrangimento, do abalo emocional sofrido por si, posto que houve e está havendo um imenso desgaste para resolver o ocorrido; que o Banco demostrou total falta de respeito consigo, pois além de fraudar um contrato em seu nome, não teve qualquer interesse em resolver administrativamente o ocorrido, obrigando-o ao ingresso da presente ação; que o valor não cumpre com o caráter punitivo-pedagógico da indenização, não se mostrando suficiente a reparar o dano causado, uma vez que a condenação em danos morais não deve ser apenas suficiente para amenizar o sofrimento da vítima, mas principalmente para dissuadir o ofensor a praticar novo ilícito perante seus clientes; que não se trata de simples fato, mas sim de contrato fraudulento, que cobra juros altíssimos de pessoa com parcos recursos financeiros, simples e muito humilde que não sabe sequer o que significa assinatura eletrônica, pela utilização de dinheiro não solicitado. Aponta que a fraude não foi praticada por terceiros, mas sim pelo próprio réu através de seus colaboradores. Por isso, pleiteia a majoração da verba indenizatória para valor não inferior a 10 vezes o valor do salário mínimo nacional vigente (fls. 184/187).

Em juízo de admissibilidade verifica-se que os recursos são tempestivos e foram regularmente processados, com recolhimento do respectivo preparo pelo réu, dispensado o autor.

Contrarrazões às fls. 177/183 e 191/198.

É o relatório.

Cuida-se de ação de reparação de danos.

O autor deu conta de que foi surpreendido com a negativação de seu nome junto aos órgãos de proteção ao crédito, levada a efeito pelo réu por débito no valor de R$ 300,40, datado de 01/12/2020, tendo como referência um suposto contrato nº 00000000000046217 e o uso de limite de cheque especial de (fls. 15/17). Negou ter pactuado tal serviço, afirmando que apenas mantinha junto ao Banco simples conta salário.

Em contestação, o Banco defendeu a regularidade de sua conduta, alegando que o autor utilizou o limite de cheque especial e não repôs o valor. Juntou os documentos de fls. 73/116.

O autor impugnou os instrumentos apresentados, argumentando que o Banco nunca lhe enviou qualquer cartão de assinatura eletrônica.

Foi determinado ao Banco que comprovasse a entrega do referido cartão, mas este quedou-se inerte.

As partes foram instadas a manifestarem interesse na produção de outras provas, tendo o autor requerido o julgamento do feito e o réu se silenciado a respeito.

Sobreveio, então, a r. decisão combatida, na qual o Mm. Juíz *a quo* enten-

Acesso ao Sumário

deu pela procedência da ação.

Pois bem.

As genéricas e superficiais alegações apresentadas pelo réu não convencem à adoção de posicionamento diverso do estabelecido pelo d. juízo originário e seu recurso não prospera.

A solução do caso se dá à luz das regras protetivas do Código de Defesa do Consumidor, do Recurso Repetitivo n. 1.199.782/PR e da Súmula n. 479 ambos do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> *"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. JULGAMENTO PELA SISTEMÁTICA DO ART. 543 -C DO CPC. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS. DANOS CAUSADOS POR FRAUDES E DELITOS PRATICADOS POR TERCEIROS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. FORTUITO INTERNO. RISCO DO EMPREENDIMENTO. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: As instituições bancárias respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes ou delitos praticados por terceiros - como, por exemplo, abertura de conta-corrente ou recebimento de empréstimos mediante fraude ou utilização de documentos falsos -, porquanto tal responsabilidade decorre do risco do empreendimento, caracterizando-se como fortuito interno. 2. Recurso especial provido." (STJ, REsp 1199782/PR, rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, julgada em 24 /08 /2011).*
>
> *"**Súmula nº. 479:** As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias."*.

A relação discutida nos autos tem natureza consumerista, regendo-se, pois, pelas diretrizes constantes do Código de Defesa do Consumidor, notadamente, na espécie, pela regra concernente à responsabilidade objetiva – independentemente da demonstração de culpa – do prestador de serviços pelos danos causados ao consumidor e pela inversão do ônus da prova dos fatos alegados em Juízo.

Acesso ao Sumário

A responsabilidade do réu é objetiva devido à Teoria do Risco, ou seja, do exercício de atividade econômica lucrativa que implica necessariamente a assunção dos riscos a ela inerentes.

É essa a posição doutrinária, inclusive: *"Os bancos respondem pelo risco profissional assumido, só elidindo tal responsabilidade a prova, pela instituição financeira, de culpa grave do cliente ou caso fortuito ou força maior". (RUI STOCO, em Responsabilidade Civil e Sua Interpretação Jurisprudencial, 3ª Edição, RT, 1997, p. 222)*.

É fato que o autor impugnou, veementemente, a pactuação de limite de cheque especial.

Assim, competia ao réu demonstrar a lisura da contratação e formação do débito que levou à negativação junto aos órgãos de proteção ao crédito. Mas assim não procedeu.

Os documentos juntados devem ser considerados apócrifos, pois não fez prova de que foram assinados de forma eletrônica pelo autor. O único instrumento efetivamente assinado é o "Termo de Opção Bancária" de fl. 116, pelo qual o autor autorizou o crédito de salário em sua conta.

Como dito, o Banco quedou-se inerte quando foi instado a apresentar prova relacionada a eventual cartão de assinatura do autor.

Nas razões deste apelo chega a alegar, inadvertidamente, que os fatos se deram por culpa de terceiro, o que não guarda qualquer relação com a controvérsia posta a desate.

Ou seja, não trouxe aos autos qualquer mínimo elemento probatório a apoiar suas assertivas.

Portanto, é certo que deixou de se desincumbir do ônus que lhe competia, por força do artigo 373, II, do Código de Processo Civil, assim como pelas regras do Código de Defesa do Consumidor.

Sem prova da legítima pactuação de limite de crédito em conta corrente, menos ainda do débito atribuído ao autor que levou à realização de apontamento desabonador, restou evidente o defeito na prestação do serviço bancário. Os bancos respondem objetivamente pelos danos decorrentes da própria prestação dos serviços (art. 14, CDC). A responsabilidade deriva do risco da atividade desempenhada. Se desejam o lucro, assumem os riscos de eventuais defeitos na prestação do serviço.

Disso decorre a responsabilidade do réu pelos fatos e com acerto decidiu o juízo originário pela declaração de inexigibilidade do débito e pela recomposição do dano de ordem extrapatrimonial.

Quanto o dano moral "é resultado de lesão aos direitos da personalidade, isto é, à honra, à imagem, à integridade física, *ao nome, à liberdade de pensamento, entre outros*" (Cf. REsp 669.914/DF, julgado em 25/03/2014).

Ensina a doutrina: "*Na realidade, multifacetário o ser anímico, tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindolhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica- se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade, no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral*" (Yussef Said Cahali, Dano Moral, Ed.

Acesso ao Sumário

RT, p. 20/ 21).

Presentes as realidades descritas e verificados os requisitos da responsabilidade civil, justificadores da obrigação de indenizar, especialmente considerando a inscrição desabonadora levada a efeito pelo réu em nome do autor.

Se não há efetiva prova da contratação contrariada, inconteste que os fatos não podem ser considerados como mero transtorno ou dissabor incapaz de gerar danos morais.

Ao contrário, a jurisprudência deste Tribunal tem aplicado a denominada **Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor** que na lição de Marcos Dessaune se configura, "*quando o consumidor, diante de uma situação de mau atendimento, precisa desperdiçar o seu tempo e desviar as suas competências de uma atividade necessária ou por ele preferida para tentar resolver um problema criado pelo fornecedor, a um custo de oportunidade indesejado, de natureza irrecuperável*" (Desvio Produtivo do Consumidor. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011).

Confira- se:

"***[...] Aplicação da teoria do desvio produtivo do consumidor. Tempo utilizado pelo consumidor para a solução de seus problemas junto ao fornecedor, com prejuízo de suas atividades rotineiras, sem que tenha um satisfatório atendimento à sua demanda de consumo.*** *Precedentes desta Egrégia Corte e do Colendo Superior Tribunal de Justiça. [...]*" (TJ/SP; Apelação 1004098-03.2017.8.26.0006; Relator (a): Hélio Nogueira; Data do Julgamento: 13/11/2018; Data de Registro: 13/11/2018)

Ou seja, o dano moral aqui é devido, inclusive, pela *via crucis* enfrentada pelo autor, que foi obrigado a contratar advogado e entrar em juízo para defesa de seus interesses.

Confira-se:

"* *Ação anulatória c. c. inexigibilidade de débito e indenização por danos morais – Contrato de empréstimo consignado não reconhecido pelo autor, com desconto indevido em seu benefício previdenciário – Aplicação do Código de Defesa do Consumidor – Responsabilidade objetiva do Banco por danos gerados por falha na prestação de serviços no âmbito das operações bancárias (art. 14 do CDC) – Banco réu não comprovou a legitimidade da contratação do empréstimo consignado, ônus seu (art. 6º, VIII, do CPC e art. 373 , II, do CPC) – Preclusão da prova pericial grafotécnica, por deixar o Banco de demonstrar interesse na produção da prova – Inexistência de relação jurídica entre as partes, com a condenação do Banco réu à restituição dos valores indevidamente debitados do benefício previdenciário do autor – Danos morais que se configuram com a própria ocorrência do ato i lícito da violação (damnum in re ipsa) – Recurso do banco réu desprovido. Danos morais – Pretensão do autor à ma-*

*joração do quantum indenizatório – Descabimento – Indenização arbitrada em consonância com os critérios da razoabilidade e proporcionalidade – Recurso do autor negado. Danos morais – Juros moratórios – Tratando- se de responsabilidade extracontratual os juros de mora incidem do ato ilícito (súmula 54 do STJ) – Recurso do autor provido. Recurso do autor parcialmente provido, desprovido o recurso do réu **" (Apelação Cível 1025071-46.2020.8.26.0564; Rel. Des. Francisco Giaquinto; julg.: 07/06/2021)

"*AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE CONTRATO C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Sentença de parcial procedência. Insurgência da autora, que insiste no pedido de indenização por danos morais. DANOS MORAIS. Cancelamento do contrato. O réu diz que a proposta de empréstimo foi cancelada antes da propositura da ação, mas a tela sistêmica carreada à fl. 63 não é suficiente para comprovar tal data pois é isolada e foi produzida unilateralmente, não encontrando ressonância em outros documentos. O sistema da requerida indica como motivo do cancelamento, a desistência do cliente. Mas para que houvesse desistência, era necessária a celebração do contrato, que sequer foi demonstrado. Celebração de suposto contrato sem qualquer instrumento que o comprove ou, ainda, a disponibilização de quantia ao contratante. É certo que não chegou a haver descontos no benefício previdenciário da demandante, o que é considerado para fins de arbitrar o valor da indenização. Contudo, assim não ocorreu porque a demandante se antecipou, tomando as medidas que entendia pertinentes. A averbação de contrato ilegítimo impediu a autora de realizar outros pactos para o custeio de despesas emergenciais. Ao atuar de forma negligente, sem que seja garantida segurança ao consumidor, o prestador assume a responsabilidade pelos prejuízos que possam advir de sua conduta. O prejuízo imaterial é demonstrado à saciedade, sendo de rigor a condenação do requerido à reparação por danos morais. Valor fixado em R$ 3.000,00 em atenção aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Recurso parcialmente provido.*" (Apelação Cível 1007725-73.2020.8.26.0664; Rel. Des. Helio Faria; julg.: 12/07/2021)

No que toca aos termos de incidência das astreintes arbitradas para a hipótese de descumprimento da tutela, é certo que a fixação de multa tem por escopo o desestímulo pelo descumprimento das decisões judiciais e visa também coagir o demandado a cumprir o que foi determinado pelo juízo (dar efetividade à decisão), o que decorre do poder geral de cautela.

Condiz com os preceitos estabelecidos pelo Código de Processo Civil, quais sejam:

"Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

(...) IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamen-

Acesso ao Sumário

tais ou sub- rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;"

" Art. 400. (...) "Parágrafo único. Sendo necessário, o juiz pode adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub- rogatórias para que o documento seja exibido."

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

De outra forma não dispõe a doutrina:

"*Para que a sentença mandamental tenha força persuasiva suficiente para coagir alguém a fazer ou não fazer, realizando, assim a tutela prometida pelo direito material, permite- se ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, a imposição de multa coercitiva – astreintes (art. 461, §§ 4º e 6 º, CPC). A finalidade da multa é coagir o demandado ao cumprimento do fazer ou do não fazer, não tendo caráter punitivo. Constitui forma de pressão sobre a vontade do réu, destinada a convencê-lo a cumprir a ordem jurisdicional.*

(...) É possível a aplicação de multa coercitiva para constranger ao cumprimento de decisões interlocutórias, sentenças e acórdãos, sempre que neles se impor a observância de um fazer ou não fazer. É possível aplicar multa coercitiva para outorgar efetividade à tutela antecipatória, à tutela cautelar ou tutelas finais. Do ponto de vista do direito material, cabe aplicação de multa coercitiva para o cumprimento de fazer ou não fazer fungíveis ou infungíveis (STJ, 1º Turma, REsp 893 .041/RS, Rel. Min. Teori Zavascki, j. em 05.12.2006, DJ 14.12.2006, p. 329)" (MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO. Daniel. Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo, São Paulo: Editora RT, pg. 429/430).

Como dito, a multa tem força coercitiva para obrigar o cumprimento e tem caráter preventivo, pois evita que haja desobediência à ordem judicial.

Confira- se a jurisprudência de nossos Tribunais:

"*INDENIZATÓRIA CUMULADA COM OBRIGAÇÃO DE FAZER. OMISSÃO NA REGULARIZAÇÃO DA SITUAÇÃO DO BEM JUNTO AO ÓRGÃO DE TRÂNSITO. Bem objeto de contrato de financiamento entre as partes que veio a ser inadimplido. Veículo objeto de ação de busca e apreensão Regularização no DETRAN e demais órgãos públicos. Não ocorrência. Ônus da instituição financeira Omissão que gerou lançamento de impostos em nome do autor. Cominação de multa diária (astreintes). Legalidade da medida. Inteligência dos artigos 287, 461, §§ 3.º e 4 º, e 461- A, § 3.º, do Código de Processo Civil. Recurso desprovido*" (TJSP, AI nº 0142773-2013.8.26.0000, Rel. Des.

Acesso ao Sumário

Gilberto Leme, j. 01.10.2013)

"*TUTELA ANTECIPADA – Decisão concessiva – Insurgência – Inadmissibilidade – Requisitos – Art. 273, caput, I e §2 º, do CPC – Preenchimento – Pedido não acolhido. MULTA DIÁRIA – Insurgência contra as astreintes estabelecidas – Descabimento – Medida de apoio ao cumprimento da decisão judicial – Previsão legal dos arts. 273, §3º, e 461,* §§4º e 5º, do CPC – *Adequação – Quantum equilibrado – Razoabilidade e Proporcionalidade – Fixação mantida – Recurso não provido.*" (TJSP, AI nº 2001456-97.2013.8.26.0000, Rel. Des. Rubens Cury, j. 02.10.2013)

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

Na hipótese, a fixação de multa diária e o estabelecimento de limite para sua incidência atendem os critérios legais e o poder discricionário referidos, não sendo o caso de qualquer modificação.

Mantida até aqui, portanto, a r. sentença.

Contudo, melhor sorte atende ao recurso adesivo do autor.

Quanto à quantificação da verba indenizatória: "*Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima (...) Aqui também é importante o critério objetivo do homem médio, o bonus pater familias: não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com fatos diuturnos da vida, nem o homem de pouca ou nenhuma sensibilidade, capaz de resistir sempre às rudezas do destino. Nesse campo, não há fórmulas seguras para auxiliar o juiz. Cabe ao magistrado sentir em cada caso o pulsar da sociedade que o cerca*" (Sílvio de Salvo Venosa, Direito Civil: Responsabilidade Civil, Vol. IV, Ed. Atlas, p. 33).

O montante do dano moral não pode ser inexpressivo ou caracterizado como donativo, nem ser motivo de enriquecimento abrupto e exagerado, como premiação em sorteio, e deve possuir poder repressivo, inibidor e, por outro, formador de cultura ética mais elevada.

Tem decidido o E. STJ: "*[...] 1. O Superior Tribunal de Justiça firmou orientação no sentido de que somente é admissível o exame do valor fixado a título de compensação pelos danos morais em hipóteses excepcionais, quando for verificada a exorbitância ou o caráter irrisório da importância arbitrada, em flagrante ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Na espécie, impõe-se a manutenção do valor arbitrado a título de compensação pelos danos morais, a fim de atender aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, sem ignorar o caráter preventivo e pedagógico inerente ao instituto da responsabilidade civil. [...]*" (AgInt no REsp 1531204/CE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/09/2019, DJe

Acesso ao Sumário

24/09/2019).

Com isto, tendo em vista a condição das partes e as particularidades do caso concreto, considerando-se ainda, os critérios de prudência e razoabilidade e o poder repressivo e formador, o valor da verba indenizatória comporta majoração em valor que não configure enriquecimento sem causa do autor (art. 884, CC) e de forma adequada à extensão do dano (art. 944, CC), além de se adequar ao parâmetro usualmente adotado por este Colegiado em casos parelhos.

Por fim, conforme Enunciado Administrativo nº 7 do Superior Tribunal de Justiça e art. 85, §§ 1º, 2º e 11 do Código de Processo Civil, os honorários advocatícios devem ser majorados, considerando os critérios legais e a remuneração condigna da advocacia.

Ante o exposto, o meu voto nega provimento ao apelo do réu e dá provimento ao recurso adesivo do autor para reformar apenas em parte a r. sentença originária, majorando a condenação por danos morais para R$ 10 .000,00 (dez mil reais), incidente correção monetária a partir do arbitramento e juros de mora desde a indevida negativação, e fixando a verba honorária sucumbencial em 20 % (vinte por cento) sobre o valor da condenação, atualizado até o pagamento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1029809-65.2021.8.26.0007, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado PLANO VIDEIRA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIO LTDA. (PLANO & PLANO), é apelada/apelante MARIA DOMINGAS MENDES CALHEIROS DA SILVA.

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 81799)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MATHEUS FONTES (Presidente) e ROBERTO MAC CRACKEN.

São Paulo, 5 de junho de 2023.

CAMPOS MELLO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: 1. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL. DEMANDA ORDINÁRIA DE RESCISÃO DE CONTRATO, COM PEDIDOS CUMULADOS DE RESTITUIÇÃO DE VALORES

E DE INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL. 2. DECISÃO REFORMADA EM PARTE. 3. RELAÇÃO DE CONSUMO CONFIGURADA. INCIDÊNCIA DA LEI Nº 8.078/90 NA ESPÉCIE. 4. PERCENTUAL DE RETENÇÃO DE VALORES PAGOS FIXADO NA SENTENÇA QUE NÃO COMPORTA ALTERAÇÃO. PATAMAR CONFORME ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTA CORTE. 5. JUROS MORATÓRIOS QUE DEVEM SER CALCULADOS DO TRÂNSITO EM JULGADO. ALTERAÇÃO DETERMINADA. 6. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

É apelação contra a sentença a fls. 475/484, objeto de embargos de declaração rejeitados a fls. 494, que julgou procedente em parte demanda de resolução de compromisso de compra e venda, com pedido cumulado de restituição de valores e indenização de danos morais.

Alega o apelante que a sentença não pode subsistir, pois devem ser restituídos à autora apenas 50% dos valores pagos, conforme a Lei n. 13.786/2018. Sustenta que os juros de mora devem incidir a partir do trânsito em julgado. Pede a reforma.

Apresentadas contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

O recurso comporta provimento em parte.

Cumpre inicialmente salientar que incide espécie dos autos a Lei 8.078/90, visto que está configurada relação de consumo. Com efeito, a existência de alienação fiduciária não obsta a incidência da legislação consumerista, desde que presentes na relação jurídica as figuras do consumidor e do fornecedor, nos termos previstos do art. 2º e 3º do aludido diploma legal. É a hipótese dos autos, já que se trata de contrato de compromisso de compra e venda de imóvel celebrado entre pessoa física e pessoa jurídica de fins lucrativos que desenvolvem atividade de comercialização.

É certo que, no caso presente, a restituição de valores deve ser parcial, já que foi a compradora que deu causa à extinção do vínculo contratual. Nesse diapasão, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 543, verbis: "*Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador integralmente, em caso de culpa*

Acesso ao Sumário

exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento".

No mesmo sentido a Súmula n. 1 deste Tribunal também a autoriza a retenção de certo percentual a título de cláusula penal: "*O Compromissário comprador de imóvel, mesmo inadimplente, pode pedir a rescisão do contrato e reaver as quantias pagas, admitida a compensação com gastos próprios de administração e propaganda feitos pelo compromissário vendedor, assim como com o valor que se arbitrar pelo tempo de ocupação do bem*".

Quanto ao percentual de retenção, a sentença não merece reparos, pois o percentual fixado, qual seja, 10% dos valores pagos, está em conformidade com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, verbis: "*(...) 2. Tendo em vista que o valor de retenção determinado pelo Tribunal a quo (10% das parcelas pagas) não se distancia do fixado em diversas ocasiões por esta Corte Superior (que entende possível o valor retido flutuar entre 10% a 25%), o recurso especial não prospera. Precedentes desta Corte.*" (Rec. Esp. 1.807.271/SP, decisão monocrática, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 20.08.2019). No mesmo sentido assim se decidiu neste Tribunal: Ap. 1040708-05.2015.8.26.0114, 5ª Câmara de Direito Privado, j. em 12.02.2020 e Ap. 1098332-83.2017.8.26.0100, 22ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Matheus Fontes, j. em 9.12.2019. Anote-se que sequer foi alegada circunstância excepcional que justificasse a retenção em patamar superior, como pretendem a recorrente.

Em relação ao termo inicial de incidência dos juros de mora, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça em incidente de processo repetitivo, verbis: "*Para os fins repetitivos, restou definida a seguinte tese: Nos compromissos de compra e venda de unidades imobiliárias anteriores à Lei nº 13.786/2018, em que é pleiteada a resolução do contrato por iniciativa do promitente comprador de forma diversa da cláusula penal convencionada, os juros de mora incidem a partir do trânsito em julgado da decisão.*" (Rec. Esp. 1.740.911/DF, Segunda Seção, Rel. p/ acórdão Min. Maria Isabel Galotti, DJe 22.8.2019). Ressalte-se ainda que a supracitada tese reflete o entendimento consolidado nesta Corte em hipóteses análogas: Ap. 1013962-84.2018.8.26.0344, j. em 11.6.2019 e Ap. 1000107-14.2019.8.26.0664, j. em 16.5.2019, ambos da 22ª Câmara de Direito Privado e de relatoria do Desembargador Alberto Gosson; Ap. 1001938-73.2016.8.26.0609, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Claudio Godoy, j. em 11.6.2019 e Ap. 1005925-06.2016.8.26.0161, 2ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Álvaro Passos, j. em 23.4.2019.

Acesso ao Sumário

Assim, embora o contrato objeto discutido tenha sido firmado após a Lei 13.786/2018, o mesmo entendimento deve ser aplicado no presente caso, visto que a ruptura do contrato foi motivada pela adquirente. Desse modo, não havia mora da apelante que justificasse a incidência de juros moratórios desde a

citação. De rigor, portanto, que na esteira do precedente acima, sejam os juros computados a partir do trânsito em julgado. Nesse sentido tem decidido esta Corte: Ap. 1001115-69.2022.8.26.0648, Rel. Des. Cristina Zucchi, 34ª Câmara de Direito Privado, de Urupês, j. 27/02/2023; Ap. 1063264-60.2021.8.26.0576, Rel. Des. Edson Luiz de Queiróz, 9ª Câmara de Direito Privado, de São José do Rio Preto, j. 02/02/2023

Em resumo, o presente recurso comporta provimento apenas para que seja alterado o termo inicial dos juros de mora.

De resto, embora alterada a sentença, a distribuição dos encargos de sucumbência nela determinada não comporta alteração, visto que a ré somente logrou êxito em adequar o termo inicial dos juros moratórios legais ao ordenamento, mas continua sucumbente no restante.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1032070-84.2022.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BANCO BRADESCO S/A, é apelado RHUAN VICTOR DA SILVA FRANÇA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 51437)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO BATISTA VILHENA (Presidente) e AFONSO BRÁZ.

São Paulo, 7 de junho de 2023.

IRINEU FAVA, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Ação de indenização por danos materiais– **Empréstimo e Transferências bancárias por meio de aplicativo de celular do autor – Aparelho celular furtado em via pública – Acesso aos aplicativos instalados, notadamente o disponibilizado pela casa bancária – Ausência de comunicação imediata do sinistro à instituição financeira para bloqueio do acesso à conta – Operações bancárias realizadas por terceiros – Ausência de ilícito por parte da ré – Culpa exclusiva de terceiro/ autor – Excludente de responsa-**

Acesso ao Sumário

bilidade constatada – Inteligência do art. 14, § 3°, II, CDC – Falha na prestação de serviços não evidenciada – Sentença reformada, julgando-se improcedente a ação– Recurso do réu provido, com inversão do ônus da sucumbência.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 156/162, proferida pelo MM. Juiz de Direito Marco Antonio Barbosa de Freitas, que julgou procedente a ação de indenização por danos materiais ajuizada pelo apelado RHUAN VICTOR DA SILVA FRANCA contra o apelante BANCO BRADESCO S/A.

Sustenta o apelante, preliminarmente, ilegitimidade para figurar no pólo passivo da ação pois, as transferências foram realizadas com todas as credenciais necessárias, ou seja, senha, *token* e destaca que seu site possui várias proteções contra fraudes. No mérito alega ausência e responsabilidade pelos fatos narrados pois, não há qualquer falha na prestação dos seus serviços. Aduz, que se culpa houve deve ser reconhecida a concorrente. Depois de alegar que é descaída a restituição de valores em dobro, pede provimento do recurso (fls. 165/180).

Recurso tempestivo e respondido (fls.188/194), anotado o preparo (fls. 181).

É o relatório.

A preliminar de ilegitimidade passiva confunde-se com o próprio mérito do recurso, razão pela qual serão julgadas em conjunto.

O recurso, respeitada a convicção do Ilustre Sentenciante, merece provimento.

Com efeito, cuida-se de indenização por danos materiais pela qual a autora busca os valores decorrentes de empréstimos e transferências em sua conta mantida junto ao réu que foram realizadas após o furto do seu celular.

Após a apresentação de defesa e réplica, sobreveio a sentença guerreada que julgou procedente a ação com a condenação do réu à devolução dos valores pleiteados na inicial.

Contra tal decisum, recorre o banco réu.

Pois bem.

Narra o autor que no dia 30.12.2021 teve seu aparelho celular furtado em via pública e como notou a retirada de sua conta no valor de R$ 7.800,00 junto ao Nubank procedeu a reclamação e o valor foi restituído no prazo de cinco dias. Alega que posteriormente ao tentar acessar sua conta mantida junto ao réu notou

Acesso ao Sumário

uma transferência no valor R$6.379,00 para terceiro desconhecido, além de dois empréstimos não contratados. Diante, disso pleiteou a restituição do valor de R$ 11.783,76 referente às parcelas dos dois empréstimos que foram antecipadas conforme discriminado a fls. 3.

Em que pese as alegações do autor, sua pretensão se mostra improcedente.

O documento de fls. 24 revela que foram feitos dois empréstimos nos valores de R$ 5.629,00 e R$ 750,00 no dia do furto logo em seguida foram efetuados dois pix, sendo um no valor de R$¨6.300,00 e R$ 79,00, operações estas alegadas indevidas.

Contudo, no caso, não ficou demonstrada qualquer falha do réu.

Isso, pois, ainda que se reconheça ser objetiva a responsabilidade do banco, inexiste nos autos prova do nexo causal a comprovar que realmente houve falha na prestação de serviços ou que o evento faça parte da teoria do risco profissional.

No caso, observa-se que o autor sequer demonstrou qualquer comunicação ao réu para bloqueio da conta ou mesmo à operadora de telefonia celular para bloqueio do aparelho. O único documento acostado nos autos é o boletim de ocorrência de fls. 15/17.

A comunicação sobre o sinistro ocorreu somente no dia 04.01.2022 conforme documento de fls. 43/45.

Assim, inegável a culpa exclusiva da vítima e de terceiros, causa excludente de responsabilidade da casa bancária, nos termos do art. 14, § 3°, II, CDC.

A fraude somente se aperfeiçoou por conduta de terceiro furtador, que se utilizou do aparelho celular do próprio autor.

Em outras palavras, não ficou evidenciada qualquer falha na prestação dos serviços por parte do apelante, tendo em vista que as operações impugnadas foram feitas mediante uso de aplicativo no telefone celular da apelada, com senha e token.

Por certo, não haveria como o apelante evitar que as operações se realizassem, sobretudo por não ter meios de fiscalizar a forma como o autor utiliza seu aparelho celular.

Nesse sentido, ante a hipótese de excludente de ilicitude, tem-se por inexistente o nexo causal entre a conduta do banco réu e os danos experimentados pelo autor quanto aos fatos narrados em sua peça inicial.

Nesse cenário, tem-se que a r. sentença comporta reforma, julgando-se improcedente a pretensão inicial.

Sucumbente o autor, invertem-se os ônus da sucumbência.

Ante o exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO** AO RECURSO do réu, julgando-se improcedente a ação invertidos os ônus da sucumbência.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1040677-90.2016.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BRADESCO ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIOS LTDA., é apelado GIORDANO LUIZ DOS SANTOS (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.020)**

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

São Paulo, 7 de junho de 2023.

LIDIA CONCEIÇÃO, Relatora

Ementa: Ação de execução decorrente de conversão de busca e apreensão. Não localização de bens em nome do executado. Desistência. Sentença de extinção que imputou os ônus sucumbenciais à exequente. Princípio da sucumbência que cede lugar à causalidade. Entendimento do C. STJ. Inadimplência do executado que motivou o ajuizamento da demanda. Sucumbência carreada integralmente ao executado. Sentença reformada. Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença às fls. 320, que diante da desistência do exequente julgou extinta a execução e condenou a instituição financeira ao pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da causa.

Inconformada, apela a instituição financeira autora (fls. 323/328) e sustenta que os ônus sucumbenciais devem ser carreados ao réu, que deu causa à ação executória. Ressalta que o réu sequer constituiu patrono, sendo representado por curador especial, de maneira que entende incabível o arbitramento de honorários advocatícios em seu desfavor.

Recurso tempestivo, preparado e respondido às fls. 334/340.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

A instituição financeira ora apelante ajuizou ação de busca e apreensão contra Giordano Luiz dos Santos. Diante da dificuldade na localização do veículo financiado, a ação foi convertida em execução e o executado foi citado por edital (fls. 266).

Seguiram-se diversas diligências a fim de localizar bens em nome do executado, todas infrutíferas, de modo que o exequente acabou por requerer a desistência da ação (fls. 308/310).

Em sua r. sentença o D. Magistrado "a quo" impôs à exequente os ônus da sucumbência, condenando-a ao pagamento de honorários advocatícios em favor do I. Patrono do executado.

Contudo, certo é que o princípio da sucumbência cede lugar à causalidade em hipóteses como a dos autos, em que a desistência não se deu por fato superveniente, perda do objeto ou imotivadamente, mas sim pela não localização de bens em nome do executado cuja inadimplência motivou o ajuizamento da ação.

Neste sentido e em prestígio à boa-fé processual já se pronunciou o C. Superior Tribunal de Justiça:

> "*AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO POR DESISTÊNCIA DO EXEQUENTE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DO EXECUTADO. DESCABIMENTO. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. AUSÊNCIA DE SUCUMBÊNCIA DO EXEQUENTE.1. Vindo o exequente a desistir do cumprimento de sentença por não localização de bens do devedor, incabível a fixação de honorários advocatícios em favor do executado, uma vez que, diante dos princípios da efetividade do processo, da boa-fé processual e da cooperação, não pode o devedor se beneficiar do não cumprimento de sua obrigação. 2. A desistência da execução em virtude da não localização de bens do devedor não retira a aplicação do princípio da causalidade em desfavor do executado, nem atrai a sucumbência para o exequente. 3. Agravo interno a que se nega provimento.*" (AgInt no REsp n. 1.744.492/PR, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 11/6/2019, DJe de 14/6/2019.)

Em consonância com tal entendimento também tem se manifestado este E. Tribunal de Justiça:

> *"Execução por quantia certa. R. sentença que, homologando o pedido de desistência, formulado pelo Banco exequente, julgou extinta a ação, nos moldes do artigo 485, VIII, do Código de processo Civil, não carreando ao autor o ônus sucumbencial. Apelo só do executado. Artigo 90, "caput", do Código de Processo Civil, que não se aplica ao caso em tela. A condenação da parte exequente em honorários sucumbenciais importaria em afronta aos princípios da razoabilidade e da causalidade, posto*

Acesso ao Sumário

que o pleito de desistência ocorrera após o transcurso de vários anos e a realização de várias diligências, frustradas, objetivando a localização de bens do devedor passiveis de constrição para satisfação do crédito. R. decisão preservada. Recurso desprovido." (TJSP; Apelação Cível 0002075-55.2013.8.26.0099; Relator (a): Roberto Mac Cracken; Órgão Julgador: 22ª Câmara de Direito Privado; Foro de Bragança Paulista - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 10/08/2022; Data de Registro: 10/08/2022)

"APELAÇÃO CÍVEL – Ônus sucumbencial – *Execução de título extrajudicial julgada extinta, sem resolução de mérito, ante a homologação do pedido de desistência, nos termos do artigo 485, inciso VIII, do Código de Processo Civil – Inconformismo do patrono dos executados – Pedido de condenação no pagamento de honorários advocatícios – Aplicação, no caso, do Princípio da Causalidade. Desistência da execução motivada pela ausência de bens penhoráveis dos executados. Executados, portanto, que deram causa à propositura da execução. Aplicação, na espécie, do REsp.* nº 1.769.201-SP, julgado pelo C. Superior Tribunal de Justiça – *Sentença mantida – Recurso não provido." (TJSP; Apelação Cível 0030129-23.2010.8.26.0071; Relator (a): Daniela Menegatti Milano; Órgão Julgador: 19ª Câmara de Direito Privado; Foro de Bauru - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 09/05/2022; Data de Registro: 09/05/2022)*

Assim sendo, de rigor o provimento do presente recurso de apelação para inverter o ônus sucumbencial, que deverá recair integralmente sobre o executado, arbitrando-se os honorários advocatícios em 10% do valor atualizado da causa.

Isto posto, pelo meu voto, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao recurso de apelação, nos termos da fundamentação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1019809-39.2022.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante BRADESCO ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIOS LTDA., é apelado OBJETIVA - SOLUÇÕES EM CONSÓRCIOS S/S LTDA.

ACORDAM, em 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U. Compareceu para sustentar oralmente a Dra. Maria Claudia Stansky e o Dr. Mariano de Siqueira Neto.", de conformidade com o voto do Relator, que integra

este acórdão. **(Voto nº 25.177)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARLOS ABRÃO (Presidente sem voto), PENNA MACHADO e CÉSAR ZALAF.

São Paulo, 14 de junho de 2023.

LUIS FERNANDO CAMARGO DE BARROS VIDAL, Relator

Ementa: Ação de cobrança. Cessionário de crédito proveniente de contrato de consórcio cancelado. Contrato de cessão de crédito que expressamente exclui do negócio jurídico a multa compensatória estabelecida no contrato de consórcio. Cessionário que não pagou pelo crédito que vindica. Autonomia entre os dois contratos. Procuração em causa própria desprovida de efeitos translativos da relação jurídica consorcial. Ilegitimidade ativa ora reconhecida. Processo extinto sem resolução do mérito. Recurso provido.

VOTO

A r. sentença de págs. 254/257, complementada às págs. 293/295, julgou procedente a presente ação na qual o cessionário de cota de consórcio cancelada objetiva o recebimento do valor retido pelo administrador e consistente na multa compensatória.

Concluiu o julgado pela validade e eficácia da cessão de crédito e pela impossibilidade de retenção do valor da multa compensatória ante a inexistência de prejuízo.

Apela o administrador de consórcio a postular o reconhecimento de nulidade por cerceamento de defesa, vício de fundamentação e julgamento *extra petita*, da ilegitimidade ativa, bê, como a improcedência da ação nos termos da contestação (págs. 300/341).

O recurso foi processado e respondido pelo autor e cessionário (págs. 352/386).

Houve oposição ao julgamento virtual (págs. 391 e 394).

É o relatório.

Inexiste impedimento ao conhecimento do recurso.

Inexistem quaisquer dos alegados vícios que nulificam a sentença.

Ela está fundamentada e julgou o processo nos limites objetivos do pedido formulado à pág. 12 dos autos.

E a instrução do feito para a discussão do prejuízo é despropositada, visto que se trata de matéria que havia de ser demonstrada por meio de prova docu-

Acesso ao Sumário

mental constituída previamente à aplicação da cláusula penal.

Porém, tenho que a defesa processual consistente na ilegitimidade ativa deve ser acolhida.

Reproduzo as cláusulas de interesse, extraídas do contrato de cessão de crédito de págs. 21/23:

> ***Cláusula 1ª*** *- Pelo presente Contrato o(a) Cedente cede e transfere, em caráter irrevogável e irretratável, a Cessionária todos os direitos creditórios relativos aos valores pagos a título de parcelas do fundo comum da(s) cota(s) de consórcio cancelada(s) objeto da presente cessão de direitos, consistentes no percentual amortizado multiplicado pelo valor do bem objeto do plano no momento do efetivo pagamento pela administradora, descontada a multa contratual pelo cancelamento da cota.*
>
> ***Cláusula 2ª*** *- De forma a operacionalizar a presente transação, o(a) Cedente outorga uma procuração pública dando plenos e irrestritos poderes para que a Cessionária possa, dentre outros atos, receber todos e quaisquer valores referentes a(s) cota(s) de consórcio cancelada(s) objeto da presente cessão.*

A cláusula primeira descreve o objeto da cessão de crédito, que corresponde aos valores vertidos ao consórcio de acordo com a fórmula ali indicada, subtraído o valor da multa contratual.

Disto é forçoso reconhecer que o crédito cedido não compreende a multa em discussão, pois seu valor foi descontado no negócio jurídico, e que o cessionário não pagou por ele, ou seja, não adquiriu o direito que vindica nos autos.

Não se pode olvidar que a cessão havida é onerosa, isto é, tem preço definido pelo valor de troca do crédito, e que nisto está o suporte da relação jurídica com que se apresenta o cessionário em juízo.

Suporte da relação jurídica discutida em juízo dotada de abstração conforme a lição de Pontes de Miranda[1], de modo que a rigor nada tem a ver com a relação jurídica originária, isto é, com o contrato de consórcio:

> *O negócio jurídico de cessão é bilateral, abstrato, acordo de transmissão, que independe do negócio jurídico subjacente, ou sobrejacente (cessão de crédito para servir de garantia a negócio jurídico de outrem, ou do próprio cedente). O efeito translativo, a imediata transferência do crédito ao cessionário, é independente do fim que se colimou, cedendo-se o crédito. Vale, e é eficaz, a transferência, ainda que se venha a decretar a nulidade, ou a anulação, ou a ineficácia do negócio jurídico subjacente, ou sobrejacente (P. OERTMANN, Recht der Schuldverhaltnisse, 307). A declaração de vontade de cessão não supõe contrato, ou outro negócio jurídico obrigacional de cessão, nem o contém, nem determina obriga-*

1 Tratado de Direito Privado, vol. XXIII, §§ 2.822.

Acesso ao Sumário

ção de ceder. O negócio jurídico subjacente ou sobrejacente à cessão não é, necessariamente, abstrato; pode ser dependente, ou não, da cessão mesma. Os direitos e deveres do cedente perante o cessionário não derivam de contrato obrigacional que se contenha na cessão, salvo os que concernem ao fornecimento de indicações necessárias para a exigência do crédito, entrega dos títulos ou feitura, à custa do cessionário, de novo título da cessão (O. WARNEYER, Kommentar, I, 680).

Dito de outra forma, o cessionário pode vindicar em juízo o direito de crédito que adquiriu, e não eventuais direitos do contrato de consórcio, que lhe são estranhos e cuja revisão judicial não pode postular.

O fato da outorga de procuração nos termos da cláusula segunda acima transcrita não altera este entendimento.

Note-se que a outorga de procuração é instrumental à persecução do direito de crédito *objeto da presente cessão* (*in verbis*), que está dado na precedente e interpretada cláusula primeira, e não nesta cláusula segunda, ora em exame[2].

A propósito, bem recentemente o STJ afirmou que a denominada procuração *in rem sua* não tem qualquer efeito translativo (REsp nº 1.962.366/DF), de modo que ela, por si só, não tem o condão de instaurar a legitimidade do cessionário para postular o pagamento de crédito não adquirido.

Note-se, por fim, que na procuração pública outorgada consta expressamente o valor do crédito objeto da cessão (págs. 24/25), o que necessariamente conduz à conclusão de que o cessionário não tem poderes para ir além, ressalvados os acessórios.

Por tais razões, e tendo em mira as especificidades do contrato de cessão de crédito que fundamenta a pretensão inicial, tenho que é imperiosa a reforma da r. sentença apelada, com o que, de resto, proponho a revisão do entendimento que vem sendo adotado nesta Câmara de Direito Privado em relação a este específico negócio jurídico padrão.

Assim, é de ser reconhecida a ilegitimidade ativa do cessionário, extinguindo-se o processo sem resolução do mérito nos termos do art. 485, inciso VI, do CPC, devendo o autor e apelado arcar com a integralidade dos ônus da sucumbência.

Considerado o diminuto valor da causa, os honorários de advogado são arbitrados em dois mil reais nos termos do art. 85, §8º, do CPC.

Voto pelo provimento do recurso.

Acesso ao Sumário

2 O mesmo se aplica à cláusula terceira do contrato, que estabelece renúncia daquilo que foi cedido, e não de todos os direitos do contrato de consórcio originário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1027336-69.2018.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante/apelado ANTONIO REIS DE JESUS ALMEIDA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada/apelante GABRIELA SABBAG SALOTTI e Apelada BRADESCO AUTO/RE COMPANHIA DE SEGUROS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35729)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARY GRÜN (Presidente) e ANDRADE NETO.

São Paulo, 14 de junho de 2023.

LUIS FERNANDO NISHI, Relator

Ementa: APELAÇÃO – ACIDENTE DE TRÂNSITO – AÇÃO INDENIZATÓRIA – DANOS MATERIAIS – Insurgência da autora em relação ao valor do orçamento aprovado pela seguradora – Conjunto probatório insuficiente para demonstrar a extensão do dano causado ao veículo da terceira prejudicada – Impossibilidade de inversão do ônus da prova – Ausência de verossimilhança das alegações (art. 6º, VIII, do CDC) – Realização do reparo em oficina não credenciada – Valor do reparo aprovado que equivale a 73% do valor de mercado do bem sinistrado – Montante incompatível com os danos de pequena monta indicados no boletim de ocorrência – Ressarcimento restrito ao valor aprovado previamente pela seguradora – INDENIZAÇÃO POR DESVALORIZAÇÃO DO VEÍCULO – Não cabimento – Ausência de demonstração que a colisão acarretou qualquer depreciação do valor de mercado do veículo – Circunstância que não pode ser presumida – LIDE SECUNDÁRIA – Pretensão do segurado de que a seguradora seja responsabilizada pelo pagamento das custas judiciais e honorários contratuais de seu patrono – Inexistência de cobertura contratual nesse sentido – Sentença mantida – RECURSOS IMPROVIDOS, com observação.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelações interpostas por **ANTÔNIO REIS DE JESUS ALMEIDA** e **GABRIELA SABBAG SALOTTI** contra a r. sentença de fls. 357/362 que, nos autos da ação indenizatória que a segunda move contra o primeiro, julgou parcialmente procedentes os pedidos, para condenar o réu ao pagamento de indenização por danos materiais, no valor de R$ 5.979,59, corrigido monetariamente pela Tabela Prática do TJSP a partir da data da elaboração do orçamento aprovado pela seguradora e com incidência de juros moratórios de 1% ao mês a partir da citação.

Em relação à lide secundária, condenou a litisdenunciada **BRADESCO AUTO/RE COMPANHIA DE SEGUROS** a responder diretamente à autora e solidariamente ao réu pela condenação a título de danos materiais imposta.

Em razão da sucumbência recíproca, as partes foram condenadas ao pagamento das custas e despesas processuais na proporção de 50% para cada uma delas, além dos honorários sucumbenciais fixados reciprocamente, por equidade, em R$ 1.000,00, observada a concessão da gratuidade ao réu.

No tocante à lide secundária, não houve condenação da seguradora ao pagamento de verbas sucumbenciais, em razão da ausência de resistência à denunciação da lide.

Irresignado, **apela o réu** (fls. 379/382), sustentando, em síntese, que a seguradora denunciada deve ressarcir os valores despendidos com as custas judiciais e os honorários contratuais, nos termos da Circular SUSEP nº 437/12.

A **autora apela** (fls. 384/398), aduzindo que o valor cobrado pela oficina escolhida para o reparo do veículo está dentro dos parâmetros de mercado, ressalvando que apenas o valor das peças substituídas foi superior ao orçamento apresentado pela seguradora. Aduz que a relação jurídica estabelecida entre as partes é de consumo, de modo que devem ser aplicadas as regras previstas no CDC, e que possui o direito de escolher oficina que não integra a rede conveniada da seguradora, o que impõe a condenação dos réus ao pagamento da quantia de R$ 22.459,00, bem como de indenização pela desvalorização do veículo, equivalente a 10% do valor da Tabela FIPE, além de se insurgir em relação ao termo inicial da correção monetária e juros moratórios.

Recursos processados, com contrarrazões do réu e da seguradora (fls. 402/404 e 408/413).

É o relatório, passo ao voto.

I -- Cuida-se de ação indenizatória promovida por **Gabriela Sabbag Salotti** contra **Antônio Reis de Jesus Almeida**, tendo por objeto o ressarcimento do valor despendido com o reparo de seu veículo em oficina não referenciada, bem como pela desvalorização do bem.

Acesso ao Sumário

Segundo consta da petição inicial, em 23/10/2016, a autora trafegava com seu veículo Ford Fiesta Se, ano/modelo 2012/2012, cor preta, placa OLU-8118, pela Avenida Maurílio Biagi quando, no cruzamento com a Avenida Presidente Kenedy, logo após o semáforo sinalizar o verde, o réu colidiu com seu veículo na traseira de seu automóvel.

Afirma que realizou orçamentos em 3 (três) empresas de funilaria diversas (Ortovel Ford, Brilho Auto Center e Lecocar Centro de Reparação Automotiva - fls. 17/22), aduzindo que a última apresentou o orçamento de menor valor, no importe de R$ 22.459,00.

Delineada brevemente a situação dos autos, as irresignações recursais são improcedentes.

II -- No caso, verifica-se que a autora omitiu da narrativa inicial que seu veículo já havia sido vistoriado pela seguradora do réu em 31/10/2016, ocasião em que foi liberado o reparo no valor de R$ 5.979,59, nos termos do orçamento de fls. 53/54, se limitando a afirmar em sede de réplica que o valor mencionado seria insuficiente, devendo prevalecer os orçamentos apresentados.

Extrai-se do orçamento mencionado que foi deduzido o valor relativo a diversos componentes (defletor do para choque traseiro, para barro traseiro direito, coluna dianteira direita e estrutura da porta direita) por ausência de comprovação de avarias significativas, o que não foi refutado pela autora, não havendo elementos probatórios capazes de demonstrar adequadamente a extensão do dano causado ao seu veículo.

Veja-se, inclusive, que o valor do reparo autorizado equivale a 73,09% do valor de mercado do bem, de acordo com o preço médio indicado na Tabela FIPE juntada aos autos (fl. 23), o que se mostra flagrantemente excessivo e incompatível com os danos de pequena monta indicados no boletim de ocorrência (fl. 51).

Frise-se que a inversão do ônus probatório não é automática, operando-se *ope judicis*, diante da presença de seus requisitos configuradores (hipossuficiência do consumidor e a verossimilhança de suas alegações), o que não se vislumbra no caso concreto:

> "Nos termos do entendimento jurisprudencial desta Corte, a inversão do ônus da prova fica a critério do juiz, conforme apreciação dos aspectos de verossimilhança da alegação do consumidor e de sua hipossuficiência, conceitos intrinsecamente ligados ao conjunto fático-probatório dos autos delineado nas instâncias ordinárias, cujo reexame é vedado em recurso especial, em função da aplicação da Súmula 7 do STJ" (**AgInt. no AREsp. n. 1.429.160, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 27/05/2019**).
>
> "Segundo a orientação jurisprudencial desta Corte, a inversão do ônus da prova é realizada a critério do juiz mediante a verificação da

Acesso ao Sumário

verossimilhança das alegações da parte, de sua hipossuficiência ou da maior facilidade na obtenção da prova, requisitos cuja apreciação implica análise do acervo fático-probatório dos autos, providência manifestamente proibida nesta instância, ante o óbice da Súmula 7/STJ" (**AgInt. no AREsp. n. 1.223.936, rel. Min. Raul Araújo, j. 26/03/2019**).

Assim, como bem decidido pelo D. Juízo de primeiro grau, optando a terceira prejudicada por efetuar o reparo do veículo em oficina cujo orçamento havia sido recusado pela seguradora do causador do dano, como no caso dos autos, a seguradora tem a obrigação de ressarcir a oficina pelas despesas, nos limites do orçamento aprovado por ela e esse limite deve ser observado também para o real causador do dano (fls. 359/360).

O valor autorizado de R$ 5.979,59 deverá ser corrigido monetariamente pela Tabela Prática do TJSP a partir da data da elaboração do respectivo orçamento, com incidência de juros moratórios a partir da citação, por se tratar de hipótese de responsabilidade contratual.

Por fim, o pedido de indenização pela desvalorização do bem, no importe de 10% sobre o valor da Tabela FIPE, igualmente deve ser rejeitado, vez que não é possível presumir que a colisão acarretou qualquer depreciação do valor de mercado do veículo.

Nesse sentido:

"Responsabilidade Civil. Acidente de veículo. Ação de reparação de danos. Provimento parcial. Insurgência da parte autora. Desvalorização do automóvel não demonstrada. Sinistro que, por si só, não acarreta perda de valor de mercado do veículo. Recurso desprovido, com majoração da verba honorária." (**Apelação nº 1003974-53.2022.8.26.0003, Rel. Des. Kioitsi Chicuta, j. em 29/08/2022**)

"Ação de indenização por danos materiais. Veículo segurado levado para conserto em oficina indicada pela seguradora-ré. Autora que insiste ter havido perda total do veículo. Laudo de vistoria providenciado pela própria autora que conclui pela existência de danos de média monta, não sugerindo em nenhum momento perda total. Ausência de verossimilhança das alegações iniciais. Danos materiais que são indevidos. Suposta desvalorização que sequer restou provada, não podendo ser imposta como de responsabilidade da seguradora. Diárias de carro reserva que foram pagas pela ré nos limites da apólice, não estando obrigada a custear o excedente. Danos morais, por fim, que não foram sequer pleiteados na inicial, tratando-se de inovação recursal. Sentença mantida. Recurso improvido." (**Apelação nº 1009903-43.2018.8.26.0606, Rel. Des. Ruy Coppola, j. em 10/12/2021**)

Acesso ao Sumário

III -- Com relação à lide secundária, não houve demonstração de que o seguro facultativo contratado pelo réu abarcaria as despesas relativas a custas judiciais e honorários contratuais (art. 373, I, do CPC).

O próprio item 14.4 da Circular SUSEP nº 437/12 citada pelo réu dispõe expressamente que "A Seguradora indenizará também, QUANDO CONTRATUALMENTE PREVISTO, as custas judiciais e os honorários do advogado ou procurador, nomeado(s) pelo Segurado, até o valor do Limite Máximo de Indenização fixado para essa cobertura, observada, quando for o caso, a eventual proporção na responsabilidade pela indenização principal" (fl. 381)

Assim, era mesmo de rigor a improcedência do pedido mencionado, ficando a responsabilidade da seguradora denunciada restrita aos danos materiais reconhecidos.

Portanto, de rigor a manutenção integral da r. sentença combatida, por seus próprios e bem lançados fundamentos.

IV -- Com relação aos honorários recursais previstos no art. 85, §11, do CPC, inicialmente arbitrados em R$ 1.000,00, majoro a verba honorária para R$ 1.800,00, em consideração ao trabalho adicional dos patronos da parte ré em grau recursal.

Ressalvado, por oportuno, que a oposição de embargos declaratórios manifestamente protelatórios ensejará a aplicação da penalidade prevista no art. 1.026, § 2º, do CPC, porquanto deve a insurgência se realizar pelo meio recursal adequado.

V -- Ante o exposto, e pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO aos recursos, com observação**.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001200-88.2018.8.26.0262, da Comarca de Itaberá, em que são apelantes PAULO SERGIO BARREIRA, PEDRO FRANCISCO BARREIRA (ESPÓLIO) e ELIANA APARECIDA GOMES BARREIRA (INVENTARIANTE), são apelados MOINHO REISA LTDA. e M2R COMÉRCIO E TRANSPORTES EIRELI E.P.P.

ACORDAM, em 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 6246)**

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

GAYOSO.

São Paulo, 20 de junho de 2023.

ROGÉRIO MURILLO PEREIRA CIMINO, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Embargos de terceiro. Sequestro de grãos realizada nos imóveis pertencentes aos embargantes. Sentença de improcedência. Manutenção. Contexto dos autos que revela a existência abuso da personalidade jurídica. Demonstração de que os embargantes e a empresa executada atuavam sem distinção entre as atividades exercidas. Constrição que deve permanecer hígida. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 708/717, cujo relatório se adota, que julgou improcedente os embargos de terceiro ajuizado, bem como condenou a parte embargante ao pagamento de custas e despesas processuais, além de honorários fixados em 10% sobre o valor da causa.

A parte embargante, ora apelante, sustenta, após síntese fática e processual, que inexiste grupo familiar, sendo a empresa Tânia Cristina Barreira Oliveira Neto ME está instalada na Fazenda Barreira especificamente no armazém (silos), sem ligação com as plantações nos arredores. Aduz que a testemunha Caio (fls. 612) é categoria ao afirmar que a lavoura pertence à Paulo, e que este não se utiliza das repartições da empresa Tania para qualquer negociação relacionada à lavoura. Sustenta que a prova testemunhal comprova a inexistência de qualquer ligação entre Paulo e Tania. Sustenta que há contrato de locação do imóvel dentro da propriedade por Tânia, elemento a corroborar a distinção entre a pessoa jurídica e os demais membros da família. Assevera que os embargantes não atuam no mesmo local, não devendo ser confundido o complexo armazenador de Tânia com a lavoura de Paulo, sendo que Tânia atua em ramo distinto, não sendo produtora, mas apenas comercializadora dos produtos e que Caio, filho de Tânia, não é administrador de Paulo, mas somente inventariante dos bens de Pedro. Sustenta a inexistência de prova de confusão contábil ou patrimonial das partes. Afirma que, além do contrato acostado, existem notas fiscais anexadas que dão conta da distinção patrimonial e gerencial. Afirma a ausência de qualquer comprovação de intervenção de Paulo ou Eliana em alguma negociação com representante da M2, já que aconteceram exclusivamente entre Tânia e os apelados, com ausência do preenchimento dos requisitos previstos no

Acesso ao Sumário

artigo 50 do Código Civil. Requereu o provimento do recurso.

Recurso regularmente processado, com preparo (fls. 757/758), contrarrazões (fls. 762/769).

Com oposição ao julgamento virtual, nos termos da Resolução nº 772/2017 do Órgão Especial deste Tribunal (fls. 774).

Fls. 776/777 e 782: anote-se.

Manifestações das partes às fls. 864/867, 911/914, 919/925 e 927/937.

Às fls. 939 foi determinada a suspensão do presente tendo em vista que pendia a admissibilidade da apelação n. 1001105-58.2018.8.26.0262, com relação ao presente julgamento, tendo o mencionado recurso não sido conhecido ante a deserção.

Petição às fls. 942/943 informando o reconhecimento da deserção e requerendo a inclusão do feito em pauta para julgamento.

À mesa para julgamento conjunto com o processo n. 1000086-80.2019.8.26.0262.

É o relatório, adotado no mais, o da **r. sentença.**

De início, cumpre ponderar que o artigo 434 do Código de Processo Civil estabelece que "incumbe à parte instruir a petição inicial ou a contestação com os documentos destinados a provar suas alegações".

No caso, inexiste razão para a juntada de novos documentos às fls. 864/917 dos autos, tendo em vista o término da fase instrutória.

No mais, trata-se de processo de embargos de terceiro ajuizado pela parte apelante em face da parte apelada, sob a alegação, em síntese, que 'em razão de ameaça de turbação ou esbulho de bem de sua posse e propriedade decorrente de uma medida cautelar de sequestro deferida em desfavor de Tânia Cristina Barreira Oliveira Neto ME nos autos distribuídos sob o nº 1001105-58.2018.8.26.0262', 'teria sido deferida a liminar para determinar o sequestro de trigo, até o total de 1.501,2 toneladas, sendo 809,89 toneladas para M2R e 691,31 toneladas para a embargada Moinho ou, na impossibilidade, o arresto de outros grãos frutos e bens até o limite de R$ 1.176.128,32, mediante caução', mas que, 'em 03/12/2018, recaindo o arresto sobre produtos plantados nos imóveis de matrícula 27.879 e 27.861, respectivamente na quantia de 15 e 30 alqueires de feijão, os quais pertenceriam aos embargantes' (fls. 708).

Alegam que deveria ter sido deferido o sequestro de trigo e grãos que estivessem nos silos da empresa de Tânia e não nas áreas da lavoura que seriam de sua propriedade e posse, já que Tânia não é produtora rural, sendo apenas locatária de silos.

A fim de contextualização, cumpre registrar a existência de relação familiar entre a parte embargante e a executada Tania Cristina Barreira Oliveira Neto

Acesso ao Sumário

ME, já que a titular da pessoa jurídica, Tânia, é irmã de Paulo Sérgio Barreira, ora embargante e apelante, e do falecido Pedro Francisco Barreira, cuja viúva é Eliana.

Além disso, Caio, filho de Tânia, era o administrador do Espólio de Pedro e também administrador da empresa de Tânia.

O recurso não comporta provimento.

Explica-se.

Tratando-se de embargos de terceiro, o ônus de comprovar os fatos constitutivos do direito é da parte autora, de modo que recaiu sobre os apelantes o ônus de demonstrar que o sequestro foi realizado sobre bens que não pertenciam à executada Tania Cristina Barreira Oliveira Neto ME.

Contudo, do contexto probatório produzido nos autos, é possível concluir a existência de desvio de finalidade, nos termos do artigo 50, §1º, do Código Civil ("*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*").

E isso porque, embora a parte apelante tenha juntado o contrato de locação do armazém (silos) pela pessoa jurídica executada (fls. 36/41), não há qualquer comprovação do pagamento de locativos.

Tanto é assim, que os apelantes sustentam nas razões recursais que 'o valor acordado pela locação foi de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), cujos alugueres estão em inadimplência e estará sendo ajuizada ação despejo e cobrança de alugueis' (fls. 737).

A suposta locação data de 18 de maio de 2017, mas não foram acostados comprovantes de pagamento de locação, tampouco documentação fiscal que desse embasamento à suposta locação, realizada por pessoa jurídica.

Ademais, como bem ponderado pela i sentenciante, '*o depoimento do funcionário José de Oliveira Pontes, o qual mostrou-se bastante confuso em explicar quem, de fato, era seu patrão. Disse que trabalha há 6 anos para a "família". Ou seja, há um grupo familiar, informalmente organizado, embora composto por pessoas diversas, empresário individual, produtor rural e particulares. (...) Aliás, têm em comum a pessoa de Caio como administrador, tanto da empresa Tania, quanto do Espólio de Pedro Francisco Barreira. Dos autos, entende-se que Caio se utilizava da estrutura da Família Barreira para, em nome desta, realizar transações comerciais. (...) Os embargantes não juntaram qualquer nota fiscal dos supostos serviços que seriam prestados por Tânia no armazém, seja a eles ou a terceiros, a fim de demonstrar que a exploração dos silos não era destinada apenas aos cereais produzidos na própria Fazenda Barreira. Não há nos autos documento que comprove o registro de parceria agrícola na matrícula do imóvel em que arrestados os grãos, o que também*

deve ser considerado como indicativo do intuito de blindar o patrimônio contra terceiros. Restou demonstrado nos autos que Pedro Francisco Barreira, quando vivo, explorava a atividade agropecuária em parceria com seu irmão Paulo Sérgio Barreira, como afirmado pela própria viúva, Sra. Eliana, quando ouvida em juízo. Caio assumiu o lugar de Pedro junto a Paulo Sérgio e teria constituído uma empresa em nome de sua genitora Tânia. Tânia contou que utilizava os funcionários de Pedro, seu irmão, apesar de alegar que não teria feito a rescisão do contrato anterior de trabalho por falta de condições financeiras para arcar com os encargos. Tânia disse em juízo que era Caio quem "cuidava de tudo". Ou seja, nota-se que Tânia apenas emprestou o nome ao filho para que este utilizasse da empresa da forma como lhe proviesse. Caio, então, começou a vender o que era cultivado nas terras da família no nome da nova empresa (Tânia). Ou seja, os embargantes e Tânia exploram a atividade agrícola no mesmo local, Fazenda Barreira, atuam no mesmo ramo de atividade, produção e comercialização de cereais, além de possuir em comum o mesmo administrador, Sr. Caio" (fls. 714/716).

O que se vê é que as partes buscaram distinguir as atividades exercidas com um contrato de parceria agrícola entre Paula e o espólio de Pedro, este representado por Caio, sem qualquer registro, e um contrato de locação figurando Tania Cristina Barreira Oliveira Neto ME, administrada por Caio, cujo pagamento não foi demonstrado, sem êxito, contudo.

Assim, fica mantida a r. sentença.

Para fins de incidência do artigo 85, §11, do Código de Processo Civil, entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça é o de que há requisitos cumulativos sem os quais não deve ensejar a respectiva majoração. São eles: decisão recorrida proferida na vigência do Código de Processo Civil atual, o recurso não ser conhecido integralmente ou desprovido em decisão monocrática ou colegiado e preexistir condenação ao pagamento de honorários desde o Juízo de origem:

> "*3. É devida a majoração da verba honorária sucumbencial, na forma do art. 85, § 11, do CPC/2015, quando estiverem presentes os seguintes requisitos, simultaneamente: a) decisão recorrida publicada a partir de 18.3.2016, quando entrou em vigor o novo Código de Processo Civil; b) recurso não conhecido integralmente ou desprovido, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente; e c) condenação em honorários advocatícios desde a origem no feito em que interposto o recurso. (AgInt nos EREsp 1539725/DF, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/08/2017, DJe 19/10/2017).*" (AgInt no REsp 1731129/SP, 4ª Turma, rel. Min. Marco Buzzi, j. 17.12.2019).
>
> "*3. Não estão presentes os requisitos cumulativos necessários para a*

Acesso ao Sumário

majoração dos honorários sucumbenciais prevista no art. 85, § 11, do CPC/2015 (cf. AgInt nos EREsp n. 1.539.725/DF, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Segunda Seção, julgado em 9/8/2017, DJe 19/10/2017)." (AgInt no REsp 1824326/RJ, 3ª Turma, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 17.2.2020).

Ante o resultado do julgamento do recurso, com fundamento no §11, do artigo 85, do Código de Processo Civil, os honorários advocatícios sucumbenciais devem ser majorados para 12% do sobre a mesma base de cálculo fixada na r. sentença.

Registre-se que eventual oposição de embargos de declaração com intuito manifestamente protelatório está sujeito à pena prevista no artigo 1.026, §2º, do Código de Processo Civil.

Considera-se prequestionada toda a matéria constitucional e infraconstitucional discutida, evitando-se, com isso, oposição de embargos de declaração para este fim (Súmulas nº 211 do Superior Tribunal de Justiça e nº 282 do Supremo Tribunal Federal).

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1011683-48.2021.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que são apelantes CLAUDIA QUIRINO DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA) e STHEPHANY NICOLE CASSIANO DE MORAIS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado AEON EDUCACIONAL LTDA.

ACORDAM, em 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.931)**

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

São Paulo, 19 de junho de 2023.

RÔMOLO RUSSO, Relator

Ementa: Apelação Cível. Serviços Educacionais. Interrupção na entrega de material educativo em razão de falta de pagamento referente às mensalidades escolares. Cerceamento de defesa. Julgamento antecipado

Acesso ao Sumário

da lide. Ausência de necessidade de dilação probatória. Princípio da Economia Processual. Julgamento antecipado da lide que se mostra cabível, em virtude da desnecessidade de produção de provas adicionais cujo potencial informativo já se encontra esgotado no acervo probatório existente. Tese rejeitada. Dano moral. Retenção de material escolar-educativo proibida pelo art. 6º da Lei nº 9.870/99. Ilícito superlativo, sobretudo em face de menor de idade. Dever jurídico e moral descumprido. Dano moral in re ipsa. Fixação do quantum indenizatório na quantia de R$ 10.000,00. Adequação e proporcionalidade à espécie. Sentença reformada. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Da r. sentença (fls. 193/194) que julgou improcedente a ação indenizatória por danos morais, condenando as autoras a pagar as custas processuais e honorários advocatícios, estes últimos fixados em 10% do valor da causa; recorrem as demandantes.

Nas razões recursais (fls. 198/208), as recorrentes asseveram, em sede preliminar, a nulidade da sentença por suposta supressão do contraditório, em face da preterição da audiência de instrução e julgamento, considerada imprescindível para a elucidação fática. Insistem na concretização de dano de natureza pedagógica à discente, decorrente da recusa no fornecimento do material didático ante o inadimplemento das mensalidades escolares. Sustentam que o fato de a aluna em questão ser a única desprovida do material didático ensejou um estado de constrangimento, caracterizando um modo vexatório de cobrança. Defendem que se trata de hipótese de dano moral *in re ipsa*, cuja existência seria presumida, dispensando-se, portanto, a necessidade de prova. Requerem provimento.

Recurso preparado (fls. 209/210 e 216/217) e respondido (fls. 219/223).

Houve oposição ao julgamento virtual (fls. 229).

O parecer da douta Procuradoria de Justiça é no sentido do provimento apelo.

É o relatório.

Do cerceamento de defesa

Preliminarmente, dispensável a dilação probatória defendida pelas autoras, pois a decisão não necessitava de qualquer evidência adicional.

Sublinha-se que o cerceamento de defesa alegado pelas recorrentes não se sustenta no presente caso. O princípio da economia processual direciona a evitar a produção inútil de provas, que, vale ressaltar, são destinadas ao magistrado,

Acesso ao Sumário

como instrumento para a formação de sua convicção.

No caso em análise, o julgamento antecipado da lide foi perfeitamente cabível, haja vista a suficiência dos elementos já apresentados para o embasamento da decisão, sendo desnecessário alongar o trâmite com a produção de provas cujo potencial informativo já se mostrava esgotado no acervo probatório existente.

Com esse espelho fático-processual, longe de representar cerceamento de defesa, a decisão denota a busca pela eficiência e celeridade processual, sem prejuízo à oferta e análise de elementos indispensáveis à justa solução do litígio.

Da ocorrência de dano moral indenizável

É incontroversa a inadimplência referente à mensalidade escolar de abril de 2021, resultando na não recepção do material didático apontado, o que privou a aluna de participar das aulas de forma regular.

Com efeito, a par da insatisfação da ré quanto ao inadimplemento das mensalidades escolares, o artigo 6º, *caput*, da Lei nº 9.870/1999 impede a suspensão de provas escolares, retenção de documentos escolares ou a aplicação de quaisquer outras sanções pedagógicas por causa de inadimplemento, expondo o contratante, *verbis*:

"**São proibidas a suspensão de provas escolares, a retenção de documentos escolares ou a aplicação de quaisquer outras penalidades pedagógicas por motivo de inadimplemento, sujeitando-se o contratante, no que couber, às sanções legais e administrativas, compatíveis com o Código de Defesa do Consumidor, e com os arts. 177 e 1.092 do Código Civil Brasileiro, caso a inadimplência perdure por mais de noventa dias.**

Nessa senda, a aludida inadimplência não autorizava, dentro da legalidade estrita, que a ré interrompesse a entrega do material didático para a estudante, não apenas porque se deve garantir o direito da discente à regular prestação do serviço educacional, o que seria impossível sem a regular entrega do material didático, mas também porque a recusa em entregá-lo resulta em uma direta punição à aluna menor.

Em outras palavras: o ato ilícito da apelada é superlativo.

A autora Sthephany-estudante-adolescente – conquanto não fosse responsável pelo pagamento das mensalidades escolares – foi a vivamente lesada pela interrupção do fornecimento de material didático, em infringência ao conteúdo do art. 6º da pela Lei nº 9.870/1999, bem como ao dever elementar, jurídico e moral, da ré de proteger seus alunos e fornecer-lhes educação, *lato sensu*.

De fato, não se desconhece a prerrogativa da ré, como credora das mensalidades escolares, de cobrar pelo serviço educacional prestado, o que, no entanto, não a exonera daquele dever ordinário, máxime para não constranger e humilhar a aluna, notadamente menor de idade, marcando-se que a eventual

Acesso ao Sumário

disponibilidade real – não comprovada – pela via virtual, não congrega e não elimina a referida obrigação basal. Uma, portanto, não promove a outra.

É consabido o dano à evolução do ato de ensinar realizado exclusivamente pela via virtual.

Relembre-se o alcance teleológico do art. 53 do ECA.

O dano moral, na peculiaridade do caso, não exige ser demonstrado nem comprovado, por ser *in re ipsa*.

A propósito, o C. Superior Tribunal de Justiça, em acórdão relatado pelo Min. Carlos Alberto Menezes, assentou que "não há falar em prova do dano moral, mas, sim, na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam. Provado assim o fato, impõe-se a condenação, sob pena de violação do artigo 334 do Código de Processo Civil." (STJ, 3ª Turma, REsp 86.271-SP).

Assim, privar a estudante do material didático necessário para o acompanhamento do curso, prejudicando os serviços educacionais que a ré estava obrigada a prestar é raiz causal do paralelo constrangimento e humilhação, real lesão a direito de personalidade, configurando, pois, o respectivo dano moral, sem a necessidade de qualquer outra prova.

Acerca do assunto, em mera amostragem doutrinária, explica CARLOS ALBERTO BITTAR que o dano moral decorre do simples fato da violação, sendo desnecessária a prova de prejuízo em concreto, pois:

"O dano existe no próprio fato violador, impondo a necessidade de resposta, que na reparação se efetiva. Surge ex facto, ao atingir a esfera do lesado, provocando-lhe as reações negativas já apontadas. Nesse sentido é que se fala em damnum in re ipsa. Ora, trata-se de presunção absoluta, ou iuris et de iure, como a qualifica a doutrina. Dispensa, portanto, prova em concreto. Com efeito, corolário da orientação traçada é o entendimento de que não há que se cogitar de prova do dano moral. Não cabe ao lesado, pois, fazer demonstração que sofreu, realmente, o dano moral alegado" (Reparação Civil por Danos Morais, Ed. RT, 1993, pp. 202-205).

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, em igual referência por exemplificação, é o entendimento desta E. Corte:

> "RECURSO INOMINADO – ENSINO – RELAÇÃO DE CONSUMO – RETENÇÃO DE MATERIAL DIDÁTICO POR MOTIVO DE INADIMPLEMENTO – DANO MORAL REFLEXO OU POR RICOCHETE CARACTERIZADO – Autora é parte hipossuficiente – Inversão do ônus da prova – Dever da recorrente comprovar quando efetivamente entregou o material didático à filha da autora – falha da prestação de serviço – Violação do artigo 6, caput, da Lei 9.870/1999 – Em três oportunidades a recorrente deixou de entregar o material didático para a filha da autora como forma de coagi-la a adimplir as mensalidades em atraso (fl. 02/03 e 38/49) – Recorrente confessou que entregou o material didático a menor dias

depois – A recorrida é parte legitima uma vez que passou por angustia e sofrimento, sentiu as dores da filha, a qual teve que assistir a aulas desprovida das apostilas, enquanto os outros alunos já haviam recebido o material – Ato ilícito – Ocorrência do dano moral reflexo ou por richochete – Esse dano ocorre quando a ofensa é dirigida uma pessoa, mas quem sente os efeitos dessa ofensa, dessa lesão é outra – Recorrente pretende redução do quantum indenizatório assentado – Descabimento – Valor da indenização fixado com ponderação (R$ 10.000,00), atendendo aos critérios da proporcionalidade e razoabilidade – Sentença mantida por seus próprios fundamentos – Art. 46 da Lei nº 9.099/95 – Recurso não provido – Condenação do recorrente em custas e honorários advocatícios que fixo em 15% do valor da causa." (TJSP - Recurso Inominado Cível/Indenização por Dano Moral - 1006090-58.2020.8.26.0114, Relator: DES. ERIKA FERNANDES FORTES, Data de Julgamento: 14/02/2022, Data de Publicação: 14/02/2022)

"Prestação de serviços educacionais – Obrigação de fazer e indenização moral – Suspensão no fornecimento de material didático por inadimplemento do pagamento a tanto relativo – Mensalidades pagas em dia – Prática vedada pelo art. 6º da Lei nº 9.870/99 – Dano moral havido, diante das circunstâncias do caso – Verba honorária mantida – Recurso não provido." (TJSP - Apelação Cível/Estabelecimentos de Ensino - 1013432-76.2017.8.26.0001, Relator: DES. SILVIA ROCHA, Data de Julgamento: 18/04/2018, Data de Publicação: 19/04/2018)

"Responsabilidade civil. Menor que, diante do atraso no pagamento da mensalidade, a que agregado o valor de apostila, ficou alguns dias sem material didático para acompanhamento das aulas. Penalidade pedagógica, por motivo de inadimplemento, que é indevida e que, no caso, resta evidenciada pela vinculação do valor da apostila ao da mensalidade. Dano moral configurado, mas arbitrado em valor menor que o pretendido. Sentença parcialmente revista. Recurso provido em parte." (TJSP - Apelação Cível/Planos de Saúde - 1002875-09.2018.8.26.0223, Relator: DES. CLAUDIO GODOY, Data de Julgamento: 23/06/2020, Data de Publicação: 23/06/2020)

Noutro vértice, com relação à fixação do *quantum* da indenização pelos danos morais sofridos pela autora, nos termos do artigo 944, caput, do Código Civil, a indenização mede-se pela extensão do dano. No caso de prejuízo moral, os parâmetros a serem considerados no arbitramento são: o grau de culpa do ofensor, a extensão do prejuízo ou a intensidade do sofrimento da vítima e a situação econômico-financeira das partes.

Acrescente-se ainda, como balizamento geral, a observância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Averbe-se que a parte mais árdua de ações tais é o encontro do justo arbitramento.

Acesso ao Sumário

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

Nessa senda, fixa-se o valor da indenização em R$ 10.000,00, com correção monetária e juros de mora a partir do arbitramento ora realizado (Súmula 362 do STJ), pela Tabela Prática deste Tribunal, quantia que leva em consideração os parâmetros de fixação adotados pelo C. STJ, bem como a natureza do direito envolvido e as condições financeiras das partes.

Por esses fundamentos, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso de apelação interposto pelas autoras.

Mercê da inversão da sucumbência, condeno a vencida no pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados, os quais arbitro no percentual de 20% sobre o valor atualizado a condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1010121-55.2022.8.26.0566, da Comarca de São Carlos, em que é apelante BANCO DO BRASIL S/A, são apelados ROBERTO ITALIANO e DÉBORA FERNANDA LOPES ITALIANO.

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 27380)**

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

São Paulo, 14 de junho de 2023.

HELIO FARIA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. Ação de obrigação de fazer para baixa de hipoteca – Sentença de procedên-

cia – Inconformismo do banco réu – A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel (Súmula nº 308 do STJ) – Precedentes desta Corte e do STJ – Sentença mantida – Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a sentença de fls. 203/209, que julgou procedente a ação de obrigação de fazer para decretar o cancelamento da hipoteca em favor do Banco do Brasil, averbada na matrícula da unidade autônoma adquirida, condenando os réus ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários de sucumbência arbitrados em 10% do valor corrigido da causa.

O Banco do Brasil apela sustentando preliminarmente a falta de interesse processual, alegando que os recorridos são carecedores de interesse processual, pois que utilizam do abrigo jurisdicional apenas para mascar os efeitos de sua falta de diligência ao adquirir o imóvel.

Defende sua ilegitimidade passiva, alegando que cabe à incorporadora o integral cumprimento da avença, cumprindo a incorporadora proprietária do imóvel conceder a outorga da escritura definitiva do referido apartamento para a recorrida.

Afirma a validade das hipotecas firmadas, bem como o fato de não ter causado ilícito, requerendo a improcedência da demanda.

Recurso tempestivo, preparado e respondido.

Em contrarrazões, os apelados pedem a aplicação de pena por litigância de má-fé e a elevação dos honorários recursais.

É o relatório.

Roberto Italiano e Débora Fernanda Lopes Italiano ajuizaram ação contra o Banco do Brasil e a terceira interessada Agraben Desenvolvimento Imobiliário Ltda. (Incorporadora), pleiteando o cancelamento de hipoteca que incide sobre o apartamento nº 164-A, torre A, do empreendimento denominado "AURORA GARDENS RESIDENTIAL CLUB", pelo valor de R$ 380.000,00, celebrado em 10 de setembro de 2015, já quitado.

Dizem que, concluída a obra e individualizada a matrícula, tiveram ciência de que a Agraben havia dado em hipoteca ao Banco do Brasil o imóvel objeto da matrícula 122.657 (matrícula mãe).

Afirmam ter notificado o B.B, sob argumento que a hipoteca instituída em

Acesso ao Sumário

favor do agente financeiro é válida apenas em relação à incorporadora, sendo ineficaz perante o comprador.

Alegam que a Agraben já lhes outorgou a escritura definitiva de compra e venda, em 07/01/2021, destacando que no referido documento também consta a quitação do preço pelos requerentes, remanescendo a hipoteca em favor da instituição financeira.

Carrearam os documentos de fls. 07/37.

A tutela provisória foi indeferida.

Devidamente citados, apenas o Banco do Brasil apresentou contestação, sustentando sua ilegitimidade passiva e impugnando o valor da causa. No mérito defende a persistência do gravame, considerando que a construtora não cumpriu todas as obrigações assumidas, pleiteando a improcedência da demanda.

Carreou os documentos de fls. 162/191.

Após a réplica (fls. 196/202), sobreveio a sentença guerreada, que deflagrou o presente inconformismo.

Ao que consta nos autos, os autores são adquirentes de unidade autônoma em empreendimento cuja proprietária, Agraben Desenvolvimento Imobiliário Ltda., obteve recursos perante instituição financeira, para dar seguimento às obras, com garantia hipotecária incidente sobre o próprio imóvel (matrícula mãe).

Conforme bem apontou o Juízo de origem, "*[...] a hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel (Súmula nº 308 do STJ).*

A jurisprudência teve como intuito justamente proteger o adquirente de boa-fé em contrato realizado com a construtora, na legítima expectativa de que esta cumpra com suas obrigações perante o agente financeiro (AgInt no REsp n. 1.928.840/PE, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 16/11/2021, DJe de 19/11/2021).

Os autores contrataram com Agraben Ltda. a aquisição da unidade autônoma e quitaram o preço. Pesa sobre ela, na matrícula, hipoteca instituída pela alienante, Agraben Desenvolvimento Imobiliário, em favor do Banco do Brasil (pág. 28).

Acesso ao Sumário

É evidente o interesse processual dos autores, na obtenção do cancelamento do ônus, do que decorre também a legitimidade passiva do réu, credor hipotecário.

Nesse sentido é a jurisprudência desta Corte e do STJ:

Obrigação de fazer. Cancelamento de hipoteca. Sentença de procedência. Apelo do réu. Preliminar de ilegitimidade passiva afastada. Finan-

ciamento bancário contratado por construtora. Cessão de direito a autor sobre unidade imobiliária e garagem no empreendimento denominado Reserva San Roman. Quitação. **Outorga de escritura definitiva de compra e venda em favor do adquirente. Manutenção de hipoteca constituída pela construtora em favor da instituição financeira. Inadmissibilidade. Inteligência da Súmula 308 do STJ. 'A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel'. Gravame que é ineficaz perante o autor. Instituição financeira responsável pelo cancelamento.** Resistência do réu. Princípio da causalidade. Ônus sucumbencial do réu. Sentença mantida. Recurso desprovido.

(TJSP; Apelação Cível 1001829-82.2020.8.26.0071; Relator (a): Virgilio de Oliveira Junior; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 30/03/2023). Grifo nosso.

Compromisso de compra e venda. Ação de adjudicação compulsória c.c. obrigação de fazer. Sentença de procedência. **Instituição financeira condenada a providenciar o cancelamento da hipoteca que grava os imóveis adquiridos pelo autor. Rejeição da preliminar de ilegitimidade passiva. Instituição financeira que deve necessariamente compor o polo passivo da ação. Mérito. Hipoteca ineficaz perante o adquirente (Súmula nº 308 do STJ).** Aplicação do princípio da função social do contrato. Condenação da apelante ao pagamento das verbas sucumbenciais. Princípio da causalidade. Sentença mantida. Recurso desprovido.

(TJSP; Apelação Cível 1011930-44.2019.8.26.0224; Relator (a): Alexandre Marcondes; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 03/03/2023). Grifo nosso.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEFICÁCIA DE HIPOTECA COM PEDIDO CANCELAMENTO DE GRAVAME. HIPOTECA. GARANTIA DADA PELA CONSTRUTORA AO AGENTE FINANCEIRO. TERCEIROS ADQUIRENTES. INEFICÁCIA. SÚMULA 308/STJ.

1. Ação declaratória de ineficácia de hipoteca com pedido cancelamento de gravame.

2. **De acordo com a Súmula 308/STJ, a hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel.**

3. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp n. 1.804.282/PE, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 11/5/2021, DJe de 14/5/2021.). Grifo nosso.

Assim, a procedência da demanda era mesmo de rigor, elevando-se a verba honorária a ser paga pelo banco réu aos patronos dos autores para 15% do

Acesso ao Sumário

valor atualizado da causa.

De outro lado, não há que se falar em litigância de má-fé da casa bancária, a qual somente deve ser reconhecida se patente a conduta desleal ou procrastinatória, o que não é o caso.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003314-16.2022.8.26.0664, da Comarca de Votuporanga, em que é apelante CÉSAR ELIDIO MARANGONI, é apelado ITAÚ UNIBANCO S/A.

ACORDAM, em 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 44696)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JONIZE SACCHI DE OLIVEIRA (Presidente) e PLINIO NOVAES DE ANDRADE JÚNIOR.

São Paulo, 15 de junho de 2023.

SALLES VIEIRA, Relator

Ementa: APELAÇÃO – AÇÃO DECLARATÓRIA C.C. INDENIZATÓRIA – DANOS MORAIS – NEGATIVAÇÃO INDEVIDA – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – I – Sentença de improcedência – Recurso do autor – II – Autor que subscreveu contrato de abertura de conta corrente junto ao banco réu tanto na qualidade de representante da empresa devedora principal, quanto como na de devedor solidário – Desligamento do quadro societário da empresa devedora principal que não implica em automática exoneração da responsabilidade do autor pelo cumprimento da obrigação – Autor que anuiu com sua condição de devedor solidário inclusive quanto às operações de crédito que fossem realizadas posteriormente junto à conta corrente – Cabia ao autor notificar, por escrito, o banco réu de sua intenção de se exonerar da condição de interve-

Acesso ao Sumário

niente garante, o que não foi demonstrado nos autos – Sendo o autor pessoa física autônoma, garantidora do débito como devedor solidário, sua responsabilidade rege-se pelo art. 275 do CC – Permanecendo incólume a responsabilidade solidária do autor, não há como se imputar qualquer ilícito ao banco réu decorrente da inscrição do seu nome nos órgãos de proteção ao crédito relativa ao inadimplemento do contrato sub judice – Indenização por danos morais indevida – Precedentes deste TJSP – Ação improcedente – Sentença mantida – III – Litigância de má-fé caracterizada – Devida condenação do autor ao pagamento de multa pela litigância de má-fé, pois alterou a verdade dos fatos, ao afirmar desconhecer os débitos pelos quais seu nome foi negativado, quando, em verdade, há prova nos autos no sentido de demonstrar a efetiva existência de relação jurídica entre as partes, bem como dos débitos – IV – Honorários advocatícios majorados para 15% sobre o valor da causa, nos termos do art. 85, §11, do NCPC – Apelo improvido.

VOTO

Apelo do autor em face da r. sentença de improcedência, proferida nos autos da ação declaratória de inexigibilidade de débito c.c. indenização por danos morais.

Sustenta o apelante que deve ser afastada sua condenação às penas de litigância de má-fé. Alega que os contratos de LIS e Caixa Reserva apresentados pelo apelado não guardam relação com os contratos que geraram sua negativação nos órgãos de proteção ao crédito. Aduz que nunca assinou referidos contratos posteriores, até mesmo porque estes foram formalizados após ter havido o arrendamento da pessoa jurídica Auto Posto Marangoni Ltda. Assevera que a dívida foi adquirida por terceiro, não se responsabilizando por ela. Aponta que o apelado deixou de trazer aos autos as cópias dos contratos que ensejaram sua inclusão nos cadastros de inadimplentes. Requer o provimento do recurso, com a reforma da r. sentença, julgando-se procedente a ação (fls. 326/337).

Contrarrazões do apelado, às fls. 343/356, pugnando pelo improvimento da apelação interposta.

Manifestação do apelante, opondo-se ao julgamento virtual do recurso.

É o relatório.

Trata-se de ação declaratória de inexigibilidade de débito c.c. indenização

Acesso ao Sumário

por danos morais, movida por César Elidio Marangoni, ora apelante, em face de Itaú Unibanco S/A, ora apelado, tendo em vista a suposta indevida negativação do nome do autor nos órgãos de proteção ao crédito.

Alega o autor, em síntese, na inicial da ação, que era sócio e proprietário da empresa Auto Posto Marangoni de Votuporanga Ltda., o qual, após ter seu fundo de comércio vendido, passou a se dominar Auto Posto Vila Marin.

Alega, ainda, que posteriormente foi surpreendido com a negativação de seu nome, nos órgãos de proteção ao crédito, pelo banco réu, por 05 (cinco) contratos firmados por Auto Posto Vila Marin, onde consta a informação de que figura na condição de avalista deste.

Alega, contudo, que isso nunca aconteceu, uma vez que "*não é cliente do banco requerido e nunca, nunca, nunca assinou nenhum contrato junto aquela instituição bancária*", bem como que "*CLARAMENTE SUA ASSINATURA HAVIA SIDO FALSIFICADA DE MANEIRA TOTALMENTE GROSSEIRA*" (fls. 02).

Pugna, assim, pela declaração de inexistência do débito, com a consequente exclusão do seu nome dos órgãos de proteção ao crédito, bem como pela condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais, no valor correspondente a 20 salários mínimos (fls. 01/14). Deu-se à causa o valor de R$24.240,00 (fls. 14).

Citado, o banco réu apresentou contestação, no bojo da qual, em síntese, aponta que "*a parte autora foi negativada por ser devedora solidária da pessoa jurídica AUTO POSTO MARANGONI DE VOTUPORANGA LTDA, não havendo como alegar desconhecimento sobre a responsabilidade assumida, pois a contratação do LIS E CAIXA RESERVA se deu mediante instrumento físico que previu cláusula expressa quanto à figura do garantidor pessoal (modalidade de devedor solidário) e atestou a assinatura da parte autora*" (fls. 72).

Em manifestação à contestação, o autor reiterou os termos da petição inicial, impugnou os documentos acostados aos autos pelo banco réu, e, ainda, esclareceu que "*as assinaturas contidas naqueles documentos divergem da real assinatura do autor*" (fls. 175).

Determinada a produção de prova pericial grafotécnica (fls. 183/184), sobreveio aos autos o laudo pericial de fls. 250/274.

Em primeira instância, a ação foi julgada improcedente, entendendo o MM. Juiz "a quo" que restou comprovada a origem da dívida. Em razão da sucumbência, o autor foi condenado a arcar com o pagamento dos honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da causa. Foi, ainda, condenado como litigante de má-fé ao pagamento de multa fixada em 10% sobre o valor da causa (fls. 315/316).

Contra esta decisão insurge-se o autor, ora apelante.

Acesso ao Sumário

Consoante se extrai dos autos, o autor, juntamente com Lidiani Cristina Margangoni Depieri, era sócio e proprietário da empresa Auto Posto Marangoni de Votuporanga Ltda., a qual, em 13.01.2016, foi vendida para Sérgio Eduardo Domiciano da Silva (fls. 28/42), sendo que, em 10.02.2020, restou averbado na Junta Comercial a alteração do nome empresarial para Auto Posto Vila Marim de Votuporanga Ltda., bem como a retirada, da sociedade, do autor e de Lidiani Cristina, os quais transferiram o capital para Sérgio Eduardo e Giulia Fernanda Dutra Dominiciano (fls. 50/52).

Outrossim, a pessoa jurídica celebrou, em 17.05.2019, junto ao banco réu "Proposta de Abertura de Conta Corrente Pessoa Jurídica e Produtos e Serviços", relativa à agência 8224 e conta corrente 36959-8, o qual o autor subscreveu tanto na qualidade de representante legal da empresa (fls. 84), quanto como devedor solidário (fls. 85).

Neste sentido, confira-se o teor da seguinte declaração constante do contrato acima mencionado (fls. 85):

"*DECLARAÇÃO DOS DEVEDORES SOLIDÁRIOS. Concordamos com todos os termos desta Proposta e com as Condições Gerais Específica da Contratação de produtos e serviços que integram esta Proposta, inclusive a capitalização mensal de juros, ou na periodicidade prevista no contrato, declaramo-nos solidariamente responsáveis por todas as obrigações aqui assumidas pelo Cliente e pelo pagamento de qualquer saldo devedor decorrente das operações de crédito ou de adiantamento a depositante efetuados nos termos desta Proposta*".

Neste diapasão, consigna-se que, em que pese o autor tenha impugnado a assinatura lançada em tal contrato (fls. 175), determinada a produção de prova pericial grafotécnica (fls. 183/184), o laudo produzido nos autos assim concluiu (fls. 273):

"*O conjunto de critérios convergentes demonstram grau de compatibilidade entre as assinaturas paradigmas e questionadas superior a 90%, o que demonstra que as assinaturas questionadas apostas nos autos, fls. 81/87, FORAM EMANADAS DO PUNHO CALIGRÁFICO DE CÉSAR ELÍDIO MARANGONI E SÃO PORTANTO AUTÊNTICAS*".

Assim, denota-se que o desligamento do autor do quadro societário da empresa devedora principal, em virtude da cláusula contratual acima transcrita, não implica na automática exoneração de sua responsabilidade, solidária, pelo cumprimento da obrigação.

Cabia ao autor, em verdade, em razão de sua retirada da sociedade, notificar, por escrito, o banco réu de sua intenção de se exonerar da condição de interveniente garante. O apelante, porém, não juntou aos autos qualquer documento que demonstrasse que, efetivamente, comunicou o apelado de sua reti-

Acesso ao Sumário

rada da sociedade empresária, solicitando a exclusão de sua responsabilidade pelas obrigações assumidas em razão do contrato em análise.

Assim, subsistindo o contrato de abertura de conta corrente, remanesce a obrigação solidária do autor pelo cumprimento das obrigações assumidas pela devedora principal, inclusive relativamente às operações de crédito ou de adiantamento a depositante efetuados nos termos da proposta firmada entre as partes.

Com efeito, a cláusula contratual transcrita anteriormente é clara em dispor a responsabilidade assumida pelo devedor solidário quanto às operações de crédito que fossem realizadas junto à conta corrente.

Por oportuno, salienta-se que o banco réu esclareceu, a contento, a origem da numeração dos contratos constantes nas anotações lançadas nos órgãos de proteção ao crédito.

Para que não pairem dúvidas, veja-se a transcrição de alguns trechos elucidativos relevantes (fls. 307/314):

"*Como esclarecido em contestação, os contratos questionados (585262173, 585262181, 585262199, 585262215 e 585262223) se referem a renegociação dos débitos originados pelo LIS e pelo CAIXA RESERVA contratados pela pessoa jurídica AUTO POSTO MARANGONI DE VOTUPORANGA LTDA na qualidade de devedora principal e pelo autor na condição de garantidor pessoal na modalidade de DEVEDOR SOLIDÁRIO.*

(...). Referido contrato é a Proposta de Abertura de Conta Corrente Pessoa Jurídica e Produtos e Serviços conta 36959-8, agência 8224, e através deste documento foi contratado o LIS pela empresa e pelo autor na qualidade de DEVEDOR SOLIDÁRIO.

Por o LIS ser crédito rotativo "cheque especial" vinculado à conta corrente sua numeração é composta da seguinte forma: AGÊNCIA 00 CONTA, portanto, o contrato de fls. 81/86 é o contrato de LIS nº 822400369598, conforme inficado no canto direito das Fls. 83.

(...). Tanto o LIS quanto o CAIXA RESERVA são produtos rotativos com limites renovados de forma mensal, e utilizado pelo cliente de acordo com a necessidade de crédito no seu fluxo financeiro, e é possível identificar o histórico da utilização de tais créditos em toda a relação bancária no EXTRATO BANCÁRIO juntado às fls. 113/156.

(...). Por enfrentar dificuldades financeiras, houve a renegociação dos débitos para melhor atender às necessidades de readequação do fluxo de caixa do cliente.

Desta forma foi contratada a PROPOSTA DE RENEGOCIAÇÃO DE DÍVIDA de fls. 109/112 questionada na r. decisão. Cumpre Observar que tal documento se refere a proposta de parcelamento do total da dívida que em 15/07/2020 estava em R$ 139.626,05, e conforme Item 1 da proposta, a dívi-

Acesso ao Sumário

da foi originada pela utilização do LIS 822400369598 e do CAIXA RESERVA 000822400369580, bem como de outras renegociações anteriores.

Naquela oportunidade foi proposto à empresa e ao autor (DEVEDOR SOLIDÁRIO) o pagamento da entrada no valor de R$ 25,00, bem como o pagamento de 48 parcelas de R$ 5.841,22 para quitação dos débitos em aberto.

(...). A empresa e o devedor solidário, realizaram o pagamento do referido boleto passando a vigorar a Renegociação de nº 88415374714-9, conforme número que estava previsto no boleto.

(...). Portanto, resta demonstrada a contratação do autor na qualidade de DEVEDOR SOLIDÁRIO da empresa da forma física nos contratos de LIS E CAIXA RESERVA que foram renegociados algumas vezes, gerando o agrupamento da renegociação atual 88415374714-9, sendo que conforme contrato foi gerado um número para cada operação: 585262173, 585262181, 585262199, 585262215 e 585262223 números estes que foram informados ao Serasa na inclusão de restrição de crédito.".

Desta feita, sendo o autor pessoa física autônoma, garantidora do débito como devedor solidário, sua responsabilidade rege-se pelo art. 275 do CC:

"*Art. 275. O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto.*".

Conclui-se, portanto, que o débito existia e que o autor ainda era responsável por ele.

De tal sorte, permanecendo incólume a responsabilidade solidária do autor, não há como se imputar qualquer ilícito ao banco réu decorrente da inscrição do nome do apelante nos órgãos de proteção ao crédito relativa ao inadimplemento do contrato *sub judice*.

Ausente qualquer ato ilícito por parte do réu, não há que se falar em declaração de inexigibilidade do débito ou indenização por danos morais.

Sobre o tema, veja-se a jurisprudência:

"**AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – Alegação do autor de inscrição indevida de seu nome nos órgãos de proteção ao crédito** – Sentença que julgou improcedentes os pedidos – Pretensão de reforma. INADMISSIBILIDADE: **Os elementos trazidos pelo banco réu dão crédito à versão apresentada de existência de relação jurídica entre as partes e da legitimidade dos débitos inscritos. O desligamento da sociedade por si só não tem o condão de exonerar o devedor solidário da obrigação. Negativação que decorreu da prática de ato conservatório do direito do credor.** Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO." (TJSP; 18ª Câmara de Direito

Acesso ao Sumário

Privado; Apelação Cível nº 1015488-70.2020.8.26.0068; Rel. Israel Góes dos Anjos; julgado em 06/02/2023).

"**AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – Autores defendem ser indevida a negativação de seus nomes em razão de dívida contraída por empresa da qual a autora é ex-sócia – Documentos colacionados aos autos demonstram que os autores constaram como fiadores dos contratos objeto das inscrições negativas – Alteração societária da pessoa jurídica devedora principal que não resulta na desoneração da fiança prestada pela pessoa física que, à época, era sócia da empresa** – Aplicação do art. 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo – Sentença de improcedência mantida – Recurso não provido." (TJSP; 24ª Câmara de Direito Privado; Apelação Cível nº 1022330-52.2016.8.26.0506; Rel. Denise Andréa Martins Retamero; julgado em 24/02/2021).

"**AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – Sentença de improcedência** – Deferimento preliminar dos benefícios da gratuidade da justiça – **Apelante que assinou o contrato de abertura de conta na qualidade de devedor solidário de todas as obrigações assumidas pela sociedade contratante – Responsabilidade pelo cumprimento da obrigação independe de sua posterior retirada do quadro societário – Garantia autônoma, que independe da condição de sócio da empresa devedora principal para sua validade – Legitimidade da cobrança – Danos morais não evidenciados** – Sentença mantida. Recurso improvido." (TJSP; 24ª Câmara de Direito Privado; Apelação Cível nº 1000406-18.2019.8.26.0073; Rel. Marco Fábio Morsello; julgado em 29/11/2021).

"CERCEAMENTO DE DEFESA – Nulidade – Inocorrência – Elementos dos autos que são suficientes para a análise de todas as questões postas pelas partes – Instrução probatória que se destina ao convencimento do juiz, cabendo-lhe decidir sobre a pertinência e utilidade da sua produção – Necessidade de produção das provas não demonstrada – PRELIMINAR REJEITADA. **RESPONSABILIDADE – CONTRATO – DEVEDOR SOLIDÁRIO – Autor que subscreveu o instrumento tanto na qualidade de representante da devedora principal, como na de devedor solidário – Desligamento do quadro societário da empresa devedora principal que não implica a exoneração da responsabilidade pelo cumprimento da obrigação – Apelante que anuiu com a renovação automática do contrato, mantendo-se na condição de devedor solidário nas renovações subsequentes – Cabia ao autor notificar, por escrito, o banco de sua intenção de se exonerar da condição de interveniente garante, o que não foi demonstrado** – RECURSO DESPROVIDO." (TJSP; 23ª Câmara de Direito Privado; Apelação nº 1000231-40.2015.8.26.0404; Rel.

Acesso ao Sumário

Sérgio Shimura; julgado em 31/08/2016).

"**Ação declaratória de inexigibilidade de débito c.c. indenização por danos morais. Alegação de indevida inscrição do nome do autor no rol de inadimplentes diante de sua saída da sociedade. Autor que figurou na posição contratual de devedor solidário. Origem do débito demonstrada. Exercício regular de direito. Débito existente e exigível. O autor, na condição de devedor solidário da relação contratual havida entre o devedor principal e a instituição financeira, responde pelo débito oriundo de contrato de abertura de depósito pessoa jurídica e contratação de produtos e serviços. Deste modo, não há que se falar em ato ilícito praticado pelo réu com a inscrição do nome do autor no rol de inadimplentes e, em consequência, dever de reparação a título de dano moral.** Apelação não provida." (TJSP; 12ª Câmara de Direito Privado; Apelação nº 1009552-29.2015.8.26.0007; Rel. Sandra Galhardo Esteves; julgado em 20/07/2017).

"**AÇÃO DECLARATÓRIA – Pessoa jurídica – Conta corrente – Contrato de cheque especial no qual o sócio consta como garantidor solidário – Empréstimo e confissão de dívida inadimplidos, com realização de débitos na conta corrente – Débito em nome do garantidor solidário, mesmo que se tenha retirado da sociedade – Existência – Inclusão lícita de apontamento nos cadastros de restrição de crédito – Indenização – Não cabimento – Exercício regular de direito: – Tendo o sócio assinado contrato de cheque especial na qualidade de garantidor solidário, o inadimplemento de empréstimo e confissão de dívida, com realização de débitos na conta corrente acarretam a pendência de débito em seu nome, de sorte que seu apontamento em cadastros de proteção de crédito não gera o dever de indenizar por danos morais, pois constitui exercício regular do direito do credor.** RECURSO NÃO PROVIDO." (TJSP; 13ª Câmara de Direito Privado; Apelação nº 1054251-20.2015.8.26.0100; Rel. Nelson Jorge Júnior; julgado em 18/11/2016).

"(...) AÇÃO MONITÓRIA. **Contrato de abertura de crédito em conta corrente. Recorrente firmou o contrato na condição de interveniente garantidor, responsabilizando-se pela liquidação do débito, existindo previsão expressa de renovação automática do contrato. Desacolhimento da pretensão do recorrente de ver extinta a sua responsabilidade pela liquidação do débito na data inicialmente prevista para o vencimento do contrato. Recurso improvido. – DEVEDOR SOLIDÁRIO. Contrato de abertura de crédito em conta corrente. Desligamento do recorrente do quadro societário da empresa devedora principal não implica a sua exoneração automática da responsabilidade pelo pagamento dos débitos pelos quais se obrigou pessoalmente como devedor solidário. Cabia ao recorrente notificar por escrito o banco de sua intenção de se exonerar da condição de interveniente garan-**

Acesso ao Sumário

te, o que não foi demonstrado. (...) Recurso improvido." (TJSP; 17ª Câmara de Direito Privado; Apelação nº 0112833-45.2006.8.26.0003; Rel. Erson de Oliveira; julgado em 12/12/2012).

De rigor era, pois, a improcedência da ação, exatamente como constou do *decisum a quo*.

Devidamente caracterizada nos autos, no mais, a litigância de má-fé por parte do autor.

A insinceridade do autor, que alterou a verdade dos fatos, ao afirmar, na petição inicial, desconhecer os débitos pelos quais seu nome foi negativado, uma vez que "*não é cliente do banco requerido e nunca, nunca, nunca assinou nenhum contrato junto aquela instituição bancária*", bem como que "*CLARAMENTE SUA ASSINATURA HAVIA SIDO FALSIFICADA DE MANEIRA TOTALMENTE GROSSEIRA*" (fls. 02), afirmação esta que foi mantida no curso da ação, mesmo após apresentação de documentos pelo réu, quando, em verdade, há prova nos autos no sentido de demonstrar a efetiva existência de relação jurídica entre as partes, bem como dos débitos, está a caracterizar uma litigância de má-fé, nos termos do art. 80, inciso II, do NCPC, que justifica a manutenção da imposição da multa do art. 81, *caput*, do NCPC.

Neste ponto, consigna-se que a tese do autor, no sentido de que não reconheceu sua própria assinatura, em razão dos documentos terem sido apresentados de forma digital, o que impedia uma análise mais atenta (fls. 329), não prevalece, pois bastaria ter se lembrado que, de fato, havia assinado tais documentos, como bem constatado pelo Sr. Perito Judicial.

Por fim, em face do trabalho adicional realizado em grau de recurso, com base no art. 85, §11, do NCPC, majora-se os honorários advocatícios para 15% sobre o valor da causa.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1004688-18.2022.8.26.0066, da Comarca de Barretos, em que é apelante ANDRE BOMBONATO PEREZ, é apelada PAULA OLIVEIRA LEMOS.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36769)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GALDI-

NO TOLEDO JÚNIOR (Presidente sem voto), CÉSAR PEIXOTO e J.B. PAULA LIMA.

São Paulo, 27 de junho de 2023.

EDSON LUIZ DE QUEIROZ, Relator

Ementa: Apelação cível. Dano moral. Indenização. Publicação de ofensas em rede social contra autora Prefeita do Município de Barretos.

Sentença de procedência. Danos morais fixados em R$ 10.000,00.

Preliminar. Gratuidade da justiça indeferida ao réu em sentença. Deserção. Não configuração. Recurso que também se volta contra essa parte da decisão. Decisão reformada. Hipossuficiência presumida. Ausência de quaisquer elementos de prova a desconstituir essa presunção. Profissão do réu sabidamente com proventos diminutos. Benefício concedido ao réu.

Mérito. Dano moral. Caracterizado. Réu que expressou opinião perante rede social, com grosseria e palavrão. Liberdade de expressão do pensamento não é direito absoluto. Limite encontrado quando há violação ao direito de proteção à dignidade humana, direito também protegido constitucionalmente (art. 1º, inciso III, CF). Excesso evidenciado. Caracterização de ofensa à honra, imagem e reputação da vítima.

Valor indenizatório. Redução para R$5.000,00 em respeito aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Litigância de má-fé não configurada. Réu apenas na defesa de seus direitos. Ausente qualquer conduta elencada no art. 80 do CPC. Boa fé se presume.

Resultado. Recurso provido parcialmente.

VOTO

Vistos.

Adotado o relatório da decisão de primeiro grau, acrescente-se tratar de ação de indenização por danos morais, movida sob alegação de publicação de ofensas em rede social contra a autora, Prefeita do Município de Barretos.

A pretensão inicial foi julgada procedente para condenar o réu a pagar à

Acesso ao Sumário

autora indenização por danos morais no valor de R$10.000,00, com correção monetária pela tabela prática desta C. Corte e juros de mora de 1% ao mês desde a publicação. Foi imposto ao réu o pagamento dos ônus da sucumbência, arbitrados os honorários advocatícios em 15% do valor atualizado da causa, negada a gratuidade da justiça.

O réu apresentou recurso de apelação, visando a concessão dos benefícios da justiça gratuita negada em sentença. No mérito, alega que as publicações realizadas em nada ferem a intimidade ou mesmo a pessoa da autora, referindo-se apenas à situação política do Município e os atos praticados pela Prefeita.

Sustenta que a crítica é direta ao governo municipal. Insiste que sequer cita o nome da autora na publicação em questão. Requer a reforma da r. sentença para julgar a ação improcedente ou, alternativamente, a redução da condenação imposta para R$1.000,00 ou outro valor mais condizente.

O recurso foi devidamente processado, apresentadas contrarrazões com preliminar de deserção e pedido de condenação do réu nas penalidades por litigância de má fé. Houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório do essencial.

GRATUIDADE DA JUSTIÇA AO RÉU

Não há que se falar em deserção, tendo em vista que os benefícios da justiça gratuita foram indeferidos em sentença e o recurso de apelação apresentado também se volta contra essa parte da decisão.

Tendo em vista expressa previsão legal, presume-se verdadeira a alegação de hipossuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural, conforme art. 99, § 3º, CPC.

Entretanto, o §2º do mesmo dispositivo legal dispõe que o pedido de concessão do benefício poderá ser negado, se os elementos dos autos evidenciarem a falta dos pressupostos para sua concessão.

Nesse sentido:

JUSTIÇA GRATUITA – PESSOA FÍSICA – Indeferimento – Incumbe ao juiz dirigir o processo, prevenindo ou reprimindo ato atentatório à dignidade da justiça, verificando especialmente a exposição dos fatos conforme a verdade (art. 77, I, c.c. art. 139, CPC/2015). Nesse sentido, cabe-lhe indeferir o pedido de gratuidade da justiça se a parte não comprovar a presença dos respectivos pressupostos legais (art. 98, "caput", c.c. art. 99, § 2º, CPC/2015). Recorrente que não comprovou a alegada dificuldade financeira para arcar com as custas e despesas processuais – RECURSO DESPROVIDO NESTE TÓPICO. (Agravo de Instrumento n. 2115438-84.2016.8.26.0000, Mogi- Guaçu, j. 31/08/2016, Relator Sérgio Shimura).

No caso, foi determinado ao réu que comprovasse a sua falta de condi-

Acesso ao Sumário

ções financeiras, porém ele apenas juntou declarações de isenção do imposto de renda (fls. 53/55). É interessante observar que o réu qualifica-se como "*auxiliar de produção*". A petição inicial afirma que o réu exerce funções de "*agente de asseio*". Sendo uma ou outra profissão, é certo que sabidamente, são funções com remuneração diminuta. Não consta que o réu tenha propriedades, veículos ou outras atividades que lhe proporcionem renda elevada.

Há presunção de veracidade da alegada hipossuficiência. Essa presunção não foi desconstituída por nenhuma prova, cujo ônus de produção era da autora. Nessas condições, defere-se a gratuidade da justiça em favor do réu.

DANO MORAL

Em relação à configuração de abalo moral passível de indenização, a r. sentença deve ser confirmada por seus próprios fundamentos. O art. 252 do Regimento Interno deste Tribunal estabelece que:

> "*Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la*".

Consigna-se que a r. sentença bem apreciou a matéria aqui debatida como se evidencia:

> "*(...) No caso dos autos ficou demonstrado que o requerido se utilizou de rede social para ofender a autora, que exerce o cargo de Prefeita do Município desta Comarca, chamando-a de "prefeitinha de bosta" e que "rouba dinheiro de idoso", fazendo alusão à cobrança indiscriminada de multas.*
>
> *O requerido argumenta que as manifestações impugnadas estão acobertadas pela liberdade de expressão, pelo direito de crítica e também pela ausência do "animus difamandi", o que excluiria sua responsabilidade.*
>
> *A manifestação livre do pensamento é direito de todos, nos termos do art. 5º, inc. IX, da Constituição Federal, assim como o são o direito à honra e à imagem, também com estatura constitucional. Não por outro motivo estabeleceu o legislador constitucional que "é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem" (art. 5º, inc. V).*
>
> *Verifica-se, assim, que o direito à liberdade de expressão encontra limite no dever de inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, devendo aquele ser exercido com consciência e responsabilidade. Vale dizer, liberdade de manifestação de pensamento e de crítica não é sinônimo salvo conduto para ataques gratuitos à honra alheia.*
>
> *No caso dos autos as expressões utilizadas pelo requerido não se prestaram a criticar a administração pública da autora, mas ela própria, enquanto pessoa, e extrapolaram muito os limites da crítica e violaram o direito à honra e a imagem dela. O que se percebe das publicações é a*

Acesso ao Sumário

clara intenção do requerido em fazer troça, pilhéria, com a imagem da autora.

Houve na hipótese claro abuso de direito que não é acobertado nem pela liberdade de expressão e crítica.

Também é certo que publicações nas redes sociais têm seu alcance potencializado, dada a grande velocidade com que as informações circulam nesse meio.

Ainda que a autora ocupe cargo público e esteja sujeita às críticas públicas, o requerido não pode se utilizar de expressões que extrapolem os limites da razoabilidade, com nítida intenção de conspurcar a sua honra. As expressões utilizadas pelo réu para atacar a autora excedem o direito à liberdade de expressão e violam a honra e a imagem dela.

Nesse contexto, a conduta do réu em publicar afirmações de cunho ofensivo em rede social, com intuito de denegrir a imagem da autora, configurou ato ilícito passível de indenização por danos morais.(...)

Resta caracterizado, portanto, o dano moral indenizável (...)".

A tais razões de decidir acrescente-se que, a questão versa sobre postagem feita pelo réu, através de rede social Facebook, ofendendo a autora que é Prefeita do Município com a utilização da expressão: "*Prefeitinha de Bosta*" que "*Rouba Dinheiro de Idoso*", além de outras palavras e expressões ofensivas.

A princípio, a liberdade de expressão do pensamento está protegida pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso IV, considerada como um direito fundamental, *verbis*:

> 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:
>
> IV - é livre a manifestação do pensamento sendo vedado o anonimato;

É evidente que a liberdade de expressão encontra limites quando houver caracterização de violação à dignidade da pessoa humana, direito também protegido constitucionalmente e considerado um dos princípios fundamentais da nação.

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> III - a dignidade da pessoa humana;

E, no caso, a pretensão discute conteúdo disponibilizado na *internet* que atingiu a personalidade da autora, carreado de grosseria e palavrão.

Por certo que referido conteúdo macula a honra da autora.

Ademais, denota-se que referido conteúdo extrapola a questão política e está direcionado a atingir a honra da autora.

Acesso ao Sumário

Portanto, houve abuso do direito à liberdade de manifestação do pensamento, a gerar responsabilidade civil.

Assim, inegável a ocorrência de danos morais.

Apresentam-se como princípios norteadores para a quantificação do dano moral, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, ainda, o princípio que veda o enriquecimento ilícito, deles não podendo se divorciar o Julgador. Além disso, o dano deve ser fixado em valor razoável, procurando compensar o lesado e desestimular o lesante, sem proporcionar enriquecimento ilícito. Para aferição do montante da indenização, também é levado em conta o fato da divulgação em ambiente virtual.

Conforme ensina Sérgio Cavalieri Filho:

"*(...) enquanto o dano material atinge o patrimônio, o dano moral atinge a pessoa. Este último é a reação psicológica que a pessoa experimenta em razão de uma agressão a um bem integrante de sua personalidade, causando-lhe vexame, sofrimento, humilhação e outras dores do espírito".*

"Nessa categoria incluem-se também os chamados novos direitos da personalidade: intimidade, imagem, bom nome, privacidade, a integridade da esfera íntima".[1]

Acrescenta Carlos Alberto Bittar:

"*(...) na concepção moderna da teoria da reparação de danos morais prevalece, de início, a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação. Com isso, verificado o evento danoso, surge, ipso facto, a necessidade de reparação, uma vez presentes os pressupostos de direito. Dessa ponderação, emergem duas consequências práticas de extraordinária repercussão em favor do lesado: uma, é a dispensa da análise da subjetividade do agente; outra, a desnecessidade de prova de prejuízo em concreto.*"[2]

Cabe ao juízo, de acordo com o seu prudente arbítrio, atentando para a repercussão do dano na vida da autora e a possibilidade econômica do ofensor, estimar uma quantia consentânea aos fatos ocorridos. Dito isto, coerente que a indenização por dano moral arbitrada seja reduzida para R$5.000,00 (cinco mil reais).

LITIGÂNCIA DE MÁ FÉ

No mais, inaplicável a imposição da penalidade por litigância de má-fé ao réu, ante a ausência de conduta prevista no artigo 80 do Código de Processo Civil, mesmo porque a boa-fé se presume, exercendo o réu apenas o seu direito de defesa.

As demais questões arguidas pelas partes ficam prejudicadas, segundo

1 Programa de Responsabilidade Civil, Ed. Malheiros, 5ª edição, páginas 94/95.
2 Responsabilidade civil por danos morais", pág. 202, 2ª ed., RT.

Acesso ao Sumário

orientação do Superior Tribunal de Justiça, perfilhada pela Ministra Diva Malerbi, no julgamento dos EDcl no MS 21.315/DF: "*o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão (...), sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida*".

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

Pelo exposto, DÁ-SE PARCIAL provimento ao recurso de apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1012742-20.2022.8.26.0309, da Comarca de Jundiaí, em que é apelante DOROTEA DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados IBE BUSINESS EDUCATION DE SÃO PAULO LTDA. e FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS.

ACORDAM, em 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 26.745)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MATHEUS FONTES (Presidente sem voto), HÉLIO NOGUEIRA e CAMPOS MELLO.

São Paulo, 6 de julho de 2023.

ALBERTO GOSSON, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: EMBARGOS À EXECUÇÃO JULGADOS IMPROCEDENTES. COBRANÇA DE MULTA PREVISTA EM CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO EDUCACIONAL QUE PREVIA A REALIZAÇÃO DE DOIS CURSOS, UM DE PÓS-GRADUAÇÃO E OUTRO DE MBA EM GESTÃO COMERCIAL A SE INICIAR APÓS A CONCLUSÃO DO PRIMEIRO.

DESISTÊNCIA MANIFESTADA PELA ALUNA

ANOS ANTES DO INÍCIO DO SEGUNDO CURSO E DO AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO.

RELAÇÃO DE CONSUMO. AFASTAMENTO DO §1º, DO ARTIGO 52, DO CDC POR NÃO SE TRATAR DE MORA. MULTA DE NATUREZA PREPONDERANTEMENTE COMPENSATÓRIA.

PECULIARIDADES DO CASO RECOMENDAM A REDUÇÃO DO PERCENTUAL DE 20% PARA 5% SOBRE A BASE DE CÁLCULO SEM O DESCONTO PROMOCIONAL.

APLICAÇÃO DO ARTIGO 413 DO CÓDIGO CIVIL.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

DOROTEA DOS SANTOS apela (fls. 702/722) da respeitável sentença de fls. 683/691, que nos autos dos embargos à execução que opõe à **IBE BUSINESS EDUCATION DE SÃO PAULO LTDA.** e **FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS** julgou-os improcedentes e imputou à embargante o pagamento das custas, despesas processuais e em honorários advocatícios que fixou em 10% sobre o valor atualizado da causa, observado o efeito suspensivo decorrente da assistência judiciária deferida.

Consta ter a apelante contratado em um único instrumento, em 29/6/2015, Curso de Pós-Graduação em Administração de Empresas e Curso de MBA em Gestão Comercial pelo valor de R$28.717,00, sendo que o valor original era de R$33.462,00 e o desconto obtido foi devido à contratação dos dois cursos.

O primeiro curso teve início em julho de 2015 com término previsto para julho de 2017 e o segundo, o MBA, tinha início previsto entre 6 (seis) meses a 1 (um) após a conclusão do curso anterior, com sugestão de início em janeiro de 2018.

A embargante sofreu execução de nº 1054670-61.2016.8.26.0114 referente ao Curso de Pós-Graduação em Administração de Empresas, que ensejou a oposição de embargos de nº 1040063-09.2017.8.26.0114, cujo acórdão de relatoria do Desembargador Hélio Nogueira, desta 22ª Câmara de Direito Privado, inserto à fls. 267/279 reformou parcialmente a respeitável sentença para considerar correta a cobrança somente em relação à parcela vencida em 30/9/2015, sem aplicação da multa sobre o valor inadimplido e com juros de mora desde o vencimento, atribuindo sucumbência recíproca às partes. Manteve a incidência da multa prevista no contrato de 20% por falta de recurso por parte da embargante naquele processo: "Por fim, apenas para pontuar a questão e por amor ao

debate, respeitado o entendimento do juízo "a quo", esta Relatoria considera abusiva a cláusula que prevê multa compensatória pela rescisão de contrato de prestação de serviço educacional a pedido do aluno", ante o entendimento de que em se tratando de relação de consumo a multa não poderia ultrapassar o percentual de 2% nos termos do § 1º, do art. 52, do CDC (fls. 277).

Com relação ao caso *sub judice* tem-se que a embargada ajuizou execução de nº 1019240-06.2020.8.26.0309 visando a cobrança da multa de 20% sobre a diferença entre o valor das horas-aula contratadas e as que foram disponibilizadas do Curso MBA em Gestão Comercial, ante a justificativa de propositura nesse momento pelo fato de a embargante não se encontrar inadimplente com relação a esse curso à época daquela execução e que: "Vale lembrar novamente que as Embargadas arcam com diversos custos antecipados para a disponibilização de um curso (professores, aluguel de salas, material didático, entre outros), sendo que após a assinatura de um contrato, a vaga fica reservada aquele aluno, não podendo, obviamente, as embargadas disponibilizá-la a terceiros ou substituir o aluno durante a execução do curso" (fls. 659, sem os realces de origem).

A embargante se insurge dizendo que efetuou o pedido de cancelamento de todo o contrato em outubro de 2015, conforme e-mail encaminhado às embargadas em 15/2/2016 (fls. 94/95).

Respeitável sentença alicerçada em forte contexto doutrinário julgou os embargos improcedentes com fundamento na força cogente do contrato celebrado entre as partes e considerando que a embargante não pode ser considerada pessoa desinformada que não tenha consciência da obrigação assumida à época.

Recurso tempestivo e respondido (fls. 726/730).

Acórdão da 21ª Câmara de direito Privado sob a relatoria do ilustre Desembargador Fábio Podestà determinou a redistribuição deste recurso diante da prevenção identificada (fls. 751/756).

Há oposição ao julgamento virtual (fls. 734).

É o relatório do essencial.

Acesso ao Sumário

No Contrato de Prestação de Serviço Educacional de fls. 90/93 consta efetivamente a contratação pela embargante dos dois cursos: Pós-Graduação em Administração de Empresas e MBA em Gestão Comercial sendo que este último tinha previsão de início dentro do prazo de 6 meses a ao máximo de 1 (um) ano após a conclusão do Pós-Graduação em Administração (fls. 90).

Observa-se que após alguma vacilação, entre trancamento e cancelamento, a embargante optou pela desistência conforme comunicação feita no e-mail assinalado linhas atrás, sendo que as embargadas demoraram meses para acatar o pedido conforme confronto entre as datas – outubro de 2015 – fevereiro de 2016.

É certo que as embargadas promoveram a execução somente do contrato de Pós-Graduação, tendo obtido o valor de uma das parcelas e a multa de 20% sobre a diferença entre o valor das horas-aula contratadas e as que foram disponibilizadas.

Agora, nesta execução pretendem obter 20% sobre a diferença entre o valor das horas-aula contratadas e as que foram disponibilizadas, mas referentes ao Curso MBA em Gestão Comercial.

Não se vislumbra prescrição quinquenal uma vez que a execução foi proposta em 24/12/2020 (fls. 33/37).

Há evidente relação de consumo entre as partes, de modo que as cláusulas contratuais devem ser interpretadas de modo mais favorável ao consumidor, máxime em se tratando de contrato de adesão com cláusulas predispostas unilateralmente pelas embargadas.

Não vislumbro incidência do § 1º, do artigo 52, do Código de Defesa do Consumidor porque a situação dos autos não é de mora da embargante, visto que já havia solicitado previamente a desistência da relação contratual perante as embargadas. O aviso prévio antecedente consuma a manifestação de vontade de desfazer o contrato (resilição unilateral).

Em assim sendo, não se aplica de forma cogente o percentual de 2% (dois por cento) conforme poderia até se pensar.

Constata-se pela própria argumentação das embargadas que a multa cobrada tem natureza preponderantemente compensatória: "Vale lembrar novamente que as Embargadas arcam com diversos custos antecipados para a disponibilização de um curso (professores, aluguel de salas, material didático, entre outros), sendo que após a assinatura de um contrato, a vaga fica reservada aquele aluno, não podendo, obviamente, as embargadas disponibilizá-la a terceiros ou substituir o aluno durante a execução do curso".

Nessa linha de entendimento, tem-se que a cláusula convencional tem por finalidade predominante uma pré-avaliação de perdas e danos.

Todavia, a situação dos autos tem a peculiaridade da embargante ter manifestado seu propósito de se desligar dos cursos (estava desempregada ou em vias de ficar desempregada) e por óbvio pretendia se desligar dos dois cursos celebrados num mesmo instrumento contratual.

Não há outra interpretação a ser feita dos fatos.

Acresça-se que com a manifestação de vontade de resilir unilateralmente manifestada com antecedência de anos, por certo que as embargadas tinham plena disponibilidade de providenciar a minimização de seus custos com a adesão de novos alunos e as adequações necessárias, visto que inclusive se permitiu contratualmente de não prestar os serviços caso não conseguisse formar a turma (cláusula 2.5.1, fls. 91).

Acesso ao Sumário

Além do mais, não consta tenham as embargantes trazido para os autos prova dos prejuízos diretos que legitimariam a cobrança da multa no patamar de 20%.

O artigo 413 do Código Civil determina que "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" (grifei) ao contrário do seu congênere artigo 924 do CC/16 que sinalizava com o poder discricionário do juiz em reduzir a multa e mesmo assim apenas na hipótese de cumprimento parcial da obrigação: "Quando se cumprir em parte a obrigação, poderá o juiz reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora ou inadimplemento" (grifei).

Ante o exposto, diante do contexto específico dos autos entendo razoável e proporcional reduzir o percentual para 5% (cinco por cento) sobre a diferença entre o valor das horas-aula contratadas e as que foram disponibilizadas, mantida a base de cálculo sem desconto.

Por consequência, as partes ficam reciprocamente sucumbentes, arcando cada qual com as custas e despesas que deram causa. As embargadas pagarão honorários advocatícios de 10% sobre o valor da condenação devidamente atualizado na forma preconizada pela sentença em favor dos patronos da embargante e esta pagará honorários advocatícios de 10% sobre o valor da condenação devidamente atualizado na forma preconizada pela sentença em favor dos patronos da embargante, observado com relação à embargante o efeito suspensivo decorrente da assistência judiciária obtida (§ 3 art. 85, do CPC).

Recurso parcialmente provido nos termos acima.

É como voto.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000011-63.2020.8.26.0599, da Comarca de Piracicaba, em que é apelante L.M.D. (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados G.M. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), R.M. (REPRESENTANDO MENOR(ES)) e L.G.S.

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 28407)**

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

São Paulo, 20 de junho de 2023.
CARLOS ALBERTO DE SALLES, Relator

Ementa: RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. GUARDA E VISITAS. DEMANDA DO SUPOSTO PAI SOCIOAFETIVO EM FACE DA CRIANÇA E GENITORES. IDENTIFICAÇÃO DO DEMANDANTE COMO PAI PELA CRIANÇA. FATOR PRIMORDIAL. Sentença de improcedência. Insurgência do autor, que pretende o reconhecimento da paternidade socioafetiva em relação à criança, filha biológica dos réus maiores. Reconhecimento recíproco da condição de pai e filho. Reconhecimento do demandante que é certo, compondo a causa de pedir da demanda. Primordial, portanto, saber se esse vínculo é também reconhecido pela criança. Estudos social e psicológico indicativos da inexistência de reconhecimento recíproco da condição de pai e filho. Apesar da significativa interação do autor e criança no primeiro ano de vida dele, a prova pericial indicou não haver a alegada relação de parentalidade, tendo em vista que a criança não identifica o demandante como pai. Autor não trouxe aos autos elementos técnicos aptos a infirmarem as conclusões das experts do Juízo. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

A r. sentença de ps. 840/844 julgou improcedente o pedido de reconhecimento de paternidade socioafetiva do menor G.M., bem como os pedidos de fixação de guarda e visitas em favor do autor.

Apela o autor alegando, em síntese, que inicialmente foi deferida a tutela de urgência para garantir as visitas ao menor; que a convivência somente foi interrompida com a revogação da tutela provisória com base em estudo psicossocial, ignorando-se todas as demais provas até então produzidas; que privar o autor da convivência com a criança violaria os direitos de ambos; que o menor também conviveu com a família do demandante, passando a nutrir afeto por eles; que o nome da criança foi dado em homenagem aos familiares do autor; que foi responsável pelo enxoval do menor antes do nascimento; que acompanhou a genitora da criança no hospital após o nascimento e que, no período seguinte, levou o menor para a casa de sua irmã para cuidado nos primeiros dias

Acesso ao Sumário

de vida; que, mesmo após retornar com a criança para a casa de Piracicaba, onde residia com o corréu R., continuou a cuidar do menor em tempo integral, tendo em vista a indisponibilidade de tempo de R.; que após a separação de fato entre as partes, ainda sim o corréu garantiu a convivência do autor com a criança por certo período, situação que se modificou após o início de novo relacionamento pelo corréu, 5 meses depois; que as declarações escritas e das testemunhas nos autos deixam clara a relação de paternidade; que o corréu confessou que o autor era chamado de pai pelo menor; que, mesmo após a separação de fato do corréu, contribuía com as despesas da criança; que a criança foi entrevistada pelas profissionais do Juízo apenas 1 vez para elaboração dos respectivos laudos; que o corréu autorizou na escola da criança que o autor fosse apresentado como pai, podendo levar e retirar o menor no local; que sua relação com corréu R. durou até a idade de 1 ano e 6 meses da criança; que o laudo psicossocial destacou boa relação do autor com a criança, assim como o desejo dela de prolongar o contato com ele; que a manutenção da sentença de improcedência apenas acarretará prejuízo ao menor; que o juiz, que conduziu toda a instrução processual, não foi o prolator da sentença (ps. 850/869). Requer, ao final, a reforma da sentença para que seja reconhecida a paternidade socioafetiva em relação à criança, garantindo-se o direito de convivência do autor. Requer, ainda, seja oficiado o Ministério Público para instauração de procedimento para averiguação de suposto crime de falso testemunho.

Foram apresentadas contrarrazões (ps. 893/899) e a D. Procuradoria de Justiça deu parecer pelo desprovimento do recurso (ps. 916/922).

Os autos encontram-se em termos para julgamento presencial.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Consoante alegado na petição inicial, as provas documental e testemunhal comprovaram que o autor L. e o corréu R. mantinham um relacionamento homoafetivo à ocasião do nascimento do menor G, em 03/2018.

As provas dos autos foram claras, ademais, ao indicar que o demandante foi participativo nos cuidados relacionados à criança, tanto antes quanto após o nascimento, quando colocada aos cuidados das partes. Igualmente, demonstraram que, ao menos durante o primeiro ano de vida do menor, o autor era muitas vezes identificado pelo corréu R. e demais familiares como pai da criança.

Ocorre que, para a análise da existência de suposta filiação socioafetiva, não basta verificar a mera disposição do autor ao exercício das funções e tarefas próprias da paternidade.

Necessário, na verdade, averiguar a existência de requisito essencial à configuração da paternidade socioafetiva: o reconhecimento recíproco da condição de pai e filho. Nesse sentido, acerca do tema expõem Cristiano Chaves de

Acesso ao Sumário

Farias e Nelson Rosenvald que:

> "*Socioafetiva é aquela filiação que se constrói a partir de um respeito recíproco, de um tratamento em mão-dupla como pai e filho, inabalável na certeza de que aquelas pessoas, de fato, são pai e filho. (...) A filiação socioafetiva decorre da convivência cotidiana, de uma construção diária, não se explicando por laços genéticos, mas pelo tratamento estabelecido entre pessoas que ocupam reciprocamente o papel de pai e filho, respectivamente.*"[1]

A propósito, deve-se observar que a presente ação possui um sinal invertido em relação ao que normalmente ocorre. Se trata de demanda do suposto pai socioafetivo em face da criança e genitores, quando geralmente se trata de ação do filho em face do suposto pai socioafetivo.

No caso em exame, portanto, por óbvio, há o reconhecimento do vínculo de paternidade por parte do autor – uma vez que compõe a própria *causa petendi* da demanda –, tornando fundamental para resolução da questão colocada pelo processo, *saber se há o reconhecimento desse vínculo por parte da criança*.

Sendo assim, mormente por cuidar-se de criança de tenra idade (de apenas 2 anos de idade à ocasião do ajuizamento da ação), a prova pericial revela-se essencial para investigar se, do ponto de vista psicológico e social, o autor e, especialmente, o menor reconhecem a existência da relação de parentalidade.

Nesse sentido, realizado estudo psicossocial no caso, as *experts* do Juízo expuseram acerca dessa questão:

> "*Em que pese ter afirmado que se dedicou exclusivamente aos cuidados com G. e com a casa, seu relato sobre a interação com G. foi superficial, com poucos conteúdos afetivos. Não trouxe de forma espontânea relatos da interação no cotidiano que retratassem como cuidava, como brincavam, como lidou com intercorrências (uma febre, uma dor apresentada pela criança, o seu desenvolvimento) ou como sofreu com o afastamento, denotando dificuldade para trazer relatos da interação no cotidiano mesmo quando diretamente estimulado a fazê-lo. (...) L. descreveu de forma bastante superficial o convício com a criança nas visitas, referindo que o contato se dá de forma "natural", mais uma vez, sem fornecer espontaneamente detalhes sobre a experiência que pudessem expressar seu envolvimento e emoção nos cuidados*" (ps. 539/540)

Destacaram, ademais, que:

> "*No contexto da avaliação psicológica, L. não apresentou um relato onde pudesse ser percebido convicção e consistência, tampouco foi capaz de descrever uma convivência com a criança que indicasse ter-se apropriado inteiramente do papel de pai, ainda que claramente tenha estabeleci-*

Acesso ao Sumário

1 Curso de direito civil. v. 6. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012, ps. 670 e 672

do um bom vínculo afetivo com a criança" *(p. 543).*

Em conclusão, a psicóloga do Juízo apontou que:

"*No presente caso,* ***há indicativos de que a criança não fez parte de um projeto de L. de tornar-se pai e embora ele tenha dedicado cuidados à criança no primeiro ano de vida, a convivência foi marcada pela instabilidade do relacionamento entre L. e R.*** *e possíveis falhas de L. nos cuidados dispensados. Os conflitos entre as partes estão acirrados, restando evidente que não há entre requerente e requerido um espaço para compartilhamento de cuidados e afeto que venha trazer benefícios à criança. (...) em que pese poder evidenciar carinho e receptividade da criança em relação a L.,* ***não foram encontrados elementos que indiquem que L. tenha ocupado um espaço psicológico de pai na vida de G. e que o reconhecimento da paternidade socioafetiva pleiteada atenderia melhor à necessidade daquele que tem que ser o alvo de proteção especial em qualquer circunstância, a criança***" (ps. 544/545 – sem destaques no original).

A assistente social do Juízo, por sua vez, apresentou conclusão no sentido de que:

"*Temos a considerar que apesar de G. referir-se nominalmente ao requerente por 'papai L.', as diferentes formas de convivência com o requerente observadas no transcorrer do tempo, e as mudanças na dinâmica familiar ocorridas na constância da união e em todo o processo de separação e reorganização das partes,* ***não propiciaram uma continuidade satisfatória da convivência e não permitem que, neste momento, seja colhido com clareza a existência de uma relação parental entre G. e L.*** *Ainda que seja identificada uma relação afetuosa entre eles, levando-se em conta as peculiaridades da tenra idade da criança, a esta técnica* ***não é possível identificar que G. tenha neste momento condições de expressar e se reconhecer como filho de L., ainda que L. verbalize o desejo de tê-lo na condição de filho.***". (p. 549 – sem destaques no original)

Não se ignora, como já referido, que o autor tenha convivido com o menor G. durante seu primeiro ano de vida, bem como, após interrupção de quase 5 meses de contato, de abril a agosto/2020, em razão de decisão que inicialmente deferiu a tutela provisória para fixação de visitas (ps. 170 e 571).

Como já destacado, no entanto, para o reconhecimento da paternidade socioafetiva, a hipótese demanda indispensável **reconhecimento da criança, da perspectiva psicossocial, da figura paterna do apelante.**

Tratando-se de criança de tenra idade, a análise da relação desenvolvida entre o menor e o autor deveria ser realizada eminentemente mediante estudos psicológico e social, no caso, mostraram-se consistente e bastante elucidativos.

Acesso ao Sumário

A prova técnica, como adiantado, foi conclusiva pela inexistência da relação de paternidade socioafetiva.

De fato, os elementos apontados pela prova técnica permitiram observar que a relação do demandante com a criança, além de havida em período conturbado da relação entre aquele o réu R., ocorreu de forma e por período que não possibilitaram estabelecer clara e perene relação de parentalidade.

Apesar do convívio da criança com o demandante e da existência de certo afeto entre eles, não se observou um reconhecimento recíproco da condição de pai e filho.

Anota-se que as conclusões da prova pericial não foram infirmadas por quaisquer elementos técnicos trazidos pelo autor ou pelas demais provas produzidas nos autos.

Destarte, sem deixar de levar em conta o altruísmo da pretensão autoral, mas considerando elementos acima destacados, conclui-se que o pretendido reconhecimento de paternidade socioafetiva não atenderia ao melhor interesse da criança, devendo ser mantida a sentença de improcedência dos pedidos.

Por fim, o pedido nas razões recursais de apuração de suposto crime de falso testemunho foi genérico, não indicando com clareza o que teria dado ensejo à prática do alegado crime pelas testemunhas do réu. De qualquer modo, esta conclusão aqui adotada não impede o exercício responsável pelo autor de notícia-crime aos órgãos competentes, para posterior investigação e eventual esclarecimento dos fatos por ele indicados.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1021779-67.2021.8.26.0451, da Comarca de Piracicaba, em que é apelante NOVO HORIZONTE INCORPORADORA SPE LTDA., é apelada SELMA DUARTE PEREIRA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria, deram provimento ao recurso, vencido o relator sorteado, que delarará. Aplicada a técnica do art. 942 do CPC. Acórdão com o 2º Juiz.," de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 2023/43742)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MIGUEL BRANDI, vencedor, LUIZ ANTONIO COSTA, vencido, PASTORELO KFOURI (Presidente), FERNANDO REVERENDO VIDAL AKAOUI e LIA PORTO.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 4 de julho de 2023.
MIGUEL BRANDI, Relator Designado

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – Compra e venda de unidade autônoma que foi entregue com diferenças em relação ao apartamento padrão apresentado e com vícios de construção – Ação julgada procedente – Insurgência da requerida – Cabimento – Irregularidades e desconformidades do imóvel em relação aos padrões da demonstração ilustrativa do decorado que, por si só, não implicam em ocorrência de lesão moral à adquirente – Vícios que não extrapolam o mero dissabor do cotidiano e não afetam o direito fundamental à moradia– Sentença reformada – RECURSO PROVIDO, com inversão dos ônus de sucumbência, observada a gratuidade concedida à vencida.

VOTO

Repito, porque oportuno, o relatório do caso apresentado inicialmente às fls. 535/536 e TJ, acrescido de atualizações.

Recurso de apelação interposto contra sentença (fls. 415/418) que julgou procedente o pedido deduzido em ação de indenização por dano moral para condenar a apelante ao pagamento de R$ 10.000,00 à apelada, corrigidos desde o arbitramento e com juros moratórios de 1% ao mês desde a citação.

Recorre a ré, buscando a reforma da sentença a fim de ser julgado improcedente o pedido indenizatório por danos morais. Alega que cumpriu integralmente com o dever de informação, inexistindo inconformidades ou divergências entre o projeto (imagem do *folder*) e o apartamento entregue.

Destaca que foram observados o memorial descritivo e a planta, destacando que a perspectiva das imagens era meramente artística. Defende que o apartamento decorado é idêntico à unidade adquirida, com exceção da decoração. Sustenta, ainda, que inexistiu dano moral indenizável. Destaca a impossibilidade de inversão do ônus da prova (fls. 428/465).

Contrarrazões apresentadas às fls. 513/533.

Comprovada a tempestividade e o recolhimento do preparo recursal (fls. 501/502), o recuso foi recebido nos seus regulares efeitos.

Breve relato.

O recurso merece provimento.

Acesso ao Sumário

Cuida-se de ação de indenização por danos morais proposta pela autora/adquirente em face da construtora/vendedora, objetivando reparo por dano moral por desconformidades estruturais e de qualidade do imóvel verificadas em relação ao decorado apresentado e prometido da unidade imobiliária independente n. 04, do Bloco 07, do Condomínio Jardim Novo Horizonte, localizado na Rua Francisco Aparecido de Campos, n. 121, novo Horizonte, na cidade de Piracicaba/SP, imóvel esse objeto de venda e compra entre as partes.

A ação foi julgada procedente e a requerida foi condenada ao pagamento de indenização por danos morais à autora, no valor de R$ 10.000,00.

A requerida apela ao argumento de que não houve dano moral indenizável.

Assiste razão à recorrente.

Os "vícios" do produto adquirido pela autora/apelada são de fácil constatação, tal qual o é aquele da dimensão menor de uma vaga de garagem de apartamento.

Me inquieta, há algum tempo, admitir dano moral decorrente desses vícios construtivos. Me inquieta admitir que esses vícios afetem a moral objetiva, ou mesmo a moral subjetiva do consumidor.

Pela primeira vez na história do direito constitucional pátrio, a questão do direito indenizatório pelo dano moral foi inserida na Carta Política de 1988, art. 5º, inciso V (direito de resposta e dano moral) e inciso X (direitos personalíssimos como a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem e a indenização por dano moral, além do dano material).

O disposto nesse inciso X do dispositivo constitucional traça os parâmetros básicos para identificação do que seja dano moral indenizável.

Como recorda o Prof. José Osório de Azevedo Júnior (Revista AASP, n.º 49, dezembro de 1996. Artigo "O dano moral e sua avaliação", fls. 07/14), não faria sentido que outros valores além dos constitucionalmente referidos, como a integridade física, a liberdade, a saúde, ficassem fora dessa proteção. Ele recorda o disposto no CDC, art. 6º, incisos VI e VII.

E tudo deve ser entendido à luz do que seja dano moral indenizável, onde não se incluem os transtornos e aborrecimentos decorrentes de negócios realizados. Esses transtornos e aborrecimentos, decorrentes de vícios/defeitos dos imóveis, hão de ser de tal monta que afete a moral objetiva (expondo o comprador perante a sociedade) ou subjetiva (a autoestima, *v.g.*, do/a adquirente.

Não se ignora a difícil tarefa de conceituar dano moral. Um caminho para isso talvez seja o de excluir o que não se pode qualificar como dano moral, fato não indenizável. Os aborrecimentos, percalços, especialmente aqueles ocorridos no chamado "mundo dos negócios", não geram, *ipso facto*, o dever de indenizar. O nobre instituto, diz Ozório (*artigo citado*), não tem objetivo de amparar as

Acesso ao Sumário

suscetibilidades exageradas.

Outro fator a ser considerado na reflexão sobre indenização por dano moral é do tempo decorrido entre a lesão e o ajuizamento da ação, embora haja entendimento de que isso refletiria apenas na fixação do montante indenizatório e não na pretensão propriamente dita. Seja como for, não podemos esquecer que o tempo, em muitas circunstâncias da vida, "cura a dor" (*tempus sanat dolorem*). Há circunstâncias, é verdade, em que o tempo pode apenas cicatrizar a dor.

Aqui, entendo que realmente não há fundamento para condenar a ré ao pagamento de indenização por dano de natureza moral.

As irregularidades e desconformidades do imóvel negociado pelas partes em relação aos padrões prometidos quando da celebração do negócio, por si só, não implicam em ocorrência de lesão moral à adquirente.

Nesse diapasão, Yussef Said Cahali, preleciona com primazia que o "*Dano moral, portanto, é a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial. Seja dor física – dor sensação, como a denomina Carpenter – nascida de uma lesão material; seja a dor moral – cor sentimento, de causa imaterial*" (in Dano e Indenização, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1980, p.07).

No mesmo sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

"*O inadimplemento contratual implica a obrigação de indenizar os danos patrimoniais: não, danos morais, cujo reconhecimento implica mais do que os deveres de um negócio frustrado*" (STJ REsp 201.414/PA Terceira Turma Rel. Min. Ari Pargendler, j. 20.06.2000).

Esse posicionamento encontra também precedente desta Corte:

"*COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA – Ação de indenização por danos materiais e morais ajuizada por adquirente de imóvel – Vícios de construção consistentes no descolamento do revestimento cerâmico do banheiro – Sentença de improcedência – Inconformismo do autor – Prejudiciais de mérito nas contrarrazões do recurso* – Ação condenatória sujeita a prazo prescricional – Ausência de prazo específico – Prazo decenal aplicável ao pedido decorrente de responsabilidade civil contratual por vício construtivo – Autor se desincumbiu do seu ônus probatório ao juntar laudo técnico que atestou a falha construtiva no assentamento dos azulejos – Ausência de contraprova por partes das requerida – Dever de indenizar reconhecido – Danos materiais fixados no valor do menor dos orçamentos apresentados pelo autor – ***Danos morais – Descabimento – Meros dissabores que não permitem a condenação no pagamento de indenização – Vícios de construção que, ademais, não comprometeram a fruição do bem pelo autor – Inversão do ônus da sucumbência – Apelo parcialmente provido.***" (TJSP; Apelação Cível

Acesso ao Sumário

1014483-76.2021.8.26.0068; Relator (a): Galdino Toledo Júnior; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro de Barueri - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento:23/11/2022; Data de Registro: 23/11/2022) (grifei)

Não há provas além de mero dissabor decorrente das divergências entre o imóvel entregue e o apresentado no decorado, comum a qualquer cidadão no convívio cotidiano em sociedade e que se envolve num negócio, não tendo o condão, a meu sentir, de caracterizar dano moral indenizável.

A requerente sequer comprovou que teria contratado empresas para fazer móveis planejados com base no *folder* ilustrativo do "apartamento decorado".

Além disso, como visto, o imóvel foi recebido em 14.04.2020 (fls. 177), momento em que a requerente assinou o termo de recebimento do imóvel em "*prefeitas condições de habitabilidade, tal como pactuado o referido imóvel, tendo efetuado minuciosa vistoria conforme termos de vistoria anexo*". Após, a parte não formalizou qualquer reclamação junto à construtora e optou por ajuizar a ação em 19.11.2021. Isso está a indicar que os alegados vícios, ou desconformidades não tornaram o local inabitável e não afetaram, portanto, o direito fundamental à moradia da autora.

Isso não significa dizer que a autora não pudesse formular a pretensão de indenização por danos materiais pelos propalados vícios constatados no imóvel que adquiriu: abatimento no preço, valor necessário à reparação das desconformidades, por exemplo. Caminho não percorrido.

Neste quadrante, o dano moral não restou configurado no caso, não sendo ele e a respectiva indenização, sucedâneo do dano de natureza material, razão pela qual merece ser afastado o dever de indenizar.

Por todo o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso.

Em razão do resultado, ficam invertidos os ônus da sucumbência em desfavor da autora, majorada a verba honorária para 15% sobre o valor atualizado da causa (R$ 22.000,00, em 19.11.2021, sendo 10% na origem acrescidos de 5% nesta sede recursal), modificando-se a base de cálculo nos termos do art. 85, §2º, do CPC. A majoração se dá ante o disposto no art. 85, §11, do mesmo diploma, observada a gratuidade concedida à vencida.

É como voto.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 23/52113)

Em Recurso de Apelação interposto contra sentença que julgou procedente em Ação de Indenização por Dano Moral apresentei voto pelo desprovimento sendo vencido pela D. Maioria.

Acesso ao Sumário

Declaro o voto:

Trata-se de ação de indenização por dano moral, em razão de propagando enganosa veiculada pela Ré, que entregou a unidade em desconformidade com o apresentado no ato da venda (folder e planta descritiva).

O d. Magistrado *a quo* acolheu o pedido indenizatório, considerando se tratar de relação de consumo, com evidente falta de informações claras ao consumidor e consequente responsabilidade pelos danos causados ao comprador.

Pois bem.

A sentença não comporta reparo.

Com efeito, o julgamento antecipado do processo, sem a realização de outras provas, não caracterizou cerceamento de defesa nem violação à garantia constitucional da ampla defesa e do devido processo legal, pois, como já se decidiu, "*Sendo o juiz o destinatário da prova, somente a ele cumpre aferir sobre a necessidade ou não de sua realização. Nesse sentido: RT 305/121*".

No mesmo sentido é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: "*Tendo o magistrado elementos suficientes para o esclarecimento da questão, fica o mesmo autorizado a dispensar a produção de quaisquer outras provas, ainda que já tenha saneado o processo, podendo julgar antecipadamente a lide, sem que isso configure cerceamento de defesa*" (STJ-6ª Turma, Resp 57.861-GO, rel. Min. Anselmo Santiago, j. 17.2.98, não conheceram, v.u., DJU 23.3.98, p. 178).

No caso dos autos, o d. Juízo *a quo* andou bem ao entender desnecessária a produção de novas provas, notadamente a pericial.

A propósito, possível se extrair da defesa apresentada pelas ora Apelante que não houve alegação expressa de que as fotografias apresentadas pela Apelada, relativas ao apartamento decorado, não correspondessem ao apresentado por elas. Em essência, a Ré busca afastar sua responsabilidade alegando que seguiu o memorial descritivo e a planta e que as fotografias existentes no folder eram apenas ilustrativas, não podendo ser reivindicado similaridade pelo adquirente.

Ou seja, da leitura das manifestações, possível se extrair que, em essência, a Apelante confessou que as imagens existentes no folder não correspondiam à unidade entregue, e buscaram legitimar a conduta por outros argumentos.

Assim, a prova pericial que se deseja realizar é desnecessária, conforme também será exposto na análise do mérito.

Nesse sentido:

"*INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – Compra e venda de unidade imobiliária – Inconsistências do imóvel entregue com divergências da planta e do apartamento decorado, que inviabilizaram a implantação do projeto imobiliário idealizado previamente – Ação que foi julgada pro-*

Acesso ao Sumário

cedente – Insurgência das requeridas – Preliminar – Prescrição nonagesimal – Rejeição – Prescrição em pretensão indenizatória com base em relação consumerista que é quinquenal, nos termos do art. 27 do CDC – Cerceamento de defesa por julgamento antecipado da lide e inversão do ônus da prova – Rejeição – Julgamento antecipado que é técnica jurisdicional mandatória ao julgador quando este, pelos elementos de prova já disponíveis, consegue formar adequadamente seu convencimento – Inversão do ônus da prova que é critério de julgamento e não de instrução – Precedentes do STJ e desta Corte – Mérito – Alegação de que não houve disparidade entre planta e projeto final – Descabimento – Provas que demonstram as divergências entre o projeto comprado e o apartamento decorado disponibilizado e a obra final – Sentença mantida – RECURSO DESPROVIDO." (TJSP; Apelação Cível 1018714-98.2020.8.26.0451; Relator (a): Miguel Brandi; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de Piracicaba – 6ª Vara Cível; Data do Julgamento: 16/02/2022; Data de Registro: 18/02/2022)

Sendo assim, a alegação da Ré de que entregou a unidade em conformidade com as normas técnicas, memorial descritivo e planta apresentada ao comprador não é suficiente para afastar a responsabilidade respectiva, vez que apresentou imagens ilustrativas que não correspondiam ao apartamento que foi entregue. Ademais, deixou de comprovar a informação ao adquirente, de forma indene de dúvida, que as ilustrações eram diferentes do projeto da unidade adquirida.

Ainda que a unidade tenha sido entregue de acordo com o memorial descritivo, tal fato não retira o dever legal da Apelante de fornecer aos consumidores informação clara e correta sobre o bem que está sendo comercializado.

As fotos que acompanham a inicial demonstram a relevância e extensão das divergências entre o que foi apresentado no "decorado" e o imóvel entregue, de modo que não há possibilidade de se afastar a responsabilidade da Ré pelos danos decorrentes evidentemente de ato ilício, qual seja, propaganda enganosa, nos termos do art. 30 do CDC.

Como sobredito, com a inicial foram apresentadas fotografias suficientes para constatar as discrepâncias apontadas e, sobretudo por se tratar de relação consumerista, caberia à Ré se desincumbir do ônus de provar que as diferenças não existiam ou que haviam informado de forma indene de dúvidas que o consumidor foi devidamente cientificado, o que não ocorreu.

Ressalto, assim, que houve evidente defeito na prestação dos serviços pelas Apelantes que não alertaram a compradora acerca das características da unidade, que repiso, se diferenciava das "imagens ilustrativas", de forma que ficou evidente a propaganda enganosa.

Acesso ao Sumário

Nesse passo, a Ré deve indenizar a Autora pelos danos sofridos, o que ficou incontroverso.

Quanto ao montante da indenização, ressalto que deve ser fixada em atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a fim de punir adequadamente o autor da ofensa e indenizar suficientemente a vítima diante dos relevantes vícios existentes no imóvel, tal como já explicitado.

Nesse passo, considerando as peculiaridades do caso concreto e os evidentes transtornos sofridos pelo Autor, a indenização pelos danos morais fixada em sentença (R$ 10.000,00) deve ser mantida, ressaltando-se que está em consonância com o entendimento deste E. Tribunal, em casos envolvendo as mesmas vendedoras, e até o mesmo empreendimento, como se vê de julgados abaixo.

"*AÇÃO DE DANOS MORAIS – VÍCIOS DE CONSTRUÇÃO. Sentença de procedência da ação – Inconformismo das requeridas e da autora – Caso em que a autora adquiriu imóvel diverso daquele que lhe foi disponibilizado para visitação – Falha na prestação de serviço de informação evidenciada – Situação que ultrapassa o mero aborrecimento – Dano moral configurado – Fixado pela sentença em R$ 10.000,00 – Requeridas postulam redução da quantia e de outro lado, a autora, requer a majoração – Valor mantido, eis que representa adequação ao caso concreto e atende aos critérios da proporcionalidade e razoabilidade – Sentença mantida – RECURSO NÃO PROVIDO.*" (TJSP; Apelação Cível 1012633-02.2021.8.26.0451; Relator (a): Benedito Antonio Okuno; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro de Piracicaba – 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 17/12/2021; Data de Registro: 17/12/2021).

"*Indenização por danos morais. Venda e compra de imóvel em construção. Ilustrações e imóvel decorado que não apresentava as imperfeições apontadas pela Autora. Imóvel entregue em desconformidade com aquele apresentado à Autora, o que impossibilita melhor utilização dos ambientes. Danos morais caracterizados e que ocorrem "in re ipsa". Valor arbitrado em R$ 10.000,00 mantido. Verba honorária majorada. Recurso não provido*." (TJSP; Apelação Cível 1020849-83.2020.8.26.0451; Relator (a): João Pazine Neto; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro de Piracicaba – 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 30/11/2021; Data de Registro: 30/11/2021).

"*COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA – Ação de indenização por danos morais – Vícios de construção que inviabilizaram o projeto mobiliário desta (shafts nos cômodos, desnível de piso, inexistência de ponto de energia para instalação de ar–condicionado, dentre outros) – Sentença de parcial procedência – Inconformismo exclusivo da empresa ré*

buscando a reforma da decisão, ou minoração do édito condenatório por danos morais – Descabimento – Violação ao direito de informação – Obrigação da vendedora de alertar/informar a pretensa compradora da divergência entre o modelo decorado apresentado no estande de vendas e a unidade adquirida – Alteração substancial que diminui o espaço útil e repercute sobre a estética e decoração do imóvel – Violação do disposto contido nos artigos 6º, III e 31, do Código de Defesa do Consumidor – Dever de indenizar reconhecido – Manutenção do édito condenatório fixado em R$ 10.000,00, que não se mostra exacerbado ante as circunstâncias do caso – Precedentes jurisprudenciais – Apelo desprovido." (TJSP; Apelação Cível 1001789-90.2021.8.26.0451; Relator (a): Galdino Toledo Júnior; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro de Piracicaba – 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/11/2021; Data de Registro: 28/11/2021).

"*Ação de indenização por danos morais – Compra e venda de imóvel em construção – Sentença de parcial procedência – Insurgência das requeridas – Contrarrazões arguindo que o recurso é protelatório – Afastamento – Fundamentação suficiente para atender ao requisito do artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil – Matéria preliminar rejeitada – Imóvel entregue em desconformidade com a planta apresentada ao adquirente e com o apartamento decorado – Ausência de informação ao adquirente acerca das diferenças apresentadas e da existência de shafts – Evidente quebra de expectativa do adquirente em relação à unidade que lhe foi entregue – Dever de indenizar – Descumprimento do dever de informação – Danos morais caracterizados – Dissabor que extrapola o mero aborrecimento – Valor da indenização que deve ser mantido no importe fixado em R$ 10.000,00 – Recurso não provido. Nega-se provimento ao recurso.*" (TJSP; Apelação Cível 1014614–03.2020.8.26.0451; Relator (a): Marcia Dalla Déa Barone; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de Piracicaba – 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/07/2021; Data de Registro: 28/07/2021).

"*INDENIZATÓRIA. Danos morais. Unidade residencial futura. Indenização por diferenças do imóvel com relação ao projeto original, além de defeitos de execução. Procedência, diante das peculiaridades do caso concreto. Violação positiva do contrato com envergadura suficiente a lesar direito de personalidade, de caráter extrapatrimonial. Má–execução de diversos itens da unidade habitacional, cumulada com diferenças do projeto original. Manutenção do quantum indenizatório fixado pela r. Sentença, adequado às circunstâncias do caso concreto, observada a função dúplice da indenização. Sentença mantida. Recurso improvido.*" (TJSP; Apelação Cível 1014251–16.2020.8.26.0451; Relator (a): Fran-

Acesso ao Sumário

cisco Loureiro; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro de Piracicaba – 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 20/07/2021; Data de Registro: 20/07/2021).

Destarte, nada mais é preciso dizer para ver integralmente mantida a sentença, cujos fundamentos são adotados, como permite do art. 252 do RITJSP.

Em razão do desprovimento do recurso, majoro os honorários de sucumbência para o importe de 15% sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 85, § 11 do CPC.

LUIZ ANTONIO COSTA, Relator Sorteado

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1025134-35.2020.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante ASSOCIAÇÃO EDUCACIONAL DE ENSINO SUPERIOR, é apelada MARIANA BARBOSA FURLAN.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36186)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LIDIA CONCEIÇÃO (Presidente sem voto), ARANTES THEODORO e PEDRO BACCARAT.

São Paulo, 6 de julho de 2023.

MILTON CARVALHO, Relator

Ementa: AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO. Prestação de serviços educacionais. Desequilíbrio contratual em virtude das restrições impostas pela pandemia. Serviços que continuaram a ser prestados pela ré. Ensino remoto que não se confunde com a modalidade EAD. Desequilíbrio contratual não comprovado. Onerosidade excessiva não verificada. Precedentes. Improcedência da demanda. Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação revisional de contrato, julgada parcialmente procedente pela respeitável sentença de fls. 823/828, cujo relatório se adota, para deferir a

redução de 30% do valor das mensalidades do curso de medicina da autora, devidas no período compreendido entre março de 2020 até o restabelecimento das atividades presenciais do referido curso, permitida a compensação destes valores com as prestações vincendas. Ante a sucumbência recíproca, as partes foram condenadas ao rateio das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios fixados em 10% do valor atualizado da causa, o qual foi retificado pelo juízo *a quo* para corresponder a R$63.000,00. Houve a revogação da gratuidade da justiça concedida à autora.

Inconformada, ***apela a ré*** sustentando que as partes celebraram contrato para a formação profissional da autora e não para o uso de um método presencial único de aulas; que concedeu desconto voluntário de 14,64%; que adotou providências para dar prosseguimento às aulas em meio à pandemia; que as aulas presenciais foram substituídas por aulas online em tempo real, o que não se confunde com aulas pelo sistema EAD; que a autora não impugnou que as aulas remotas online são iguais a aulas presenciais com a única diferença de ser empregada tecnologia de comunicação sincrônica entre alunos e professor; que não houve diminuição de carga horária dos professores e tampouco redução dos salários, fato incontroverso; que, em respeito ao artigo 3º, I e II, da Lei 14.040/20, as atividades práticas suspensas são obrigatórias para a formação profissional e foram repostas, motivo pelo qual não podem ser objeto de negócio ou acordo e tampouco podem ser dispensadas para efeito de descontos; que a proximidade permanente entre aluno e professor não é característica da educação superior, não é garantia de aproveitamento máximo, o que envolve questão pedagógica e não negocial, e tampouco foi contratada; que o contrato já previa 20% do total da carga horária do curso pelo método online em sistema semipresencial; que a estrutura da faculdade é somente parte da estratégia de formação profissional; que a reposição de atividades e aulas em laboratórios é medida educacional adequada e representa maiores custos para a ré; que a universidade tem autonomia quanto à adequação das técnicas e métodos de ensino; que a inicial não alegou a inadequação da reposição e das aulas online como causa de pedir; que não se verifica onerosidade excessiva nem abuso no caso concreto; que os alunos aceitaram os descontos concedidos; que os documentos de fls. 350/547 não forma impugnados, sendo, portanto, incontroversa a ausência de diminuição dos custos da ré, a qual, inclusive, realizou investimentos que incluem a construção de um hospital; que a diminuição do preço da mensalidade por iniciativa da requerida tornou inaplicável o artigo 317 do Código Civil; que a respeitável sentença não apontou fundamento normativo e técnico para a redução do preço das mensalidades; que deve ser dado tratamento isonômico às partes; que a redução das mensalidades gera prejuízos para a gestão administrativa e tratamento desigual entre alunos; que a redução do preço das mensalidades impacta a qualidade do curso; que a condenação à redução do preço das mensalidades viola a lei (artigo

Acesso ao Sumário

1º, §6º da Lei 9.870/99); que a Lei 14.010/20, que disciplina as relações jurídicas durante a pandemia, não determinou a redução de preços; que não houve alteração na capacidade econômica da autora, de seus pais ou do fiador e que a repartição da sucumbência é desproporcional, devendo os ônus daí decorrentes serem atribuídos integralmente à autora. Requer, assim, seja julgada improcedente a demanda (fls. 877/935).

Houve resposta (fls. 947/965).

É o breve relato.

O apelo é de ser provido.

A apelada ajuizou ação revisional de contrato alegando está matriculada no terceiro período do curso de medicina ministrado pela apelante, e que, por força da pandemia de Covid-19, a universidade passou a transmitir aulas online, com redução de carga horária e eliminação das atividades práticas, e deixou de disponibilizar a estrutura do campus (como biblioteca e laboratórios), circunstâncias que deixam os alunos em situação de desvantagem excessiva, pela impossibilidade de usufruírem integralmente dos serviços contratados e que vêm sendo integralmente remunerados. Com base em tais fatos, pediu a concessão de tutela de urgência de urgência visando à redução do valor das mensalidades do curso em 50%, a partir de março de 2020 (com a posterior restituição ou compensação dos valores pagos a maior nas faturas vincendas), a realização de sua rematrícula para o semestre seguinte, ainda que haja inadimplência, bem como à abstenção de inscrição de seus dados e os dos responsáveis financeiros pelo contrato em cadastros de maus pagadores em caso de eventuais débitos neste período, sob pena de multa, além da concessão de prazo de 6 meses, contados do fim da suspensão das aulas presenciais, pra que efetue a quitação das mensalidades vencidas, reduzidas de 50%, sem a incidência de multa e juros moratórios. Ao fim, requer seja confirmada a tutela.

O pedido liminar foi deferido (fls. 195/196) por decisão que foi, posteriormente, reformada por esta Câmara:

> ***AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação revisional de contrato de prestação de serviços educacionais. Tutela de urgência deferida*** *para reduzir o valor das mensalidades do curso de medicina em que a agravada está matriculada em 50% enquanto perdurar a suspensão das aulas presenciais, por força da pandemia de Covid-19, com determinação de que a agravante proceda à rematrícula da agravada mesmo na pendência de débitos posteriores a abril de 2020, e se abstenha de inscrever os dados da agravada em cadastros de proteção ao crédito, além de deferimento de prazo para pagamento dos valores em aberto em até seis meses após a retomada das aulas presenciais.* ***Documentação apresentada pela agravada que não é suficiente para respaldar os argumentos declina-***

dos na petição inicial. *Fatos que demandam dilação probatória. Relação contratual entre as partes, ademais, que recomenda o prévio exercício do contraditório. Recurso provido*. **(TJSP; Agravo de Instrumento 2176366-59.2020.8.26.0000; Rel. Milton Carvalho; 36ª Câmara de Direito Privado; j. 23/11/2020)** (grifo não original).

Ao final, os pedidos foram julgados parcialmente procedentes, o que motivou a interposição do presente recurso.

E, de fato, em que pesem os fundamentos da respeitável sentença, o feito merecia solução diversa.

É descabido equiparar o curso oferecido na modalidade EAD e o curso presencial que, por conta da pandemia de Covid-19, passou a ter a suas aulas de forma remota, considerando que tais modalidades não se confundem. Embora ambas sejam oferecidas por meio digital e não presencial, as aulas remotas do curso presencial são oferecidas ao vivo, em tempo real, diferente da plataforma EAD que possui aulas já gravadas disponibilizadas aos alunos.

Conforme afirma a recorrente, as aulas presenciais foram substituídas por aulas online em tempo real, o que não se confunde com o sistema EAD, em que as aulas são gravadas.

Assim, não há qualquer elemento indicativo de que os alunos tenham sofrido queda na qualidade das aulas, em virtude de estas serem transmitidas *online*.

Vale salientar que a substituição das aulas presenciais por aulas online se deu por força da situação de crise sanitária instalada pelo Covid-19, inclusive para atendimento a normas impostas pelo Poder Público (não se tratando, pois, de mera opção feita por liberalidade da apelante), e que, novamente, isso não significa que o curso no qual a apelada está matriculada passou a ser oferecido na modalidade de ensino à distância (EAD).

A propósito, no julgamento de caso análogo, assim já se pronunciou esta Colenda Câmara: *De lembrar que a transmissão on-line em tempo real das aulas não equivale à modalidade de ensino à distância, já que naquela os professores estão presentes simultaneamente aos alunos no ambiente on-line, dando aulas ao vivo e de forma individualizada para cada turma, enquanto na modalidade de ensino à distância a aula é gravada previamente e disponibilizada para várias turmas com um mesmo conteúdo* **(TJSP; Agravo de Instrumento 2156463-38.2020.8.26.0000; Rel. Arantes Theodoro; 36ª Câmara de Direito Privado; j. 23/07/2020).**

Não bastasse isso, a apelada não logrou demonstrar que a apelante teve redução em suas despesas que pudesse justificar o abatimento pretendido.

Conquanto alguma redução nos gastos necessários ao funcionamento do campus da universidade (como água e energia elétrica) seja provável, não se

Acesso ao Sumário

pode presumir ao certo qual foi ou mesmo se ocorreu economia em favor da instituição de ensino.

Ademais, foi voluntariamente concedido abatimento na mensalidade e não há prova de que a redução de despesas supere esse desconto.

De outro lado, é razoável compreender que as obrigações mais expressivas de que a recorrente é devedora (como despesas com folha de pagamento de professores e demais funcionários, e com manutenção do imóvel e outros bens de sua propriedade), tenham se mantido inalteradas, e também que é esperado que ela tenha incorrido em novos gastos para viabilizar a transmissão de todas as aulas pela internet e viabilizar o trabalho remoto de seus funcionários, uma vez que não se confunde com o sistema tradicional EAD.

Importante ressaltar, ainda, que o contrato já dispunha sobre a possibilidade de aulas online na modalidade semipresencial.

Em suma, falhando a apelada em comprovar os motivos que ensejariam a alegada onerosidade excessiva e desequilíbrio contratual, não há que se falar em revisão contratual para redução do valor da mensalidade.

Assim, não comprovada a queda de qualidade no conteúdo oferecido pela apelante ou qualquer outro descumprimento contratual a ela imputável, igualmente não demonstrado o suposto agravamento do quadro financeiro do núcleo familiar da apelada, não há que se falar em revisão do instrumento ou restituição de valores.

Nesse sentido, em casos análogos, inclusive com precedentes desta Colenda Câmara:

> *AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO. Prestação de serviços educacionais. Desequilíbrio contratual em virtude das restrições impostas pela pandemia. Serviços que continuaram a ser prestados pela ré. Ensino remoto que não se confunde com a modalidade EAD. Equiparação do valor das mensalidades não aplicável ao caso. Onerosidade excessiva não verificada*. Precedentes. Recurso desprovido. **(TJSP; Apelação Cível 1001865-30.2020.8.26.0070; Rel. Milton Carvalho; 36ª Câmara de Direito Privado; j. 14/02/2022)** (grifo não original).
>
> *Instituição de ensino. Ação de obrigação de fazer cumulada com reparação de danos.* ***Redução de mensalidade em razão da conversão de aulas presenciais em remota. Desequilíbrio contratual não verificado. Serviços educacionais prestados por meio de plataforma online.*** *Imposição da autoridade sanitária, em razão da prevenção a fim de evitar o contágio e a disseminação da doença causada pelo novo coronavírus – COVID-19. Sentença mantida. Recurso desprovido.* **(TJSP; Apelação Cível 1005355-39.2020.8.26.0077; Rel. Pedro Baccarat; 36ª Câmara de Direito Privado; j. 29/03/2021)** (realces não originais).

Acesso ao Sumário

Apelação. Ação revisional c.c. repetição de indébito. Prestação de serviços educacionais. Justiça gratuita deferida. Autores matriculados no curso presencial de ciências contábeis ministrado pela ré. Aulas presenciais alteradas para modalidade "EAD" em decorrência da pandemia de Covid-19. Alegação de que a prestação de serviços apresenta péssima qualidade. ***Pretensão de redução de mensalidade de curso superior para 50% do valor cobrado para readequação dos serviços efetivamente prestados. Impossibilidade. Serviço que continua a ser prestado, em obediência às normas sanitárias e governamentais. Parte autora que não se desincumbiu de apresentar elementos de prova mínimos a comprovar as suas alegações quanto ao defeito na prestação dos serviços.*** *Impossibilidade, ademais, de ingerência do Poder Judiciário no método de ensino da faculdade. Desequilíbrio, com extrema vantagem à instituição de ensino, não comprovado. Pretensão recursal acolhida apenas para conceder o benefício da gratuidade à apelante Julia. Recurso parcialmente provido.* **(TJSP; Apelação Cível 1006786-21.2020.8.26.0009; Rel. Walter Exner; 36ª Câmara de Direito Privado; j. 23/10/2021)** (realces não originais).

OBRIGAÇÃO DE FAZER. Contrato de prestação de serviços educacionais. Pretensão de compelir a escola ré a conceder desconto de 30% no valor das mensalidades pactuadas, fundada na onerosidade excessiva superveniente em razão da crise financeira provocada pela pandemia de Covid-19*. Cerceamento de defesa. Expedição de ofícios destinados a apurar eventual redução de gastos da escola ré. Desnecessidade. Revisão contratual à luz do art. 6º, V, do CDC, que, depende apenas da caracterização da onerosidade excessiva para o consumidor, e independe de eventual vantagem auferida pelo fornecedor. Mérito.* ***Redução da renda da autora e aumento dos seus gastos não provados, ônus que lhe cabia. Art. 373, I, do NCPC. Onerosidade excessiva superveniente não demonstrada.*** *Sentença mantida. Recurso não provido.* **(TJSP; Apelação Cível 1004213-47.2020.8.26.0223; Rel. Tasso Duarte de Melo; 12ª Câmara de Direito Privado; j. 15/03/2021)** (realces não originais)

Ação de revisão contratual c/c restituição de valores pagos. Prestação de serviços educacionais. ***Redução do valor das mensalidades do curso ministrado pela ré em razão da pandemia da COVID-19. Impossibilidade. Efeitos da pandemia que atingiram ambas as partes da relação material, afastando hipótese de desequilíbrio, ou mesmo situação de potestatividade. Teoria da imprevisão. Ausência dos requisitos****. Sentença confirmada por seus próprios fundamentos, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste Tribunal. Recurso improvido.* **(TJSP; Apelação Cível 1005771-20.2020.8.26.0008; Rel. Cauduro Padin; 13ª Câmara**

de Direito Privado; j. 24/02/2021) (realces não originais)

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS – PRETENSÃO DE REDUÇÃO DAS MENSALIDADES ESCOLARES EM 50%, ENQUANTO DURAR A PANDEMIA DA COVID-19 – ***CONJUNTO PROBATÓRIO QUE NÃO INDICA A REDUÇÃO DE DESPESAS QUE POSSA JUSTIFICAR O ABATIMENTO PRETENDIDO E NEM DEMONSTRAÇÃO DE QUE OS EFEITOS DA PANDEMIA TENHAM IMPACTADO A CAPACIDADE FINANCEIRA DA APELANTE*** *– APELANTE QUE NÃO DEMONSTROU O FATO CONSTITUTIVO DE SEU DIREITO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.* **(TJSP; Apelação Cível 1030060-35.2020.8.26.0002; Rel. Luiz Eurico; 33ª Câmara de Direito Privado; j. 22/02/2021)** (realces não originais)

Assim, por qualquer ângulo em que abordada a questão, tem–se como insustentável o pleito da apelada.

Destarte, julga-se improcedente a demanda, atribuindo-se à apelada os ônus de sucumbência, com honorários advocatícios arbitrados em 12% sobre o valor da causa atualizado, percentual suficiente para remunerar o trabalho do patrono atuante no feito.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002807-60.2021.8.26.0609, da Comarca de Taboão da Serra, em que é apelante GUIA DE ASSINANTES EMPRESARIAIS E CLASSIFICADOS LTDA-ME, é apelado FUNERÁRIA ESTRELA DO TABOÃO DA SERRA LTDA.

ACORDAM, em 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46260)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente sem voto), ANNA PAULA DIAS DA COSTA e LAVÍNIO DONIZETTI PASCHOALÃO.

São Paulo, 5 de julho de 2023

FLÁVIO CUNHA DA SILVA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO – Ação declaratória de inexigibilidade de débito e sustação de protesto c.c danos

morais. Título de crédito. Duplicata. Protesto. Ausência de prova da contratação. Impossibilidade de produção de prova negativa pela autora. Ônus da ré previsto no art. 373, II do CPC. Decisão de procedência. Sentença mantida e confirmada, por seus próprios fundamentos, nos termos do art. 252 do RITJSP.

Cabimento de redução da indenização para R$ 10.000,00, para atender aos critérios da proporcionalidade e razoabilidade, bem como o caráter compensatório, diante do dano moral sofrido.

Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata–se de recurso de apelação (fls. 149/164) interposto contra a r. sentença de fls. 122/127 que julgou procedente a ação de inexigibilidade de débito e sustação de protesto c.c dano moral e improcedente a reconvenção, nos seguintes termos:

"*Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO formulado por FUNERÁRIA ESTRELA DO TABOÃO LTDA ME em face de GUIA DE ASSINANTES EMPRESARIAIS E CLASSIFICADOS LTDA, no seguintes termos (sic): a) declarar a inexistência de relação jurídica entre as partes; b) declarar a inexigibilidade do título protestado objeto desta ação; c) tornar definitiva a tutela antecipada de fls.25, expedindo-se ofício se for o caso. SERVIRÁ CÓPIA ASSINADA DA PRESENTE DECISÃO COMO OFÍCIO DEVENDO A PARTE INTERESSADA PROTOCOLAR DIRETAMENTE NO TABELIONATO DE PROTESTO; d) condenar a parte ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) acrescido de correção monetária (desde a presente data – 09.05.2020) e de juros de mora de 1% ao mês (desde a citação – 29.04.2021 – pág. 38). Em razão da sucumbência, a parte ré deverá suportar o pagamento das custas judiciais (atualizadas), emolumentos devidos ao Tabelionato de Protesto e dos honorários advocatícios do patrono do autor, estes fixados em 10% (dez por cento) do valor integral da indenização por danos morais (principal com juros e correção monetária).*

No mais, JULGO IMPROCEDENTE o pedido reconvencional formulado pelo réu GUIA DE ASSINANTES EMPRESARIAIS E CLASSIFICADOS LTDA em face de FUNERÁRIA ESTRELA DO TABOÃO LTDA ME, com resolução de mérito, nos termos do artigo 487, inciso I do Código de Processo Civil. Em razão da sucumbência, a parte autora/reconvinte GUIA DE ASSINANTES EMPRESARIAIS E CLASSIFICADOS LTDA deverá suportar o pagamento das custas judiciais (atualizadas) da reconvenção, e dos honorários advocatícios do

Acesso ao Sumário

patrono do réu/reconvindo FUNERÁRIA ESTRELA DO TABOÃO LTDA ME, estes fixados em 10% (dez por cento) do valor da causa atualizado."

Apelou a empresa ré sob alegação de: cerceamento de defesa, diante da necessidade de prova pericial grafotécnica; contratação assinada por funcionária da autora autorizada por seu sócio; localização do motoboy que entregou o contrato; descabimento da indenização por dano moral e, alternativamente, sua redução para R$ 4.600,00.

O recurso tempestivo e preparado (fls. 165/166) foi contrariado (fls. 13/185).

Valor da causa em 18/04/2021: R$ 20.000,00.

É o relatório.

O recurso comporta provimento apenas para redução da indenização, devendo no mais a r. sentença ser confirmada pelos seus próprios e bem deduzidos fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razão de decidir pelo improvimento do recurso, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça, que assim dispõe: *Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la, apreciando, se houver, os demais argumentos recursais capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada no julgamento.*"

Nesta Seção de Direito Privado, o dispositivo regimental tem sido utilizado, quer para evitar inútil repetição, quer para cumprir o princípio constitucional da razoável duração dos processos. Anote-se, dentre tantos outros precedentes: Apelações 99406023739-8, 99402069946-8 (1ª Câmara); AI 99010153930-6 (1ª Câmara); Apelações 99405106096-7, 99404069012-1 (2ª Câmara); Apelação 99010031478-5 (3ª Câmara); Apelação 994050097355-6 (5ª Câmara); Apelação 99401017050-8 (6ª Câmara); Apelação 99109079089-9 (11ª Câmara); Apelação 99010237099-2 (13ª Câmara); AI 99010032298-2 (15ª Câmara); Apelação 99109084177-9 (17ª Câmara); Apelação 99100021389-1 (23ª Câmara); Apelação 99207038448-6 (28ª Câmara).

Acesso ao Sumário

O E. Superior Tribunal de Justiça prestigia este entendimento quando reconhece em seus julgados "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. 4.9.2007; REsp n° 641.963-ES, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. 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. 1.12.2003).

Transcrevem-se, por oportuno, trechos da r. sentença:

"*Vistos.*

Trata-se de ação proposta por FUNERÁRIA ESTRELA DO TABOÃO LTDA ME em face de GUIA DE ASSINANTES EMPRESARIAIS E CLASSIFICADOS LTDA. Segundo consta do pedido inicial, o requerente foi surpreendido com uma NOTIFICAÇÃO DE PROTESTO DO 1º CARTÓRIO DE TABOÃO DA SERRA–SP referente ao valor de R$ 229,89, mas desconhece a origem, pois jamais manteve relação jurídica com a requerida e, está convicto de não possuir qualquer dívida que justificasse tal protesto. Assevera que, ciente de que se trata de uma cobrança indevida e que jamais ocorreu qualquer relação com o requerido, requereu a sustação do protesto (Protocolo 289–14/04/2021, nº 25478, espécie DMI, emissão 08/03/2021, vencimento 10/03/2021, endosso de R$229,89), previsto para o dia 19 de abril de 2021. Afirma que, por ser a duplicada mercantil irregular, pois não corresponde a nenhuma operação de compra e venda, ou prestação de serviços, o protesto deve ser cancelado. Requereu a concessão de tutela de urgência, para sustação do protesto. Ao final, requereu a procedência da ação para, tornar definitiva a tutela concedida, e condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais. Juntou documentos.

O pedido de tutela de urgência foi deferido (pág. 25).

Após ser citado, o réu apresentou contestação com pedido contraposto (pág. 42/49), defendendo a legalidade da conduta adotada, porquanto identificada a contratação dos serviços, através dos funcionários da empresa autora. Impugnou de forma específica os fatos narrados, e requereu a improcedência do pedido inicial. No mesmo ato, formulou pedido contraposto, e requereu a condenação do autor ao pagamento do valor debito em relação aos serviços de publicidade contratados. Juntou documentos.

(...)

Intimados a especificarem as provas que pretendiam produzir, as partes postularam o julgamento antecipado (pág. 110 e 111/112).

(...)

A lide cinge-se na responsabilidade da parte ré, pelos prejuízos suportados pelo autor, em razão da suposta cobrança indevida, que culminou com o protesto do título, onde o autor alega que jamais contratou os serviços de publicidade.

No caso dos autos, a contestação oferecida pelo réu, tornou controvertidos os fatos narrados, mas não inverteu o ônus da prova. Cabia ao réu comprovar eventual fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, o que não fez a contento.

Temos que, o documento juntado pelo réu, onde alega ser o suposto contrato celebrado entre as partes, padece de credibilidade, pois o CNPJ constante do referido documento, não se coaduna com o CNPJ pertencente à empresa autora.

Acesso ao Sumário

E ainda, a alegação de que a pessoa que assinou o contrato, que alega ser funcionária da empresa autora, sequer consta o nome completo da funcionária, sendo certo que o documento juntado a pág. 54/55, nada faz prova da contratação dos serviços, pois se trata de informação obtida através de banco de dados de consulta de situação cadastral.

Note-se, que o ré (sic) não trouxe aos autos qualquer outro documento que comprovasse a existência de tratativas e acerto da prestação dos serviços de publicidade, tais como mensagens eletrônicas, *whatsapp, fato este extremamente comum entre empresas que estão ajustando valores, prazos e outras necessidades, de acordo na prestação de serviços.*

Saliento, ainda, que ao réu, foi dada a oportunidade de indicar as provas que pretendia produzir, sendo que este, postulou o julgamento antecipado do feito.

Em suma, declaro a inexistência da relação jurídica, e em consequência, declaro a inexigibilidade do débito, cancelando-se o protesto lavrado indevidamente.

Também acolho o pedido de reparação dos danos morais. Friso que o nexo causal é evidente. A parte autora teve seu nome indevidamente protestado.

E, nesta linha de pensamento, não se pode deixar de reconhecer que a conduta da parte ré, prejudicou a parte autora!

Nesse sentido:

"PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. TELEFONIA MÓVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. COBRANÇA DE SERVIÇOS NÃO CONTRATADOS. TÍPICA RELAÇÃO DE CONSUMO. A EMPRESA DE TELEFONIA NÃO PRODUZIU PROVA SUFICIENTE A DEMONSTRAR A LEGITIMIDADE DA COBRANÇA QUE GEROU O APONTAMENTO, TAMPOUCO A UTILIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PELA AUTORA. DECLARADA A INEXISTÊNCIA DO DÉBITO. NEGATIVAÇÃO INDEVIDA DO NOME DA CONSUMIDORA. DANO MORAL CONFIGURADO. PESSOA JURÍDICA. POSSIBILIDADE. SÚMULA 227 DO STJ. INDENIZAÇÃO DEVIDA, PORÉM EM IMPORTE AQUÉM DO FIXADO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA REFORMADA EM PARTE. Apelação parcialmente provida. 1 "Civil. Responsabilidade civil. Danos morais. Pessoa jurídica. Possibilidade. Honra objetiva. Doutrina. Precedentes do Tribunal. Recurso provido para afastar a carência da ação por impossibilidade jurídica. A evolução do pensamento jurídico, no qual convergiram jurisprudência e doutrina, veio a afirmar, inclusive nesta Corte, onde o entendimento tem sido unânime, que a pessoa jurídica pode ser vítima também de danos morais, considerados esses como violadores da sua honra objetiva." (STJ – REsp 134.993 – MA – 4ª T. – Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA – J. em 03.02.98

Acesso ao Sumário

– UNÂNIME – DJU de 16.03.98,)

"Pessoa jurídica pode sofrer dano moral (Súmula 227). Protesto indevido com inscrição em cadastro negativo, justifica a condenação por dano moral. A revisão do ressarcimento fixado para danos morais, em recurso especial é possível quando a condenação maltrata a razoabilidade e o Art. 159 do Código Beviláqua. A indenização por dano moral deve ser graduada de modo a coibir a reincidência e obviar o enriquecimento da vítima. É razoável a condenação em 50 (cinquenta) salários mínimos por indenização decorrente de inscrição indevida no SPC, SERASA e afins." (TJ – Resp. 295130 / SP – 3ª Turma – Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS – j. 22.2.200).

Assim, entendo que a finalidade principal da reparação centra-se na compensação destinada à vítima, como forma de aliviar (se não for possível eliminar) a lesão experimentada. Todavia, em determinados casos, também a função inibitória (uma idéia aproximada à da sanção civil) assume relevante papel, a fim de que o ofensor seja punido de tal forma a não praticar atos similares.

Na hipótese sob exame, revelando-se significativa ambas as funções compensatória e inibitória, entendo que a indenização do dano moral deve ser fixado em R$ 15.000,00 (quinze mil reais). Anoto que o valor foi estipulado, considerando as peculiaridades do caso. A repercussão do dano também foi levada em conta, na medida em que se situou dentro de padrões não excepcionais.

No mais, fica claro que a tutela provisória será tornada definitiva, até porque reconhecido como indevido o protesto do título. Por fim, o pedido objeto da reconvenção será rejeitado.

No caso, restou devidamente comprovado a inexistência da relação jurídica entre as partes. Logo, não há que se falar em cobrança de valores que não são devidos." – grifo nosso

Correta a r. sentença uma vez que não se discute os termos contratuais, mas sua própria validade, já que a autora alega não ter realizado a contratação, sendo impossível fazer prova de fato negativo, tratando–se de prova diabólica, cabendo, portanto, à ré a comprovação.

Nesse ponto, os documentos acostados são insuficientes, já que o "contrato" possui assinatura de uma suposta funcionária da autora, que teria sido autorizada por seu sócio, conforme consta no contrato. Todavia, a ré não fez prova das tratativas entre as empresas, nem da alegada autorização do sócio. Também não pleiteou perícia grafotécnica oportunamente, na contestação e na intimação para produção de provas, havendo preclusão, assim como eventual depoimento do motoboy que teria encontrado, como informado no apelo, não havendo que se falar em cerceamento de defesa. Assim, não há sequer indício de prova que expresse concordância da autora.

Acesso ao Sumário

E como mencionado na r. sentença, cabia à ré o ônus de comprovar a contratação, nos termos do art. 373, II do CPC.

Nesse passo, de rigor a procedência da demanda com pagamento de indenização por danos morais, diante de protesto indevido (fls. 12) que relacionou o nome da autora, publicamente, à inadimplência. Assim, causou o dever de indenizar, restando configurado o dano moral *in re ipsa*, presumível e independe de prova específica.

E outros fundamentos são dispensáveis diante da adoção integral dos que foram deduzidos na r. sentença, e aqui expressamente adotados para evitar inútil e desnecessária repetição, nos termos artigo 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça.

Com relação à fixação do *quantum* indenizatório, têm-se como parâmetros as funções ressarcitória e punitiva da reparação, bem como a repercussão do dano, a possibilidade econômica do ofensor e o princípio de que o dano não pode servir de fonte de enriquecimento. Consideradas as circunstâncias do caso concreto, bem como demais elementos de análise indicados pela doutrina e jurisprudência, o valor de R$ 15.000,00 não coaduna com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, respeitando o equacionamento da relação jurídica de direito material, a fim de compensar os danos decorrentes da conduta ilícita da ré. Assim fixo a indenização em R$ 10.000,00, considerando os baixos valores do contrato e da parcela inadimplida. Incidirá correção monetária a partir do arbitramento (publicação deste acórdão), conforme Súmula 362 STJ, e juros de mora de 1% ao mês a partir dos descontos indevidos, por se tratar de relação extracontratual, conforme Súmula nº 54 do STJ.

Por fim, considerando parcial provimento do recurso descabe majoração da verba honorária fixada, em respeito ao referido § 2º do art. 85 do NCPC.

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

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1021879-71.2022.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ITAÚ UNIBANCO HOLDING S/A, é apelado EDUARDO BUENO PANZUTO.

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 09896)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente) e FERNANDO SASTRE REDONDO.

São Paulo, 7 de julho de 2023.

LAVÍNIO DONIZETTI PASCHOALÃO, Relator

Ementa: APELAÇÃO – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS – Transações financeiras realizadas na conta corrente do autor por criminosos que o mantinham sob sua guarda mediante coação – Sequestro – Banco requerido que se insurge contra a r. sentença que determinou a restituição dos respectivos valores retirados da conta bancária do requerente – Relação consumerista – Responsabilidade objetiva do prestador de serviço (Art. 14, CDC, e Súmula 479, STJ) – Operações financeiras que destoam do perfil de consumo do correntista – Falha na prestação dos serviços evidenciada – Inequívoco dever de restituição material de parte do requerido – Manutenção da r. sentença de parcial procedência que se impõe – Precedentes desta C. 38ª Câmara de Direito Privado – Sentença mantida – RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

VISTOS.

1. Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de fls. 177/179, cujo relatório adoto, proferida pelo D. Juiz da 2ª Vara Cível, do Foro Regional III - Jabaquara, da Comarca de São Paulo, Dr. Jomar Juarez Amorim, que julgou procedente em parte a presente AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS que EDUARDO BUENO PANZUTO promove contra ITAÚ UNIBANCO S/A, o fazendo para condenar o requerido "*(...) na obrigação de ressarcir os valores sobreditos, mediante estorno dos lançamentos na fatura do cartão de crédito e na conta corrente, com os encargos proporcionais, acrescidos de juros moratórios de 1% ao mês desde a citação*" (fls. 179). Ao final, reconhecendo a sucumbência mínima de parte do autor no feito, condenou exclusivamente o réu ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios, os quais fixou em 10% (dez por cento) do valor da condenação.

Acesso ao Sumário

Apelou o banco requerido, pugnando pela reforma do julgado, ao argumento de que, em síntese, inexistiria responsabilidade de sua parte pelas objetadas transações realizadas por terceiros na conta bancária do autor, mediante coação, destacando, nesse sentido, a inexistência de fortuito interno ou falha outra na prestação de seu serviço que justificasse sua condenação à restituição do valor correspondente às referidas transações financeiras, reiterando, nesse sentido, sua tese de improcedência do pedido autoral e destacando o entendimento jurisprudencial que julga aplicável à espécie (fls. 190/200, que se fizeram acompanhar dos documentos de fls. 201/202).

Tempestivo e bem preparado, o recurso foi contrarraoado à fls. 206/209.

É o relatório.

2. Narra o autor que foi vítima de sequestro no período de 20 a 23 de agosto de 2022, ocasião em que mediante coação foram realizadas transações financeiras em sua conta corrente mantida junto ao banco réu da ordem de R$ 28.722,77 e R$ 21.000,00, cujo reembolso ora objetiva.

O caso em análise é regido pela legislação consumerista e isso, pois, na relação havida entre as partes o autor assume evidente posição de vulnerabilidade, hipossuficiência esta que é equilibrada pela aplicação do CODECON, na linha, pois, do quanto disposto no § 2º, do artigo 3º, do mesmo CDC e no enunciado da Súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça.

Assim estabelecido, tendo restado incontroverso nos autos que as aludidas operações financeiras foram realizadas mediante coação, observa-se que a questão posta à lume de discussão nesta sede recursal cinge-se à existência, ou não, de responsabilidade do banco requerido por sua ocorrência e do consequente dever de restituição.

A resposta é positiva.

E tal se dá, porquanto, em que pese as alegações deduzidas pelo réu em suas razões recursais, a análise dos autos não deixa dúvida quanto à ocorrência de falha no serviço por ele prestado, atinente à não observância, via adequado sistema de segurança, ao desenquadramento das mencionadas transações financeiras ao perfil de consumo do correntista requerente.

Acesso ao Sumário

Nessa esteira, categórico se mostrou o D. juízo *a quo*, em sua r. sentença vergastada, ao destacar que "*Houve transações repetidas em valores expressivos no mesmo estabelecimento em 20/8/22 e o réu não demonstrou minimamente a consistência com o perfil do usuário. Além disso, o réu não justificou a diferença de tratamento em relação ao cartão corporativo da empresa onde o autor trabalha. Tais elementos evidenciam vício de segurança, justificando consequentemente o estorno ou a restituição da quantia desembolsada pelo autor.*" (fls. 178).

De sorte a que, tendo em vista a natureza objetiva da responsabilidade

guardada pelo réu na relação existente entre as partes (Art. 14, CDC, e Súmula 479, STJ) e os próprios riscos inerente à sua atuação no sistema bancário, inequívoco o dever de sua parte de restituir os respectivos valores indevidamente retirados da conta do autor.

Em casos análogos, vale lembrar, outro não é o entendimento da jurisprudência sobre o tema:

> "*INEXIGIBILIDADE C.C. INDENIZATÓRIA. Relação de consumo. Aplicação do CDC.* ***Sequestro-relâmpago. Utilização de cartão de crédito e movimentação em conta corrente. Operações realizadas não correspondem ao perfil do correntista, o que não foi detectado por nenhum sistema de segurança bancário. Falha na prestação de serviços configurada. O fato de o crime ter ocorrido fora das dependências bancárias não isenta o banco de sua responsabilidade, que é objetiva, nos termos do art.14, do CDC e Súmula 479 do STJ. Risco da atividade que deve ser suportado pelo fornecedor.*** *Inexigibilidade da dívida e restituição de valores indevidamente movimentados na conta corrente. Cabimento. Danos morais in re ipsa. Configurados, ainda, pela teoria do desvio produtivo. Quantum que se mostra adequado e suficiente a indenizar o demandante, sem importar em seu enriquecimento, além de servir para evitar reiteração da conduta lesiva por parte do ofensor. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO.*" **(g.n.)**
>
> **(Apelação Cível nº 1023372-12.2020.8.26.0114, Rel. Anna Paula Dias da Costa, 38ª Câmara de Direito Privado, j. 07/03/2022, TJSP)**

E ainda:

> "*RESPONSABILIDADE CIVIL. Banco. Legitimidade passiva configurada. Preliminar rejeitada. Operações em cartão de crédito e conta corrente em decorrência de sequestro-relâmpago. Incompatibilidade com o perfil do usuário, além de realizadas em curto espaço de tempo. Responsabilidade objetiva do banco por fortuito interno. Inteligência da Súmula 479 do STJ. Inexigibilidade declarada e restituição dos valores corretamente determinada. DANO MORAL. Indenização cabível. Fatos que ultrapassaram meros dissabores e causaram transtornos psicológicos ao demandante. Quantum fixado. Pedido de redução negado. Quantia que atende aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. JUROS MORATÓRIOS. Termo inicial. Data da citação. Relação contratual. Inteligência do artigo 405, do Código Civil. Sentença mantida. CORREÇÃO MONETÁRIA. Danos materiais, a partir do efetivo prejuízo e danos morais a partir do arbitramento. Súmula 362 do STJ. Sentença mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos. RECURSO NÃO PROVIDO.*"
>
> **(Apelação Cível nº 1004116-33.2022.8.26.0302, Rel. Fernando Sastre**

Acesso ao Sumário

Redondo, 38ª Câmara de Direito Privado, j. 13/06/2023, TJSP)

3. Pelo que, diante de tais circunstâncias, em sendo esse o entendimento dos demais, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação interposto pelo requerido, mantendo na íntegra a r. sentença de improcedência objetada.

Sem prejuízo, na forma do § 11, do artigo 85, do Código de Processo Civil, majoro os honorários arbitrados em favor do patrono do requerente para 15% (quinze por cento) do valor atualizado da condenação.

Por fim, ficam as partes advertidas de que a oposição de embargos de declaração fora das hipóteses legais e/ou com efeitos infringentes dará ensejo à imposição da multa prevista pelo artigo 1.026, § 2º, do Código de Processo Civil. Ademais, considera-se prequestionada a matéria ventilada no recurso, sendo desnecessária a indicação expressa dos dispositivos legais, conforme entendimento consolidado do E. Superior Tribunal de Justiça **(AgRg no REsp: 1470626 PE, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, j. 01/03/2016, Segunda Turma, STJ)**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1086880-08.2019.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes ODAIR FERMINO FERRONATO e OSMAR HOFFMANN, é apelado TRANSPORTES LUFT LTDA.

ACORDAM, em 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Invalidaram a sentença, de ofício, e, nos termos do art. 1013, § 3º, IV, do CPC, apreciaram o litígio de pronto, julgando improcedente a demanda, prejudicado o exame do mérito recursal, por votação unânime.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.020)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI (Presidente), NUNCIO THEOPHILO NETO e DANIELA MENEGATTI MILANO.

São Paulo, 10 de julho de 2023.

RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelações – Ação de cobrança – Sentença de rejeição do pedido.

1. Sentença – Ausência de fundamentação adequada. Nulidade que se proclama, de ofício. Solucionado o li-

tígio, de pronto, nos termos do art. 1.013, §3º, IV, do CPC.

2. Prescrição – Inocorrência. Hipótese em que se discute obrigação oriunda de contrato. Aplicável o prazo prescricional geral para as ações pessoais, de 10 anos, nos termos do art. 205 do CC. Precedentes do STJ. Prazo não transcorrido, a se considerar a interrupção verificada em razão da propositura da ação de execução antecedente, na forma do art. 219, § 1º, do CPC/73, então em vigor.

3. Impugnação ao valor da causa – Objeção igualmente inconsistente. Valor atribuído à causa que, acertadamente, corresponde à expressão econômica do litígio. Sem relevo, por tal prisma, a circunstância de os autores terem ou não direito ao quanto reclamado.

4. Mérito – Incontroverso que os autores assumiram a obrigação de pagamento de metade do custo correspondente à fiança bancária que garantiria o contrato celebrado entre as partes. Ausência de prova da alegação segundo a qual os autores foram levados a acreditar pela ré que o custo da fiança seria menor que o verdadeiramente contratado. Troca de mensagens entre as partes, pelo contrário, não deixando dúvida de que os autores tiveram inequívoco conhecimento daquele custo em momento oportuno, permanecendo silentes mesmo após ter a ré descontado o valor correspondente à participação dos primeiros quando do pagamento da primeira parcela do preço do contrato. Autores que só vieram a se insurgir a respeito da questão quase quatro anos após tal pagamento. Inadmissível, diante desse cenário, dar atendimento à pretensão dos autores. Caso em que se tem por caracterizado, no mínimo, o fenômeno da "supressio".

Invalidaram a sentença, de ofício, e, nos termos do art. 1013, § 3º, IV, do CPC, apreciaram o litígio de pronto, julgando improcedente a demanda, prejudicado o exame do mérito recursal.

VOTO

1. Trata–se de ação de cobrança proposta por ODAIR FERMINO FER-

Acesso ao Sumário

RONATO e outro em face de TRANSPORTES LUFT LTDA.

Dizem os autores, em síntese, que em 22.1.08 alienaram 100% da participação societária de empresas pertencentes ao Grupo Transcamilla à ré, pelo preço ajustado de R$ 25.000.000,00. As partes pactuaram que, a título de sinal, seriam pagos R$ 4.000.000,00, em 19.2.08, e o restante em oito prestações semestrais, no valor de R$ 2.625.000,00, com a primeira parcela prevista para vencer em 19.8.08. Ademais, ficou acordada, para garantia do pagamento em questão, a contratação de fiança bancária, suportada por ambas as partes, metade para cada uma. Alegam os autores que foram informados pela ré de que o valor da aludida fiança seria de R$ 157.500,00, de modo que a importância a ser paga por cada um totalizaria R$ 78.750,00. Porém, ao receber o pagamento referente à primeira parcela do contrato, notaram pagamento a menor no valor de R$ 315.000,00. Diante desse cenário, os autores notificaram extrajudicialmente a ré, solicitando a complementação do pagamento. A ré, em resposta, alegou que a diferença descontada seria referente à parte que cabia aos autores na contraprestação pela fiança bancária, haja vista que o valor de R$ 157.500,00 dizia respeito apenas ao primeiro ano de vigência da mencionada garantia. Desse modo, considerando que o contrato possuía duração de quatro anos, o valor total da fiança seria de R$ 630.000,00, motivo pelo qual foram descontados R$ 315.000,00 dos pagamentos feitos aos autores, correspondentes a 50% do custo da garantia em questão. Os autores afirmam que a ré descumpriu o pactuado inicialmente entre as partes, realizando desconto muito superior ao previsto contratualmente a título da fiança. Daí a demanda, objetivando a condenação da ré ao pagamento de R$ 236.250,00.

A r. sentença julgou improcedente a demanda, considerando que "não restou demonstrado desconto acima dos 50%, percentual este que os próprios vendedores alegam ter consentido". Responsabilizou os autores pelas verbas da sucumbência, arbitrada a honorária em 10% sobre o valor da causa.

Apelam os autores. Como fundamentos do pedido de reforma, argumentam o que segue: (a) o contrato celebrado entre as partes atribuiu à apelada a contratação de fiança bancária, para fim de garantir o pagamento do preço pela alienação das participações societárias em questão. Todavia, para viabilizar a operação, os apelantes, por mera liberalidade e de forma verbal, concordaram em arcar com parte dos custos da garantia, na proporção de 50%, tendo a apelada informado que o custo total do seguro–fiança seria de R$ 157.500,00. Os apelantes, portanto, jamais concordaram com o pagamento de valor superior à quantia informada no ato da contratação; (b) a notificação extrajudicial demonstra a discordância dos autores em relação ao desconto feito na primeira parcela do pagamento do preço, a pretexto dos custos da garantia; (c) a testemunha Claudio Antônio Caresin confirmou, em seu depoimento, que o sócio Odair afirmou que pagaria a título de fiança bancária apenas a primeira parcela, "em torno

Acesso ao Sumário

de R$ 70.000,00"; (d) a ata notarial anexada aos autos demonstra a existência de troca de e-mails entre os apelantes e a testemunha arrolada pela apelada (José Luis Teixeira), em que fica clara a indignação dos primeiros com os descontos realizados indevidamente; (e) a r. sentença desconsiderou as provas constantes dos autos (fls. 446/458).

2. Recurso tempestivo (fls. 445/446), preparado (fls. 459/460) e respondido, com preliminares de prescrição e impugnação ao valor da causa (fls. 464/476).

É o relatório do essencial.

3. Anoto, antes de mais nada, que a sentença apelada não cumpre a norma que exige a indispensável fundamentação das decisões judiciais, sob pena de nulidade absoluta.

Tal decisão, com efeito, passa ao largo das alegações expostas na peça de defesa, a começar pelas preliminares relacionadas à "impugnação ao valor da causa" e à prescrição, que não são referidas nem mesmo no respectivo relatório.

Daí se impor a invalidação da sentença e, não obstante, realizar o pronto julgamento do litígio por este órgão de segundo grau, como autoriza o art. 1.013, §3º, IV, do CPC.

4. Não há consistência na impugnação ao valor da causa.

A respeito da questão, cabe ter em mente que o valor da causa, em regra, corresponde à expressão econômica do que se pede a título de tutela jurisdicional.

Na situação em exame, os autores, ora apelantes, atribuíram à causa o valor de R$ 236.250,00, exatamente o que afirmam ter direito a receber da apelada.

Acertada, portanto, a atribuição do valor da causa.

Se é que os apelantes têm ou não direito a tal quantia, mesmo em tese, pelo fato de englobar ela o quinhão que seria devido ao também alienante Carlos, isso representa tema de mérito ou, segundo alguns, atinente à legitimidade ativa para a cobrança dessa específica fração da obrigação.

5. Não procede a prejudicial de mérito.

No caso, diversamente do que sustenta a apelada, a pretensão deduzida na demanda em exame não se amolda ao prazo prescricional do art. 206, §3º, IV, do CC.

Isso porque a ação proposta pelos apelantes se funda em suposto descumprimento do contrato celebrado entre as partes, no que concerne ao valor que haveria de ser deduzido do preço a título da participação assumida pelos primeiros no custo referente à fiança bancária contratada para a operação.

Em assim sendo, a hipótese se submete ao prazo geral de prescrição das ações pessoais, de dez anos, nos termos do art. 205 do CC.

Acesso ao Sumário

A atual jurisprudência do STJ é tranquila sobre o tema, como se vê, entre tantos outros, dos precedentes das ementas a seguir reproduzidas (são meus os destaques):

> "DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. PRAZO PRESCRICIONAL PREVISTO NO ARTIGO 206, § 3º, V, DO CÓDIGO CIVIL. INAPLICABILIDADE.
>
> 1. Não caracteriza omissão, contradição ou obscuridade quando o Tribunal apenas adota outro fundamento que não aquele defendido pela parte.
>
> **2. O artigo 206, § 3º, V, do Código Civil cuida do prazo prescricional relativo à indenização por responsabilidade civil extracontratual, disciplinada pelos artigos 186, 187 e 927 do mencionado Diploma.**
>
> **3. A Corte local apurou que a presente execução versa sobre montante relativo a não cumprimento de obrigação contratual, por isso que não é aplicável o prazo de prescrição previsto no artigo 206, § 3º, V, do Código Civil**.
>
> 4. Recurso especial não provido."(STJ, REsp 1222423/SP, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, 4ª T., j. 15.9.11).
>
> "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. 1. FUNDAMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA. 2. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. 3. RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL. PRESCRIÇÃO. ART. 205 DO CÓDIGO CIVIL. SÚMULA 83/STJ. 4. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.
>
> 1. O agravante não apresentou argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental.
>
> 2. Não há que se falar em violação do art. 535 do CPC, no caso em que as questões postas foram devidamente analisadas e a decisão está fundamentada.
>
> **3. É firme a jurisprudência desta Corte de que o prazo prescricional relativo à reparação civil por danos decorrentes de descumprimento de obrigação contratual é decenal, nos termos do art. 205 do Código Civil. Incide, ao caso, o óbice da Súmula 83 do STJ**.
>
> 4. Agravo regimental a que se nega provimento." (STJ, AgRg no REsp 1485344/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, 3ª T., j. 5.2.15).
>
> EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO. INA-

Acesso ao Sumário

DIMPLEMENTO CONTRATUAL. PRAZO DECENAL. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. REGIMES JURÍDICOS DISTINTOS. UNIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ISONOMIA. OFENSA. AUSÊNCIA.1. Ação ajuizada em 14/08/2007. Embargos de divergência em recurso especial opostos em 24/08/2017 e atribuído a este gabinete em 13/10/2017. 2. O propósito recursal consiste em determinar qual o prazo de prescrição aplicável às hipóteses de pretensão fundamentadas em inadimplemento contratual, especificamente, se nessas hipóteses o período é trienal (art. 206, §3, V, do CC/2002) ou decenal (art. 205 do CC/2002). 3. Quanto à alegada divergência sobre o art. 200 do CC/2002, aplica–se a Súmula 168/STJ ("Não cabem embargos de divergência quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado"). 4. O instituto da prescrição tem por finalidade conferir certeza às relações jurídicas, na busca de estabilidade, porquanto não seria possível suportar uma perpétua situação de insegurança. 5. **Nas controvérsias relacionadas à responsabilidade contratual, aplica–se a regra geral (art. 205 CC/02) que prevê dez anos de prazo prescricional e, quando se tratar de responsabilidade extracontratual, aplica–se o disposto no art. 206, § 3º, V, do CC/02, com prazo de três anos.** 6. Para o efeito da incidência do prazo prescricional, o termo "reparação civil" não abrange a composição da toda e qualquer consequência negativa, patrimonial ou extrapatrimonial, do descumprimento de um dever jurídico, mas, de modo geral, designa indenização por perdas e danos, estando associada às hipóteses de responsabilidade civil, ou seja, tem por antecedente o ato ilícito. 7. Por observância à lógica e à coerência, o mesmo prazo prescricional de dez anos deve ser aplicado a todas as pretensões do credor nas hipóteses de inadimplemento contratual, incluindo o da reparação de perdas e danos por ele causados. 8. Há muitas diferenças de ordem fática, de bens jurídicos protegidos e regimes jurídicos aplicáveis entre responsabilidade contratual e extracontratual que largamente justificam o tratamento distinto atribuído pelo legislador pátrio, sem qualquer ofensa ao princípio da isonomia. 9. Embargos de divergência parcialmente conhecidos e, nessa parte, não providos (STJ EDcl no AgInt nos EAREsp 155853 / SP, Segunda Seção, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 2.8.18).

"AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. NATUREZA CONTRATUAL DO DIREITO. PRAZO DE PRESCRIÇÃO DECENAL. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. À pretensão de indenização por ilícito contratual, não havendo dispositivo específico pertinente ao contrato em questão, aplica-se a regra geral (art. 205 CC/02) que prevê a incidência do prazo prescricional de dez anos. Precedentes.

Acesso ao Sumário

2. Agravo interno a que se nega provimento." (STJ, AgInt no REsp 1773409, Rel. Min. MARIA ISABEL GALLOTTI, 4ª T., j. 20.2.20).

No caso, o desconto supostamente feito a maior recaiu sobre a parcela do preço satisfeita em 19.8.08, quando teve início o prazo prescricional.

Tal prazo foi interrompido em 8.7.12, data em que os apelantes propuseram ação de execução por título extrajudicial em desfavor da apelada (v. fl. 29), nos termos do disposto no art. 219, § 1º, do CPC/73, então em vigor.

Assim interrompido o prazo prescricional, ele só voltou a correr quando do último ato praticado naquele processo de execução, nos termos do disposto no art. 202, parágrafo único, do CPC.

De toda a sorte, mesmo a se considerar a data da interrupção da prescrição (8.7.12), abstraído o tempo de duração do processo de execução, não se consumou o prazo decenal até que se deu a propositura desta demanda (4.9.19).

5. No que se refere ao tema de fundo propriamente dito, é incontroverso terem os autores, ora apelantes, assumido a obrigação de pagamento dos custos da fiança bancária contratada para garantir a operação, apesar de a cláusula 2.3 do contrato estabelecer que esse custo seria suportado pela apelada.

Dizem os apelantes, no entanto, que foram ludibriados pela apelada, que lhes informou que o custo da fiança bancária seria de, apenas, R$ 157.500,00, e que os primeiros, portanto, seriam responsáveis pela metade daquela importância, isto é, por R$ 78.750,00.

Daí terem se surpreendido com o desconto, já quando do pagamento da primeira parcela do preço, do valor de R$ 315.000,00, que representaria a metade do efetivo custo da fiança (R$ 630.000,00).

E não há dúvida de que a fiança bancária, efetivamente, foi contratada pela importância global de R$ 630.000,00.

Diante desse cenário, forçoso é convir que representava ônus dos apelantes demonstrar, sem sombra de dúvida, que foram enganados e que, efetivamente, assumiram a participação no custeio da indigitada fiança no pressuposto de que arcariam com o pagamento da quantia de, apenas, R$ 78.750,00.

Acesso ao Sumário

E não há prova convincente dessa assertiva.

Pelo contrário, na troca de e-mails então verificada entre as partes, destaca–se a última das mensagens, data de 19.8.08, em que a ora apelada discrimina os valores referentes à primeira parcela da alienação das quotas sociais, deduzindo o valor de R$ 315.000,00, referente ao custo da fiança bancária mantida pelos quatro anos de duração do contrato (v. fl. 67).

É importante observar que os apelantes não fizeram nenhum comentário a respeito daquela última mensagem.

Esse silêncio é significativo, até a se ter em conta que os apelantes, presu-

mivelmente, são pessoas experimentadas no mundo dos negócios.

Mais que isso, realizado o pagamento da primeira parcela do preço naquele mesmo dia (19.8.08), os apelantes só se insurgiram frente à questão dali a quase quatro anos, em 15.5.12, data em que encaminharam à apelada a notificação extrajudicial de fls. 22/26.

Aplica-se ao caso em exame, sem sombra de dúvida, o princípio da boa-fé, haja vista o comportamento dos apelantes, no mínimo, ter feito a apelada acreditar que os primeiros arcariam, efetivamente, com metade de todo o custo da fiança bancária.

Terá ocorrido no caso, na melhor das hipóteses, o fenômeno da "supressio", assim definido por LUIZ RODRIGUES WAMBIER:

> "A *supressio* significa o desaparecimento de um direito, não exercido por um lapso de tempo, de modo a gerar no outro contratante ou naquele que se encontra no outro polo da relação jurídica a expectativa de que não seja mais exercido. Pode-se dizer que o que perdeu o direito teria abusado do direito de se omitir, mantendo comportamento reiteradamente omissivo, seguido de um surpreendente ato comissivo, com que já legitimamente não contava a outra parte" (artigo publicado na Revista dos Tribunais 915/280, em janeiro de 2012).

6. Donde a improcedência da demanda.

Entretanto, invalidada a sentença apelada, considero não ser o caso de arbitramento de honorários recursais, embora mantendo a disciplina das verbas da sucumbência ali estabelecida.

Posto isso, meu voto, de ofício, **invalida a sentença** e, nos termos do art. 1013, § 3º, IV, do CPC, aprecia o litígio de pronto, **julgando improcedente** a demanda, **prejudicado** o exame do mérito recursal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0185445-73.2009.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado REED EXHIBITIONS ALCÂNTARA MACHADO S/A, é apelado/apelante JEFFERSON DE ARAÚJO.

ACORDAM, em sessão telepresencial da 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso do réu e não conheceram do recurso adesivo do autor V.U. Sustentaram oralmente o Dr. Guilherme Guidi Leite, OAB/SP 328.861 e a Dra. Ana Laura Lemos Ferreira, OAB/SP 448.882.", de conformidade com o

Acesso ao Sumário

voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26519)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GALDINO TOLEDO JÚNIOR (Presidente sem voto), JANE FRANCO MARTINS e VALENTINO APARECIDO DE ANDRADE.

São Paulo, 11 de julho de 2023.

CÉSAR PEIXOTO, Relator

Ementa: Ação de indenização por danos morais – Procedência em juízo de primeiro grau – Ausência de complementação do preparo recursal pelo autor – Recursos manejados em face da determinação exarada pelo relator que não contaram com efeito suspensivo – Precedente da instância especial – Deserção configurada – Demanda proposta pelo genitor em decorrência de falha no atendimento médico de urgência em grande evento, levando a óbito o seu filho – Laudo pericial conclusivo quanto à realização dos primeiros socorros de forma inadequada – Elementos probatórios que relevaram a má prática médica em documentar de forma detalhada os procedimentos adotados durante a ocorrência – Inexistência de desfibriladores externos automáticos – Inobservância à legislação do município de São Paulo – Equipamento mandatório para o atendimento de paradas cardiorrespiratórias – Cerceamento de defesa não verificado – Desnecessidade da oitiva do assistente técnico – Suficiência dos documentos acostados aos autos para a formação da convicção – Remoção do paciente para o hospital realizada de forma inapropriada – Caso que demandaria transporte com ambulância – Doença preexistente do jovem que não implicou na excludente de responsabilidade do réu – Ausência de restrições para a prática das atividades regulares do cotidiano – Companhia que promoveu o evento que deveria estar preparada para atuar de forma adequada em situações desse jaez – Danos extrapatrimoniais caracterizados – Autor submetido a intensa pressão psicológica, angústia e sofrimentos exacerbados, ultrapassando o mero dissabor, com lastro na morte do filho – Arbitramento prudencial em quantia suficiente, proporcional e ra-

Acesso ao Sumário

zoável com as circunstâncias e peculiaridades da hipótese fática [R$ 100.000,00] – ilícito contratual – Juros de mora da citação, e não do evento danoso – Recurso do réu provido, em parte, e não conhecido o do autor.

VOTO

Apelações, principal e adesiva, dirigidas contra sentença que julgou procedente ação de indenização por danos morais proposta por genitor, decorrentes de falha no atendimento médico de urgência em grande evento [Salão Internacional do Transporte (FENATRAN)], levando a óbito o seu filho, condenando o réu ao pagamento de R$ 100.000,00 pelo prejuízos extrapatrimoniais sofridos pelo autor, com correção monetária desde o arbitramento e juros de mora a partir do evento danoso, e impondo ao vencido o reembolso das despesas com o processo e o pagamento de honorários de advogado fixados em 10% sobre o valor da condenação objetivando, em resumo, o reexame e a modificação do julgado com fundamento, em síntese, no cerceamento de defesa pela ausência de oitiva do assistente técnico, na inexistência de nexo de causalidade entre o ato ilícito e o dano, na prestação de adequado socorro médico, na preexistência de problema cardíaco, na exorbitância do arbitramento, na inadequação do termo inicial dos juros de mora (principal), na modicidade da indenização e requerendo a majoração da verba honorária (adesivo).

Tempestivas, preparada e com preparo recolhido a menor e respondidas.

Por primeiro, mesmo após determinação exarada pelo relator, pág. 1.602, em atenção à regra do art. 1.007, § 2.º, do Código de Processo Civil, não foi providenciado o recolhimento da complementação do preparo pelo autor, ônus exclusivo do interessado com as consequências daí inerentes, inviabilizando o conhecimento da apelação adesiva, fator conducente à deserção, tendo em vista que os embargos declaratórios e o agravo interno manejados em face do referido comando judicial não foram dotados de efeito suspensivo.

Nesse sentido, já se pronunciou a instância especial:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL DESERTO. DESPACHO PRESIDENCIAL QUE DETERMINA A JUNTADA DO COMPROVANTE DE PAGAMENTO EM DOBRO DO PREPARO (ART. 1.007, § 4º, DO CPC/2015). EMBARGOS DE DECLARAÇÃO QUE NÃO SUSPENDEM A EFICÁCIA DA DETERMINAÇÃO DA PRESIDÊNCIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.026, CAPUT, DO CPC/2015. RECOLHIMENTO TARDIO DAS CUSTAS EM DOBRO. DESERÇÃO CONFIRMADA. 1. Devidamente intimada a efetuar o pagamento em dobro do preparo do recurso especial, a parte agravante assim o fez somente depois de esgo-

Acesso ao Sumário

> tado o prazo indicado no despacho da presidência do STJ, atraindo, com isso, a pena de deserção. 2. Não tendo a parte recorrente postulado efeito suspensivo aos embargos de declaração que opôs contra o provimento que determinou o recolhimento em dobro do preparo, o pagamento de tal encargo pecuniário somente após o julgamento dos aclaratórios, quando já transcorrido o prazo a tanto consignado, não tem o condão de afastar a deserção. 3. De acordo com o art. 1.026, caput, do CPC/2015, os embargos de declaração não suspendem a eficácia da decisão contra a qual são opostos, mas somente interrompem o prazo para a interposição de posterior recurso pelas partes. 4. Agravo interno a que se nega provimento. (STJ – AgInt nos EDcl no REsp n. 1.690.933/PR, relator Ministro Sérgio Kukina, 1.ª T., julgado em 22/5/2018, DJe de 1/6/2018.).

Na espécie, os elementos probatórios acostados aos autos revelaram a falha no atendimento médico de urgência prestado ao filho do autor em evento de grande porte promovido pelo réu [Salão Internacional do Transporte (FENATRAN)], culminando no falecimento do jovem um dia após a ocorrência.

Ainda que os depoimentos testemunhais sejam desarmônicos quanto ao fato de que os primeiros socorros tenham sido prestados pelo médico da exposição, considerando que o bombeiro Leandro afirma que a massagem cardíaca fora feita pelo referido especialista, ao passo que a testemunha do autor, Sr. Markus, relata que o atendimento não foi realizado por médico, mas sim por um profissional com o uniforme de bombeiro, as demais peculiaridades do caso concreto ratificam o nexo de causalidade entre o ato ilícito e o dano.

Isso porque, de início, foi evidenciada má prática médica em documentar de forma adequada e detalhada os procedimentos adotados durante a ocorrência, deixando de estar presentes no relatório diversas informações relevantes para a compreensão do caso, como sinais vitais e seus valores, conforme expressamente pontuado pelo perito, pág. 988.

Outrossim, foi ressaltado no laudo pericial a inexistência de desfibriladores externos automáticos na feira, em inobservância à legislação do município de São Paulo que se encontrava em vigência na época, Lei 13.945/2005, pág. 909, tendo consignado a importância de tal aparelho para o atendimento de paradas cardiorrespiratórias, pág. 979:

> "[...] a checagem do ritmo e a tentativa de desfibrilação deve ser realizada imediatamente após a chegada do desfibrilador, devendo ser suspensas as compressões para esta avaliação, não por mais de 10 segundos. Ressalto novamente, que independente do ritmo da parada cardíaca, o desfibrilador é imprescindível para a checagem do ritmo cardíaco, mesmo que esse não seja passível de choque.".

De tal arte, muito embora o jovem tenha sido reanimado por meio de

Acesso ao Sumário

compressões torácicas, tanto que ingressou no hospital com os sinais vitais presentes, o desfibrilador se fazia necessário para prestar os primeiros socorros de forma adequada, mesmo que não fosse o caso de aplicar o choque, nada obstante tal medida tenha sido adotada pelos médicos do pronto socorro, de acordo com o depoimento prestado pelo bombeiro Leandro, esterilizando os argumentos articulados pelo apelante na tentativa de afastar a necessidade do uso do aparelho na hipótese e afastada a tese de cerceamento de defesa pela desnecessidade da oitiva do assistente técnico, sendo suficiente os documentos acostados aos autos para a formação da convicção.

Ademais, foi salientado pelo *expert* que se mostrou equivocada a forma de remoção do paciente para o hospital, tendo a testemunha Markus o levado em seu carro, juntamente com o autor e os dois bombeiros que acompanharam o episódio, uma vez que o caso demandaria "transporte com suporte avançado de vida, seja da ambulância disponibilizada pelo evento, seja pelo SAMU 192", pág. 918.

Quanto ao fato de Ian ter sido previamente diagnosticado com miocardiopatia dilatada, pós-miocardite viral, não implicou na excludente de responsabilidade do réu, na medida em que tal quadro não lhe impunha restrições para a prática das atividades regulares do cotidiano, como um mero passeio no Salão do Automóvel, conforme as informações prestadas pelo médico assistente que acompanhou toda a evolução clínica do jovem, pág. 983, competindo à companhia que promoveu o evento estar preparada para atuar de forma adequada em situações desse jaez, mesmo porque são previsíveis, considerando que circulam milhares de pessoas por dia na exposição que se encontram sujeitas a sofrer de mal súbito.

Donde a responsabilidade do réu perante o lamentável episódio, ficando configurado o nexo de causalidade indispensável à reparação civil, estando cristalino nos autos que o autor foi submetido a intensa pressão psicológica, angústia e sofrimentos exacerbados, ultrapassando o mero dissabor, com lastro na morte do filho, dado o contexto da atuação deficiente do réu que não pode ser repassada ao consumidor, incidindo os arts. 14 da legislação consumerista e 927 do Código Civil, caracterizada a repugnância da conduta promovida e o cabimento da indenização, donde o prejuízo moral sofrido pelo lesado foi presumido e intuitivo pelas próprias circunstâncias fáticas do acontecimento historiado, em importância equivalencial à gravidade da ofensa.

E o arbitramento da indenização se mostrou adequado [R$ 100.000,00], atendendo aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade perante o evento, sob pena da banalização do valioso instituto, sobretudo considerando o caráter lenitivo da reparação, bem como em observância às circunstâncias do evento danoso e o interesse jurídico lesado, notadamente (i) a intensa gravidade do fato e suas consequências danosas para o autor/genitor; (ii) o elevado grau da culpa

Acesso ao Sumário

do réu para o evento; (iii) a inexistência de participação culposa do ofendido; (iv) a condição econômica vantajosa dos ofensores e (v) as circunstâncias pessoais da vítima.

De resto, tratando-se de ilícito contratual, os juros devem incidir a partir da citação, e não do evento danoso, conforme estipulado na sentença, ou do arbitramento, nos termos requeridos pelo réu, ficando ligeiramente reparada a sentença neste ponto.

Do exposto, pelo meu voto, dou provimento, em parte, ao recurso principal e nego conhecimento ao adesivo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1059969-54.2022.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ALLIANZ SEGUROS S/A, é apelado ENEL DISTRIBUIÇÃO SÃO PAULO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 2477)**

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

São Paulo, 13 de julho de 2023.

DARIO GAYOSO, Relator

Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO DE RESSARCIMENTO POR SUB-ROGAÇÃO. COBERTURA DO SINISTRO PELA SEGURADORA QUE BUSCA REEMBOLSO PAGO AO SEGURADO.

RESPEITÁVEL SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA.

DANO EM EQUIPAMENTOS DE SEGURADO. OSCILAÇÃO NA REDE ELÉTRICA. SÚMULA 188 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IRRELEVÂNCIA DE PEDIDO ADMINISTRATIVO, ANTE A INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 5º, XXXV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Acesso ao Sumário

AUSÊNCIA DE PROVA DE CULPA EXCLUSIVA DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA CONCESSIONÁRIA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 37 § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPROVAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE. PRECEDENTES DESTE COLENDO TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

RECURSO PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta contra respeitável sentença que julgou improcedente ação regressiva proposta por seguradora contra empresa fornecedora de energia elétrica (p. 170/176).

Sustenta a seguradora/apelante estar comprovado, pelos documentos exibidos, o nexo causal, entre os danos suportados pelo segurado e o defeito na prestação de serviços, consistente na oscilação da rede elétrica que provocou danos em equipamento do segurado. Argumenta não haver excludente de responsabilidade da companhia apelada. Busca o ressarcimento do valor desembolsado (p. 179/196).

Contrarrazões pela manutenção do julgado (p. 203/214).

Recurso tempestivo, com recolhimento do preparo (p. 197/198).

É o relatório.

V O T O.

Presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso.

Preservado o convencimento do juízo de origem, o recurso comporta provimento.

A autora é seguradora do Centro Automotivo Boa Sorte Ltda. (apólice n. 5177201940180079257). A área na qual o segurado é estabelecido sofreu com distúrbios e oscilações na rede de distribuição administrada pela apelada, ocasionando a queima de diversos equipamentos eletrônicos.

A relação contratual entre a parte segurada e a prestadora de serviço de energia elétrica, como concessionária de serviço público é de consumo. Contudo, não significa automática inversão do ônus da prova em relação à seguradora, que não padece de hipossuficiência técnica ou econômica (artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor).

A seguradora autora, ao realizar o pagamento de indenização, sub-roga-se na qualidade de credora da parte segurada, em relação ao causador do dano, conforme estatuído no artigo 786 *caput*, do Código Civil, atraindo para si as

Acesso ao Sumário

garantias e direitos que os segurados teriam se exercessem a pretensão indenizatória diretamente à concessionária requerida, cuja origem do crédito se ancora na relação de consumo.

A Súmula 188 do Supremo Tribunal Federal estabelece:

"**O segurador tem ação regressiva contra o causador do dano, pelo que efetivamente pagou, até o limite previsto no contrato de seguro**".

O conjunto probatório consiste em **apólice, aviso de sinistro, laudo e vistoria técnica, fotos, relatório de regulação, comprovante de pagamento e orçamento (p. 35/64)**, razão pela qual a autora logrou comprovar o fato constitutivo de seu direito, nos termos do artigo 373 inciso I, do Código de Processo Civil.

A requerida, concessionária do serviço público de fornecimento de energia elétrica, não trouxe aos autos prova capaz de afastar a falha que culminou com os danos elétricos e a consequente indenização securitária, nos termos do artigo 373 inciso II, do Código de Processo Civil.

A responsabilidade civil da prestadora de serviço de energia elétrica, na qualidade de concessionária de serviço público é objetiva, sendo desnecessária comprovação de culpa, diante do previsto no artigo 37, § 6º Constituição Federal, exigindo-se apenas a demonstração do dano e do nexo causal.

E, nessa condição, preceitua o artigo 14 *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, que o "fornecedor de serviço 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".

O artigo 22 do mesmo diploma estabelece a obrigação dos concessionários no fornecimento de serviços "adequados, eficientes, seguros e, quando essenciais, contínuos", enquanto o parágrafo único dispõe sobre a obrigação de reparar os danos decorrentes.

Portanto, está configurada a responsabilidade da concessionária de energia elétrica que independe de culpa, bastando demonstração de sua ação ou omissão, do resultado lesivo e do nexo causal, de maneira que cabia a ela a comprovação de alguma das causas excludentes da sua responsabilidade consistentes na inexistência de defeito na prestação do serviço ou culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, nos termos do artigo 14 § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, ônus do qual não se desincumbiu.

Acesso ao Sumário

Em casos semelhantes este Colendo Tribunal decidiu:

> APELAÇÃO CÍVEL. Ação regressiva de ressarcimento de danos. Oscilação na rede de distribuição de energia elétrica. Sentença de improcedência. Irresignação recursal da autora. Acolhimento. Prévio requerimento administrativo que não tem o condão de se sobrepor ao

direito de ação, garantido pelo artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Desnecessidade. Queima de equipamentos eletroeletrônicos. Prova hábil consubstanciada no laudo técnico, emitido por empresa terceirizada, idônea e especializada. Nexo de causalidade evidenciado. Autora que se sub–rogou nos direitos do consumidor, após o pagamento da indenização (art. 786, caput e art. 349, ambos do CC). Relação de consumo caracterizada. Incidência do CDC ao caso concreto. Responsabilidade objetiva da concessionária ré (art. 14, do CDC). Ré que não comprovou a exclusão de sua responsabilidade (art. 373, II, do CPC **c.c art. 14, §3º do CDC).** Sentença reformada. Recurso Provido (Apelação n. 1000353-34.2022.8.26.0428, Relator Sergio Alfieri, 27ª Câmara de Direito Privado, j. 16.06.2023).

APELAÇÃO. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. SEGURO RESIDENCIAL. AÇÃO REGRESSIVA. SEGURADORA SUB-ROGADA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ENERGIA ELÉTRICA. OSCILAÇÃO NA REDE ELÉTRICA. DANOS EM EQUIPAMENTOS. AUSÊNCIA DE PROVA DE CULPA EXCLUSIVA DO CONSUMIDOR. COMPROVAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE. Sentença que julgou improcedente o pedido veiculado na demanda indenizatória regressiva proposta em face da Companhia Paulista de Força e Luz – CPFL. Inconformismo da parte autora. Precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça, da Colenda 27ª Câmara de Direito Privado e de diversas outras Câmaras desta Corte. Sentença reformada. Recurso provido. (Apelação n. 1079953–21.2022.8.26.0100; Relator Rogério Murillo Pereira Cimino, 27ª Câmara de Direito Privado, j. 22/06/2023).

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. REPARAÇÃO DE DANOS. REGRESSIVA DE SEGURADORA POR SUBRROGAÇÃO. DANOS MATERIAIS. OSCILAÇÃO NA REDE DE DISTRIBUIÇÃO E DESCARGA ATMOSFÉRICA PELA REDE ELÉTRICA. PROVA AMPARADA NO LAUDO TÉCNICO. 1. Se resta evidenciado no conjunto probatório, notadamente pelos laudos técnicos trazidos pela companhia seguradora (fls. 59, 61 e 83), a existência do dano material relacionado ao serviço prestado pela ré, e não afastado o nexo causal pela concessionária de energia, como exige o artigo 373, II, do CPC, de rigor o pagamento da indenização pleiteada na via regressiva. Inteligência dos artigos 373 e seguintes do CPC. 2. Na fixação da verba honorária deverá o juiz garantir condigna e justa remuneração do advogado da parte vencedora. Sentença mantida. Recurso desprovido, adotado o entendimento do Colegiado, com majoração da verba honorária devida pela apelante para

Acesso ao Sumário

17% sobre o valor da condenação art. 85, §11, do CPC) (Apelação Cível n 1001400-81.2021.8.26.0653, Relator José Augusto Genofre Martins, **26ª** Câmara de Direito Privado, j. 23.06.2023).

Apelação. **Ação regressiva. Fornecimento de energia elétrica. Sentença de procedência. Recurso da concessionária. Desnecessidade do esgotamento da via administrativa. Direito inafastável e incondicional da parte a prestação jurisdicional, que se sobrepõe a qualquer regramento administrativo,** inclusive à Resolução Normativa nº 414/2010 da ANEEL (art. 5º, XXXV, da CF). **Sub-rogação nos direitos dos segurados. Comprovação do pagamento. Responsabilidade objetiva do prestador do serviço público essencial (art. 37, §6º da CF). Ausência de provas de excludentes aptas a romper o nexo de causalidade com os fatos e danos ocasionados (art. 373, inciso II, do CPC). Suficiência dos laudos apresentados pela autora, elaborado por empresas especializadas, sem relação com as partes. A sobrecarga de energia na rede elétrica, inclusive decorrente de raios, não configura força maior apta a elidir a responsabilidade da concessionária de serviço público. Sentença mantida**, com majoração de honorários advocatícios nesta fase recursal. Recurso desprovido (Apelação n. 1044942–28.2022.8.26.0100, Relator Elói Estevão Troly, 15ª Câmara de Direito Privado, j. 23.06.2023).

O sistema de proteção deveria ser tecnológico suficiente para beneficiar aos usuários, de modo que a previsibilidade das descargas atmosféricas que comprometem a rede elétrica, não constituem causa excludente de responsabilidade.

Ficam invertidas as verbas de sucumbência (artigo 85 § 11, do Código de Processo Civil).

Considera-se prequestionada toda matéria constitucional e infraconstitucional, com a finalidade de viabilizar o eventual acesso à Superior Instância, mediante as vias extraordinária e especial, observado o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de prequestionamento torna-se desnecessária a menção numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida[1].

Nesse contexto, pelo meu voto, **DÁ-SE PROVIMENTO ao recurso para julgar procedente a ação e condenar a requerida ao pagamento de R$ 12.254,07 (doze mil, duzentos e cinquenta e quatro reais e sete centavos), acrescidos de correção monetária desde o desembolso, e juros de mora de um por cento (1%) ao mês, contados da citação, tudo até a data do efetivo pagamento.**

Acesso ao Sumário

1 STJ – EDROMS 18205/SP, rel. Min. Felix Fischer, DJ 08.05.2006, p. 240.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1010177-81.2020.8.26.0009, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes/apelados CLEMENTE RODRIGUES VIEIRA (JUSTIÇA GRATUITA) e DIOGO TEIXEIRA VIEIRA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada/apelante AZUL 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 34.139)**

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

São Paulo, 4 de julho de 2023.

ISSA AHMED, Relator

Ementa: RECURSOS DE APELAÇÃO E ADESIVO. (i) Acidente de trânsito. Seguro veicular facultativo. Ação regressiva. Companhia seguradora que busca, em face do responsável pela colisão e do titular do veículo causador do acidente, o ressarcimento das quantias desembolsadas para indenizar sua cliente pela perda total do veículo assegurado. (ii) Sentença de parcial procedência, condenando os corréus solidários ao pagamento de R$ 5.772,88, relativos aos danos efetivamente comprovados pela seguradora (R$ 13.772,88, conforme orçamento de p. 62), menos o valor por esta obtido com a venda do salvado do carro segurado (R$ 8.000,00, cf. p. 70). (iii) Insurgência dos corréus solidários, pai (titular do veículo causador do acidente) e filho (condutor do veículo causador do acidente). (iii.1) Preliminar de cerceamento de defesa que é absolutamente inconsistente. Sentença que já levou em conta de consideração o fato de a companhia seguradora, por liberalidade na relação contratual mantida com sua cliente, ter declarado a perda total do veículo assegurado, sem, contudo, ter demonstrado tal condição nos autos. Venda do veículo sinistrado como salvado que, outrossim, impossibilitava a produção de prova pericial, direta ou indireta. (iii.2) No

Acesso ao Sumário

mérito, irresignação impróspera. Responsabilidade pelo acidente já reconhecida em demanda anterior, por sentença transitada em julgado, sendo de todo descabida a reabertura dessa discussão. Acuradamente afastou-se a decisão de perda total do veículo, mantendo o orçamento de pp. 61/63 trazido com a inicial, onde não consta a troca da longarina, uma vez que está provado o gasto feito pela seguradora e descontou-se desse montante o valor de venda do salvado, chegando a uma indenização justa, razoável e nitidamente proporcional. (iv) Insurgência da autora. Reclamo igualmente impróspero. Laudo unilateral da seguradora trazido aos autos em sede recursal, sem a submissão ao contraditório na ocasião processual oportuna (fase instrutória), representa inovação recursal descabida, por força do que dispõe o artigo 1.014 do Código de Processo Civil, anotado que os dados utilizados para feitura do referido laudo estavam à disposição da autora desde o início da ação e não se justificou sua ausência anterior por motivo de força maior. No mais, questionamento dos valores que permaneceu na regra de que alegado e nada provado, resulta em não alegado. (v) Preliminar rejeitada e, no mérito, recursos principal e adesivo desprovidos, mantida a disciplina da sucumbência.

VOTO

Pela r. sentença de pp. 193/199, decretadora da parcial procedência da corrente demanda, CLEMENTE RODRIGUES VIEIRA e DIOGO TEIXEIRA VIEIRA foram solidariamente condenados a pagar à AZUL COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS, em ressarcimento, a quantia de R$ 5.772,88, corrigida monetariamente e com juros legais (1% ao mês) desde o desembolso. Diante da reciprocidade da sucumbência, condenada cada parte a suportar 50% das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios estipulados em 20% do valor atualizado da condenação (observada, em relação aos réus, beneficiários da gratuidade de justiça, a condição suspensiva disposta no artigo 98, § 3º, do Código de Processo Civil.

Acesso ao Sumário

Para efeitos de esclarecimento, Diogo, filho de Clemente, dirigia o GM/Corsa de propriedade do pai quando colidiu com Fiat/Uno assegurado pela Companhia Seguradora autora. A responsabilidade pelo acidente já foi examinada em feito diverso, por sentença acobertada pelo manto da imutabilidade (cf.

fls. 165/170).

Consta do r. *decisum* questionamento dos réus acerca do orçamento apresentado pela autora (pp. 61/63) que, segundo afirmaram, não demonstraria a extensão dos danos justificadores da perda total decretada ao veículo segurado.

E o juízo sentenciante deu razão aos réus, nos seguintes termos:

Pertinente a conclusão dos réus quanto à ausência de prova do quadro de perda total, tendo em conta que o orçamento do reparo (R$ 13.772,88) atinge cerca de 60% do valor de mercado (R$ 21.535,00 – tabela fipe de fls. 67), além do que a própria seguradora produziu prova da possibilidade da recuperação (vide fls.33).

(...)

Além disso, referida peça tampouco é mencionada no orçamento de fls. 61, onde constam apenas o material relativo à 'estrutura (painel)' e 'travessa (viga)' dianteiros, sem menção à parte traseira, lembrando, também, que o anexo fotográfico de fls. 34/60 não evidencia danos na outra extremidade, cuja prova estaria a cargo da autora, nos termos do artigo 373, inciso I, do CPC.

Com isso, conclui-se que referida parte cerceou direito de defesa do causador do acidente, ao decidir, por liberalidade, na relação contratual com terceiro, declarar a perda total do veículo e vender o salvado, inviabilizando perícia direta e confirmação da exata extensão dos danos.

Desse modo, o valor do prejuízo da seguradora, devidamente provado, se restringe ao do orçamento de fls. 62 (R$13.772,88), descontado o salvado (R$8.000,00 - nota fiscal de fls.70).

Apelam tempestivamente os réus (pp. 202/213), reclamando cerceamento de defesa por falta de perícia diante de impugnação específica. Subsidiariamente, pedem o afastamento de documento unilateral produzido pela autora e a não comprovação do dano alegado. Rejeitaram a condenação.

E a autora apela adesivamente às – pp. 228/236 (recurso tempestivo e preparado pp. 237/238), reiterando o pedido inicial e sua consequente procedência, juntando, nessa oportunidade, laudo unilateral (pp. 239/240).

Recursos respondidos (pp. 219/227 e 245/248).

Sem oposição expressa ao julgamento virtual.

RELATADOS. DECIDO.

Apelações lastreadas nos seus pressupostos de admissibilidade, que são, por isso, conhecidas.

Inicialmente, nos autos não se discute culpa pelo acidente que gerou danos materiais no carro objeto de contrato de seguro com a companhia autora.

Acesso ao Sumário

A seguradora tem direito de ser ressarcida pelo valor pago ao segurado, na posição de sub-rogada em face do causador do dano.

O artigo 786, *caput*, do Código Civil, ao tratar de seguro de dano, estabelece que *paga a indenização, o segurador sub-roga-se, nos limites do valor respectivo, nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano.*

No mesmo sentido é o enunciado da Súmula nº 188 do Supremo Tribunal Federal: *O segurador tem ação regressiva contra o causador do dano, pelo que efetivamente pagou, até ao limite previsto no contrato de seguro.*

A sentença reconheceu o cerceamento de defesa dos réus e afastou o valor originalmente cobrado pela seguradora na presente ação (R$ 13.535,00), limitando-o ao total dos R$ 13.772,88 constantes do orçamento de p. 62, **menos os R$ 8.000,00 obtidos com a venda do salvado do carro segurado** (p. 70), o que esvazia a alegação dos réus e mostra, ainda, a inviabilidade da perícia, direta ou indireta, uma vez que o Fiat/Uno foi vendido.

Isso torna a preliminar absolutamente inconsistente.

Doutro lado da questão controvertida, a seguradora decretou a perda total do Fiat/Uno e não disponibilizou aos réus a possibilidade de uma contra avaliação por parte dos responsáveis pela reparação dos danos.

O laudo unilateral da seguradora trazido aos autos sem a submissão ao contraditório na ocasião processual oportuna (fase instrutória), representa inovação recursal descabida, por força do que dispõe o artigo 1.014 do Código de Processo Civil, anotado que os dados utilizados para feitura do referido laudo estavam à disposição da autora desde o início da ação e não se justificou sua ausência anterior por motivo de força maior.

A sentença não pede reforma, seja pela visão da parte autora sobre o *ve-redictum*, seja pela tese adotada pelos réus.

Acuradamente afastou-se a decisão de perda total do veículo, mantendo o orçamento de páginas 61/63, trazido com a inicial, onde não consta a troca da longarina, uma vez que está provado o gasto feito pela seguradora e descontou-se desse montante o valor de venda do salvado, chegando a uma indenização justa, razoável e nitidamente proporcional.

O questionamento dos valores permaneceu na regra de que alegado e nada provado, resulta em não alegado.

Nenhum subsídio pertinente e capaz de neutralizar os itens do orçamento foi apresentado pelos réus, cujo ônus de desconstituição do afirmado pela autora era seu.

Bem destacou a Juíza sentenciante que: *Pertinente a conclusão dos réus quanto à ausência de prova do quadro de perda total, tendo em conta que o*

Acesso ao Sumário

orçamento do reparo (R$13.772,88) ***atinge cerca de 60% do valor de mercado*** *(R$21.535,00 – tabela fipe de fls. 67), além do que a própria seguradora produziu prova da possibilidade da recuperação (vide fls.33)*. (p. 195)

Em reforço da conclusão jurisdicional, vale marcar o depoimento do preposto da autora, no sentido condicional de que *eventual troca da 'longarina' elevaria o custo* à *75% e autorizaria a perda total.* Troca essa que, como dito, não restou comprovada nos autos.

A preliminar é insubsistente, e os dados probantes reunidos no processo foram criteriosamente avaliados e sopesados, não se mostrando necessária a reforma da sentença.

A sucumbência é parcial e recíproca, com o que ficam mantidos os critérios estabelecidos na sentença monocrática (50% PARA CADA PARTE), tanto para a verba honorária recursal, já fixada no máximo de 20% sobre o valor atualizado da condenação, quanto para as custas e despesas processuais – observada, quanto aos réus, a condição suspensiva do artigo 98, § 3º, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, rejeitado o tema de cerceamento de defesa, **NEGO PROVIMENTO** ao apelo dos réus e, também, à apelação adesiva da autora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000182-72.2020.8.26.0420, da Comarca de Paranapanema, em que é apelante ADEMIR APARECIDO DEMEZ PEÇAS & CIA. LTDA. – ME, é apelado ERIOVALDO CARVALHO DE MORAES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46757)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI (Presidente) e CLÁUDIA GRIECO TABOSA PESSOA.

São Paulo, 4 de julho de 2023.

JOÃO CAMILLO DE ALMEIDA PRADO COSTA, Relator

Ementa: EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. Cheques. Títulos cambiais emitidos nominalmente a terceiros. Inexistência de regular endosso que

Acesso ao Sumário

importa em falta de prova do direito ao crédito por eles representado. Hipótese em que a titularidade do crédito estampado nos cheques só poderia ser validamente transmitida ao portador das cártulas mediante regular endosso. Ilegitimidade ativa ad causam configurada. Extinção da execução, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, VI, do Código de Processo Civil. Sentença mantida. Recurso desprovido.

Dispositivo: negaram provimento ao recurso.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fl. 182/184, de relatório adotado, que, em execução de título extrajudicial, julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, VI, do Código de Processo Civil, diante do reconhecimento da ilegitimidade ativa.

Sustenta a recorrente, em síntese, que resultou demonstrado nos autos que é credora da quantia de R$ 3.843,09, decorrente de negócio jurídico celebrado com o recorrido, que emitiu os cheques que instruíram a execução. Assevera que as cártulas foram devolvidas por falta de provisão de fundos, ponderando que o executado não negou a prestação dos serviços contratados, deixando, inclusive, precluir o seu direito de apresentar embargos. Aduz que quem emite cheque é parte legítima para responder pela dívida perante o portador, não podendo se furtar ao pagamento ao argumento de que os cheques não estão endossados. Realça o caráter autônomo, literal e independente do cheque como título cambial, que é ordem de pagamento à vista, sendo desnecessária declinar a causa *debendi*, cabendo ao emitente a produção da prova da inexistência do débito.

O recurso é tempestivo, foi preparado e respondido.

É o relatório.

Cuida-se de execução de título extrajudicial, fundada nos cheques números 17, 18, 21, 22 e 24, emitidos pelo executado entre 2 de setembro e 17 de outubro de 2019, no valor total de R$ 3.577,00, todos nominativos a terceiros (fls. 12/15). Alegou a exequente que, em setembro de 2019, recebeu as cártulas do executado como pagamento de negócio jurídico celebrado pelas partes; entretanto, os cheques foram devolvidos por falta de fundos.

Citado, o devedor não indicou bens à penhora, nem apresentou embargos (fls. 34 e 37).

Houve a penhora de veículo do executado (fls.61/62 e 71), que não apresentou impugnação (fls. 72).

O devedor se manifestou nos autos a fls. 121/130, postulando a extinção da execução por ilegitimidade de parte ativa, tendo em vista que a exequente

Acesso ao Sumário

não era beneficiária das cártulas, pois os cheques eram nominativos a pessoas diversas e os endossos irregulares.

E a r. sentença de fls. 182/184 reconheceu a ilegitimidade da exequente e extinguiu a execução, nos termos do artigo 485, VI, do Código de Processo Civil.

Não merece acolhimento o recurso.

De início, insta realçar que a falta de oposição de embargos pelo devedor, bem como a ausência de impugnação à penhora não impedem o reconhecimento da ilegitimidade de parte para a propositura da execução, pois se trata de matéria de ordem pública, que pode ser conhecida até mesmo de ofício, não havendo se cogitar da ocorrência de preclusão.

Deveras, o Colendo Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que "a jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que, enquanto não decididas, as questões de ordem pública, como a legitimidade ativa, podem ser conhecidas, inclusive de ofício, em qualquer grau de jurisdição ordinária, pois não sujeitas à preclusão temporal, mas à coisa julgada e sua eficácia preclusiva." (AgInt no AREsp n. 2.004.035/SP, Relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 13/6/2022, DJe de 29/6/2022).

Isto assentado, bem é de ver que, ao contrário do que aduziu a recorrente, não se cuida aqui de cheques ao portador, mas nominativos a terceiros [Wanda, Joaquim Neto Batista, João Aparecido Ortega, Auto Posto Bizunga Ltda e SOA Industrial Ltda (fls. 12/15)], não figurando a exequente como beneficiária das cártulas.

A par disso, como ficou bem delineado na r. sentença, "não há nos cheques emitidos nenhuma assinatura legítima dos beneficiários descritos nas cártulas, ou de quem os represente, atestando o endosso ou eventual cessão de crédito", eis que, dos carimbos constantes nos dorsos das cártulas (da Imobiliária Jardim-Suely Ap. de Oliveira e da Retifica Mundial), infere-se que as firmas lá inscritas são de pessoas distintas de seus beneficiários originários, o que evidencia a irregularidade dos endossos.

É de realçar ainda que a questão relativa à irregularidade dos endossos resultou incontrovertida, tendo em vista que a exequente não se insurgiu contra ela, nem em primeiro grau, nem nesta instância recursal, pois, como já visto, propôs este feito executivo sob alegação de que era portador dos títulos cambiais, que teria recebido diretamente do emitente, ora executado, em razão de negócio jurídico.

Destarte, na hipótese destes autos dúvida não remanesce no sentido de que a titularidade do direito ao crédito incorporado nos cheques de que ora se cuida só poderia ser validamente transmitido à autora mediante regular endosso, o que não se verificou na espécie vertente, consoante se dessume da análise das

Acesso ao Sumário

referidas cártulas.

Com efeito, à falta de prova de regular endosso ao portador ou, mesmo, de cessão do crédito, a mera posse dos cheques nominativos a terceiro não se presta a conferir à autora legitimidade para propor ação de execução com embasamento em tais cártulas, mesmo porque, como é sabido, a mera tradição é insuficiente para aperfeiçoar a transmissão do direito cambiário se o título é nominal, como no caso.

Neste sentido, há precedentes nesta Corte:

"APELAÇÃO. Ação monitória. Sentença de procedência da monitória e improcedência dos embargos. Inconformismo do requerido. Ilegitimidade ativa configurada. Cheques emitidos pela apelante em favor de terceiros. Inexistência de endosso, pois ausentes assinaturas dos beneficiários no verso dos cheques. Mera tradição da cártula que não produz efeitos jurídicos de transmissão do crédito. Inexistente o endosso, tem-se que a autora é portadora ilegítima do título. Sentença reformada. Recurso provido." (Apelação n. 1002547-20.2021.8.26.0047, Rel. Des. Régis Rodrigues Bonvicino, 21ª Câmara de Direito Privado, j. 12/07/2022).

"APELAÇÃO – Embargos à ação monitória. Cheques nominais. Endosso por terceiro. Decisão de improcedência. Benefício da assistência judiciária concedido a pessoa jurídica. Inteligência do art. 4º da Lei. 1.060/50. Inatividade da empresa. Provimento. Cheques nominais, sendo irregular endossos realizados apenas por terceiros. Ilegitimidade de parte. Sentença reformada. Recurso provido." (Apelação n. 1001356-61.2019.8.26.0288, Rel. Des. Flávio Cunha da Silva, 38ª Câmara de Direito Privado, j. 14/05/2021).

"Cobrança – Cheques nominais a terceiros – Emissão em favor de pessoa jurídica – Título sustado que circulou por endosso irregular – Aposição de assinatura não identificada no verso da cártula Identificação apenas do endossatário e não do endossante – Impossibilidade de aferição da qualidade do endossante como representante legal da beneficiária do cheque – Irregularidade do ato cambiário – Reconhecimento. Cheque emitido em favor de pessoa física, integrante de sociedade empresarial – Endosso irregular lançado pela pessoa jurídica da qual faz parte o beneficiário – Impossibilidade – Sociedade empresarial que possui personalidade jurídica e patrimônio próprios – Transferência de título 'a non domino' que não transmite direitos – Artigo 19 da Lei nº 7.357/85 – Ilegitimidade ativa – Reconhecimento – Extinção da ação, sem análise do mérito (CPC, artigo 485, VI) – Sentença reformada – Sucumbência revertida. Recurso provido." (Apelação n. 1048370-84.2018.8.26.0576, Rel. Des. Henrique Rodriguero Clavisio, 18ª Câmara de Direito Privado; j. 19/08/2020).

"PROCESSUAL CIVIL Ação monitória – Ilegitimidade ativa "ad causam" – Ocorrência – Autora é carecedora de interesse processual para o ajuizamento da ação monitória fundada em cheque prescrito, nominal a terceiro e não endossado regularmente em branco – Embora existam assinaturas no verso das cártulas, elas são bem diferentes entre si e deveriam ser iguais, pois supostamente deveriam ser da mesma pessoa – Falta de comprovação do crédito alegado – Sentença que extinguiu o processo confirmada pelos seus próprios fundamentos, inteiramente adotados como razão de decidir, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça – Recurso desprovido." (Apelação n. 1009784-05.2018.8.26.0664, Rel. Des. Álvaro Torres Júnior, 20ª Câmara de Direito Privado, j. 26/09/2019).

Logo, ausente a prova do direito ao crédito representado pelos cheques que lastreiam esta execução, de rigor era mesmo o reconhecimento da ilegitimidade ativa da autora, correta, portanto, a r. sentença ao julgar extinto o processo, sem resolução do mérito, na forma da disposição contida nos artigos 485, VI, do Código de Processo Civil. Deixo de aplicar o disposto no § 11, do artigo 85, do Código de Processo Civil, porque a r. sentença não fixou honorários em favor do advogado do executado.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002304-67.2022.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante CREFISA S/A CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTOS, é apelado JOSE GONÇALVES (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38619)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente sem voto), SANDRA GALHARDO ESTEVES e CASTRO FIGLIOLIA.

São Paulo, 5 de julho de 2023.

TASSO DUARTE DE MELO, Relator

Ementa: REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO C.C. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. Empréstimos pessoais. Taxas de juros remuneratórios. Abusividade. Ocorrência. Taxas pactuadas notoriamente

Jurisprudência - Direito Privado

Acesso ao Sumário

superiores à média de mercado, aproximando-se daquelas comumente praticadas em sistemas rotativos de cartões de crédito, incompatíveis com a modalidade de crédito contratada. Redução à média. STJ, recursos repetitivos, REsp 1.060.530/RS. Repetição em dobro do indébito. Cabimento. Hipótese de, no mínimo, engano injustificável do banco réu. Exegese do art. 42, parágrafo único, do CDC. Precedente deste Tribunal. Honorários advocatícios de sucumbência. Fixação em 10% do valor da causa. Razoabilidade e proporcionalidade. Sentença mantida. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por Crefisa S/A Crédito, Financiamento e Investimentos (fls. 257/270) contra a r. sentença proferida pelo MM. Juiz da 7ª Vara da Comarca de Bauru, Dr. Jayrter Cortez Junior (fls. 233/240), que julgou parcialmente procedente a ação revisional de contratos bancários ajuizada por José Gonçalves em face do Banco Apelante para reduzir as taxas de juros praticadas nos contratos nº 020710003938, 021300078386 e 021300079514 à taxa média de mercado à época da contratação, além de condenar a instituição financeira a restituir, em dobro, os valores cobrados indevidamente do Apelado.

Sustenta a Apelante que as altas taxas de juros se justificam por se tratar de empréstimos de alto risco, não consignados, com o débito das prestações em conta corrente, sem garantia, destinados a pessoas negativadas ou sem margem consignável disponível. Assevera que os contratos foram firmados livremente pelas partes, em observância aos princípios da soberania e da autonomia da vontade das partes e que as taxas de juros pactuadas foram devidamente informadas ao Apelado quando da celebração do contrato. Aduz que a aplicação dos entendimentos RESP 1.061.530/RS e RESP 1.821.182/RS depende da análise de cada caso concreto e que, na espécie, as taxas de juros cobradas são adequadas e não abusivas. Alega que a conduta do Apelado viola a boa-fé objetiva e o *venire contra factum proprium*, vez que tirou proveito dos valores recebidos. Afirma que inexiste lei que limite e cobrança de juros remuneratórios e que a taxa média de juros divulgada pelo Banco Central não é suficiente para se aferir a abusividade das taxas cobradas. Discorre sobre a impossibilidade de condenação da Apelante à repetição em dobro do indébito, pois inexiste prova de má-fé na cobrança. Por fim, pugna sejam os honorários advocatícios fixados sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido. Pretende a reforma da r. sentença.

Acesso ao Sumário

O recurso é tempestivo.

Contrarrazões às fls. 279/290.

Sem oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Trata-se de ação de revisão dos contratos de empréstimo pessoal n.º 020710003938, 021300078386 e 021300079514, firmados entre as partes, sob a alegação de que as taxas de juros remuneratórios pactuadas seriam muito superiores à média de mercado praticada à época das contratações.

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

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

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

Contudo, a média de mercado é baliza interpretativa e não parâmetro fixo. Caberá ao juiz, em cada caso, verificar as peculiaridades e os riscos do negócio discutido, para então constatar se os juros são ou não abusivos.

Assim, para constatação da abusividade, deve ser observado se a taxa de juros remuneratórios supera a média de mercado para operações da mesma espécie e, com base em um critério de razoabilidade, aferir se o percentual que supera a média se caracteriza abusivo para aquela específica operação financeira.

Acórdão da 4ª Turma do C. STJ, proferido em 07/02/2012, quando do julgamento dos EDcl no AgRg no REsp nº 989.535/MG, da lavra da Min. Maria Isabel Gallotti, decidiu:

> "PROCESSUAL CIVIL E BANCÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EFEITO INFRINGENTE. ACOLHIMENTO. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE CARTÃO DE CRÉDITO. **LIMITAÇÃO DA TAXA DE JUROS**. CONHECIMENTO DO RECURSO. 1. Constatada contradição no acórdão recorrido, acolhem-se os embargos declaratórios com efeito infringente para reformar o acórdão e conhecer do recurso especial. 2. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que, nos contratos bancários, não

Acesso ao Sumário

> se aplica a limitação da taxa de juros remuneratórios em 12% ao ano, e de que não se pode aferir a exorbitância da taxa de juros apenas com base na estabilidade econômica do país, **sendo necessária a demonstração, no caso concreto, de que a referida taxa diverge da média de mercado.** 3. Embargos de declaração acolhidos, com efeito infringente, para reformar o acórdão recorrido e dar provimento ao recurso especial." (destacamos).

Na espécie, foram pactuadas taxas de juros remuneratórios nos empréstimos em discussão foram de 22% a.m. e 987,22% a.a. nos contratos nº 020710003938, 021300078386 e de 13% a.m. e 333,45% a.a. no contrato n.º 021300079514, taxas essas flagrantemente abusivas, por superarem a taxa média de mercado para operações análogas, em valor superior ao dobro, conforme constatado pela r. sentença e não impugnado nas razões do recurso:

> "Em economia em **que a taxa de juros anual é da ordem de 15% ao ano** não há condição pessoal que justifique remuneração bancária próxima a 340% ou 1.000% ao ano." (fls. 237, destacou-se).

As taxas contratadas equiparam-se àquela usualmente praticada no sistema rotativo de cartões de crédito e de contratos de cheque especial, totalmente incompatíveis com a modalidade de crédito contratada, ainda que se considere o maior risco assumido pela Apelante, que, conforme alegado em recurso, concede crédito a negativados.

Importa registrar que o risco da Apelante, no caso dos autos, é bastante mitigado pelo fato de as prestações dos empréstimos serem debitadas diretamente da conta corrente em que o Apelado recebe seus proventos de aposentadoria, no mesmo dia do pagamento, conforme data de vencimento das parcelas discriminada nos contratos (fls. 35, 39 e 48), ou seja, com características da modalidade consignada em folha de pagamento.

Provada, portanto, a abusividade das taxas de juros remuneratórios contratadas, de rigor a manutenção da r. sentença no mérito tal como prolatada.

Declarada nula cláusula contratual ou reconhecida alguma prática abusiva que afaste a cobrança de encargos ou tarifas, admite-se a repetição do indébito.

Acesso ao Sumário

Com efeito, a cobrança de juros extorsivos pela Apelante, bem acima da média de mercado, muitas vezes aproveitando-se da ignorância ou até do desespero dos consumidores, caracteriza, no mínimo, a hipótese de engano injustificável a autorizar a aplicação do disposto no art. 42, parágrafo único, do CDC, quando não má-fé da instituição financeira.

Nesse sentido, a lição de Claudia Lima Marques:

> "No sistema do CDC, todo o engano na cobrança de consumo é, em princípio, injustificável, **mesmo o baseado em cláusulas abusivas inseridas no contrato de adesão**, ex vi o disposto no parágrafo único do art. 42. Caberia ao fornecedor provar que seu engano na cobrança, no

caso concreto, foi justificado."[1] (destaques acrescentados)

Na espécie, as taxas cobradas, como visto acima, sem dúvida conferem à instituição financeira credora vantagem exagerada em detrimento do consumidor tomador do crédito, evidenciando a hipótese de engano injustificável e sugerindo inclusive má-fé da casa bancária, a justificar a condenação ao ressarcimento em dobro do indébito.

Assim já decidiu este E. Tribunal em caso análogo:

"Conforme entendimento desta C. Câmara, incidirá a dobra prevista no artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, sobre os valores a serem restituídos pela instituição financeira **em razão de sua nítida má-fé, que visou lucro excessivo em prejuízo de seu consumidor**." (Ap. 1000567-58.2018.8.26.0236, Rel. Daniela Menegatti Milano, 19ª Câmara de Direito Privado, j. 07/12/2018) (destaques acrescentados) Dessa forma, o excesso pago pela Apelante deverá ser lhe restituído em dobro.

De rigor, portanto, a manutenção da r. sentença também nesse ponto.

Por fim, melhor sorte não assiste à Apelante no ponto em que pede a alteração da base de cálculo dos honorários de sucumbência, pois, considerando-se as circunstâncias da causa, o trabalho desenvolvido pelos patronos do Apelado, que analisaram os contratos, o tempo de duração da demanda e o local de prestação dos serviços, bem como o porte econômico das partes, critérios estabelecidos pelos incisos do art. 85, §§ 2º e 8º, do NCPC, afigura-se razoável e proporcional o montante de 10% do valor da causa arbitrado em primeiro grau.

Referida verba honorária, na verdade, deverá ser majorada em razão do trabalho adicional realizado pelos advogados da Apelada em grau de recurso, sem que isso signifique indevida *reformatio in pejus*, por se tratar de obediência a expresso comando legal (art. 85, § 11, do CPC).

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso e, nos termos do art. 85, § 11, do NCPC, majora-se a verba honorária de sucumbência fixada pela r. sentença em favor dos advogados do Apelado para 15% do valor atualizado da causa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1007473-14.2023.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado BANCO ORIGINAL S.A., é apelada/apelante ELISANGELA DOS SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito

1 *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 593.

Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento a ambos os recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.837)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO RANGEL DESINANO (Presidente), MARINO NETO e MARCO FÁBIO MORSELLO.

São Paulo, 6 de julho de 2023.

RENATO RANGEL DESINANO, Relator

Ementa: PRELIMINAR – Julgamento antecipado da lide – Hipótese em que a causa já se encontrava madura para a apreciação de seu mérito, não se admitindo a produção de provas inúteis ou meramente protelatórias – Cerceamento inocorrente – PRELIMINAR AFASTADA.

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE C/C INDENIZATÓRIA POR DANO MORAL – Alegação de inscrição indevida do nome da autora em cadastros restritivos de crédito Pretensão de condenação do réu ao pagamento de indenização por dano moral, bem como de reconhecimento da inexigibilidade do débito – Sentença que julgou procedentes os pedidos da autora e condenou o réu ao pagamento de indenização por dano moral no valor de R$ 10.000,00 – Insurgência do requerido – Descabimento – Hipótese em que o réu não comprovou a origem da dívida – Débito inexigível – Inscrição indevida – Dano moral configurado – Considerando as circunstâncias do caso, como o valor do débito inscrito, o tempo pelo qual perduraram os efeitos da negativação e a conduta do réu, bem como tendo em vista os padrões de quantificação de ressarcimento reiteradamente adotados pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça e por esta Câmara, o valor de R$ 10.000,00 é adequado aos fins colimados – RECURSO DO RÉU NÃO PROVIDO.

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE C/C INDENIZATÓRIA POR DANO MORAL – Inscrição do nome da autora em cadastros de órgãos de restrição ao crédito – Sentença que condenou o réu

Acesso ao Sumário

ao pagamento de indenização por danos morais em favor da autora – Insurgência da requerente – Pretensão de majoração da verba indenizatória – Descabimento – Hipótese em que, conquanto seja inequívoca a existência de dano moral a ser indenizado, uma vez que o nome da requerente foi negativado indevidamente, o valor fixado pelo juízo de primeiro grau (R$ 10.000,00) revela-se adequado aos fins colimados – RECURSO DA AUTORA NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recursos de apelação interpostos contra sentença, cujo relatório se adota, que, em ação de "*ação declaratória de inexigibilidade de débito c/c pedido de danos imateriais*", ajuizada por ELISANGELA DOS SANTOS contra BANCO ORIGINAL S/A, julgou procedentes os pedidos formulados pela autora, para "*declarar a inexigibilidade do débito e suprimir a publicidade de seu inadimplemento; bem como para condenar BANCO ORIGINAL S.A. ao pagamento da quantia de R$10.000,00, a título de danos morais*" (fls. 115/124).

Recorre o réu. Preliminarmente, argui cerceamento de defesa, pois o d. juízo *a* quo não concedeu prazo suplementar para juntada do instrumento contratual celebrado entre as partes. No mérito, argumenta que o nome da autora foi inscrito de forma devida, pois esta é inadimplente em razão do não pagamento da utilização de serviços via *PicPay*, sobretudo do cartão de crédito. Defende inexistir danos morais. Subsidiariamente, requer a redução do valor arbitrado na origem (fls. 138/157).

Recorre também a autora. Defende que os fatos narrados permitem a majoração do valor fixado a título de dano moral (fls. 169/174).

Recursos recebidos e contrariados (fls. 163/168 e 178/192).

É o relatório.

PASSO A VOTAR.

Trata-se de ação de indenização por dano moral c/c declaração de inexigibilidade de débito.

A autora narrou, na petição inicial, que foi surpreendida com a negativação de seu nome referente a uma dívida no valor de R$ 553,24, que alega desconhecer. Nesse contexto, ajuizou a presente demanda, buscando a declaração de inexigibilidade do débito, bem como a condenação do réu ao pagamento de danos morais.

O D. Juízo *a quo* julgou procedentes os pedidos formulados pela autora, nos seguintes termos (fls. 115/124):

Acesso ao Sumário

"(...)

De outro lado, não é lícito impor-se a produção de prova negativa à parte. Por conseguinte, comprovar a requerente que não celebrou contrato com o banco requerido ou com o cartão de crédito PICPAY, o qual administra, mostra-se extremamente difícil. Está-se, evidentemente, diante da prova diabólica (probatio diabolica). Destarte, seria defeso não admitir que caiba a este o ônus de provar que encontra amparo em relação jurídica mantida entre as partes o débito inscrito nos cadastros de inadimplentes mantidos pelos órgãos de proteção ao crédito.

Na hipótese sub judice, as alegações defensivas, portanto, não devem prosperar, haja vista que não há nos autos prova hábil a demonstrar a existência e validade da contratação, tampouco da regularidade da cobrança, o que, nos termos do artigo 434, caput, do Código de Processo Civil, deveria acompanhar a resposta à demanda, descabendo a outorga de prazo para a sua juntada. Para tanto, bastaria que juntasse aos autos, ao menos, o instrumento dos contratos supostamente firmados.

De mais a mais, integrando o banco réu a mesma cadeia de consumo do cartão de crédito PICPAY, o qual administra e, por força do artigo 7o, parágrafo único, combinado com o artigo 14, caput, ambos do Código de Defesa do Consumidor, responde solidariamente pelos danos provocados aos consumidores, independentemente de culpa. De toda forma, o apontamento foi realizado pela instituição financeira ré, de sorte sustentar legitimidade para promover a sua exclusão do cadastro de maus pagadores. Logo, inexigível o débito, bem como imperativa a supressão do apontamento desabonador.

Tratando-se no caso em tela de relação de consumo, a responsabilização civil do fornecedor tem natureza objetiva, fundada no risco gerado por sua atividade empresária, o que encontra amparo no artigo 14, caput, da Lei nº 8.078/90 independendo, consequentemente, da demonstração da existência de culpa (cf. DENARI, Zelmo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 158-159). Definitivamente, no mercado capitalista, com a consagração da produção em massa, inerente à técnica de organização econômica a provocação de danos. Na busca do lucro, devem ser suportados pelo empresário os ônus decorrentes dos riscos que dissemina, ao passo que o consumidor, limitado à procura do atendimento de uma necessidade própria, em nada concorre para o dano causado (LIMA, Alvino. Da culpa ao risco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938, p. 93-95).

Urge a consideração, pois, que a responsabilidade civil exige para

Acesso ao Sumário

o surgimento do dever de indenizar, em sua modalidade objetiva, um dano imputado causalmente ao serviço, colocando-se o risco como nexo de imputação em coexistência com a culpa, em nosso ordenamento (cf. GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Responsabilidade civil pelo risco da atividade. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 26).

Na hipótese sub judice, todos os seus pressupostos restaram configurados, de sorte a ensejar a condenação da parte demandada a reparar os danos morais experimentados pela demandante, para além da declaração de inexigibilidade do débito e supressão do apontamento desabonador.

O fato do serviço consiste na cobrança indevida, culminado com a publicidade do inadimplemento (fls. 21/22). Ao efetuar o desempenho de sua atividade empresarial, a ré deveria cercar-se das cautelas indispensáveis para que transtornos indevidos não fossem acarretados aos consumidores. Todavia, a providência não foi adotada, impondo-se aos seus prepostos, in casu, a adequada certificação do inadimplemento. A cobrança e, por consequência, a reunião dos devedores inadimplentes em cadastros como garantia de proteção do crédito a ser concedido mostra-se, evidentemente, como um imperativo das relações comerciais. Entretanto, a inclusão há que se limitar aos maus pagadores, de modo que se impunha diligência, diante das suas consequências, na inclusão do nome do suposto devedor nos cadastros mantidos pelos órgãos de proteção ao crédito.

Logo, inexorável, diante das circunstâncias, a responsabilização, pelo o dano moral. Como ensina Yussef Said Cahali, "afirmada constitucionalmente a reparabilidade do dano moral, a jurisprudência está se consolidando no sentido de que o 'abalo de crédito' na sua versão atual, independentemente de eventuais prejuízos econômicos que resultariam do protesto indevido de título, comporta igualmente ser reparado como ofensa aos valores extrapatrimoniais que integram a personalidade das pessoas ao seu patrimônio moral" (Dano moral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 367).

Está-se diante do damnum in re ipsa, advindo da experiência comum, secundum quod plerumque accidit. Não se pode negar, nessa esteira, que a cobrança indevida e a posterior publicidade do inadimplemento, por si só, afetam a normalidade psíquica do indivíduo, para além do abalo de seu crédito.

Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE A DEMANDA formulada por ELISANGELA DOS SANTOS, para declarar a inexigibilidade do débito e suprimir a publicidade de seu inadimplemento; bem como

Acesso ao Sumário

para condenar BANCO ORIGINAL S.A. ao pagamento da quantia de R$10.000,00, a título de danos morais, corrigidos, desta data em diante, nos termos da Súmula n. 362 do Colendo Superior Tribunal de Justiça1, aplicando-se a Tabela Prática de Atualização de Débito Judiciais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, e com juros moratórios de um por cento ao mês, desde o evento danoso, a teor do artigo 398 do Código Civil e da Súmula n. 54 do Colendo Superior Tribunal de Justiça."

Contra esta sentença, insurgem-se as partes, ora apelantes.

As pretensões, contudo, não merecem acolhida, devendo a r. sentença ser mantida por seus bons e bem deduzidos fundamentos, os quais se adotam integralmente como razões de decidir.

De início, conclui-se que o anunciado cerceamento de defesa é inexistente, pois os documentos coligidos permitiam o julgamento do feito no estado em que se encontrava, sendo prescindível a realização de outras provas.

Nesse sentido é a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça:

"*A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a decisão pela necessidade ou não da produção de prova é uma faculdade do magistrado, a quem caberá verificar a existência de elementos probatórios para formar sua convicção. Não ocorre cerceamento de defesa quando o julgador, ao constatar nos autos a existência de provas suficientes para o seu convencimento, indeferir diligências inúteis ou meramente protelatórias.*" (AgInt no AREsp 1242313/GO, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 02/08/2018)

"*Cabe ao magistrado verificar a existência de provas suficientes nos autos para ensejar o julgamento antecipado da lide e indeferir a produção de provas consideradas desnecessárias, conforme o princípio do livre convencimento do julgador. (...).*" (AgRg no AREsp 723.568/MS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 16/02/2016, Dje de 23/02/2016)

Cumpre observar, ainda, que os documentos aptos a instruir a defesa devem ser juntados com a contestação e não em data posterior, de modo que o magistrado não é obrigado a conceder prazo suplementar para tanto, sob pena de violar direitos da parte contrária.

Ademais, se fosse o caso de documento novo, o apelante poderia tê-lo juntado em sede de apelação e não o fez.

Assim, resta afastada a preliminar de cerceamento de defesa.

No mérito, a controvérsia gira em torno da comprovação da origem do débito inscrito nos órgãos de proteção de crédito em desfavor da autora.

Acesso ao Sumário

Ocorre que o réu não logrou êxito em comprovar a regularidade da anotação, razão pela qual a sentença deve ser mantida.

Com efeito, o réu alega que o débito inscrito é oriundo da fatura de cartão de crédito não adimplida.

No entanto, o requerido não juntou qualquer contrato celebrado entre as partes, tampouco as faturas do cartão de crédito.

Logo, o débito é inexistente e, por conseguinte, a anotação é indevida.

Sendo assim, não há dúvidas de que o réu deve ser condenado ao pagamento de dano moral à autora, pois é inequívoco que a inscrição de seu nome nos órgãos de proteção ao crédito foi indevida.

Nesse sentido é o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça:

"*AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM PEDIDO INDENIZATÓRIO. INSCRIÇÃO INDEVIDA. CADASTRO DE INADIMPLENTES. DANO MORAL IN RE IPSA. SÚMULA N. 83/STJ. VALOR DA INDENIZAÇÃO. REVISÃO. DESCONSTITUIÇÃO QUE REQUER O REEXAME DE FATOS E DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS, OBSERVADOS OS LIMITES LEGAIS. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.*

1. A jurisprudência sedimentada desta Casa firmou entendimento no sentido que a inscrição indevida em cadastro negativo de crédito caracteriza, por si só, dano in re ipsa, o que implica responsabilização por danos morais. Súmula n. 83 do STJ.

2. De acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, "a revisão de indenização por danos morais só é viável em recurso especial quando o valor fixado nas instâncias locais for exorbitante ou ínfimo" (AgRg no AREsp n. 453.912/MS, Relator o Ministro João Otávio de Noronha, DJe de 25/8/2014). Caso contrário, incide o óbice previsto no enunciado n. 7 da Súmula desta Casa.

3. Não se mostra excessiva a majoração dos honorários sucumbenciais realizada na forma prevista no art. 85, § 11, do CPC/2015, observados os limites ali fixados.

4. Agravo interno a que se nega provimento." (AgInt no AREsp 1284741/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe 28/08/2018, grifo nosso)

A fixação do dano moral deve ser ponderada, visando inibir a repetição da conduta danosa, sem importar enriquecimento sem causa do lesado.

Considerando-se as circunstâncias do caso, sobretudo o valor da negativação (R$ 553,24), o tempo pela qual perdurou e a conduta do réu, e tendo em

Acesso ao Sumário

vista os padrões de quantificação de ressarcimento adotados pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça e por esta Câmara, tem- se que a fixação do valor em R$ 10.000,00 revela-se adequada aos fins colimados, não comportando redução ou majoração.

Nota-se, por fim, que o termo inicial para incidência de juros e correção monetária foi corretamente fixado segundo as súmulas 54 e 362 do STJ.

Em suma, não merece reparo a r. sentença recorrida.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento a ambos os recursos. Em virtude do que dispõe o art. 85, §11º, majoro os honorários sucumbenciais fixados na origem para 20% sobre o valor da condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001748-92.2022.8.26.0450, da Comarca de Piracaia, em que é apelante P.S.A.F., é apelada M.V.F.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.280)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ APARÍCIO COELHO PRADO NETO (Presidente), JAIR DE SOUZA e ELCIO TRUJILLO.

São Paulo, 7 de julho de 2023.

JOSÉ APARÍCIO COELHO PRADO NETO, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Ação de Exoneração do Dever de Pagamento do Plano de Saúde – Propositura contra ex-esposa – Sentença de improcedência – Inconformismo do autor, alegando, redução da sua capacidade financeira, uma vez que constituiu nova família, que pagou pensão alimentícia para a ré por mais de 18 anos, as condições financeiras desta e dos filhos maiores e capazes – Descabimento – Ausência de comprovação da variação das condições econômicas do autor ou das necessidades da ré, a gerar desacerto entre o binômio necessidade/possibilidade – Ônus do qual não se desincumbiu o autor – Sentença

Acesso ao Sumário

mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de Apelação interposta contra sentença proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Piracicaba, em Ação de Exoneração do Dever de Pagamento do Plano de Saúde proposta por P.S.F. contra M.V.F., que julgou improcedente a ação, condenando o autor no pagamento das custas e despesas processuais e dos honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, observada a gratuidade concedida.

Apela o autor, alegando, em síntese, redução da sua capacidade financeira, uma vez que constituiu nova família, que pagou pensão alimentícia para a ré por mais de 18 anos, as condições financeiras desta e dos filhos maiores e capazes, os quais poderão aulia-la na continuidade do pagamento do plano de saúde.

Recurso tempestivo, isento de preparo e contrarrazoado.

É o breve relatório do necessário.

O recurso não merece provimento.

Cuida-se de ação ajuizada pelo autor, objetivando a exoneração da obrigação de continuar arcando com o plano de saúde da ré, ex-cônjuge, descontado da sua folha de pagamento, no valor de aproximadamente R$ 529,00 (quinhentos e vinte e nove reais), a qual foi julgada improcedente.

Sem razão o autor.

Infere-se dos autos que as partes eram casadas e por ocasião do divórcio, o autor se obrigou a pagar alimentos a ré. Em 2012, o autor ajuizou ação de exoneração de alimentos, a qual foi julgada procedente e, interposto recurso por esta, em 2019, as partes firmaram acordo nos autos do processo, pelo qual o autor se obrigou ao pagamento de alimentos no valor equivalente a 1 salário- mínimo até que ela completasse 60 anos de idade, julho de 2021, além de continuar custeando o pagamento de seu plano de saúde.

Em 2021, em razão do prazo final do recebimento dos alimentos acordado, a ré ajuizou ação revisional de alimentos contra o autor pleiteando a manutenção da referida obrigação, a qual foi julgada improcedente.

Pois bem.

É certo que a análise do pedido de exoneração do pagamento do plano de saúde equipara-se com a exoneração dos alimentos entre cônjuges.

E, como se sabe, a exoneração da obrigação alimentar está prevista no artigo 1.699 do Código Civil e somente é aplicável desde que comprovada mudança da situação econômica das partes interessadas, o que não se observa no caso em tela.

Acesso ao Sumário

Insta observar que **"a prova incumbe àquele que alega a modificação das condições da obrigação que se pretende desconstituir ou alterar"** ("Dos Alimentos", Yussef Said Cahali, Ed. RT 1999, pág. 735).

Na hipótese dos autos, o autor não comprovou satisfatoriamente ter ocorrido real alteração de suas possibilidades financeiras ou das necessidades da ex-esposa, a gerar desacerto entre o binômio necessidade/possibilidade, a justificar a exoneração do pagamento da mensalidade do plano de saúde.

Com efeito, os argumentos utilizados pelo apelante não se prestam ao fim colimado, cumprindo lembrar que a exoneração da obrigação em apreço é medida drástica e, por isso, só pode ser deferida mediante prova inconteste de sua inutilidade, o que não se vislumbra no caso "sub judice".

Ademais, o fato do autor ter constituído nova família, por si só, não é apto a ensejar a exoneração pretendida, pois ao fazê-lo tinha plena ciência de suas obrigações anteriores, cabendo registrar que a obrigação foi assumida de forma voluntária pelo autor através de acordo firmado com a ré em 2019.

Assim, não comprovado pelo autor a redução de sua capacidade financeira para continuar arcando com o pagamento da mensalidade do plano de saúde da ré, ou, ainda, que esta tem condições de mantê-lo, de rigor a manutenção de tal dever, na sua integralidade, como bem decidiu o MM Juiz sentenciante.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Por fim, levando em conta o trabalho adicional desenvolvido pelo patrono da apelada em decorrência do presente recurso, majorados os honorários advocatícios aplicados na sentença, ficam definitivamente fixados em 15% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, com fundamento no artigo 85, parágrafo 11º, do Código de Processo Civil, observada a gratuidade processual.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1014429-57.2021.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante D.B.S., é apelado R.R.

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 88141)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARCIA DALLA DÉA BARONE (Presidente sem voto), FÁBIO QUADROS e ALCIDES LEOPOLDO.

São Paulo, 29 de junho de 2023.
ENIO ZULIANI, Relator

Ementa: Alimentos. Cônjuges que estão divorciados desde 2006. Partilhamento parcial dos bens e acordo sobre preservação das participações societárias do marido até que se apurassem os haveres da meação de tais investimentos empresariais, mediante ação judicial, com destaque para um adiantamento desses créditos em forma de prestação mensal (iniciada com R$ 5 mil e próximo de R$ 9 mil reais na atualidade). Mulher que alega necessidade pela demora na solução do arbitramento de valores e cita decisões do STJ admitindo alimentos compensatórios ou majoração do conteúdo econômico em caso de ruptura da coabitação permanecendo um dos cônjuges na administração exclusiva dos bens comuns. Interpretação do art. 4º, parágrafo único, da Lei 5.4787/68. Inaplicabilidade desses precedentes ao caso concreto, sendo inviável substituir o embaraço provocado pela morosidade na solução dos haveres com o instituto de alimentos entre cônjuges, inclusive porque existem meios ou caminhos legais para que se faça cumprir ou desfazer o acordo do "tipo acionistas", inclusive com exigibilidade de uma iniciativa mais enérgica da mulher sobre a ação do seu interesse. O maior entrave na construção de uma obrigação alimentar está contido no art. 1708 do CC, porque a mulher viveu união estável subsequente, ainda que dissolvida e isso faz cessar completamente os deveres do casamento anterior, especialmente os de assistência e solidariedade. Manutenção da sentença de improcedência. Não provimento.

VOTO

Vistos.

O ilustre Juiz de Direito da 2ª Vara da Família e das Sucessões da Comarca de Ribeirão Preto, Dr. Márcio Pelliciotti Violante, fez publicar a sentença de fls. 6377-6396, pela qual foi rejeitada a ação de alimentos que D.B.S. promoveu contra R.R. Verifica-se que os litigantes foram casados e se divorciaram, sendo que a partilha está pendente de solução na 7ª Vara da Família e Sucessões de

Acesso ao Sumário

Manaus, onde o casal residia quando da ruptura da coabitação, sendo que uma das cláusulas que disciplinou o regime patrimonial a ser resolvido obrigava o varão a adiantar (R$ 5 mil reais) de lucros obtidos nas sociedades empresarias da qual tinha participação e até que se homologasse a partilha. A causa petendi do pleito de cunho alimentar está centrado no fato de o varão postergar a partilha que se arrasta há quatorze anos, o que lhe permite a administração exclusiva do patrimônio, sendo que o valor pago (recentemente atualizado) fez com que o padrão de vida da mulher fosse deteriorando com o tempo, produzindo, nos dias atuais, estado de quase indigência diante de compromissos com a sobrevivência digna e percalços da vida, com comprometimento da pandemia. Considera que a pendência da partilha de forma intencional obriga que o ex-marido, enquanto não satisfazer os direitos da meação, pague um valor como alimentos transitórios até que se finalize o incidente (cita o art. 4º, paragráfo único, da Lei 5478/68). Citou julgados do STJ e terminou a inicial com o pedido de alimentos no valor de R$ 40.527,57. O apelado resistiu ao pedido e apresentou contestação pela qual não admite, em hipótese alguma, o ressurgimento de laços de dependência econômica, afirmando que na partilha a mulher obteve um quinhão que lhe garantia estabilidade econômica e segurança perpétua, afirmando não ser responsável pela má ou imprudente administração e não ter como agilizar a partilha. O decisum abordou todos os itens da controvérsia, inclusive sobre o fato de a mulher viver em união estável a atrair o que está disciplinado no art. 1708 do CC, esmiuçando a administração dos imóveis da mulher e dos incidentes da partilha que se realiza na capital amazonense. Os honorários de sucumbência foram arbitrados em R$ 5 mil reais, com a ressalva da gratuidade deferida e mantida. Os embargos declaratórios foram rejeitados (fls. 6418/6420). O recurso da autora (D.) devolve ao Tribunal o conhecimento de toda a matéria, sendo que nas contrarrazões o apelado invoca falta de técnica recursal (art. 1010, III, do CPC).

O recurso foi distribuído para a 4ª Câmara de Direito Privado em virtude do julgamento, em 24-6-2021, do AgInt. (...), quando a Turma Julgadora manteve a decisão que indeferiu alimentos provisórios (fls. 6273-6280).

É o relatório.

Não procede a preliminar inserida em contrarrazões pwela inocorrência de falha técnica na elaboração da petição recursal, libelo que, ao reproduzir a temática original da causa petendi, expressa a vontade de obrigar o ex-marido a pagar alimentos pelo fato de não ter cumprido a obrigação posta na separação e divórcio sobre a satisfação de direitos patrimoniais da mulher referente a participação acionária objeto de partilha amigável. A tese jurídica está modelada pelos fatos que amparam a sustentação lógica e cumpre a essa Quarta Câmara de Direito Privado julgar se a recorrente possui ou não direito a receber alimentos (art. 1694 do CC e Lei 5478/68), pelo que fica rejeitada a preliminar que foi

Acesso ao Sumário

posta com base no art. 1010, III, do CPC.

Alimentos entre pessoas que foram casadas e que se divorciaram sem a constituição formal da prestação alimentícia, tem amparo normativo (art. 1694 do CC) e incessantes questionamentos, notadamente quando o pedido envolve casal que rompeu a coabitação há mais de quinze anos, sabido que o tempo e os acontecimentos do destino povoam a existência dos antigos cônjuges com especificidades, desencontros e passagens que atraem a incoerência ou o paradoxo social do ressurgimento de uma obrigação baseada nos encargos de solidariedade e assistência matrimonial.

Segundo SILVIO RODRIGUES o marido tinha o dever de suprir as necessidades da mulher "desquitada" por ser chefe de família (art. 233, IV, do CC-1916), sendo que "muita coisa mudou após o início da vigência do Código Civil. A modificação, mais radical se cristalizou na absoluta equiparação do homem e da mulher no âmbito da sociedade conjugal (Constituição, art. 226, § 3º). Esse dispositivo acaboiu com a questão da chefia da sociedade conjugal. Ou seja, tanto o marido como a mulher são os chefes da sociedade conjugal. Em contrapartida, a meu ver, fica revogado o preceito genérico de caber ao marido, com exclusividade, o encargo de manter sua mulher e filhos depois do desquite ou do divórcio" (Direito Civil Aplicado, Saraiva, 1994, vol. 6, p. 194).

A expressão que marca o fenômeno alimentos entre cônjuges é a necessidade (*stato de bisogno*) referida pela doutrina italiana (MÁSSIMO BIANCA, Diritto Civile, tomo 2º, Milano, 1996, Giuffrè editore, p. 351, item 200), ainda que tenha agido com culpa. Essa necessidade é colocada como fundamento das decisões judiciais, como a que não permitiu exoneração de alimentos devido a uma mulher idosa, que nunca trabalhou durante o casamento e com saúde fragilizada (AgInt nos EDcl no AResp. 2046272 RJ, DJ de 11-5-2023, Ministro Marco Buzzi):

"***AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA – DECISÃO MONOCRÁTICA QUE CONHECEU DO AGRAVO PARA NÃO CONHECER DO RECURSO ESPECIAL. IRRESIGNAÇÃO RECURSAL DO AUTOR.***

1. É assente neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que os alimentos devidos entre ex-cônjuges têm caráter excepcional e transitório, salvo quando presentes particularidades que justifiquem a prorrogação da obrigação, tais como a incapacidade laborativa ou a impossibilidade de se inserir no mercado de trabalho ou de adquirir autonomia financeira.

1.1. No caso em tela, o Tribunal a quo entendeu configurada hipótese que permitiria, excepcionalmente, o arbitramento da verba alimentar por tempo indeterminado, pois a ré possui mais de 68 anos de idade, está com a

saúde fragilizada e sobrevive exclusivamente da pensão alimentícia objeto da demanda, nunca tendo exercido profissão.

1.2. A revisão dessas premissas demandaria o reexame de matéria probatória.

Incidência da Súmula 7 do STJ.

2. Agravo interno desprovido."

A situação patrimonial dos litigantes não está resolvida devido a pendência de ação que apura eventuais créditos da recorrente nas sociedades empresariais das quais o apelado participava de forma ativa no capital social, sendo que por opção dos interessados, escolheram uma fórmula sui generis de acertamento: enquanto não solucionado o litígio a mulher receberia um valor mensal (de R$ 5 mil reais) e que, agora, por evolução monetária, seria de mais de R$ 8 mil reais. Esse viés da atribulada separação está servindo de fundamento para o pleito de alimentos por duas razões mais fortes: i) má-fé do requerido que, protelando a apresentação de sentença com impugnaçõs contabéis intermitentes e despidas de raciocínio lógico, obtém vantagem com o pagamento da quantia acordada, inferior aos dividendos que a mulher teria caso fosse considerada meeira desse patrimônio empresarial e ii) exclusividade da administração de bens comuns, sem prestação de contas e mediante pagamento de quantias pífias.

O douto Magistrado rejeitou esses fundamentos e enveredou, sempre de forma coerente, a outras matérias relacionadas para concluir que a solução do entrave em que se encontra a autora que agora se qualifica como necessitada de auxílio patrimonial, não pode ser dada pelo instituto "alimentos". Mesmo que o caderno probatório possa revelar crise econômica da mulher que se emancipou e administrou o patrimônio recebido no fim do casamento, decidindo importantes e decisivos projetos capazes de turbinar ou definhar investimentos, não é possível redesenhar o fator "solidariedade entre cônjuges", depois de quase vinte anos completamente afastados, para fazer impor ao marido dever de pagar alimentos durante a tramitação da referida ação que busca apurar o quantum debeatur dos direitos societários transmitidos. Os alimentos entre cônjuges resulta "dell´unione coniugale" escreveu PACIFICI-MAZZONI (Instituzioni di Diritto Civile Italiano, Firenze, 1924, vol. VII, parte I, p. 338) e não há como lembrar do casamento dos litigantes para repaginar uma obrigação cujo eixo central é a atualidade ou assistência material imediata e que garantirá dignidade ao cônjuge que reexerce os atributos da vida independente. Não é só coisa do passado (o matrimônio e seus efeitos); é uma fase biográfica dos litigantes que perdeu completamente a subordinação ou o vínculo que existiu.

Acesso ao Sumário

O dever de alimentos entre cônjuges merece tratamento extraordinário, sendo que a rigidez da jurisprudência sobre esse assunto tem a ver com os predicados da cidadania ou o princípio de que cada pessoa deve ser responsável

pelo gerenciamento de sua vida e do seu sustento, de modo que somente quando demonstrada a impossibilidade física (casos doenças e incapacidades) ou de impossibilidade de acesso ao mercado de trabalho pelo filtro restritrivo de empregadores, é que se justifica reconhecer a obrigação e, ainda assim, por determinado tempo ou até que a pessoa obtenha o perfil exigido para ser contratada ou trabalhar em algum setor que lhe dê sustento. Em situações extremas pode ser uma obrigação sem prazo (AgInt. no Resp. 1951351 MG, DJ de 30-6-2022, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva):

"***O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que os alimentos devidos entre ex-cônjuges têm caráter excepcional e transitório, salvo se houver particularidades que justifiquem a prorrogação da obrigação, tais como a incapacidade laborativa ou a impossibilidade de se inserir no mercado de trabalho ou de adquirir autonomia financeira. Precedentes.***

3. A jurisprudência desta Corte Superior tem admitido a perenidade da obrigação de prestar alimentos entre cônjuges quando a situação fática demonstrar a impossibilidade de um dos cônjuges suprir sua subsistência, sobretudo nos casos em que idade do ex-cônjuge e o longo período dedicado exclusivamente à família e ao lar configure a impossibilidade prática de sua inclusão no mercado de trabalho. Precedentes.

4. No caso, em virtude da excepcionalidade delineada no acórdão recorrido, deve ser determinada a obrigação de prestar alimentos sem limitação de prazo.

5. Agravo interno não provido."

Esses pressupostos idealizados e mantidos nos precedentes da Corte Superior são aferidos na data contemporânea a ruptura da união (art. 1704 do CC), porque é nesse instante que a necessidade recrudesce e o fator estímulo ou cumplicidade com a dependência econômica criada no casamento ou união estável implica no dever de preservação do status vivenciado pelo cônjuge em má situação financeira. Aqui o tempo permitiu que os litigantes refizessem suas vidas amorosas e realizassem negócios com total separação de vontades e interesses, de modo que é possível afirmar que são dois estranhos que não se encaixam em qualquer das causas que obrigam prestar alimentos.

E nesse particular convém mencionar a questão da união estável que a recorrente manteve (e que, segundo sua versão, já foi dissolvida) para fins de incidência do art. 1708 do CC. No estágio em que os litigantes entraram não é relevante ter ocorridio o desenlace dessa que seria a segunda experiência de vida comum, porque o que interessa é o fato de a mulher ter, depois do divórcio, vivido em união estável ou em casamento. O preceito é transparente e não alimenta interpretações duvidosas, ou seja, aquele que casa ou ingressa em união estável faz com que o devedor de alimentos fique exonerado dessa obrigação,

Acesso ao Sumário

porque é o companheiro que cabe sustentar sua mulher, em substituição ao marido (MOURA BITTENCOURT, Alimentos, EUD, 1974, p. 69, § 59). Significa que se a pessoa divorcia ou rompe a união, não ressurge a obrigação para o primeiro marido ou primeiro companheiro, porque ele está, por força das segundas núpcias, definitivamente exonerado. Quem responde, se é que existem motivos ou bases estruturais dessa obrigação, é o segundo marido ou companheiro, mesmo que desafortunado e nesse instante é convocada a doutrina portuguesa (FRANCISCO PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, Curso de Direito de Família, 4ª edição, Coimbra Editora, 2008, vol. I, p. 706):

"O novo casamento impõe os seus novos vínculos de socorro, o novo cônjuge assumirá as suas obrigações de assistência; e mesmo que, comprovadamente, o novo cônjuge seja muito pobre e não possa valer as necessidades do credor de alimentos, o legislador não se atreveu a levar a solidariedade até ao ponto de a fazer sobreviver as segundas núpciais do primitivo credor".

Seria um perigoso precedente admitir o retrocesso ou ignorar as coabitações iniciadas e exauridas depois do divórcio da recorrente.

Remanesce então a questão da administração de bens comuns e que teria pertinência aqui por força do aludido § único do art. 4ºm da Lei 5478/68. Essa particularidade ganhou notoriedade no litígio devido a decisões do STJ em favor de cônjuges que não recebem, na partilha do divórcio ou na dissolução de uniões estável, os seus haveres decorrentes do regime de bens e que, contrastando com a folgada e privilegiada posição do administrador de bens comuns (que não presta contas), vivencia dificuldades materiais. Um dos primeiros julgados e que fez desperar a consciência para esse tipo de proteção, é da lavra da Ministra Nancy Andrighi, majorando uma prestação arbitrada em R$ 6 mil para R$ 43.779,15, correspondente a 94,15 salários mínimos (Resp. 1046296 MG, DJ de 8-6-2009):

"***Todavia, considerada a peculiaridade essencial de que, fixados os alimentos em separação judicial, os bens não foram partilhados e o patrimônio do casal está na posse e administração do alimentante que protela a divisão do acervo do casal, ressaltando-se que, por conseguinte, a alimentanda não tem o direito de sequer zelar pela manutenção da sua parcela do patrimônio que auxiliou a construir, deve ser permitida a revisão dos alimentos, enquanto tal situação perdurar.***

-Sempre, pois, deve esta específica peculiaridade ? a pendência de partilha e a conseqüente administração e posse dos bens comuns do casal nas mãos do alimentante ? ser considerada em revisional de alimentos, para que não sejam cometidos ultrajes perpetradores de situações estigmatizantes entre as partes envolvidas em separações judiciais.

Recurso especial conhecido e provido."

Acesso ao Sumário

Outras decisões seguiram essa diretriz com seus aspectos circunstanciais. Assim e enquanto não partilhados os bens comuns, o varão que administra deve pagar alimentos, rejeitado o pedido de exoneração (EDcl nos EDcl no Resp. 1343955 SP, DJ de 12-8-2014, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva):

"***PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.***

ALIMENTOS PROVISÓRIOS. EX-CÔNJUGE. CASAMENTO. COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. NECESSIDADE E POSSIBILIDADE. RENDA LÍQUIDA DOS BENS COMUNS. REPASSE. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. FUNDAMENTO NÃO IMPUGNADO. SÚMULA 283/STF.

1. A ausência de impugnação a fundamento suficiente enseja a aplicação da Súmula 283/STF.

2. Os alimentos provisórios fixados em favor do cônjuge casado sob o regime da comunhão universal não podem ser arbitrados, sob o fundamento de o patrimônio comum do casal encontrar-se sob a administração do devedor da pensão, em quantia que exorbite os critérios de necessidade alimentando e possibilidade do alimentante.

3. O repasse de parte da renda mensal líquida dos bens comuns administrados pelo devedor dos alimentos (Lei 5.478/68, art. 4º, parágrafo único) não possui as características peculiares da prestação alimentícia. Com efeito, a ausência ou insuficiência de seu pagamento não enseja execução sob pena de prisão, além de ser admissível, em tese, pedido de repetição, caso se apure excesso no valor repassado.

4. Deverá o Tribunal de origem estabelecer a pensão alimentícia mensal, a partir do binômio necessidade/possibilidade, além de determinar o repasse à beneficiária de parte da renda líquida dos bens comuns administrados pelo devedor, caso a metade da renda mensal dos bens comuns ultrapasse o valor da pensão alimentícia.

5. Embargos de declaração de C.B acolhidos com efeitos modificativos. Embargos de declaração de L.A.B acolhidos sem efeitos modificativos."

E a força dessa ponderação motivou o reconhecimento dos alimentos provisórios em favor da mulher excluída da renda derivada da administração dos bens comuns (AgInt no Resp. 1922307 RJ, DJ de 17-11-2021, Ministro Raul Araújo):

"***AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL.*** AÇÃO DE DIVÓRCIO CUMULADA COM PARTILHA DE BENS E OBRIGAÇÃO ALIMENTAR. AGRAVO DE INSTRUMENTO.

PRETENSÃO DE ARBITRAMENTO DE ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS. ADMINISTRAÇÃO DE TODOS OS BENS DO CASAL POR PARTE DO EX-MARIDO. DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO CONFIGURADO.

Acesso ao Sumário

ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS DEVIDOS. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. "Os chamados alimentos compensatórios, ou prestação compensatória, não têm por finalidade suprir as necessidades de subsistência do credor, tal como ocorre com a pensão alimentícia regulada pelo art. 1.694 do CC/2002, senão corrigir ou atenuar grave desequilíbrio econômico-financeiro ou abrupta alteração do padrão de vida do cônjuge desprovido de bens e de meação"(REsp 1.290.313/AL, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 12/11/2013, DJe de 07/11/2014).

2. No caso concreto, o Tribunal de origem entendeu devida a fixação de alimentos compensatórios em favor da ex-mulher, até que os bens do casal sejam definitivamente partilhados, tendo em vista que a totalidade dos bens móveis e imóveis do casal está na posse do ex-marido, principalmente as empresas onde as partes figuram como sócias, ficando configurado grave desequilíbrio econômico-financeiro.

3. Agravo interno a que se nega provimento."

Ocorre que esses precedentes não são aplicáveis. Primeiro porque o recorrido não está na administração exclusiva de bens comuns. O que sucedeu foi um acordo que, bem analisado, expressa a vontade da mulher de permitir que as sociedades não sofressem embaraços em seus desenvolvimentos, pelo divórcio do sócio e dever de se acertar com a esposa, porque ela deu aval ao gerenciamento continuado para, mediante apuração do valor (haveres) da meação de tais participações societárias, recebesse, no final, um crédito líquido. E enquanto se processa essa verdadeira apuração de haveres com dificuldades contabéis que não foram bem explicadas aqui nestes autos, a mulher receberia uma espécie de adiantamento mensal. Essa transação está em vigor e não sofre uma ação de nulidade ou de rescisão e está sendo cumprida, embora a passos de tartaruga. Então e o que compete a recorrente é agilizar o desfecho dessa apuração, exigindo do Judiciário a solução mais célere, sendo inquestionável o seu interesse de agir para participar desse lítigio que se processa em Manaus. A prestação de alimentos, se fosse concedida a esse pretexto, serviria como uma espécie de compensação pela morosidade do Judiciário, o que é impossível de ser certificado nos autos.

E se houver morosidade, a quem cabe culpar ou responsabilizar? Talvez o requerido seja, pelo interesse em retardar esse acertamento, o potencial vilão dessa burocracia que fica difícil entender quando basta apurar os haveres do sócio majoritário que não está litigando em sede de dissolução parcial de sociedade. Porém e diante da tramitação congelada que não foi aquecida sequer com o ajuizamento dessa demanda, a pendência não é mais de caráter familiar ou de sentido assistencial, mas, sim, de índole empresarial. É preciso ação enér-

Acesso ao Sumário

gica da mulher para obter seus créditos, seja mediante intervenção no processo de liquidação e conclamando tutela antecipada pelo efeito procrastinatório ou ação para desfazer o acordo e ingressar na sociedade como detentora da metade da participação do antigo marido. Qualquer medida é possível ou permitida e não a condenação em alimentos, data vênia, porque o sentido compensatório que justificou decisões em prol das mulheres prejudicadas pela administração do marido, decorre de exploração de bens comuns e, aqui, o que se deu foi um acordo judicial que depende de solução do Judiciário (créditos ou haveres na data do divórcio da participação do homem em sociedades). A autora que não figura como sócia, mas, sim, meeira das proporcionalidades, fez uma transação equiparada a um acordo de acionistas e tem os meios legais para obter a liquidez com a brevidade reclamada pelo art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

O requerido não poderá responder como se fosse o agente provocador de um dano provocado pela morosidade do processo, porque não foi realizada prova de ilicitude de sua conduta, embora possa ser presumida pelo seu interesse e vantagem. Assim e se não há como responsabilizar o réu por conta do art. 186 do CC, a substituição dessa "provável indenização por demora da solução do processo de Manaus" por prestação de alimentos esbarra em três premissas: i) concomitância do valor que a mulher recebe por adiantamento e higidez do acerto parcial (partilhamento) de bens, na época um quinhão capaz de outorgar autosuficiência e ii) inviabilidade de repaginar os deveres de assistência e solidariedade de casamento dissolvido e que foi sucedido por união estável posterior e iii) proibição legal de repassar ao requerido o custeio de despesas com as dificuldades da terceira idade da antiga esposa quando não contribuiu para que esses embaraços subsequentes surgissem (ausência de nexo de causalidade com a crise atual). Esse resumo, condensado na excelente sentença que examinou os fatos, autoriza a confirmação de não serem devidos alimentos.

Isto posto, nega-se provimento, majorados os honorários para R$ 7.500,00, nos termos do art. 85, § 11º, do CPCm, respeitados os benefícios da gratuidade.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1010606-61.2020.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que é apelante MARIA IRIDE SOLDI, é apelado PASSOS SOUZA E SILVA ADVOGADOS ASSOCIADOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Nega-

ram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.771)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FLAVIO ABRAMOVICI (Presidente) e MELO BUENO.

São Paulo, 18 de julho de 2023.

GILSON DELGADO MIRANDA, Relator

Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. Honorários advocatícios contratuais. Impossibilidade jurídica do pedido não verificada. Cerceamento de defesa não caracterizado. Ausência de elemento apto a desabonar a conduta profissional dos advogados da autora. Avaliação pericial adequadamente elaborada, observando todos os aspectos fáticos e legais e trazendo fundamentação clara e suficiente o bastante para ensejar a resolução da demanda. Arbitramento. Tabela de Honorários da OAB possui caráter informativo, não vinculativo. Honorários arbitrados segundo os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Sentença mantida. Recurso não provido.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de fls. 3842/3848, cujo relatório adoto, complementada a fls. 3863/3864 (embargos de declaração), proferida pelo juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Araraquara, Dr. Rogerio Bellentani Zavarize, que julgou procedente a pretensão inicial para "(1) arbitrar os honorários advocatícios devidos pela ré à autora em 4% do valor equivalente à metade do valor real dos bens que foram consolidados em favor da requerida e que estão descritos nas petições copiadas às págs. 3439/3453 e 3454/3455; (2) especificamente em relação ao imóvel cuja propriedade da autora é de 33,5% (pág. 3455 e no item 5 da pág. 3443), sobre este percentual incidirão os 4%, nos termos da fundamentação". Consignou, também, que "os valores dos bens serão apurados em liquidação de sentença por arbitramento", devendo "ser apontados os valores na data da apresentação partilha (17.10.2019: págs. 3454/3455)", com aplicação, a partir de então, de correção monetária segundo a Tabela Prática do TJSP e juros moratórios de 1% ao mês desde a citação. Diante da sucumbência, determinou que a ré arcará com o pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% do valor da condenação.

Acesso ao Sumário

Segundo a apelante, ré, a sentença merece reforma para extinguir o feito em razão da impossibilidade jurídica do pedido autoral. Subsidiariamente, pede a anulação da sentença em razão de cerceamento de defesa. No mérito, requer o julgamento de improcedência da pretensão da autora, em face da "inexistência da Prestação de serviços na Partilha de Bens, reconhecendo a quebra de contrato e em decorrência da ausência do trabalho prestado para o qual fora contratado". Por fim, pleiteia a inversão do ônus sucumbencial (fls. 3867/3904).

Recurso tempestivo, preparado (fls. 3905/3906) e respondido (fls. 3911/3928), com pedido de não conhecimento do apelo diante de ofensa ao princípio da dialeticidade.

Distribuídos os autos digitais na forma da Resolução n. 772/2017 do OE-TJSP, não houve oposição ao julgamento virtual.

Esse é o relatório.

De início, afasto a preliminar de ausência de dialeticidade no recurso da ré invocada pela autora.

De fato, as razões recursais impugnaram especificamente os fundamentos da sentença recorrida.

Não se conhece de recurso "no qual a parte discute a decisão recorrida de forma vaga, imprecisa, ou se limita a repetir argumentos já exarados em outras fases do processo, sem que haja direcionamento da argumentação para o que consta da decisão recorrida" (Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, "Código de Processo Civil comentado", 16ª edição, São Paulo, RT, 2016, p. 1.979).

Contudo, esta não é a hipótese dos autos, uma vez que a apelante direciona a argumentação a pontos específicos da r. sentença, rebatendo-os a partir de exposição fática e jurídica.

No mais, atento aos limites impostos pelo efeito devolutivo e orientado pelo princípio dispositivo, atenho-me às irresignações especificamente deduzidas e digo, desde logo, que o recurso **não comporta acolhimento**.

Em primeiro lugar, não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido autoral.

Como é cediço, "o pedido é juridicamente possível quando o ordenamento não o proíbe expressamente. Deve entender-se o termo 'pedido' não em seu sentido estrito de mérito, pretensão, mas conjugado com a causa de pedir" (Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, "Código de Processo Civil comentado" [livro eletrônico], 3. ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 905).

Vale dizer, "a possibilidade jurídica do pedido deve ser concebida como ausência de vedação expressa e compatibilidade, em tese, da pretensão, com

Acesso ao Sumário

o ordenamento jurídico vigente, a ser feito em status assertionis (teoria da asserção). É dizer, o reconhecimento da possibilidade jurídica do pedido implica a compatibilidade ao sistema normativo, isto é, a aferição de que o direito material alegado encontra-se, ao menos em uma análise inicial, albergado pelo ordenamento jurídico" (STJ, REsp n. 1.674.372- SP, 4ª Turma, j. 04-10-2022, rel. Min. Marco Buzzi).

Pois bem.

A apelante sustenta que a pretensão é juridicamente impossível porque "existe um contrato dispondo sobre os serviços a serem prestados e o quantum convencionado pelas partes e as condições que isso iria ocorrer", o que tornaria descabido o arbitramento judicial.

No entanto, como bem observou o juízo de primeiro grau, "em função dos termos do contrato e dos serviços prestados a pretensão é juridicamente possível" (fls. 3594).

De fato, à luz do artigo 22, § 2º da Lei n. 8.906/1994, "**na falta de estipulação ou de acordo**, os honorários são fixados por arbitramento judicial, em remuneração compatível com o trabalho e o valor econômico da questão, observado obrigatoriamente o disposto nos §§ 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 6º-A, 8º, 8º-A, 9º e 10 do art. 85 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015" [grifei].

No caso em exame, uma simples leitura da sentença recorrida revela que o objeto litigioso da demanda repousa sobre evidente inconsistência da relação contratual entre as partes.

Nesse sentido, assiste razão à apelada ao afirmar que "o contrato firmado entre os litigantes não prevê o valor certo, liquido e exigível, conforme consta em seu tópico 5, de forma 'ad exitum', havendo necessidade de ser arbitrado judicialmente, uma vez que o contrato firmado foi 'uno' para vários serviços jurídicos a serem prestados, que por fim, levou a partilha dos bens, havendo necessidade de arbitramento, pois, as características do caso em tela elucidam certa complexidade, a qual necessita passar por um processo de conhecimento antes de se proceder a execução" (fls. 3916).

De mais a mais, o pedido de arbitramento de honorários advocatícios contratuais não é de forma alguma incompatível com o ordenamento jurídico, pois expressamente previsto no Código de Processo Civil.

Em segundo lugar, rejeito a alegação de cerceamento de defesa.

Como é cediço, destinatário da prova é o juiz e a finalidade dela é, exatamente, convencê-lo, vigendo no processo civil brasileiro, em termos de valoração da prova, o sistema da persuasão racional, expressamente adotado no artigo 371 do Código de Processo Civil.

"In casu", há nos autos todos os elementos necessários à solução da lide, dada apresentação pelas partes de extenso conjunto probatório, não sendo perti-

Acesso ao Sumário

nente a produção de nenhuma outra prova.

Com efeito, ao juiz compete dirigir o processo de forma a zelar pela rápida solução do litígio, guiado pelos princípios da persuasão racional e da celeridade processual. Dessa forma, entendendo o órgão julgador que os elementos constantes nos autos eram suficientes para o deslinde da lide, o indeferimento do pedido de produção de prova oral não implica cerceamento de defesa.

Vale dizer, "os princípios da livre admissibilidade da prova e da persuasão racional autorizam o julgador a determinar as provas que repute necessárias ao deslinde da controvérsia, e a indeferir aquelas consideradas prescindíveis ou meramente protelatórias. Não configura cerceamento de defesa o julgamento da causa sem a produção da prova solicitada pela parte, quando devidamente demonstradas a instrução do feito e a presença de dados suficientes à formação do convencimento" (STJ, AgInt no AREsp 1.928.578-SP, 2ª Turma, j. 14-03-2022, rel. Min. Herman Benjamin).

Em terceiro lugar, no mérito, mostra-se correto o arbitramento da primeira instância, não comportando qualquer reforma a sentença.

A apelante não impugna a validade do contrato ou a prestação de serviços advocatícios, questionando, porém, a atividade profissional dos advogados da sociedade autora em parte dos serviços prestados. Sustenta que somente é devido o pagamento pelo patrocínio na medida cautelar de arrolamento de bens, que, no seu entendimento, deve estar limitado aos valores previstos em tabela divulgada pela Ordem dos Advogados do Brasil.

Destaca-se o seguinte trecho da sentença hostilizada:

> "A petição inicial menciona que ajuizou (1) ação de dissolução de união conjugal na Comarca de Taquaritinga (Proc. 1001833-03.2015.8.26.0619), sendo decretado o divórcio; (2) medida cautelar de arrolamento de bens (Proc. 1001898-95.2015.8.26.0619) para preservar o patrimônio, resguardando futura partilha; (3) ação de alimentos (Proc. 1001884-14.2015.8.26.0619), cuja sentença fixou para a ré o valor de cinco salários mínimos até a partilha, e, em recurso, de sete salários mínimos por seis meses após a partilha.
>
> O momento da cisão entre as partes, segundo a inicial, ocorreu quando o ex-cônjuge da requerida ajuizou ação de partilha (Proc. 1002687-55.2019.8.26.0619), ocasião na qual a ré não outorgou procuração aos advogados da autora, e preferiu celebrar acordo sem eles. Sua intenção foi a de não pagar os honorários advocatícios contratados, sustenta a autora.
>
> Ainda segundo a autora, para a partilha, foi utilizada a relação de bens constante da medida cautelar de arrolamento, já referida, que foram partilhados em 50% cada, com exceção de um apartamento que ficou

Acesso ao Sumário

pertencendo ao filho do casal (João Vítor Manaia), e que a autora entende deva ser considerado para o arbitramento.

Registre-se que o contrato de prestação de serviços e de honorários previu, sim, a contratação da sociedade autora para a partilha de bens, contrariamente ao que se sustentou por parte da ré, que alegou isso inclusive em contranotificação (págs. 3484/3490).

Verifica-se um breve lapso temporal em três atos praticados quando da partilha referida.

A petição inicial da partilha, subscrita pelo ex-marido, é datada de 12.06.2019 (págs. 3439/3453).

No dia 10.10.2019 (certamente após a citação), a sociedade autora encaminhou à requerida, através de e-mail, um instrumento de mandato para representação na partilha (págs. 3422/3423). Não foi assinada, mas ela apenas é o instrumento do mandato e não constitui requisito essencial para a contratação, pois esta a antecedeu (págs. 28/30).

O acordo que a ré celebrou naqueles autos da ação de partilha é datado de 17.10.2019 (págs. 3454/3455).

A linha do tempo de tais atos e manifestações indica acerto na tese da autora. Um acordo diretamente com a outra parte e com nova representação, e sem prévia dissolução do vínculo contratual consigo, deixou-a sem possibilidade de atuação e, destacadamente, sem receber.

Em resposta, a requerida sustenta que não houve adequado cumprimento do contrato. Questiona o emprego de medidas adotadas e pretende ver configurada alguma negligência na prestação de serviços.

Tudo indica que são inovações antes não aventadas. Neste ponto, merece relevo apontar o total silêncio da ré até antes de ser provocada. Se havia algum problema na prestação dos serviços, haveria de ter buscado a solução ou a resilição contratual antes da nova outorga de mandato e da celebração da transação.

Após tudo ocorrer, e ter sido notificada (págs. 3478/3483), a requerida encaminhou uma contranotificação (págs. 3484/3490 – datada de 28.01.2020, cerca de dois meses depois do acordo celebrado sem a representação da autora), quando registrou que após analisar os fatos, decidiu não contestar a partilha (pág. 3487).

Destarte, entende-se que o silêncio da ré perante a autora durante a vigência do contrato entre elas, e a transação tal qual foi celebrada, configura autêntica deslealdade com os profissionais que a assistiram até então, cuja prestação de serviços jurídicos está bem caracterizada com a farta documentação encartada aos autos" (fls. 3845/3846).

Acesso ao Sumário

Com efeito, a alegada negligência dos profissionais da autora, tão propalada pela apelante nas razões recursais, não foi apontada pela ré na vigência do contrato ou mesmo após ser notificada pela sociedade autora sobre a ausência de pagamento pelos serviços advocatícios prestados (fls. 3478/3483).

Realmente, a contranotificação extrajudicial de fls. 3484/3487 nada trata da indigitada perda de prazo processual pelos advogados da autora para ajuizamento de ação de partilha de bens em nome da ré.

Nesse contexto, parece crível o argumento fornecido pela autora para justificar o não ajuizamento tempestivo da ação de partilha de bens em nome da ré:

> "A recorrida deseja ressaltar que quando a recorrente Maria Iride e seu filho João Vitor, passaram a receber os alimentos provisórios no importe de 12 (doze) salários mínimos mensais, vigentes até a realização da partilha, entenderam por bem, em postergar para oportunamente, à distribuição da ação de partilha dos bens, justificado à difícil situação sócio econômica financeira da requerida; sendo certo que a recorrente, após analisar a parte técnica da questão, entendeu que realmente era vantajoso para os mesmos o não ajuizamento da ação de partilha naquele momento, pois, assim a recorrente e seu filho continuariam recebendo o valor dos alimentos fixados, mesmo porque, os bens encontravam-se arrolados e em discussão nos autos da Medida Cautelar, e "em tese" estavam assegurados.
>
> Portanto, a recorrente, além de não cumprir o convencionado com a recorrida, em relação ao pagamento dos honorários advocatícios, tenta atacar o modus operandi utilizado pela sociedade recorrida, com o principal objetivo de esquivar-se do cumprimento de sua obrigação de pagamento, sendo muito evidente, como já exposto, que a recorrida não possuía qualquer interesse em postergar a propositura da Ação de Partilha vez que só haveria proveito econômico com o final desta, portanto, mesmo que a presente demanda não se trate de discussão desta ação, salienta-se que não houve o ajuizamento a pedido da recorrente, inclusive, se fosse realmente de seu interesse a propositura da ação, a mesma teria renunciado aos serviços advocatícios e utilizaria dos serviços jurídicos de seu filho advogado que trabalha na mesma banca de advogados de seu genitor e que realizaram o acordo amigavelmente, de má- fé, como reconhecido pela r. sentença: (fls.3845/3846)" (fls. 3921).

Ademais, a prova pericial produzida nos autos (fls. 3698/3728 e 3786/3794), que foi conduzida por profissional da advocacia, confirmou a ausência de qualquer elemento apto a desabonar a conduta profissional dos advogados da autora:

> "E no presente caso, a atuação atendeu à técnica e diligência habi-

Acesso ao Sumário

tual, não havendo nenhum fator que desabone a conduta profissional do requerente. Inclusive, é irrelevante existir ou não condenação em sucumbência no arrolamento, pois se trata de risco natural que toda parte que se submete ao processo judicial está sujeita. Diferente seria se houvesse litigância de má-fé ou até mesmo abandono de causa, o que não houve neste caso" (fls. 3723).

Inclusive, o perito reforçou a importância do trabalho desenvolvimento pelos advogados da autora nos autos da ação de arrolamento de bens para a resolução da lide que a ré tinha com seu ex-cônjuge: "O desfecho pacífico da ação autônoma de partilha, contudo, é a conclusão de 4 anos de disputa promovido nos autos do arrolamento de bens, com a inclusão de novos bens, pesquisas judiciais, diligências extrajudiciais, e medidas de constrição que influenciaram na fixação do monte e deslocamento de interesses, criando novas zonas de possível acordo. Por essa razão, entendo que a atuação profissional no arrolamento é parte da partilha, sendo irrelevante em razão da instrumentalidade das formas se a partilha ocorreu nos mesmos autos do arrolamento ou em autos apartados. Enfim, de todo o reflexo patrimonial da ação de divórcio, observa-se que o requerente somente não ultimou a partilha, mas, conduziu toda litigiosidade nos autos de arrolamento, o que possibilitou a partilha dos bens sem novos litígios. Mais a mais, destaque-se que o contrato de serviços advocatícios é contrato em que o advogado se compromete a realizar todos os atos indispensáveis na defesa dos interesses do cliente. Dessa forma, independentemente do resultado, o que se avalia nessa prestação de serviço é a forma como o profissional atuou no curso da relação contratual. Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves assevera que não importa o êxito, e sim a conduta diligente normal na condução da causa: 'Tendo em vista que o advogado não se obriga a obter ganho de causa para o seu constituinte, fará ele jus aos honorários advocatícios, que representam a contraprestação de um serviço profissional, ainda que não obtenha êxito, se agir corretamente, com diligência normal na condução da causa' (GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro: teoria geral das obrigações. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 191)" (fls. 3722/3723).

Nesse aspecto, de rigor notar, ainda, que não se desconhece que o juiz não está adstrito ao laudo pericial e, na forma do artigo 479 do Código de Processo Civil, pode indicar na sentença os motivos que o levaram a deixar de considerar as conclusões do laudo. Entretanto, como bem adverte a doutrina, "se a prova pericial foi produzida, pressupõe-se a existência de uma controvérsia cuja solução extrapolava os limites da área de conhecimento própria de um juiz, motivo pelo qual é inaceitável que a prova pericial seja simplesmente descartada, desconsiderada, sem que se resolva a controvérsia que justificou a prova técnica ou, pior, dando o julgador solução própria à questão" (Marcelo Octaviano Diniz Junqueira, 'in' Silas Silva Santos, Fernando Antonio Maia da Cunha, Milton

Paulo de Carvalho Filho e Antonio Rigolin [coord.], "Comentários ao Código de Processo Civil: perspectivas da magistratura", São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 508).

Nessa toada, verifico não haver nos autos elementos suficientes que permitam infirmar o trabalho realizado pelo perito isento, imparcial e especializado.

Vale dizer, ainda que o magistrado não esteja vinculado às conclusões expostas no laudo pericial, não vejo razão nenhuma, no caso dos autos, para deixar de adotá-las.

De fato, a avaliação pericial foi adequadamente elaborada, observando todos os aspectos fáticos e legais e trazendo fundamentação clara e suficiente o bastante para ensejar a resolução da demanda.

Por fim, quanto à forma de arbitramento adotada pelo juízo de primeiro grau, importante se mostra consignar que, ao contrário do que uma leitura isolada e literal da lei pode dar a entender, a Tabela de Honorários da OAB não passa de mero indicativo administrativo, razão pela qual "a jurisprudência desta Corte entende que os valores recomendados pela entidade profissional não vinculam o juiz, pois possuem caráter informativo, servindo como parâmetro para o arbitramento dos honorários" (STJ, AgRg-REsp n. 664.050-RS, 4ª Turma, j. 14-05-2013, rel. Des. Antonio Carlos Ferreira).

Em outras palavras, o arbitramento judicial não está de nenhuma forma adstrito aos valores sugeridos na Tabela de Honorários da OAB, não representando um limite máximo ou mínimo à atividade própria do Poder Judiciário.

Nas razões recursais, a ré não impugna especificamente a forma de arbitramento dos honorários advocatícios contratuais adotada na sentença. Diante de tal fato, aliado aos serviços prestados pela autora, aos resultados alcançados e ao tempo exigido para tanto, o critério de arbitramento deve ser mantido, porquanto observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Posto isso, **nego provimento** ao recurso. Sem prejuízo, na forma do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, **majoro** os honorários advocatícios sucumbenciais arbitrados em favor da parte apelada para **12%** sobre o valor da condenação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000403-50.2021.8.26.0281, da Comarca de Itatiba, em que é apelante NOENICE MOREIRA e apelado ANDERSON BELEM LOUREIRO.

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 36829)**

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

São Paulo, 20 de julho de 2023.

GRAVA BRAZIL, Relator

Ementa: Apelação. Ação de exigir contas. Extinção sem resolução do mérito, por falta de interesse de agir. Inconformismo. Não acolhimento. Ausência de cerceamento de defesa e sentença que não é *infra petita* . Autora também era sócia administradora e tinha acesso às informações da sociedade. Sendo assim, não tem, nos termos do art. 1.020, do CC, direito a exigir contas do outro sócio administrador. Jurisprudência assentada das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial deste E. Tribunal. Sentença escorreita. Manutenção por seus próprios fundamentos, conforme autorização do art. 252, do Regimento Interno, deste E. Tribunal. Ação de exigir contas não se confunde com ação indenizatória por ato ilícito, que é o que realmente pretende a autora. Manifesta inadequação da via eleita. Sentença confirmada. Recurso desprovido.

VOTO

1. Trata-se de sentença que, em ação de exigir contas, proposta por Neonice Moreira contra Anderson Belém Loureiro, julgou o feito extinto, sem resolução do mérito, por falta de interesse de agir (art. 485, VI, do CPC). Confira-se a fls. 179/181.

Inconformada, recorre a autora (fls. 184/199).

Em resumo, insiste que o réu tem obrigação de lhe prestar contas. Alega que ele fez retiradas absurdas da conta da sociedade de que ambos eram sócios, muito superiores ao montante de seu pró-labore, sem sua autorização, sem prestar contas da destinação dada aos valores, sem anotação ou informação na declaração dele de imposto de renda. Alega violação à cl. 7ª do contrato social, segundo a qual "é vedado assumir obrigações seja em favor próprio ou de terceiros, bem como alienar bens imóveis da sociedade sem autorização do outro sócio", e ao art. 1.017, do CC. Sustenta que ele teria auferido vantagens

Acesso ao Sumário

ilícitas, em seu prejuízo (da autora), da ordem de R$ 387.524,00.

Argumenta que o art. 1.020, do CC, invocado na sentença, ampara o pedido, diversamente do que entendeu o juízo sentenciante. Invoca, também, os arts. 186, 187, 927, 884 e 422, do CC, e os Enunciados n. 24 e 37, das Jornadas de Direito Civil do CJF.

Sustenta que teve "um relacionamento conturbado, violento, etc, com o apelado entre janeiro de 2005 até dezembro de 2016", e que não era realmente sócia da empresa, apenas "foi colocada", em 2017, porque havia emprestado valores altos para o réu, para investimento na atividade empresarial. Alega que nunca retirou pró-labore, era sócia administradora apenas "no papel", e somente começou a frequentar a empresa quando percebeu que o réu a estava falindo. Alega má-fé do réu. Diz que o juízo de primeiro grau foi omisso sobre suas alegações. Colaciona julgados.

Alega, ainda, cerceamento de defesa. Diz que formulou pedido de produção de provas na inicial e, novamente, a fls. 134/135, e que o juízo de primeiro grau sequer o enfrentou. Alega que a produção das provas requeridas é fundamental.

Ao final, requer o provimento do recurso, para: (i) anular a sentença, por ser *infra petita* e por cerceamento de defesa; (ii) se não anulada, a reforma da sentença, para condenar o réu a prestar contas, nos termos do art. 550, do CPC; e (iii) seja reformada a sentença, ainda, no que tange à sucumbência.

O preparo não foi recolhido, em razão da gratuidade (fls. 94/95).

O recurso foi contrarrazoado (fls. 204/206).

É o relatório, adotado, quanto ao mais, o da sentença apelada.

2. O inconformismo não prospera.

A sentença extintiva da ação de exigir contas foi assim fundamentada:

"A preliminar de falta de interesse de agir deve ser acolhida.

Com efeito, nos termos do artigo 1.020 do Código Civil, os administradores são obrigados a prestar aos sócios contas justificadas de sua administração, e apresentar-lhes o inventário anualmente, bem como o balanço patrimonial e o de resultado econômico.

Pois bem.

Consta no documento de fls. 28/31, que tanto a autora quanto o réu são sócios administradores da pessoa jurídica Moreira & Loureiro Móveis Especiais Ltda. e ambos possuem amplos poderes para prática de qualquer ato de interesse da sociedade empresária em questão.

Neste caso, o dever de prestar contas é recíproco, não havendo como se impor a um deles a obrigação de prestar contas em relação ao outro. Para que isso fosse cabível, seria necessária a demonstração firme de que o administrador estava impedido de exercer a função ou de ter

Acesso ao Sumário

acesso às informações da sociedade por circunstâncias alheias a sua vontade, o que não se verifica nos autos.

Ao revés, os extratos de fls. 46/77 demonstram que ela [autora] possui acesso à movimentação financeira da pessoa jurídica, não havendo mesmo interesse de agir.

Nesse sentido:

Apelação – Ação de exigir contas – Primeira fase – Sentença que julgou improcedente o feito – Insurgência do autor – PRELIMINARES (...) Primeira fase da prestação de contas que visa a apurar se existe ou não a obrigação de prestar contas – Ação de exigir contas que serve para se verificar a consistência de receitas e despesas – Administração que era partilhada por ambos os sócios – Ao sócio que partilha a administração, em regra, não cabe exigir contas de outro sócio administrador – Inexiste, no caso, um dever recíproco de prestar contas entre apelante e apelado, mas um dever comum de prestar contas – Somente em casos excepcionais e em decorrência de especificidades contidas em cláusulas do contrato social é que um sócio administrador poderá solicitar a prestação compulsória de um outro administrador – Impossibilidade de se requerer, portanto, a prestação de contas nos termos do artigo 1.020 do Código Civil – Patente falta de interesse processual em sua vertente 'interesse-necessidade' – Caso em que se deveria julgar o presente feito extinto sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, inciso VI, do CPC de 2015 – Sentença reformada – Teor da sentença alterado – Recurso desprovido, ação julgada extinta sem resolução do mérito. (Apelação nº 1021792-53.2018.8.26.0554, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Jane Franco Martins, j. em 27/09/2021).

Ação de exigir contas – Primeira fase – Improcedente – Inconformismo – Entendimento deste E. Tribunal de que a prestação de contas entre sócios-administradores só é possível em casos excepcionais – Autor que, na qualidade de sócio-administrador, poderia ter fiscalizado com profundidade as contas e documentos da sociedade – Viagem ou residência no exterior não caracterizam impedimento excepcional para o exercício da administração – Autor não esclareceu adequadamente o contexto do e-mail a fls. 47, no qual ele próprio afirma ter acesso à documentação da empresa – Interesse processual e titularidade do direito de exigir contas não estão presentes no caso – Não acolhimento – Decisão mantida – Recurso desprovido. (Apelação nº 1020496–17.2016.8.26.0602, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Grava Brazil, j. em 24/05/2018).

Ante o exposto, julgo EXTINTO o feito, sem exame de mérito, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil."

O *decisum* é escorreito e merece ser mantido por seus próprios fundamentos, como autoriza o art. 252, do Regimento Interno, deste E. Tribunal de Justiça. Desnecessário repetir os já precisos fundamentos lançados na decisão

Acesso ao Sumário

de primeiro grau, que está em consonância com a jurisprudência assentada das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial deste E. Tribunal em casos similares (i.e., em que o autor também é sócio administrador, nos termos do contrato social, e tem acesso às informações da sociedade, como a própria apelante, com os extratos bancários acostados à inicial, comprovou ter).

Convém esclarecer que o i. juízo *a quo* não foi omisso quanto às alegações da apelante de que o apelado teria desviado recursos da sociedade, em violação ao contrato social e à lei. Essas alegações não foram apreciadas porque irrelevantes para o julgamento de ação de exigir contas, ante a fundamentação esposada na sentença.

Outrossim, a alegação de que a sentença seria *infra petita* é manifestamente equivocada. Isso somente ocorre quando se deixa de decidir sobre algum dos pedidos formulados pela parte. Isso claramente não ocorreu no caso.

A apelante se valeu de via processual inadequada. Se o apelado agiu ilegalmente, ao transferir recursos da sociedade para sua conta pessoal, como alega a apelante, inclusive invocando, entre outros, os arts. 1.017, 186 e 927, do CC, caberia, em tese, e observado o prazo prescricional aplicável, ação visando à reparação pelo ilícito praticado, em benefício de quem tenha sofrido dano direto em decorrência da alegada conduta ilícita. Ação de exigir contas tem hipótese restrita de cabimento (não atendida no caso, como bem exposto e decidido na sentença) e não se confunde com ação indenizatória.

Ante o exposto, resta evidente a ausência de cerceamento de defesa, pois não eram necessárias outras provas para o julgamento da ação de exigir contas. O juiz é o destinatário da prova e, sendo desnecessárias as que a parte requerer, cabe-lhe indeferi-las (art. 370, par. ún., CPC). Isso se extrai claramente da sentença, haja vista o entendimento de ausência de interesse de agir, na modalidade adequação.

Não bastasse isso, a prova requerida < "pericial nos celulares das partes, e-mail, redes sociais como Facebook, Instagram, Whatsapp" e oral > é totalmente incompatível com o procedimento especial da ação de exigir contas. Aliás, o pedido de produção de provas feito pela apelante é mais uma evidência, claríssima, da inadequação da via eleita para buscar o que entende de direito.

É o que basta para confirmar a sentença.

Ante o desprovimento do recurso, majoram-se os honorários fixados na sentença para 12% (doze por cento) sobre o valor da causa atualizado.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003055-70.2021.8.26.0659, da Comarca de Vinhedo, em que é apelante/apelado BANCO BRADESCO S/A, é apelado/apelante JOÃO FELÍCIO FERREIRA QUIRINO SILVA.

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 do autor e deram provimento ao recurso do réu. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 54943 CBS)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LÍGIA ARAÚJO BISOGNI (Presidente sem voto), TAVARES DE ALMEIDA e EMÍLIO MIGLIANO NETO.

São Paulo, 21 de julho de 2023.

VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR, Relator

Ementa: Ação declaratória de ilegalidade de retenção de salário c.c. obrigação de fazer e pedido de dano moral. Sentença de parcial procedência. Reconhecida a impossibilidade de desconto em conta salário e determinada a devolução do valor descontado. Inconformismo do autor e do réu. Empréstimo com desconto em conta corrente. Retenção do valor da parcela da conta salário. Possibilidade. Questão discutida quando do julgamento do agravo de instrumento interposto. Correntista que um mês após o primeiro desconto realizou a portabilidade do salário para instituição diversa sem deixar saldo suficiente para desconto das parcelas estabelecidas. Atitude maliciosa do autor que pretende burlar o pagamento do empréstimo. Verba salarial que deve ser utilizada para pagamento dos compromissos assumidos pelo devedor, sob pena de se tutelar a inadimplência e de impedir a satisfação do crédito. Sentença reformada. Alteração dos honorários. Recurso do réu provido, desprovido o do autor.

Acesso ao Sumário

VOTO

João Felício Ferreira Quirino Silva ajuizou ação declaratória de ilegalidade de retenção de salário c.c. obrigação de fazer e pedido de indenização por

dano moral contra Banco Bradesco S/A. O d. Juízo "a quo" julgou parcialmente procedente a ação para reconhecer a impossibilidade de desconto das parcelas do empréstimo da conta salário do autor e determinar a devolução do valor descontado [fls. 230/236]. Inconformados, autor e réu apelaram. O autor busca a condenação do réu ao dano moral suportado, bem como a majoração dos honorários sucumbenciais fixados em quantia irrisória [fls. 254/267]. O réu, por sua vez, busca a improcedência do feito, sustentando a regularidade da cobrança [fls. 239/246]. Recursos processados com apresentação de contrarrazões de apelação [fls. 273/278 e 279/290].

É o relatório.

O recurso do réu é provido, desprovido o do autor.

Explica-se.

Trata-se de ação declaratória c.c. obrigação de fazer e pedido de dano moral intentada pelo autor, correntista do banco réu, sustentando a ocorrência de retenção indevida de valores em sua conta salário pela instituição financeira.

Alega que realizou contrato de empréstimo pessoal junto ao banco réu com previsão de desconto de parcela no valor de R$1.219,03 em conta corrente. Afirma que realizou a portabilidade de salário para instituição financeira diversa, contudo, o requerido passou a reter indevidamente o valor da parcela dos seus vencimentos.

Adveio sentença de parcial procedência, ficando reconhecida a impossibilidade de retenção do valor da conta salário do autor, dado que não houve autorização expressa do correntista para tanto.

Inconformados, autor e réu apelaram. O autor busca a condenação ao dano moral e o réu a total improcedência da ação.

Pois bem, respeitada a convicção firmada pelo d. Juízo de piso, não há ilegalidade a ser reconhecida na cobrança em questão.

Ora, como já salientado por esta relatoria, quando do julgamento do agravo de instrumento nº 2294012-56.2021.8.26.0000, o autor, "*[...] embora ciente da existência de empréstimo e financiamento, os quais já comprometiam valor elevado de seu salário, efetivou novo empréstimo bancário com parcela de aproximadamente R$1.200,00 e agora busca se abster do pagamento de dívida que contraiu por sua livre manifestação de vontade, o que não se pode admitir.*

Ademais, ressalta-se que o STJ já dá sinais de ser possível a penhora do ganho mensal do agravante, como se vê do julgado abaixo transcrito:

"*AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1906957 – SP (2020/0306526-1) RELATOR: MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE AGRAVANTE: J P E G ADVOGADO: JOSÉ DE CARVALHO MELO NETO – CE015198 AGRAVADO: E C C N A S ADVOGADOS: CARLOS EDUARDO LEME ROMEIRO –*

Acesso ao Sumário

SP138927 FRANCISCO ARTHUR DE SIQUEIRA MUNIZ – PE030190 MARIANNA MOREIRA ALVES DE VASCONCELOS – PE043539 INTERES.: C N C DE I L INTERES.: R C P DA C E ADVOGADO: MARIANNA MOREIRA ALVES DE VASCONCELOS – PE043539 EMENTA AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PENHORA DE PERCENTUAL DE SALÁRIO. DÍVIDA DE NATUREZA NÃO ALIMENTAR. RELATIVIZAÇÃO DA REGRA DA IMPENHORABILIDADE. PRECEDENTES. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 7 E 83/STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. De acordo com o entendimento da Corte Especial do STJ, a regra geral de impenhorabilidade de salários (art. 649, IV, do CPC/1973; art. 833, IV, do CPC/2015) pode ser excepcionada, ainda que para fins de satisfação de crédito não alimentar, desde que haja manutenção de percentual dessa verba capaz de guarnecer a dignidade do devedor e sua família. 2. [...]. 3. Agravo interno desprovido. ACÓRDÃO Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nancy Andrighi, Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva e Moura Ribeiro votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 22 de março de 2021. MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator."

Da análise do documento de fl. 37 vê-se que seus rendimentos líquidos perfazem importância superior a R$16.000,00, sendo que a retenção da parcela do empréstimo contraído não se mostra suficiente para causar danos à sua subsistência e de sua família."

E, tal decisão deve ser mantida.

Não há dúvidas acerca do empréstimo realizado junto à instituição financeira requerida, vez que o próprio autor confirma sua existência. Se limita a sustentar que a autorização para débito em conta não abarca a conta em que recebe seus proventos.

Ora, o recorrente deve ser educado para aprender a pagar o que, licitamente, deve, não podendo o judiciário se mostrar conivente com o inadimplemento imotivado da parte que contratou empréstimo ciente de todas as suas responsabilidades financeiras."

Acrescenta-se ao quanto já decidido anteriormente que não se pode compactuar com a atitude do requerente, que realizou empréstimo de valor considerável junto à instituição financeira com previsão de desconto em conta corrente, mas pretende de forma maliciosa o inadimplemento contratual, realizando a portabilidade do salário para instituição diversa, sem deixar saldo disponível para a quitação das parcelas estabelecidas.

Acesso ao Sumário

O requerente se apega a questão sem importância para tentar burlar o pagamento do valor que deve, até porque procedeu à portabilidade do salário apenas um mês após o pagamento da primeira parcela do empréstimo.

Assim, não há que se impossibilitar a cobrança do valor, inclusive, porque, como dito, o salário do requerente supera a importância de R$16.000,00 e, ainda que não se trate de dívida de natureza alimentar, entende-se que a verba salarial também deve ser parcialmente destinada ao pagamento dos compromissos assumidos pelo devedor, sob pena de se tutelar a inadimplência e de impedir a satisfação do crédito.

Nesse sentido e porquanto legal a atitude da instituição financeira, inexiste o dano moral pretendido.

Por tais fundamentos, reforma-se a r. sentença proferida, para julgar improcedente a ação.

Com a reforma do julgado, altera-se a sucumbência, ficando o autor condenado ao pagamento das custas e despesas processuais, assim como honorários advocatícios fixados em 10% do valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, §§2º e 11, do CPC.

Para fins de prequestionamento, enfatiza-se que toda matéria devolvida no apelo se encontra prequestionada, com a ressalva de que o juiz não está obrigado a mencionar expressamente todos os pontos suscitados pelas partes, tampouco a citar as normas aventadas, bastando que o recurso tenha sido fundamentadamente apreciado.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso do autor e dá-se provimento ao recurso do réu.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005455-33.2016.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que são apelantes ALBERTO SARAIVA JUNIOR, TEREZA DA SILVA SARAIVA e NILTON SILVA SARAIVA, é apelado BANCO DO BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, com determinação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 201.129)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO BATISTA VILHENA (Presidente), LUÍS H. B. FRANZÉ e SOUZA LOPES.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 5 de julho de 2023.
JOÃO BATISTA VILHENA, Relator

Ementa: APELAÇÃO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – EXPURGOS INFLACIONÁRIOS – EXECUÇÃO INDIVIDUAL – Prescrição – Inocorrência – Prescrição intercorrente pressupõe a suspensão do processo em razão da não localização do executado ou da inexistência de bens penhoráveis, o que não ocorreu no caso concreto – Devedor está participando regularmente do processo e já foi citado há anos – Apelado é instituição financeira, cabe ao juízo determinar a penhora do montante necessário para quitar a dívida executada, considerando a solvência do recorrido, que possui patrimônio mais do que suficiente para arcar com os ônus da execução – Sentença anulada. Recurso provido, com determinação.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a sentença que reconheceu a ocorrência de prescrição intercorrente e julgou extinto o processo, nos termos do art. 487, inc. II, do Código de Processo Civil.

Insurge-se o exequente, pugnando pela reforma do r. decisum. Em suas razões recursais, argumenta, especialmente, descabimento do reconhecimento da prescrição intercorrente, pois o processo nunca ficou parado por mais de seis meses; também nunca ter sido paralisado por falta de bens, ao contrário, há, inclusive, nos autos depósito de quantia elevada.

É O RELATÓRIO.

Tem razão o apelante.

Em que pese a conclusão apontada na sentença, não se vê ocorrida, na espécie, prescrição intercorrente.

Aliás, bastariam as diversas explicitações constantes da decisão atacada para chegar-se a resultado diverso do naquela apontado, uma vez que para que haja a prescrição intercorrente, antes de mais nada, deve o processo passar por período de suspensão quanto ao seu andamento, suspensão esta que acontece automaticamente, porém, da ciência do exequente quer da não localização do executado, quer da inexistência de bens penhoráveis.

Ora, se assim é, e deste modo se fez constar na sentença, no caso concreto o devedor é o apelado que está a participar regularmente do processo e já foi

citado há anos.

De outro lado, sendo o apelado instituição financeira, não havendo eventualmente pagamento da dívida após sua regular intimação para tanto, cabe simplesmente ao juízo determinar haja a penhora do montante necessário para a quitação da dívida excutida, e é claro que a solvência do recorrido é indiscutível, quer dizer, tem patrimônio mais do que suficiente para enfrentar a execução, responder efetivamente pelos ônus decorrentes da mesma.

Isto é o quanto basta para atender-se ao reclamo recursal, cabendo aqui a anulação da sentença e permitir-se o desenvolvimento do processo até a ultimação da execução.

Nestes termos, **DOU PROVIMENTO** ao recurso, com determinação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1008223-46.2022.8.26.0068, da Comarca de Barueri, em que são apelantes LEANDRO GUILHERME VOLANICK e BRUNO POTRICH, é apelado AZUL LINHAS AÉREAS BRASILEIRAS S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 5228)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS ABRÃO (Presidente) e THIAGO DE SIQUEIRA.

São Paulo, 6 de julho de 2023.

CÉSAR ZALAF, Relator

Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO NACIONAL. ATRASO DE 6 HORAS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DOS AUTORES QUE PRETENDEM FIXAÇÃO DE DANOS MORAIS, O QUE NÃO VINGA, DADO QUE O CANCELAMENTO DO VOO PROGRAMADO OCORREU DEVIDO ÀS *CONDIÇÕES* METEOROLÓGICAS DESFAVORÁVEIS NA CIDADE DE EMBARQUE E QUE FORAM DEVIDAMENTE COMPROVADAS PELA RÉ. MOTIVO DE FORÇA

Acesso ao Sumário

MAIOR QUE AFASTA A RESPONSABILIDADE DO TRANSPORTADOR. PRECEDENTES DESTA E. CÂMARA. DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra r. sentença de fls. 134/138 que julgou improcedentes os pedidos formulados em ação indenizatória proposta por **LEONARDO GUILHERME VOLANICK E BRUNO POTRICH** contra **AZUL LINHAS AÉREAS BRASILEIRAS S.A.**, condenando os Autores em custas, despesas e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa.

Inconformados, apelam os Autores com vistas à indenização por danos morais de R$ 4.000,00 para cada um, pois afirmam que não foram avisados em tempo sobre o cancelamento, a Ré disponibilizou voo cujo embarque era em outro local diverso de onde se encontravam e chegaram ao destino com 6 horas de atraso, perdendo compromissos de trabalho.

Recurso tempestivo e com recolhimento de custas às fls. 153/154 e complementado às fls. 189/190. Contrarrazões pelo improvimento. Não há oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Não há questões que impeçam o conhecimento deste recurso, que, quanto ao seu objeto, não merece ser provido.

Trata-se na origem de ação indenizatória por meio da qual os Autores sustentaram a ocorrência de danos morais decorrentes de falha na prestação de serviço de transporte aéreo pela Ré, cujo relatório da r. sentença adoto para melhor compreensão da causa: "*LEANDRO GUILHERME VOLANICK e BRUNO POTRICH ajuizaram a presente ação indenizatória por danos em face de AZUL LINHAS AÉREAS BRASILEIRAS S.A., relatando os transtornos enfrentados em voo operado pela ré com partida de Cascavel, conexão em Campinas e destino a Porto Alegre no dia 04 de abril de 2022. Descreveram que na data do voo, dirigiram-se ao aeroporto de origem com a antecedência necessária quando foram surpreendidos com a notícia de cancelamento de seu voo, o que acarretou perda da conexão seguinte. No intuito de solucionarem o caso, após tratativas de negociação e tentativa de obtenção de informações acerca do cancelamento, sem sucesso, foram realocados noutros voos, com alteração de itinerário, chegando ao seu destino com um atraso de aproximadamente 6 horas. Noticiaram o descaso da ré com os passageiros do voo, bem como os prejuízos financeiros e psicológicos que enfrentaram devido à prestação de serviços de má qualida-*

de. Neste cenário, almejou o recebimento da indenização pelos danos morais experimentados no valor de R$ 4.000,00 para cada um dos autores. Pleitearam o julgamento do feito com base no Código de Defesa do Consumidor, fundamentando sua pretensão na responsabilidade objetiva da ré no caso em apreço. Sobreveio sentença de improcedência.

O entendimento adotado pela douta sentenciante deve ser mantido. Explico.

O voo inicialmente contratado pelos Autores, tinha como embarque a cidade de Cascavel às 11h10 do dia 04/04/22, com conexão na cidade Campinas e desembarque em Porto Alegre às 17h55. Após o cancelamento, os Autores embarcaram da cidade de Foz do Iguaçu às 19h40 do mesmo dia, com conexão na cidade de Campinas e desembarque no destino às 00h20.

De fato, o mero atraso não acarreta dano moral presumido, ou seja, a parte precisa descrever fatos que possam ensejar a reparação. Com efeito, o Colendo STJ condicionou o acolhimento de pedido indenizatório em casos de atraso de voo, estabelecendo alguns parâmetros: a) averiguação acerca do tempo que se deu para a solução do problema, ou seja, a real duração do atraso; b) se a companhia aérea ofertou alternativas para melhor atender aos passageiros e c) se foram prestadas informações a tempo e de forma clara aos passageiros, a fim de amenizar desconfortos; d) se foi oferecido suporte material, quando o atraso for considerável e e) se o passageiro, devido ao atraso na aeronave, acabou por perder compromisso inadiável no destino, entre outros (RESP 1584465/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 13/11/2018).

Em relação à escusa por parte da companhia aérea para cancelar o voo (condições meteorológicas), foi devidamente comprovada, consoante trecho da r. sentença que agora destaco:

> *A ré não negou o cancelamento do voo com destino a Campinas e a reacomodação do autor em novos voos, mas comprovou a alegação de que o cancelamento do voo se deu por razões meteorológicos na data prevista para o voo (04/04/2022), fato este que foi averiguado por este juízo através da rede mundial de computadores, onde se verificou que o referido voo foi cancelado porque o Aeroporto de origem se encontrava abaixo dos limites. Com efeito, em que pese o articulado pelos autores, restou incontroverso nos autos que o atraso no voo e cancelamento ocorreram em razão de problemas climáticos, fugindo do limite de atuação da empresa ré. Ademais, não obstante a responsabilidade do transportador seja objetiva, tem ele o dever de executar o contrato de transporte com segurança ao passageiro. Assim, agiu com responsabilidade, atuando de acordo com as orientações da ANAC e visando a segurança do passageiro/consumidor. Como se vê, a conduta da ré não sustenta violação de*

Acesso ao Sumário

direito íntimo, não havendo responsabilidade no evento, mesmo porque, quem se submete à viagem aérea tem pleno conhecimento dos riscos de atraso por problemas ambientais que foge à esfera de atuação do transportador. Assim, dada a ocorrência de evento da natureza (força maior), necessário se mostra reconhecer a exclusão da responsabilidade da ré pelo atraso no voo, mormente considerando que ante a dinâmica dos fatos relatados, a companhia aérea tomou as medidas necessárias para minimização dos danos ao passageiro, em conformidade com as exigências previstas na Resolução nº 141 da ANAC. Cumpre anotar que em nova consulta a rede mundial de computadores, verifiquei que os autores, embora tenha ocorrido mudança de itinerário, foram reacomodados no primeiro voo disponível para o destino contratado. Desta forma, ausente o ato ilícito, não se há que falar em dever de reparação pelos transtornos experimentados pelos autores que foram minimizados pela ré.

Neste compasso, nos termos do artigo 734 do Código Civil[1], não há que se falar em dever de indenizar, ante a ocorrência de força maior, excluindo a responsabilidade da Ré, uma vez que restou provado satisfatoriamente que os motivos de cancelamento do voo foram as condições meteorológicas na cidade de embarque (Cascavel), fls. 63/64 (consulta voos cancelados ANAC e relatório METAR).

Nesta intelecção, já se decidiu esta E. Câmara:

APELAÇÃO CÍVEL. Ação de indenização por danos morais. Transporte aéreo nacional. Sentença de Improcedência. Inconformismo da Autora. Cancelamento de voo por condições climáticas adversas devidamente comprovadas pela Companhia Aérea Ré. Caracterização de força maior. Evento imprevisível e inevitável. Excludente de responsabilidade. Devido fornecimento de assistência material. Hospedagem e refeição. Realocação em outro voo. Danos morais não configurados. Mero aborrecimento. Precedente desta Colenda Câmara. Verba honorária recursal. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1016226-87.2022.8.26.0068; Relator (a): Penna Machado; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Privado; Foro de Barueri – 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/06/2023; Data de Registro: 28/06/2023)

Apelação – Responsabilidade civil – Ação de obrigação de fazer, cumulada com pedido de indenização por danos morais – Improcedência – Transporte aéreo – Cancelamento de voo – Responsabilidade da ré não configurada – Alegação da companhia aérea no sentido de que o cancelamento ocorreu devido às condições meteorológicas desfavoráveis na cidade de embarque – Motivo de força maior que afasta a respon-

Acesso ao Sumário

1 "Art. 734. O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade.

sabilidade do transportador – Danos morais não configurados – Mero aborrecimento – Sentença mantida – Fixação de honorários recursais nos termos do art. 85, § 11º, do CPC/15 – Recurso improvido. (TJSP; Apelação Cível 1020939-09.2022.8.26.0003; Relator (a): Thiago de Siqueira; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional III – Jabaquara – 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 16/03/2023; Data de Registro: 16/03/2023)

APELAÇÃO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA – RECURSO – TRANSPORTE AÉREO REGIONAL – ATRASO EM VOO – CANCELAMENTO EM RAZÃO DE CONDIÇÕES CLIMÁTICAS ADVERSAS – FORÇA MAIOR – DADOS DO METAR – IDONEIDADE – ALEGAÇÃO GENÉRICA DE QUE NÃO FORA PRESTADA ASSISTÊNCIA MATERIAL – ACORDO EXTRAJUDICIAL REALIZADO ENTRE AS PARTES – DESCUMPRIMENTO NÃO COMPROVADO – DANO MORAL INDENIZÁVEL NÃO CARACTERIZADO – RECURSO DESPROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1020378-82.2022.8.26.0003; Relator (a): Carlos Abrão; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional III – Jabaquara – 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 14/03/2023; Data de Registro: 14/03/2023)

Não fosse suficiente, a Ré cumpriu as determinações da Resolução nº 400 da ANAC, quando realocou os Autores em outro voo para o mesmo dia, porém em horário diverso:

Art. 12. As alterações realizadas de forma programada pelo transportador, em especial quanto ao horário e itinerário originalmente contratados, deverão ser informadas aos passageiros com antecedência mínima de 72 (setenta e duas) horas. § 2º Caso o passageiro compareça ao aeroporto em decorrência de falha na prestação da informação, o transportador deverá oferecer assistência material, ***bem como as seguintes alternativas à escolha do passageiro:***

I - reacomodação;

II - reembolso integral; e

III - execução do serviço por outra modalidade de transporte.

Não se descura que os Autores tiveram que embarcar em outra cidade (Foz do Iguaçu) para que pudessem fazer escala na cidade de Campinas e chegar ao destino que era Porto Alegre, todavia, eles mesmos informaram que a Ré os direcionou à cidade (fls. 02), ou seja, a Ré forneceu o transporte até o local. Ademais, se verificou prudência da Ré em alocar os Autores em outra cidade que não estivesse com problemas climáticos.

E, embora os Autores tenham suscitado em sua inicial a falta de assistência material, a Ré também comprovou que ofereceu voucher de alimentação,

Acesso ao Sumário

fls. 68.

Por fim, assinalo que os Autores não demonstraram efetivamente que perderam compromisso profissional, não sendo suficiente a mensagem de WhatsApp de fls. 26.

Em conclusão, a r. sentença deve ser mantida.

Para se evitar incidentes desnecessários, importante ressaltar que não está o órgão julgador obrigado a tecer considerações acerca de toda a argumentação deduzida pelas partes, senão aquelas que interfiram no deslinde da causa, o que se verificou no caso concreto.

Ademais, para acesso às instâncias extraordinárias é desnecessária expressa menção a todos os dispositivos legais deduzidos pelas partes. De todo modo, registra-se que é pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais bastando que a questão posta tenha sido decidida" (ED em RMS nº 18205-SP, rel. Min. Felix Fischer, j. 18.04.2006).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso e mantenho a r. sentença pelos seus fundamentos e os ora acrescidos. Consequentemente, nos termos do artigo 85, § 11º do CPC, majoro os honorários advocatícios em favor do patrono da Ré para 12% do valor da causa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1029206-22.2021.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que é apelante CRISTIANO JOAQUIM ALVES, é apelado BANCO ITAUCARD S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 29ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Em julgamento ampliado, por maioria dos votos, deram provimento ao apelo do réu, vencida a Relatora sorteada, que declarará voto.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.352)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FABIO TABOSA, vencedor, SILVIA ROCHA, vencida, NETO BARBOSA FERREIRA (Presidente), CARLOS HENRIQUE MIGUEL TREVISAN e JOSÉ AUGUSTO GENOFRE MARTINS.

São Paulo, 7 de julho de 2023.

FABIO TABOSA, Relator Designado

Acesso ao Sumário

Ementa: Alienação fiduciária. Veículo. Busca e apreensão. Notificação extrajudicial que, apesar de encaminhada ao endereço indicado no contrato, não foi efetivamente entregue, retornando, após três tentativas, com anotação de ausência do destinatário. Insuficiência da mera expedição para atender à finalidade do ato, fazendo-se imprescindível o efetivo recebimento no destino, ainda que não necessariamente pelo próprio devedor. Requisito legal de procedibilidade da busca e apreensão. Súmula nº 72 do STJ. Impossibilidade outrossim de ter por suprida a omissão pela posterior citação em juízo. Notificação que tem a função não de constituir o devedor em mora (sendo ela, no caso, ex re), ou mesmo de comprovar a mora, mas de constituir situação de inadimplemento absoluto, autorizadora da busca e apreensão, concedendo derradeira oportunidade ao devedor para quitar as parcelas inadimplidas e assim evitar a excussão da garantia. Situação que não se equipara aos efeitos da citação, efetivada depois de cumprida a liminar. Falta de interesse de agir caracterizada. Sentença de procedência reformada, por maioria de votos, com extinção do processo sem apreciação do mérito. Apelação do réu integralmente provida.

VOTO

VISTOS.

A r. sentença de fls. 129/132 julgou procedente demanda de busca e apreensão de veículo alienado fiduciariamente, ajuizada pela credora fiduciária nos termos do Decreto-lei nº 911/69, afastando alegação defensiva de ausência de notificação premonitória e por outro lado considerando incontroversos o negócio entre as partes e o inadimplemento de parcelas do financiamento, consolidando a posse e propriedade plenas do bem objeto da garantia em suas mãos.

Apela o réu (fls. 135/146), insistindo não ter havido regular notificação premonitória por parte da autora e nesse sentido estar ausente requisito de admissibilidade ao ajuizamento da ação de busca e apreensão fundada no Decreto-lei nº 911/69, conforme Súmula nº 72 do STJ. No mais, alega ser excessivamente onerosa a cláusula que prevê o vencimento antecipado da obrigação em caso de mora, batendo-se, em conclusão, pela reforma da r. sentença, com o julgamento de extinção do feito e a determinação ao banco de devolução do veículo, ou, se

Acesso ao Sumário

já vendido, o pagamento de seu valor de mercado conforme a Tabela FIPE.

O apelo, que é tempestivo, foi devidamente processado, com apresentação de contrarrazões pela instituição financeira apelada no prazo legal (fls. 152/161).

É o relatório.

Prospera o inconformismo.

Como se vê na fl. 28, embora enviada a notificação premonitória, por carta, ao local incontroversamente correspondente ao endereço do devedor fiduciante, não foi a correspondência entregue, retornando ao remetente após três tentativas frustradas, motivadas pela ausência circunstancial do destinatário.

O MM. Juiz sentenciante adotou a respeito a orientação de restar consumada em casos tais a notificação, já que comprovado o envio ao endereço correto, tese que, não obstante tenha respeitáveis julgados a respaldá-la, não nos parece com o devido respeito aceitável.

Por primeiro, é bem de ver que a ausência momentânea do devedor não pode ser equiparada do ponto de vista dos efeitos à mudança de endereço sem adequada comunicação ao credor, já que naquela outra hipótese não há quebra de deveres anexos ao contrato imputável ao devedor.

De outra parte, é intuitivo não se comprazer o legislador com o mero fato da expedição, já que o objeto central da notificação é a comunicação ao devedor da iniciativa do credor, de modo a permitir ao primeiro agir em função dela. Já era assim no tocante à expedição de notificação por Cartório de Títulos e Documentos (que segue possível mesmo após o advento da Lei nº 13.043/2014) e segue sendo ainda mais claramente no sistema atual, em que *acrescida* a possibilidade de envio de carta pelo correio *com aviso de recebimento*.

Ora, está ínsita no modelo de envio exigido a perspectiva de efetivo recebimento como pressuposto de eficácia do envio da correspondência. E não se está falando, fique claro, em recebimento pessoal pelo devedor, que sem dúvida não é exigível, mas de recebimento por *alguém* em seu endereço residencial, desde o porteiro, em condomínio edilício, a outro morador que resida no mesmo local.

Acesso ao Sumário

Assim, ante a falta de entrega em concreto, é forçoso reconhecer no caso a ausência de requisito imprescindível ao processamento da ação de busca e apreensão do veículo alienado fiduciariamente, a teor da Súmula nº 72 do Superior Tribunal de Justiça.

Vale, a respeito, a remissão a diversos precedentes deste E. Tribunal de Justiça em casos análogos:

> "*Apelação – Alienação fiduciária – Busca e apreensão – Comprovação da mora – Notificação extrajudicial devolvida com informação de*

destinatário 'ausente' – AR negativo – Entrega não realizada – Irregularidade – Mora não comprovada – Imprescindível o recebimento da notificação no endereço do devedor ainda que por terceiro – Comprovação da mora é condição de procedibilidade da ação, cuja falta enseja o indeferimento da inicial – Sentença mantida – Recurso improvido." (Apelação nº 1007206-08.2015.8.26.0007, 29ª Câmara de Direito Privado, Rel. Juiz Neto Barbosa Ferreira, j. 28/2/2018).

"*APELAÇÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. EXTINÇÃO DO FEITO POR AUSÊNCIA DE REGULAR CONSTITUIÇÃO EM MORA DO DEVEDOR. OCORRÊNCIA. AVISO DE RECEBIMENTO COM OBSERVAÇÃO DE 'AUSENTE'. NOTIFICAÇÃO IRREGULAR. EXTINÇÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. Existem duas formas de comprovação da mora, uma pela expedição de carta pelo Cartório de Títulos e Documentos, com aviso de recebimento (AR), e o protesto do título, efetivado pelo Cartório de Protestos. No caso em exame, optou o autor pela expedição de carta pelo Cartório de Títulos e Documentos, com aviso de recebimento (AR). Ocorre que a carta enviada ao endereço fornecido pelo financiado no ato da contratação só surte efeito quando recebida por alguém. Na hipótese vertente, foram realizadas três tentativas de entrega de carta, mas em todas elas o réu estava ausente.*" (Apelação com Revisão nº 3000063-86.2012.8.26.0152, 31ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Adilson de Araújo, j. 3/12/2013) No mesmo sentido, entre outros: Apelação nº 0049835-47.2012.8.26.0224, Rel. Des. S. Oscar Feltrin, j. 21/8/2013; Apelação nº 0713135-61.2012.8.26.0020, 26ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Bonilha Filho, j. 27/8/2014.

E não há que se falar, de outra parte, em suprimento da notificação pela citação havida em juízo, uma vez admitido o processamento, ao argumento de que um dos efeitos da citação seria a constituição em mora.

Embora em princípio não pareça haver grande diferença, sob a perspectiva estrita da mora, entre as duas situações, não se pode relevar a conduta da instituição financeira que ajuíza a ação sem o preenchimento dos requisitos necessários.

Releva lembrar que a citação somente ocorre depois de cumprida a liminar, de modo que o devedor já é citado em uma situação de desvantagem e de afetação irregular de sua esfera jurídica, tendo ele, devedor, o direito de invocar em sua defesa esse vício primordial, provocado pelo autor, que não pode ser beneficiado pelo fato consumado da citação, vendo relevada sua própria omissão.

Em segundo lugar, não se trata, é bem de ver, de *comprovação* da mora, a ponto de se dizer que as situações sejam equiparáveis, tendo em vista o efeito associado à citação de *constituir* em mora o devedor. A mora, no caso, é *ex re*,

Acesso ao Sumário

e se aperfeiçoa no plano substancial pelo simples vencimento da obrigação; do que se cogita é de ato de confirmação da mora, necessário a conferir segurança jurídica em torno do fato para embasar o requerimento de busca e apreensão liminar do bem dado em garantia, e também voltado a possibilitar ao devedor eventual tentativa em tempo hábil de purgação da mora previamente ao ingresso do credor em juízo.

Assim sendo, a função da notificação parece ser outra, que não a de *comprovar* a mora, mas de constituir uma situação próxima do inadimplemento absoluto, autorizadora da busca e apreensão, com outorga ao devedor da possibilidade, antes disso, de quitar as parcelas inadimplidas.

Tem-se, aliás, que a situação do próprio devedor não é a mesma em um ou outro caso. Em face da notificação premonitória, tem ele ao seu alcance o recolhimento do débito em aberto (vale dizer, prestações vencidas, tão somente), com o que evita o próprio ajuizamento da ação de busca e apreensão. Mas, no âmbito desse processo, já não pode mais se valer dessa faculdade, somente lhe sendo dado purgar a mora com o depósito da integralidade do saldo devedor do financiamento.

A notificação, enfim, é autêntico requisito específico de admissibilidade para a demanda de busca e apreensão, vinculada ao interesse de agir, não podendo ser ignorada sua falta pela atribuição de efeito equivalente à citação, dentre outras coisas pelo precedente que abriria para o descumprimento a partir daí da exigência por parte das instituições financeiras, mediante o singelo argumento da possibilidade de regularização da omissão no curso do processo.

É o caso, portanto, de se reformar a r. sentença de procedência, com extinção do processo sem apreciação do mérito e determinação do retorno ao *status quo ante*, o que envolve a devolução do veículo ao devedor fiduciante.

Reforma-se, pois, a r. sentença, com extinção do processo sem apreciação do mérito, nos termos do art. 485, VI, do CPC, por falta de interesse de agir da parte do banco, revogando-se a liminar concedida e impondo-se ao autor a devolução do veículo apreendido; caso já vendido, deverá o banco arcar com o pagamento do equivalente em dinheiro, a título de perdas e danos, calculado pelo valor de mercado na data da apreensão, segundo a tabela Fipe, deduzido o saldo devedor do financiamento naquele momento. A par disso, deverá o autor arcar, também nessa hipótese, com o pagamento da multa do art. 3º, § 6º, do Decreto-lei nº 911/69.

Por derradeiro, condena-se o autor, pela sucumbência, no pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa.

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

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO

Ementa: Alienação fiduciária – Busca e apreensão – O réu foi citado e a citação tem como um dos efeitos o de constituir o devedor em mora, de modo que ela foi comprovada pelo modo mais eficaz, a citação – Inexistência de prova do pagamento, ainda que apenas das parcelas vencidas – Comprovada a mora e não havendo pagamento integral do débito, o pedido de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente é procedente – Apelo não provido.

VOTO

Insurge-se o réu, em ação de busca e apreensão, contra a r. sentença de fls. 129/132, que julgou procedente o pedido, "tornando definitiva a apreensão liminarmente concedida, em face do que consolido a propriedade e a posse plena e exclusiva do veículo descrito na petição inicial em favor do proprietário fiduciário, que deverá proceder nos termos do art. 1.364 do Código Civil.". Além disso, condenou-o ao pagamento das custas, despesas processuais e de honorários advocatícios de 10% do valor da causa.

O apelante sustenta (fls. 135/146) que: a) não foi devidamente constituído em mora, não tinha ciência da dívida e não teve oportunidade de negociar o pagamento das parcelas vencidas, tendo sido surpreendido com a busca e apreensão do veículo; b) não há prova da notificação extrajudicial, pois a petição inicial não foi instruída com aviso de recebimento; c) a notificação extrajudicial deve ser encaminhada para o endereço do devedor e efetivamente recebida por ele, nos termos da súmula 72 do STJ; d) é ilegal a cláusula de vencimento antecipado do contrato, em caso de inadimplemento, sendo admissível a purgação da mora mediante o pagamento das parcelas em atraso; e) é caso de extinguir a ação de busca e apreensão, restituir-lhe o veículo ou o valor correspondente e inverter a disciplina da sucumbência.

Recurso tempestivo e preparo.

Houve resposta (fls. 152/161).

É o relatório.

Trata-se de ação de busca e apreensão de veículo alienado fiduciariamente (fls. 19/25). O contrato foi celebrado em 27.5.2021 (fls. 24) e o autor afirmou que o réu deixou de pagar as prestações vencidas a partir de 2.10.2021, ensejando o vencimento antecipado de toda a dívida, que monta em R$28.862,37 (fls. 29/30).

O MM. Juiz de 1º Grau concluiu ter o réu sido constituído em mora, em

Acesso ao Sumário

razão do envio de notificação extrajudicial de fls. 26/28, sobre a parcela com vencimento em 2.10.2021, razão pela qual concedeu a liminar, que foi cumprida em 19.4.2022 (fl. 42 e 87/89).

O réu contestou, em suma, com os mesmos argumentos do apelo (fls. 65/72).

O credor fiduciário, que é o proprietário do bem, está amparado pelo disposto no art. 3º, do Decreto-lei nº 911/69, podendo perfeitamente apreendê-lo liminarmente e mantê-lo em seu poder diante da mora do devedor, em que se funda a ação de busca e apreensão, com exclusividade.

É certo que, no sistema da alienação fiduciária em garantia, a mora decorre do simples vencimento da obrigação (artigo 2º, § 2º, do Decreto-lei nº 911/69) e que sua prova constitui pressuposto para o deferimento da liminar (artigo 3º do referido Decreto).

Considera-se cumprido o requisito tanto quanto haja prova de que a comunicação chegou ao endereço do devedor, dispensando-se o recebimento pessoal.

A inicial não podia ter sido deferida, por falta de comprovação da mora, já que a notificação retornou com a observação de devedor "ausente" (fl. 28), mas ela o foi e a liminar foi concedida, cumprida e o réu, citado, contestou o pedido alegando que não havia sido constituído em mora e que havia quitado todas as parcelas vencidas do financiamento.

Como se sabe, a citação tem como um dos efeitos o de constituir o devedor em mora, de modo que ela foi comprovada pelo modo mais eficaz, a citação.

Além disso, embora o réu tenha refutado o inadimplemento, não comprovou o pagamento de todas as parcelas do financiamento, nem mesmo a parcela vencida em 2.10.2021, cujo inadimplemento fundamentou a notificação extrajudicial (fls. 76/86), razão pela qual não pode alegar prejuízo ao seu direito e invalidade do ato.

Neste sentido, são os seguintes precedentes deste Tribunal, inclusive desta Câmara:

> "APELAÇÃO. Alienação fiduciária (veículo). Ação de busca e apreensão. R. sentença de procedência, com apelo somente da ré. Alegado descumprimento do art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei nº 911/69 e da Súmula 72 do C. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Irregularidade da constituição em mora da apelante que já foi objeto de deliberação judicial, em decisão proferida por esta C. Câmara, com restituição do bem apreendido. Comparecimento espontâneo da requerida nos autos, com oferta de contestação. Defeito da notificação extrajudicial suprido com a citação. Artigo 240, do Código de Processo Civil – CPC. Inadimplência incontroversa e ausência de purgação. Sentença mantida na integralidade. Sucumbência majorada. Recurso improvido." (TJSP; Apelação Cível

Acesso ao Sumário

1004906-87.2022.8.26.0602; Relator (a):Issa Ahmed; Órgão Julgador: 34ª Câmara de Direito Privado; Foro de Sorocaba - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/03/2023; Data de Registro: 29/03/2023).

"Arrendamento Mercantil. Ação de reintegração de posse julgada procedente. Apelo da ré. – Constituição em mora. Dados coligidos aos autos dão conta de que a notificação extrajudicial, embora encaminhada ao endereço da ré constante do contrato, não foi efetivamente entregue no destino. De fato, não foi recebida pela apelante e tampouco por terceiro no local. Não menos certo, porém, que ajuizada a ação, deferida a liminar e uma vez apreendido o veículo, a ré foi citada e contestou a demanda. Destarte, e considerando não só que a mora é incontroversa, mas, também a falta de disposição da suplicada em purga-la, de rigor a aplicação à hipótese do dispositivo contido no art. 277, do CPC, pelo qual o legislador acolheu o princípio da instrumentalidade das formas. De fato, considerando que a legislação processual se orienta no sentido de aproveitar ao máximo os atos processuais, de rigor que a falta da notificação seja suprida pela citação. Ré contestou a ação. Logo, indiscutível que a suplicada foi constituída em mora, tendo em conta o que dispõe o art. 240, do CPC. Tal solução, face ao substrato fático da controvérsia, afigura-se consentânea ao princípio da celeridade, com duração razoável do processo, acolhido pelo art. 4º., do CPC. Mais; face à falta de disposição da devedora em purgar a mora afigura-se ética e consentânea com a verdadeira razão de ser do processo, instrumento ético de solução de conflito de interesses. (...)." (TJSP; Apelação Cível 1003225-98.2019.8.26.0372; Relator (a): Neto Barbosa Ferreira; Órgão Julgador: 29ª Câmara de Direito Privado; Foro de Monte Mor – 2ª Vara; Data do Julgamento: 26/01/2022; Data de Registro: 26/01/2022)

"Alienação fiduciária. Ação de busca e apreensão. Sentença de procedência. Apelo da ré. Ausência de comprovação da mora mediante entrega de notificação, nos termos do Art. 2º, § 2º, do Decreto Lei nº 911/69. Notificação que, embora encaminhada ao endereço da devedora fornecido no contrato, não foi recebida porque ela estava ausente. Circunstâncias do caso concreto. Ré revel. Tempo decorrido desde a apreensão do bem e da citação até o comparecimento da ré nos autos, que não permite o apego ao formalismo exacerbado às normas do processo. Aplicação do princípio da instrumentalidade das formas à espécie. Art. 277 do CPC/2015. Ausência de notificação regularmente entregue ao devedor, suprida pelos efeitos da citação. Citação válida que constitui em mora o devedor. Art. 240 do CPC/2015. Devedora que não comprovou depósito para purgação da mora, na oportunidade de sua primeira manifestação nos autos, nem sinaliza a intenção de fazê-lo. Sentença mantida. Verba honorária aumentada. Apelo desprovido" (TJSP, Apelação nº 1003872-80.2019.8.26.0441, Des. Rel. Carlos Dias Motta, 26ª Câmara de Direito Privado, j. em 14.7.20).

Pesem os precedentes invocados pelo apelante (fls. 139/141), ressalte-se

Acesso ao Sumário

que diferem das circunstâncias deste processo e, justamente por isso, devem ser analisados sob a perspectiva de suas peculiaridades, a ensejar a aplicação de solução jurídica adequada a cada caso, razão pela qual, a este caso, não é possível vincular a conclusão proveniente dos referidos julgados.

Dessa maneira, se mora havia, correta a busca e apreensão do bem dado em garantia fiduciária.

Além disso, dispõe o art. 3º, § 1º, do Decreto-Lei nº 911/69 que: "Cinco dias após executada a liminar mencionada no caput, consolidar-se-ão a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário, cabendo às repartições competentes, quando for o caso, expedir novo certificado de registro de propriedade em nome do credor, ou de terceiro por ele indicado, livre do ônus da propriedade fiduciária.".

Então, após a apreensão do bem, o prazo para pagamento da integralidade da dívida é de cinco dias da execução da liminar, conforme prevê o art. 3º, § 2°, do Decreto-Lei n° 911/69, com a redação da Lei n° 10.931/04.

O único modo de o devedor evitar a consolidação da propriedade e da posse do bem no patrimônio do credor é pagando a integralidade da dívida, consideradas também as prestações vincendas, nos cinco dias seguintes à execução da liminar, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, manifestado no julgamento do Recurso Especial repetitivo nº 1.418.593-MS:

> ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. DECRETO-LEI N. 911/1969. ALTERAÇÃO INTRODUZIDA PELA LEI N. 10.931/2004. PURGAÇÃO DA MORA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PAGAMENTO DA INTEGRALIDADE DA DÍVIDA NO PRAZO DE 5 DIAS APÓS A EXECUÇÃO DA LIMINAR.
>
> 1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: "Nos contratos firmados na vigência da Lei n. 10.931/2004, compete ao devedor, no prazo de 5 (cinco) dias após a execução da liminar na ação de busca e apreensão, pagar a integralidade da dívida – entendida esta como os valores apresentados e comprovados pelo credor na inicial –, sob pena de consolidação da propriedade do bem móvel objeto de alienação fiduciária".
>
> 2. Recurso especial provido. (STJ, 2ª Seção, rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, j. 14.5.14, DJe 27.5.14)

Como o apelante não efetuou o pagamento da integralidade da dívida pendente no prazo de cinco dias da execução da liminar, nada impediu a consolidação da posse e da propriedade do bem apreendido no patrimônio do credor fiduciário.

Diante do exposto, meu voto negava provimento ao recurso, majorando os honorários advocatícios para 11% do valor atualizado da causa (CPC, art. 85, § 11).

Acesso ao Sumário

SILVIA ROCHA, Relatora Sorteada

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003631-39.2022.8.26.0009, da Comarca de São Paulo, em que é apelante INÊS DE SOUZA (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados IRESOLVE COMPANHIA SECURITIZADORA DE CRÉDITOS FINANCEIROS S/A e RECOVERY DO BRASIL CONSULTORIA S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40822)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FRANCISCO GIAQUINTO (Presidente), NELSON JORGE JÚNIOR e SIMÕES DE ALMEIDA.

São Paulo, 10 de julho de 2023.

FRANCISCO GIAQUINTO, Relator

Ementa: Ação declaratória de inexigibilidade de débito c.c. reconhecimento de prescrição – Cobrança extrajudicial de dívidas prescritas – Sentença de improcedência – Aplicação do prazo prescricional previsto no art. 206, §5º, I, do CC – Inexistência de provas da ocorrência de causas impeditivas, suspensivas ou interruptivas da prescrição – Prescrição consumada – Inexigibilidade do débito, por prescrito – Ilícita a cobrança judicial ou extrajudicial de dívidas prescritas – Enunciado 11 da Seção de Direito Privado do TJSP – Sentença reformada – Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação declaratória de inexigibilidade de débito c.c. reconhecimento de prescrição ajuizada por **INÊS DE SOUZA** em face de **RECOVERY DO BRASIL CONSULTORIA S.A.** e **IRESOLVE COMPANHIA SECURITIZADORA DE CREDITOS FINANCEIROS S/A**, julgada **improcedente** pela r. sentença de fls. 146/151, condenando a autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios de sucumbência arbitrados no

valor de R$ 2.000,00, observada a gratuidade.

Apela a autora (fls. 155/163), alegando que a prescrição do débito enseja o reconhecimento de sua inexigibilidade, obstando-se não apenas a cobrança judicial como a extrajudicial, subsistindo tão somente como obrigação natural. Pugna pelo provimento do recurso, condenando a requerida a se abster de realizar cobrança extrajudicial da dívida, além da fixação de honorários de sucumbência ao seu advogado.

Recurso processado e respondido (fls. 167/177).

É o relatório.

VOTO.

Trata-se de ação declaratória de inexigibilidade de débito prescrito. Narra a autora, em inicial, passou a receber ligações, SMS, e e-mails de cobrança da ré, em 2022, alegando a existência de dívida em seu CPF, com ameaças de negativação em caso de não pagamento.

A fim de obter maiores informações, a autora solicitou o extrato do débito, identificando tratar-se de uma dívida no valor de R$ 2.904,55, datada de 09/11/2011, contrato nº 99056-1006651990000, relativo à dívida de cartão de crédito com o Banco Itaú (fls. 18/19).

Defende a impossibilidade das cobranças realizadas, por prescrito o débito (art. 206, § 5º, I, do CC), condenando a ré a se abster de realizar atos de cobrança.

Ao contestar (fls. 25/43), a ré Recovery sustenta a ilegitimidade passiva, por realizar apenas a cobrança, apontando como parte legítima a cessionária, titular do crédito, Iresolve Companhia Securitizadora de Créditos Financeiros S.A. Alega a incompetência territorial e ausência de interesse de agir. No mérito, defende a regularidade da dívida, ausência de negativação do nome da autora e litigância de má-fé.

A corré Iresolve, comparecendo espontaneamente nos autos, também contestou (fls. 62/81), reiterando a defesa da outra corré, sustentando ter recebido a dívida em operação de cessão de crédito junto ao credor originário e a possibilidade de cobrança extrajudicial de débitos prescritos.

A ação foi julgada improcedente pela r. sentença apelada, sendo assim fundamentada:

"O feito comporta julgamento no estado em que se encontra, nos termos do artigo 355, I, do Código de Processo Civil, e em consonância com entendimento fixado pelo A. Superior Tribunal de Justiça, já sob a égide do novo Código de Processo Civil: AgRg no AREsp827440/MT 2015/0304535-1, Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, d. j. 07/04/2016. Conferir também: AgRg no AREsp 814336/ES 2015/0290148-8, Min. Napoleão Nunes Maia Fi-

Acesso ao Sumário

lho, Primeira Turma, d. j. 19/04/2016, mantendo o primado do livre convencimento no novel diploma processual e do magistrado como destinatário da prova. Não há que se falar em ausência de interesse de agir. As rés contestaram o mérito do pedido da parte autora, sendo a ausência de provas matéria de mérito. Rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva ad causam oferecida pela ré "Recovery", a qual, in status assertionis, praticou atos de cobrança em desfavor da parte autora, de modo a aparentar ser o credor. Acolho o ingresso do "Iresolve" no polo passivo do feito. A referida pessoa jurídica é a atual credora da autora, ofereceu contestação e a autora se manifestou em réplica pelo ingresso da contestante no polo passivo do feito (fls. 133). Cuida-se de medida que prestigia os postulados da efetividade da prestação jurisdicional e da primazia da resolução do mérito, pois permitirá o deslinde definitivo do conflito. Refuto a alegada incompetência territorial. O documento juntado pela autora para comprovar endereço (fls. 11) tem aparência de legítimo, não tendo a ré convencido esta Magistrada da falsidade por meio de argumentos idôneos. No mérito, os pedidos são improcedentes. Anoto não haver controvérsia a respeito da existência de relação jurídico-obrigacional entre a autora e a instituição financeira cedente do crédito. Ademais, a autora confessa o inadimplemento da obrigação, assim como a parte ré admite a prescrição. A ré comprovou nos autos ser a cessionária do crédito correspondente ao débito da autora, vide fls. 104, tornando-se a titular do crédito, fato que não é afetado pela ausência de notificação do devedor acerca da cessão, posto que esta providência tem como escopo a orientação do devedor para que pague o credor legítimo e não incorra em erro no pagamento. O cerne do conflito gravita sobre a (i)licitude da prática de atos extrajudiciais de cobrança da dívida prescrita praticados pela ré. Como fenômeno jurídico, a prescrição não opera no plano da existência da obrigação, tampouco da validade. Na verdade, cuida da segurança jurídica, a fim de não conceder ao credor a faculdade de exigir judicialmente o cumprimento da obrigação, no tempo em que pretender, sem observar prazos, o que, em última instância, significaria vínculo eterno entre solvens e accipiens. Assim, o efeito do transcurso do prazo prescricional é a perda da pretensão, i.e., da possibilidade do credor demandar o devedor em Juízo para satisfazer obrigação inadimplida. S.m.j., pode-se dizer que o advento da prescrição cessa a responsabilidade do devedor, mas não macula a dívida em si, que se mantém existente, conforme distinção feita pela doutrina, baseada nos conceitos alemães de schuld (dever) e haftung (responsabilidade). Nesse sentido, é de clareza solar o disposto no artigo 882 do Código Civil: "Não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação judicialmente inexigível.". Dito isso, é de rigor a rejeição do pedido de declaração de inexigibilidade da dívida. Não foi demonstrado que a ré praticou ou esteja praticando qualquer ato de cobrança judicial e a impossibili-

Acesso ao Sumário

dade da prática de tais medidas decorre ope legis, i.e., por força de lei, independentemente de declaração judicial. A respeito: "Apelação. Contratos bancários. Ação declaratória de inexigibilidade de débito sem razão de prescrição. Descabimento da inversão do ônus da prova. Ausência de verossimilhança das alegações. Aplicação do art. 373, I, do Código de Processo Civil/15. Não comprovação dos fatos constitutivos do direito da autora. Prescrição que atinge a pretensão e não o direito em si. Não demonstração de qualquer conduta ilícita por parte da ré, para que seja declarada inexigível a cobrança. Ausência de notificação do devedor quanto à cessão de crédito. Ineficácia da cessão de crédito não caracterizada. Majoração da verba honorária. Aplicação do § 11 do artigo 85 do CPC de 2015. Sentença de improcedência mantida. Recurso desprovido." (Apelação nº º1010068-38.2018.8.26.0009; Relator Des. PEDRO KODAMA; Órgão Julgador:37ª Câmara de Direito Privado; São Paulo; Data do Julgamento: 1º/07/2019; Data de Registro: 1º/07/2019) "AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO. Utilização de cartão de crédito. Origem do débito comprovada. Prova de quitação das faturas. Ausência. Ônus da Apelante. Inteligência do art. 373, I, do NCPC. Cobrança extrajudicial de dívida prescrita. Legalidade. Prescrição que não extingue a dívida, mas somente a pretensão de cobrança. Apelante que enviou correspondência à Apelada oferecendo condições de negociação do débito. Pedido de inexigibilidade do débito improcedente. Sentença mantida. Recurso não provido." (TJSP; Apelação 1000357-87.2015.8.26.0405; Relator Des. TASSODUARTE DE MELO; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Privado; Foro de Osasco - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 17/12/2018; Data de Registro: 17/12/2018).Ainda sobre o tema enfrentado nos autos, já decidiu este E. Tribunal: "APELAÇÃO Ação de obrigação de fazer cumulada com pedido indenizatório Redução do score em razão de suposta restrição interna - Pedidos improcedentes Pleito de reforma Impossibilidade Autor que não provou a proposta de crédito e a pontuação do score anteriormente ao acesso do "Feirão Serasa Limpa Nome" Plataforma restrita aos consumidores Proposta relacionada à obrigação vencida, que não se mostrava acessível a terceiros Pontuação de crédito composta por inúmeros fatores, dentre eles, o próprio histórico de inadimplência Tela sistêmica inserida nas razões recursais sem data específica Dano moral Inocorrência - Inexistência de abalo do crédito perante terceiros Recurso improvido. Dispositivo: negaram provimento ao recurso." (TJSP; Apelação Cível 1021473-04.2019.8.26.0602; Relator (a): Claudia Grieco Tabosa Pessoa; Órgão Julgador: 19ª Câmara de Direito Privado; Foro de Sorocaba - 2ªVara Cível; Data do Julgamento: 15/09/2020; Data de Registro: 17/09/2020)"Ilegitimidade passiva Não reconhecimento Cessão de crédito (Código Civilartigo 286) Cessionário que se sub-roga nos direitos e deveres do credor original Cessionário que integra o grupo econô-

Acesso ao Sumário

mico demandado Réu que realiza a gestão e cobranças do débito Responsabilidade solidária (CDC artigo7º, parágrafo único) Preliminar afastada. Declaratória de inexigibilidade de débito c.c. danos morais Inexigibilidade do débito Trânsito em julgado Reconhecimento Ausência de impugnação específica (CPC artigo 1.013)Danos morais Inexistência Inclusão do nome junto ao cadastro de negociação de dívidas Portal "Serasa Limpa Nome" que apenas informa ao usuário previamente cadastrado a existência de débitos, sem implicar restrição desabonadora Ambiente digital destinado apenas à facilitação de negociação equitação de dívidas Ausência de negativação nos cadastros de inadimplência Artigo 373, II, do CPC Inocorrência de abalo de crédito Ausência de comprovação de ato depreciativo ou desabonador, ou de efetivas consequências na esfera moral e material Falta de prova de circunstância que atinja a dignidade Pretensão afastada Ação julgada procedente em parte Sucumbência recíproca Reconhecimento Artigo 86, caput, do CPC. Recurso provido em parte." (TJSP; Apelação Cível 1003491-13.2020.8.26.0223; Relator(a): Henrique Rodriguero Clavisio; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Privado; Foro de Guarujá - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 15/09/2020; Data de Registro: 16/09/2020) Em sendo existente, válida e eficaz, a obrigação desprovida de cumprimento forçado em Juízo ainda permite a prática de atos de cobrança alheios à via judicial, desde que, obviamente, não ultrapassem a razoabilidade nem acarretem vexame, constrangimento, humilhação ou transtornos ao devedor. No caso concreto, não há demonstração de que tenham sido empregados meios ilícitos nos atos de cobrança. Ad argumentandum, com razão a ré ao deduzir que o "Serasa Limpa Nome" é uma plataforma de negociação de dívidas, de caráter sigiloso, em que as informações referente às dívidas não ficam disponíveis para consulta por terceiros. Logo, não tem o ato em tela o mesmo peso da chamada "negativação" do nome, esta sim potente para acarretar dano moral presumido: "AÇÃO DECLARATÓRIA C/C INDENIZAÇÃO. Cobranças efetuadas à parte autora em relação a débito prescrito. Sentença de procedência em parte, para declarar a impossibilidade cobrança no âmbito extrajudicial, afastado o pleito indenizatório. Irresignação da parte autora. Inexistente dano moral na espécie. Dívida confessada e não paga pelo autor. Nome do requerente que não chegou a ser negativado. Cobrança indevida que não passou de mero aborrecimento. Plataforma de renegociação de débitos ("Serasa Limpa Nome") de acesso exclusivo às partes contratantes. Ausência de prova de redução do 'score' de crédito por culpa da parte ré. Sentença mantida. Condenação da parte autora em honorários advocatícios majorada para 15% sobre o valor atribuído à causa, ressalvada a gratuidade. Recurso não provido." (TJSP; Apelação Cível1053472-89.2020.8.26.0100; Relator (a): Walter Barone; Órgão Julgador: 24ªCâmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 10ª Vara Cível; Data do

Acesso ao Sumário

Julgamento: 26/02/2021; Data de Registro: 26/02/2021, g.n.)" APELAÇÃO e RECURSO ADESIVO. Ação declaratória e indenizatória por danos morais. Dívida vencida incluída na plataforma "Serasa limpa nome". Sentença de procedência reconhecendo a inexigibilidade do débito e condenado aparte ré ao pagamento de indenização por danos morais. Apelo da parte ré. Alegação de licitude da cobrança e ausência de danos morais indenizáveis. Parcial razão. Financeira que não se desincumbiu satisfatoriamente do seu ônus probatório, deixando de demonstrar, concreta e seguramente, a existência do débito. Por outro lado, não se demonstrou ter havido cobrança exagerada, vexatória ou humilhante no caso concreto. Não houve, tampouco, provas de que o nome do requerente foi publicado nos cadastros de proteção ao crédito. A inscrição na plataforma "Serasa Limpa Nome" não é suficiente para ensejar a condenação ao pagamento de indenização por danos morais. Precedentes jurisprudenciais. Recurso adesivo da parte autora. Requerimento de majoração da verba indenizatória e dos honorários advocatícios arbitrados. Responsabilidade civil. Inexistência de dano indenizável. Recurso prejudicado. Apelo parcialmente provido e recurso adesivo prejudicado." (TJSP; Apelação Cível 1011594-87.2020.8.26.0003; Relator (a): Roberto Maia; Órgão Julgador: 20ªCâmara de Direito Privado; Foro Regional III - Jabaquara - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/02/2021; Data de Registro: 26/02/2021, g.n.)"APELAÇÃO Ação que visa declaração de inexigibilidade de débito e indenização por danos morais Dívida prescrita Sentença de parcial procedência Recurso apenas por parte do autor Pretensão ao reconhecimento de dano moral Ausência de comprovação de inscrição de seu nome no rol dos maus pagadores Cadastro da dívida na plataforma "Serasa Limpa Nome", de acesso exclusivo do consumidor para fins de negociação Contas atrasadas mas não negativadas que sequer são utilizadas no cálculo do Serasa Score Dano moral não configurado Decisão mantida Recurso desprovido." (TJSP; Apelação Cível 1002774-98.2020.8.26.0223; Relator (a): Irineu Fava; Órgão Julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Foro de Guarujá - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 22/02/2021; Data de Registro: 22/02/2021) Por fim, rejeito o requerimento de cominação de multa por litigância de má-fé, por não vislumbrar ato doloso que se enquadre nas hipóteses numerus clausus contidas nos incisos do artigo 80 do Código de Processo Civil, não tendo as partes abusado de seu direito de ação e de ampla defesa e contraditório. Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTES os pedidos formulados na petição inicial, com fundamento no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil. Em razão da sucumbência, condeno o autor a arcar com custas, despesas processuais e honorários advocatícios em favor do patrono das rés, que arbitro em R$ 2.000,00, nos moldes do previsto no artigo 85, §§2º e 8º, do Código de Processo Civil. A exigibilidade da verba de sucumbência resta suspensa, tendo em

Acesso ao Sumário

conta o benefício de justiça gratuita outrora concedido à parte autora. Retifique-se no sistema o polo passivo da ação para nele incluir "IRESOLVE COMPANHIA SECURITIZADORA DE CREDITOS FINANCEIROS S/A", qualificado a fls. 62. Anote-se. P.R.I.C.".

Preservado o convencimento da d. Juíza *a quo*, pelo meu voto, dá-se provimento ao recurso.

Não se questiona a regularidade da dívida, a controvérsia cinge-se sobre a possibilidade de declarar inexigível o débito prescrito, determinando-se a cessação das cobranças, ainda que extrajudiciais.

De fato, ocorreu a consumação da prescrição da dívida.

De acordo com o documento de fls. 82/100, o débito é oriundo de fatura de cartão de crédito por compras efetuadas em 2011. Não consta dos autos notícia de qualquer causa impeditiva, suspensiva ou interruptiva da prescrição. Assim, aplicando-se o prazo prescricional quinquenal previsto no art. 206, §5º, I, do CC, a prescrição se consumou em 09/11/2016 (fl. 18).

Reconhecendo-se a prescrição da dívida, caso de declarar-se sua inexigibilidade.

Embora a prescrição não atinja o direito subjetivo em si, sua ocorrência extingue a pretensão do credor ao cumprimento da obrigação, inviabilizando a cobrança da dívida, não apenas pela via judicial, mas também pela extrajudicial, até mesmo como imperativo lógico do princípio da razoabilidade e como corolário do princípio da segurança jurídica.

Nesse sentido, precedentes do TJSP, inclusive desta Câmara:

INEXIGIBILIDADE DE DÍVIDA – Dívida prescrita – Impossibilidade de realizar a cobrança – Inexigibilidade – Obrigação natural – Valor que somente poderia ser pago voluntariamente – Impossibilidade de serem adotadas medidas extrajudiciais: – Não é possível exigir dívida prescrita de que já foi devedor quando alcançado o lapso prescricional, de modo que, se revestindo tal circunstância como obrigação natural, somente poderia ser paga voluntariamente se o fizesse o devedor. RECURSO NÃO CONHECIDO EM PARTE E, NA PARTE CONHECIDA, NÃO PROVIDO. (Apel. 1007013-82.2017.8.26.0084, Rel. Des. NELSON JORGE JÚNIOR, j. 05/04/2019).

Ação declaratória de inexigibilidade de débitos. Dívida prescrita. Incontrovérsia. Insurgência do réu. Cobrança extrajudicial. Impossibilidade. Inteligência do inc. I, do §5°, do art. 206 do Código Civil. Observância do princípio da razoabilidade e da segurança jurídica. Precedentes desta C. Câmara. Sentença mantida. Recurso desprovido, com majoração da verba honorária. (TJSP; Apelação Cível 1034636-95.2020.8.26.0576; Relator (a): Cauduro Padin; Órgão

Acesso ao Sumário

Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José do Rio Preto – 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 04/03/2021; Data de Registro: 04/03/2021)

JUSTIÇA GRATUITA – Requisitos legais previstos no artigo 98 do Código de Processo Civil e no artigo 5°, inciso LXXIV, da Constituição Federal – Pessoa física – Preenchimento – Necessidade para concessão da gratuidade processual: – Diante da presença dos requisitos legais previstos no artigo 98 do Código de Processo Civil e no artigo 5°, inciso LXXIV, da Constituição Federal, imperiosa a rejeição da impugnação à gratuidade processual, formulada pelo apelado. INEXIGIBILIDADE DE DÍVIDA – Dívida prescrita – Impossibilidade de realizar cobrança – Inexigibilidade – Obrigação natural – Valor que somente poderia ser pago voluntariamente – Impossibilidade de serem adotadas medidas extrajudiciais: – Não é possível exigir dívida prescrita de quem já foi devedor quando alcançado o lapso prescricional, de modo que, se revestindo tal circunstância como obrigação natural, somente poderia ser paga voluntariamente se o fizesse o devedor. DANOS MORAIS – Declaratória de inexigibilidade c.c. indenização por danos morais– Ausência de prova de inscrição de negativação– Dívida inscrita em plataforma eletrônica da própria credora– Ausência de publicidade– Danos morais– Não ocorrência: –Em se tratando de débito destituído de publicidade, o qual somente por ser acessado pelo próprio titular, e, à míngua de elementos concretos que atestem o dano moral, improcede o pleito indenizatório. SENTENÇA ANULADA. RECURSO PROVIDO EM PARTE. (TJSP; Apelação Cível 1000625-98.2020.8.26.0589; Relator (a): Nelson Jorge Júnior; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Simão – Vara Única; Data do Julgamento: 25/11/2020; Data de Registro: 25/11/2020)

Ação declaratória de inexigibilidade de débito. Dívida prescrita. Impossibilidade de cobrança judicial ou extrajudicial. Sentença mantida. Recursos desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1029991-16.2020.8.26.0224; Relator (a): Luis Carlos de Barros; Órgão Julgador: 20ª Câmara de Direito Privado; Foro de Guarulhos – 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 23/04/2021; Data de Registro: 23/04/2021)

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITOS COM PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE PRESCRIÇÃO. REFORMA DA RESPEITÁVEL SENTENÇA PARA DECLARAR A INEXIGIBILIDADE DAS DÍVIDAS, UMA VEZ QUE PRESCRITAS. CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA PRESCRIÇÃO NA SISTEMÁTICA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. DESCABIMENTO

Acesso ao Sumário

DA REALIZAÇÃO DE ATOS DE COBRANÇA DE DÍVIDA PRESCRITA, SEJA POR MEIO JUDICIAL OU EXTRAJUDICIAL, SEGUNDO PRECEDENTES DESTA C. CÂMARA. RECURSO PROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1008599-86.2020.8.26.0590; Relator (a): Alberto Gosson; Órgão Julgador: 22ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Vicente – 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 25/03/2021; Data de Registro: 29/03/2021)

Apelação Cível. Ação declaratória de inexigibilidade de débito. Sentença de procedência. Inconformismo da ré. Débitos prescritos. Incidência do art. 206, § 5º, inc. I, do CC. Impossibilidade de demandar, judicial ou extrajudicialmente, por dívida prescrita. Débitos declarados inexigíveis. Sentença mantida, com a majoração da verba honorária de sucumbência. Artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil. Recurso não provido. (TJSP; Apelação Cível 1024807-66.2020.8.26.0002; Relator (a): Hélio Nogueira; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II – Santo Amaro – 9ª Vara Cível; Data do Julgamento: 25/03/2021; Data de Registro: 25/03/2021)

O tema, inclusive, já se encontra sedimentado pelo Enunciado 11 da Seção de Direito Privado do TJSP:

"A cobrança extrajudicial de dívida prescrita é ilícita. O seu registro na plataforma "Serasa Limpa Nome" ou similares de mesma natureza, por si só, não caracteriza dano moral, exceto prova de divulgação a terceiros ou alteração de pontuação de créditos: score."

Embora ilícita a cobrança de dívida prescrita de forma judicial ou extrajudicial, ela persiste como obrigação natural, podendo ser voluntariamente quitada pela devedora autora, caso queira a extinção do débito, sem direito à repetição (art. 882 do CC).

Por tais fundamentos, **dá-se provimento ao recurso, julgando a ação procedente**, declarando a inexigibilidade da dívida de R$ 2.904,55, contrato 99056-1006651990000, por prescrita (art. 206, §5º, I, do CC), determinando-se a cessação das cobranças com base no débito em questão, ainda que extrajudicialmente, condenando a requerida ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários de sucumbência arbitrados, por equidade, em R$ 1.500,00 (art. 85, §8º, do CPC).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003278-86.2016.8.26.0048, da Comarca de Atibaia, em que são apelantes MARCOS

SURJAN TROFO FILHO e VILMA BERTOZZO TROFO, são apelados JOSÉ ROBERTO DO PRADO e AURINDA DE MORAIS VIEIRA PRADO.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente o advogado Márcio Manoel Maidame", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 1408)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ISRAEL GÓES DOS ANJOS (Presidente) E SERGIO GOMES.

São Paulo, 3 de julho de 2023

ERNANI DESCO FILHO, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Ação possessória. Interdito proibitório ajuizado pelos apelados. Ação demarcatória c.c. queixa de esbulho e indenização ajuizada pelos apelantes. Processos conexos com julgamento conjunto. Sentença que julgou improcedente a ação demarcatória e parcialmente o interdito proibitório para reconhecer a posse mansa e pacífica dos apelados sobre a área objeto da ação desde 06/11/1997 e determinar que os apelantes se abstenham de tentar embaraçar o uso do imóvel sob pena de multa diária. Insurgência.

PRELIMINAR DE NULIDADE DA PERÍCIA REALIZADA. Alegação de que o laudo não é conclusivo nem capaz de solucionar os pontos controvertidos. Questões que se referem a valoração da prova e não a sua regularidade. Preliminar rejeitada.

ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVAS DO INÍCIO DA POSSE. IMPOSSIBILIDADE. Documentos apresentados, prova pericial e prova testemunhal indicam o exercício da posse sobre a área desde a aquisição do imóvel em 06/11/1997. Ausência de prova da má-fé, violência ou clandestinidade da posse. Maior credibilidade atribuída as testemunhas dos apelados em razão da inexistência de contradições sobre os fatos que dizem respeito ao objeto da ação. Contradições apresentadas pelas testemunhas dos apelantes, em especial sobre a data que teriam realizado a alteração do marco divisório dos imóveis, que geram dúvida quanto a sua credibilidade. Desnecessidade de que a prova pericial seja capaz de trazer a data

Acesso ao Sumário

precisa do início da posse sobre a área, pois o conjunto probatório é suficiente para referida constatação. Adequada valoração da prova. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de Apelação interposta contra a r. sentença que julgou parcialmente procedente a Ação de Interdito Proibitório (Processo nº 1003278-86.2016.8.26.0048) e julgou improcedente a ação Demarcatória cumulada com Reintegração de Posse e Indenização (Processo nº 1005237-92.2016.8.26.0048), conexa à primeira ação, para reconhecer a posse mansa e pacífica dos apelados sobre a área objeto da ação desde 06/11/1997 e determinar que os réus se abstenham de praticar atos tendente a embaraçar o normal uso do imóvel sob pena de multa diária de R$ 500,00 (fls. 511/520).

Sustentam os apelantes, preliminarmente, a nulidade da r. sentença por entender que ela se fundamentou em laudo pericial inconclusivo e que não teria sido elaborado de forma adequada, razão pela qual a ação deve retornar ao juízo de origem para realização de nova perícia.

No mérito, aduzem que a posse exercida é de má-fé e foi obtida mediante atos de violência e clandestinidade. Afirma a inexistência de prova da posse mansa e pacífica sobre a área desde o ano de 1997 e aduz a errônea valoração da prova dos autos.

Pleiteiam o provimento do recurso para que seja declara a nulidade da r. sentença ou, subsidiariamente, seja a ação possessória julgada improcedente (Processo nº 1003278-86.2016.8.26.0048) e a ação demarcatória (Processo nº 1005237-92.2016.8.260048) julgada totalmente procedente.

Recurso respondido (fls. 561/583).

Comprovada a tempestividade e o recolhimento do preparo recursal, recebo a apelação nos seus regulares efeitos.

É o relatório.

A preliminar de nulidade do laudo pericial **não comporta acolhimento**.

Sustentam os apelantes que o laudo de fls. 232/289 não seria conclusivo, nem seria capaz de aclarar os pontos controvertidos, razão pela qual não serve de sustentáculo à decisão recorrida. Por isso, deveria ter sido refeito por outro profissional.

Tais questionamento, contudo, dizem respeito à valoração da prova e não à regularidade quanto a sua realização, motivo pelo qual estes pontos serão analisados em conjunto com o mérito.

Acesso ao Sumário

Destarte, **rejeito a preliminar arguida**.

No mérito, o recurso **não comporta provimento**.

Cinge-se a discussão dos autos quanto momento do início da posse dos apelados sobre a área objeto das ações de origem e as consequências daí decorrentes.

Os apelados alegam que em 06/11/1997 adquiriram o imóvel de matrícula nº 42.863, com área titulada de 1.600 m², mas que possui uma área real de 4.115,98m².

Apesar de exercerem a posse sobre toda a sua extensão (4.115,98m²) desde a aquisição, em 02/03/2016 foram notificados pelos apelados que, sob a afirmação de invasão de seu terreno, exigiram a devolução da área de 2.672,85m².

Por isso, ajuizaram a presente ação de interdito proibitório visando a proteção possessória contra as ameaças perpetradas pelos recorrentes.

Posteriormente, os apelantes ajuizaram ação de demarcação cumulada com queixa de esbulho e pedido de indenização (Processo nº 1005237-92.2016.8.26.0048), na qual pleiteiam o traçado da linha e avivamento dos rumos na área que alegam ter sido invadida, bem como a condenação dos apelados ao pagamento indenização pela indevida utilização do imóvel (autos anexos aos de interdito proibitório).

Após regular instrução processual, sobreveio a r. sentença de fls. 511/520 que julgou improcedente o pedido demarcatório e indenizatório do Processo nº 1005237-92.2016.8.26.0048 e julgou parcialmente o pedido possessório formulado no Processo nº 1003278-86.2016.8.26.0048 para reconhecer que os apelados exercem a posse mansa e pacífica sobre a área objeto da ação desde 06/11/1997 e determinar que os apelantes se abstenham de embaraçar seu uso normal.

Pois bem, respeitado o inconformismo dos apelantes, entendo que o MM. Juízo de origem agiu com acerto ao reconhecer a posse mansa e pacífica dos apelados desde a aquisição do imóvel.

A perícia realizada (fls. 232/289) destacou que as fotos de satélite disponibilizadas pelo *software* Google Earth comprovam que o imóvel dos apelados possui as mesmas delimitações desde 21 de junho de 2007 (fls. 265).

Com relação ao período anterior, destacou que "*A planta apresentada as fls. 17, datada de 13/03/1998, assim como os contratos de locação de fls. 18 a 25, são indícios de que os Autores (ou seus antecessores) ocupavam uma área ainda maior, com formato similar ao atual, na época mencionada. Apesar de contestado pelos requeridos, as características destes documentos estão condizentes com as datas neles descritas. Com relação a diferença da área aponta-*

da nesta planta (4.726,50 m²) para a área atual levantada (4.155,56 m²), isso demonstra que alguma divisa foi movida e/ou que o levantamento de 1998 é impreciso, mesmo porque, 3 das 4 divisas, são caminhos de terra." (fls. 266).

Neste ponto, concluiu o perito que a área atualmente ocupada pelos apelados é similar àquelas constantes das fotos de fls. 31/33, esclarecendo que a foto de fls. 32 foi tirada em julho de 1972 (fs. 273).

Por outro lado, ao descrever os imóveis contíguos de propriedade dos apelantes (matrículas nº 109.942 e 112.569), esclareceu que embora possuam possuem área titulada respectiva de 20.328,00m² e 28.160,00m², totalizando 48.488,00m², sua área real é de, respectivamente, 15.749,43m² e 32.242,33m², totalizando 47.991,76m² (fls. 268). Em seus esclarecimentos destacou que (fs. 332):

> *Quanto a diferença na área dos réus, conforme já descrito no laudo pericial, fls. 268, a propriedade dos mesmos é formada por 2 matrículas que totalizam uma área de 48,488,00 m² de acordo com as matrículas. Na perícia, apurou-se a área total equivalente a 47.991,76 m², ou seja, enquanto um dos terrenos dos requeridos está com área menor, o outro, ao lado, está com área maior, em proporção similar, e esta pode ser a resposta para a diferença de área questionada. Assim, do mesmo modo que a ocupação do Autor pode ter adentrado em área dos réus, a outra propriedade vizinha dos réus pode ter adentrado na sua outra área que hoje possui 15.601,83 m².*

Some-se a isso que a prova oral produzida é consistente com a versão dos autores e a prova pericial produzida.

José Roberto Fernandes, antigo proprietário do imóvel que hoje pertence aos apelados, informou tê-lo adquirido por volta de 1992, destacando que a divisa com a propriedade dos requeridos era feita por uma cerca que nunca foi alterada. Salientou que eventualmente passa pelo local e que a divisa continua no mesmo local tendo a cerca sido substituída por um muro (fls. 417/423).

A testemunha José Pereira (fls. 399/407) narrou que morou no imóvel atualmente de propriedade dos apelantes por quarenta e cinco anos, salientando que a divisa da propriedade das partes era feita por uma cerca de arame que nunca foi mexida (fls. 404/405).

Aparecido Bizarre, por sua vez, afirmou ter locado o imóvel dos autores entre 2000 e 2001 e lá permanecido por aproximadamente quatro anos, período em que substituiu a cerca então existente por um muro (fls. 408/416).

Os depoimentos prestados pelas testemunhas de defesa, por sua vez, não são suficientes para afastar as conclusões das provas acima mencionadas, isso porque eles possuem contradições que geram dúvidas quanto a suas declarações.

Embora Ismar Raimundo Sardinha e Jonas Sardinha sejam irmãos e am-

Acesso ao Sumário

bos aleguem ter prestado serviços de terraplanagem nos terrenos objeto desta ação, apresentaram versões contraditórias sobre os fatos.

Ismar (fls. 424/446) disse que teria havido a mudança de cerca há mais ou menos 13 anos (2008), data em que foi contratado para prestar serviços de terraplanagem para Aparecido Bizarre. Ao ser informado pela Magistrada de origem de que referida pessoa havia saído do imóvel em 2004 e ser questionado se confirmava que a alteração ocorreu em 2008, disse "*Não posso falar a data exata*" (fls. 433). Questionado sobre quantas vezes e quando teriam ocorrido alterações na cerca, afirmou acreditar ter ocorrido duas mudanças há três anos antes da data da audiência (14/12/2021), ou seja, em 2018 (fls. 437/437).

Jonas, por sua vez, narrou que a cerca divisória foi alterada no período em que Aparecido Bizarre locava o imóvel e que ele teria deixado o local há aproximadamente quatro ou cinco anos, ou seja, entre 2016 e 2017 (fls. 450/451).

Estas divergências de datas, afirmando que Aparecido Bizarre teria ficado no local até 2008, no caso de Ismar, e até 2016 ou 2017, no caso de Jonas, gera dúvida quando a veracidade das versões apresentadas, especialmente considerando que ambos os depoentes narraram que o local é caminho de suas residências e que passam por lá frequentemente há vários anos.

Não bastasse isso, a informação de Ismar de que a invasão do imóvel vizinho teria ocorrido no ano de 2008 está em desacordo com as imagens de satélite extraídas do *softwear* Google Earth, que não deixam dúvidas de que o bem já ocupava as dimensões atuais desde ao menos 2007.

Estas divergências justificam a atribuição de maior credibilidade as testemunhas arroladas pelo recorrente e autorizam o reconhecimento de que os apelados exercem a posse no imóvel desde 06/11/1997, data de sua aquisição.

Por outro lado, a mera imprecisão da testemunha José Roberto Fernandes quanto ao ano de alienação do imóvel (1996, 1997 ou 1998), o fato de não se recordar da área titulada, dizer que teria medido o imóvel apurando uma área entre cinco e seis mil metros quadrados (fls. 419 e 422) e não saber indicar se o terreno é divido por cercas ou muros não é capaz de afastar sua credibilidade, pois ao ser questionado sobre eventual alteração dos marcos divisórios foi firme na alegação de inexistência de sua modificação desde a aquisição pelos apelados.

Descabida também a tentativa de descreditar o depoimento da testemunha José Pereira, pois, ao contrário do que consta a fls. 550, não há qualquer indício do ajuizamento de ação de usucapião contra os apelantes ou os antigos proprietários do imóvel. Ademais, desnecessário que ele soubesse a metragem do imóvel, sendo suficiente para solução dos autos sua alegação de que não houve alteração do marco divisório durante o período que residiu no local, questão que foi respondida sem quaisquer dúvidas.

Da mesma forma, descabida as impugnações formuladas contra o laudo

Acesso ao Sumário

pericial. É certo que o julgador não está obrigado a acatar as conclusões do laudo pericial, tal fato, contudo, não o impede de seguir o laudo contestado por uma das partes quando assim o faz motivadamente.

No caso dos autos o laudo pericial foi elaborado a partir das observações realizadas, análise das provas produzidas nos autos (fotos aéreas e documentos produzidos pelas partes), visita no local e entrevista com funcionários antigos da prefeitura local, conduta plenamente autorizada pelo §3º do art. 473 do Código de Processo Civil.

Ademais, suas conclusões foram corroboradas pelas provas produzidas nos autos, em especial pelo depoimento das testemunhas arroladas pelos apelados, que forma uníssona disseram, sem qualquer contradição, que o divisa atualmente existente é a mesma desde a data da aquisição do imóvel pelos recorridos.

Por isso, a impossibilidade de produção de prova empírica que permita concluir com precisão científica a exata data da suposta alteração do marco divisório pelos apelados, se é que ela ocorreu, não é capaz de afasta a conclusão de que os apelados exercem a posse sobre a área desde sua aquisição, pois o parcial provimento da ação possessória não se fundou apenas no laudo pericial, mas sim em todo o conjunto probatório.

Com relação a alegação de inexistência de posse em virtude da suposta prática de atos violentos e clandestinos, observa-se que não foi produzida qualquer prova nesse sentido. Não bastasse isso, conforme esclarecido pelo eminente Desembargador Francisco Eduardo Loureiro ao comentar o art. 1.210 do Código Civil:

> *Toda posse, justa ou injusta, direta ou indireta, de boa-fé ou de má-fé, gera, como principal efeito, o direito à sua defesa pela tutela possessória. É por isso que se diz que toda posse é ad interdicta, porque confere ao seu titular a prerrogativa de defender-se dos ataques injustos de terceiros, inclusive do proprietário.* (Código civil comentado: doutrina e jurisprudência/Claudio Luiz Bueno de Godoy...[et al.]; coordenação Cezar Peluso; - 12 ed., rev. e atual. - Barueri [SP]: Manole, 2018, p. 1114).

Assim, respeitado posicionamento diverso, entendo que agiu com acerto o MM. Juízo de origem ao reconhecer a posse pacífica dos apelados sobre a área objeto desta ação desde o dia 06/11/1997, não havendo justificativa para reforma desta decisão.

Por fim, majoro os honorários advocatícios para o correspondente a 12% do valor dado à causa, em vista o trabalho adicional desenvolvido em sede recursal, nos moldes do art. 85, §11, do Código de Processo Civil.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003673-83.2022.8.26.0625, da Comarca de Taubaté, em que é apelante FABIO PAULO ELIAS MUNIZ, são apelados REDECARD S/A e BANCO ITAUCARD S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto 32.443)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ELÓI ESTEVÃO TROLY (Presidente sem voto), ACHILE ALESINA e MENDES PEREIRA.

São Paulo, 11 de julho de 2023.

VICENTINI BARROSO, Relator

Ementa: CERCEAMENTO DE DEFESA – Situação não ocorrente – Desnecessidade da produção doutras provas – Possibilidade de julgamento imediato do mérito.

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – Contrato bancário Bloqueio de cartão de crédito por curto período Indícios que apontavam, num primeiro momento, para possibilidade de operações atípicas e ilícitas – Desbloqueio imediato, tão logo esclarecida a situação – Indenização não devida – Mero dissabor, próprio da vida em sociedade – Ausência de danos morais indenizáveis – Sentença de improcedência mantida – Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. A sentença de fls. 213/216, de relatório adotado, julgou improcedente ação de indenização por dano moral, movida pelo apelante às apeladas – honorários advocatícios de R$1.500,00.

Diz-se ocorrente cerceamento de defesa, uma vez necessária produção de prova testemunhal, obstada pelo julgamento antecipado do mérito. Defende que o contraditório e a ampla defesa são direitos constitucionalmente assegurados a todos. Afirma que possuía limite disponível em seu cartão de crédito e não se justificava bloqueio ou negativa da operação que pretendia realizar no momento. Não dispunha de outra forma de pagamento e permaneceu cerca de duas horas e meia no interior do estabelecimento comercial até resolver o impasse a envolver

a compra. Foi auxiliado por outra pessoa que ali se encontrava na ocasião e a conduta das rés ultrapassou os limites do que se poderia esperar como tolerável. Pugna pelo arbitramento da reclamada indenização (fls. 219/246).

Veio resposta (fls. 255/261).

É o relatório.

2. Não se cerceou defesa – desnecessária produção de qualquer outro tipo de prova para o desate do litígio – seja testemunhal ou de natureza diversa. Os fatos, quais documentalmente postos, denotam da falta de proveito de outros elementos probatórios, sob pena de protelação. Aqui, incide o disposto no art. 370, do CPC. Lembre-se que a prova se destina ao Juiz, não às partes. E a questão se tornou de direito, em face da evidência documental, a impor desde logo decisão correlata, sem mais demora. E é de notório conhecimento que compete ao Juiz impedir exerçam as partes atividade probatória inútil ou protelatória.

De resto, as partes tiveram ampla possibilidade de discutir a questão e não se vislumbra necessidade de prova oral. Para solução da controvérsia se apresenta suficiente o que produzido pelas partes, sem mais acréscimo.

Recurso infundado. O apelante reclama indenização por dano moral porque, no dia 27 de fevereiro de 2022 pretendeu quitar determinadas dívidas com uso de seu cartão de crédito e se viu a tanto obstado (vide discriminativo a fl. 02), já que o plástico foi bloqueado. Disse que enfrentou situação vexatória e, por isso, pediu condenação das rés a indenizar prejuízos morais (inicial a fls. 01/14).

É incontroverso o temporário bloqueio do cartão, no período indicado. As rés esclareceram, na contestação, que isso ocorreu por questões de segurança e que há previsão contratual para tanto, além de orientação do Banco Central a respeito (fls. 121/126).

Embora incidam regras do Código do Consumidor, forçoso convir que, no caso, nenhuma indenização é devida.

Em primeiro lugar, anote-se que realmente não seria comum o autor pretender realizar as operações discriminadas a fl. 02, todas no mesmo dia e numa certa sequência. Óbvio que tais transações chamaram a atenção dos sistemas da ré, que imediatamente entraram em ação e realizaram o preventivo bloqueio. E não há elementos, ademais, a indicar tenha o autor sofrido algum outro prejuízo em face do ocorrido ou que tenha deixado de quitar qualquer dívida no lapso temporal indicado (até porque ele próprio admite que recebeu auxílio de outra pessoa no desiderato).

Movimentações atípicas e que, em tese, podem gerar suspeitas sobre indícios de possíveis fraudes, não raro ocorrem diariamente e, consoante regras do Banco Central, são aptas a gerar algum tipo de alarde na instituição financeira, até mesmo sob o ponto de vista da legislação sobre antilavagem de dinheiro (Lei

Acesso ao Sumário

9.613/1998) – a autorizar o bloqueio temporário de contas correntes em geral.

A Circular nº 3.461, de 24 de julho de 2009, do BACEN, artigo 10, I, determina que as instituições financeiras dispensem atenção especial a: "*operações ou propostas cujas características, no que se refere às partes envolvidas, valores, formas de realização e instrumentos utilizados, ou que, pela falta de fundamento econômico ou legal, indiquem risco de ocorrência dos crimes previstos na Lei 9.613, de 1998, ou com ela relacionados*".

De tudo o que se apurou, é possível concluir que as rés procuraram cumprir determinações do Banco Central ao bloquear, apenas por determinado tempo, o cartão do autor. Tal atitude, por demonstrar cautela na administração de recursos alheios, não pode ser considerada ilícita (basta pensar que, na hipótese de se comprovar qualquer movimentação que pudesse se mostrar em fraude, o Banco poderia, em tese, ser responsabilizado – daí o entendimento de que sua conduta não pode ser criticada – ao revés, se apresenta com digna de elogios, já que são constantes as fraudes que diariamente acontecem – fatos notórios e que dispensam comprovação).

Em síntese, há arcabouço legislativo que propicia aos bancos em geral atividade fiscalizatória – sem prova de que, no tempo que levou para solução do impasse, tenha o autor sofrido qualquer outro prejuízo.

De fato, não foi demonstrado que as apeladas tenham praticado ilegalidade na sua conduta. Se a transação comercial se mostrou suspeita, os sistemas de segurança das apeladas deveriam, realmente, bloquear a conta respectiva, não sendo o caso de liberação das transações até que a questão fosse solucionada.

Aliás, basta ver que esta Câmara, rotineiramente, julga questões nas quais o Banco não tomou a atitude agora mencionada – e aprovou despesas ou permitiu operações sem se atentar para o perfil do consumidor – não é possível que, uma vez verificada tal cautela, seja a instituição financeira condenada por algo que fez regularmente dentro dos limites de sua atuação comercial.

E igualmente estão corretos os demais argumentos da sentença. Não há indicativo de que o autor, no momento em que presente no estabelecimento comercial, tenha entrado em contato com prepostos das rés (vide telefones a fl. 19 – verso do cartão). A propósito, a sentença bem concluiu que o autor afirmou ter preferido permanecer duas horas e meia no comércio, na tentativa de pagar com o cartão, a simplesmente efetuar rápido telefonema para a central das rés, na busca de resolver o impasse.

Quanto aos danos morais, não se pode presumi-los a partir de aborrecimento corriqueiro e sem maiores consequências.

O certo é que "O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige"

Acesso ao Sumário

(REsp. nº 215.666 – RJ, 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, v. un., Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, em 21/6/01, DJU de 29/10/01, pág. 208).

E a situação, qual posta, não alcançou esse grau. Não se nega a ocorrência de atraso singelo, mas indenização por dano moral exige mais que isso: ofensa anormal à personalidade, que se não configura pela situação apontada, não temerária ou abusiva e a não ofender a dignidade da pessoa humana.

Em suma, "Só é ressarcível o dano puramente moral (dor anímica, como angústia, tristeza, revolta e semelhantes) que assuma caráter razoável, numa equação entre a suscetibilidade individual da vítima (que não se admite excessiva, para não se transformar o prejuízo reparável em motivo de satisfação pessoal e enriquecimento injusto) e a potencialidade lesiva do ato do agressor (que deve ser capaz de causar incômodo relevante ao ofendido). Inindenizabilidade de suportável aborrecimento, inteiramente vencível sem seqüelas" (Apelação nº 606.648-00/8, 4ª Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, Juiz Rodrigues da Silva, em 27/9/01, JUIS - CD-ROM nº 32).

Noutros termos, o atentado ao bem-estar do indivíduo deve apresentar certa magnitude, para ser reconhecido como dano moral. Assim, o que se entende é que há um "piso" de incômodos a partir do qual o prejuízo se afigura juridicamente relevante e autoriza indenização. Não foi o que aconteceu na hipótese. Sensibilidade excessiva não se presta a embasar a pretensão.

A sentença de improcedência não se altera. Considerado do que previsto no art. 85, § 11, do CPC, majoram-se honorários devidos pelo autor aos advogados das rés para R$1.800,00 (mesmo critério da sentença).

3. Pelo exposto, desprovê-se o recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1062850-04.2022.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes MARGIA APARECIDA SEVERINO e LIBORIO SEVERINO, é apelado CLARO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50774)**

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

Acesso ao Sumário

São Paulo, 12 de julho de 2023.
SIMÕES DE VERGUEIRO, Relator

Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO CONTRA R. SENTENÇA PELA QUAL FOI JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER, C.C. REPARAÇÃO DE DANOS – ALEGAÇÃO DE INCORREÇÃO, COM PEDIDO DE REFORMA – SUSPENSÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TELEFONIA FIXA E POSTERIOR CANCELAMENTO DA LINHA SEM QUALQUER JUSTIFICATIVA OU NOTIFICAÇÃO – INTERRUPÇÃO DO SERVIÇO QUE SE MOSTROU INDEVIDA – RESTABELECIMENTO DO SERVIÇO DETERMINADO NA R. SENTENÇA E COMUNICADO NO FEITO APENAS EM MARÇO/2023 – DANO MORAL CARACTERIZADO – FIXAÇÃO DE VERBA COMPENSATÓRIA, DIANTE DO RECONHECIMENTO DO DANO, EM VALOR EQUIVALENTE A R$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS) PARA AMBOS OS AUTORES, E NÃO PARA CADA UM DOS AUTORES COMO SUGERIDO – VALOR QUE SE MOSTRA SUFICIENTE PARA REPARAR OS MALEFÍCIOS SUPORTADOS PELOS DEMANDANTES – REFORMA PARCIAL DA R. SENTENÇA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Tratam os autos de Recurso de Apelação interposto contra R. Sentença que vem encartada a fls. 128/130, mantida pela rejeição dos Embargos de Declaração de fls. 136, proferida em Ação de Obrigação de Fazer, c.c. Reparação de Danos, esta proposta por **MARGIA APARECIDA SEVERINO, E OUTRO** contra **CLARO S/A**, pela qual foi julgada parcialmente procedente a demanda, momento em que o Juízo determinou o restabelecimento dos serviços referentes a linha telefônica discutida no feito, ainda que afastando, no entanto, a pretensão indenizatória/compensatória inicialmente apresentada, tanto é que determinou que as partes, em conjunto, arcassem com as custas e despesas processuais, devendo ainda arcar com Honorários Advocatícios em favor dos Procuradores da parte adversa, estes fixados em 10% do valor atribuído a causa, ainda que

Acesso ao Sumário

observada a gratuidade de justiça que foi deferida aos autores.

Inconformados com os termos definidos pela R. Sentença proferida, dela recorrem os autores, conforme dão conta suas razões que vem juntadas a fls. 139/164, clamando pela reforma do posicionamento adotado em 1º Grau, pois conforme alegam, o Juízo não enfrentou com plena correção a questão como colocada a sua apreciação, uma vez que se mostra de rigor a condenação da ré ao pagamento de compensação pelos danos morais que a eles foram impostos, danos estes diretamente decorrentes da conduta adotada pela empresa de telefonia, daí o porquê de pedir pelo acolhimento de seus reclamos, com a natural reforma da R. Decisão como proferida, de sorte a que venha a ser julgada totalmente procedente a demanda como por eles movimentada, impondo-se assim condenação de R$ 15.000,00 a título de compensação para cada um dos autores, para no mais se carrear, e com exclusividade, os ônus decorrentes da sucumbência a ré.

Devidamente processado o recurso, a seguir vieram aos autos as devidas contrarrazões (fls. 176/184), momento em que a recorrida se bateu pela manutenção da R. Sentença a seu ver indevidamente hostilizada, subindo então o feito a esta E. Corte, de sorte a se promover a reapreciação da matéria já decidida junto ao 1º Grau de Jurisdição.

É o relatório.

O recurso como interposto está a merecer parcial guarida por parte desta Turma Julgadora, apenas para que seja modificada a R. Sentença no tocante a fixação de compensação pelos danos morais pretendidos pelos autores, devendo no mais ser mantida inalterada a R. Decisão hostilizada, porque os demais limites definidos quando de sua prolação se mostraram plenamente adequados no enfrentamento da realidade que vem estampada ao longo do desenvolvimento da questão como debatida nos autos.

Conforme se verifica por meio do conjunto probatório coligido aos autos, resultou incontroverso o fato de que foi suspensa a prestação do serviço de telefonia contratado pelos autores, sendo que depois foi também cancelado, o que se tem por absoluto, haja vista que contra tais aspectos sequer se insurgiu a ocupante do polo passivo da relação em desate, motivo pelo qual o presente recurso se restringe a análise relativa a ocorrência dos danos extrapatrimoniais tidos por suportados pelos autores, agora inconformados.

Assim, e no que toca ao pleito compensatório, imperativo firmar entendimento no sentido de que a empresa ré, agora recorrida, não se desincumbiu, conforme lhe competia, dos ônus de comprovar que a suspensão, e posterior cancelamento dos serviços contratados pelos autores contavam com bases minimamente adequadas, uma vez que não logrou demonstrar qualquer irregularidade na contratação ou nos documentos que alega necessários a manutenção dos serviços contratados entre as partes, daí o porquê de se poder concluir que

Acesso ao Sumário

a interrupção do serviço como promovida se mostrou inteiramente indevida e despropositada.

Diante de tais considerações, o que se dá por força da análise do conjunto probatório encartado ao feito, de rigor firmar entendimento no sentido de que o posicionamento adotado em 1º Grau se mostrou quase que plenamente adequado a realidade estampada nos autos, o que se tem no momento em que, como já indicado, definiu pela necessidade de restabelecimento dos serviços a se prestar aos autores.

No entanto, o mesmo acerto não se registrou quanto ao dever de prestar compensação, porque não reconhecido em 1º Grau, sendo certo, nesse tocante, que os transtornos narrados pelos recorrentes não possam ser reconhecidos como meros dissabores, uma vez que, no caso em exame, a conduta desidiosa da ré provocou diversos prejuízos de ordem moral que foram suportados pelos ocupantes do polo ativo da relação instaurada, notadamente diante do fato de que a empresa ré suspendeu a prestação do serviço telefônico devidamente contratado, o que se deu em julho de 2.022, comprovando seu restabelecimento apenas em março de 2.023 (fls. 197/198), em momento posterior ao sentenciamento do feito, o que se registrou sem qualquer justificativa plausível, circunstância que não se mostra adequada, inclusive porque além da quebra indevida de contrato, registrou o episódio verdadeira quebra de confiança no relacionamento das partes, este que desagua no efetivo desrespeito da ré no trato de seus negócios com os demandantes.

Conclui-se assim como presente, porque demonstrada, prática reconhecidamente abusiva por parte da empresa ré, que consistiu na indevida suspensão do serviço prestado, este que apenas foi restabelecido após Ordem Judicial (fls. 128/130, e 197/198), circunstância essa que não possa ser tida como corriqueira, ou de somenos importância. Portanto, foram submetidos os autores a situação, que por si só se constitui em causa suficiente a gerar a obrigação de compensar por danos morais, cuja prova, porque afeta direitos da personalidade, se conforma com a mera demonstração do que se tem por indevido, haja vista que, na espécie, a responsabilização do agente causador se opera por força do simples fato de se fazer presente a violação ("danum in re ipsa").

Nesse sentido, e em complemento ao quanto decidido:

"**AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – TELEFONIA – Autor que pretende restabelecimento dos serviços telefônicos, bem como indenização por danos materiais e morais em razão dos transtornos sofridos – Sentença de parcial procedência, que afastou o pedido de indenização por danos morais – Apelação do autor, pleiteando a procedência total dos pedidos iniciais, e a condenação da ré no pagamento de R$ 20.000,00 a título de indenização por danos mo-**

Acesso ao Sumário

rais – Recurso que comporta parcial acolhimento – Autor que sofreu com a interrupção dos serviços telefônicos por aproximadamente 11 (onze) meses, mesmo tendo efetuado o pagamento das contas de consumo – Ré, ademais, que sequer apresentou qualquer documento apto a justificar a suspensão dos serviços, ônus que lhe competia – Dano moral configurado – Indenização fixada em R$ 10.000,00 que bem atende ao dúplice caráter do instituto – Incidência da correção monetária a partir do arbitramento, nos termos da Súmula 362 do STJ, e juros de mora a partir da citação – Precedentes do E. TJSP – Sentença reformada – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO." (TJSP; Apelação Cível 1011442-40.2022.8.26.0562; Relator (a): Angela Lopes; Órgão Julgador: 28ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santos – 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 11/04/2023; Data de Registro: 11/04/2023)

"**Prestação de serviços de telefonia – Ação de obrigação de fazer cumulada com danos morais – Interrupção unilateral da linha telefônica e serviços de internet do autor promovido pela ré sem prévia notificação – Faturas devidamente quitadas – Suspensão do serviço sem justificativa que enseja a indenização por danos morais – Majoração da quantia – Cabimento – Recurso do autor provido e recurso da ré desprovido.**" (TJSP; Apelação Cível 1094349-71.2020.8.26.0100; Relator (a): Vianna Cotrim; Órgão Julgador: 26ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível – 12ª Vara Cível; Data do Julgamento: 22/12/2021; Data de Registro: 22/12/2021)

"**RECURSO – APELAÇÃO CÍVEL – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – TELEFONIA – RELAÇÃO CONSUMERISTA – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM DANOS MORAIS. Autora objetivando ressarcimento em decorrência de suspensão de sua linha telefônica indevidamente e sem qualquer justificativa pela requerida. Admissibilidade. 1. Dano moral configurado. Sentença que arbitrou indenização em quantia que reflete conformidade com os critérios de proporcionalidade e razoabilidade, observadas ainda as peculiaridades do caso concreto. 2. Multa por descumprimento da obrigação. Redução. Impossibilidade. Sentença mantida. Recursos de apelação da autora e da requerida não providos, descabida a majoração da verba honorária sucumbencial com base no artigo 85, parágrafo 11, do Código de Processo Civil, eis que fixada em seu patamar máximo (20%).**" (TJSP; Apelação Cível 1008986-25.2019.8.26.0562; Relator (a): Marcondes D'Angelo; Órgão Julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santos – 6ª Vara Cível; Data do Julgamento: 11/05/2020; Data de Registro: 11/05/2020)

Caracterizada, portanto, no episódio em debate, a presença do dano moral reclamado, este que claramente decorre do natural desenrolar dos fatos, necessário se mostra estabelecer a necessária punição a sua causadora, esta naturalmente de cunho pecuniário, sendo certo que, no que toca a fixação do montante

Acesso ao Sumário

compensatório, tal valor não possa se mostrar irrisório, excessivo, ou mesmo desproporcional em relação aos malefícios experimentados pelos recorrentes, que permaneceram longo período sem sua linha telefônica fixa, sob pena de enriquecimento indevido da parte provocadora da situação indesejada, residindo em tal aspecto o porquê do parcial acolhimento dos reclamos como deduzidos pelos inconformados através de suas razões recursais, de sorte a se fixar o valor da condenação em montante equivalente a um total de R$ 10.000,00 (dez mil reais), para ambos os autores, e não em relação a cada um deles como sugerido na inicial e reiterado nas razões recursais, quantia esta que se mostra perfeitamente adequada para o caso em análise, notadamente porque definida em consonância com os valores estabelecidos pela Jurisprudência dominante.

Em assim sendo, de rigor entender apenas como parcialmente adequados os termos da R. Decisão lançada aos autos, que de forma correta definiu os limites da pendência ao reconhecer a necessidade de restabelecimento do serviço indevidamente interrompido, devendo, no entanto, ser parcialmente acolhidos os reclamos deduzidos pelos autores recorrentes, de sorte a se condenar a ré ao pagamento de compensação moral que agora se fixa em valor total equivalente a R$ 10.000,00 (dez mil reais), assim definidos a título de compensação pelos danos morais que foram indevidamente impostos aos demandantes, valor esse que deverá ser quitado depois de acrescido de correção monetária, esta contada da publicação do Acórdão, para tanto observados os índices proclamados pela Tabela Prática editada pelo E. Tribunal de Justiça de São Paulo, bem como de juros de mora, estes por sua vez exigidos a partir da citação. Acrescente-se que, no mais, deverá arcar ainda a ré com o valor total das custas e das despesas processuais a que deu causa, bem como com verba Honorária, esta que agora se tem por majorada para 20% sobre o valor total de condenação.

Pelo exposto, é caso de se dar parcial provimento ao Recurso dos autores, para tanto observados os exatos limites do Voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1028573-56.2022.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante WAYSIDE VENTURES LIMITED, são apelados ISAAC AZAR e JOSÉ EDGARD DA CUNHA BUENO FILHO.

ACORDAM, em 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 17093)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO ALCIDES (Presidente sem voto), FÁBIO PODESTÁ e RÉGIS RODRIGUES BONVICINO.

São Paulo, 10 de julho de 2023.

DÉCIO RODRIGUES, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Ação de cobrança. Investimento para abertura de restaurante "Paris 6" em Miami. Incompetência absoluta da Justiça brasileira para o julgamento do caso. Ação extinta sem resolução do mérito. Mantida r. sentença. Recurso improvido.

VOTO

Cuida-se de apelação respondida e bem processada por meio da qual quer ver, a parte autora, reformada a r. sentença de fls. 484/491, cujo relatório se adota, que julgou extinta a presente ação, sem resolução do mérito, e a condenou ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Sustenta, a parte autora, em apertada síntese, inexistência de cláusula de foro exclusivo.

É o relatório.

O recurso não merece prosperar.

Para bem situar os contornos da lide, insta consignar que a autora *Wayside Ventures Limited* ingressou com a presente ação de cobrança em face de *Isaac Azar* e *José Edgar Da Cunha Bueno Filho* alegando, em síntese, que em 24/07/2014 os réus constituíram a sociedade AF1 International LLC (AF1), como seus únicos sócios e administradores, visando a abertura de restaurante sob a marca "Paris 6" (atualmente de titularidade indireta de Isaac Azar e direta de H1 Restaurantes e Participações S.A, sociedade anônima administrada pelo corréu Isaac Azar e sua esposa Caroline Silvestrini Sanches), na cidade de Miami, nos Estados Unidos. Narrou que os corréus foram apresentados à sócia da empresa autora, Sra. Marília Gabriela Baston de Toledo Cochrane, e a convenceram a realizar investimento em uma das unidades do Restaurante Paris 6 da Rua Haddock Lobo, em São Paulo/SP, conforme Instrumento Particular de Constituição de Sociedade em Conta de Participação celebrado em 14/03/2014, e que em razão do relacionamento e confiança estabelecidos entre as partes, a persuadiram a realizar novo e vultoso investimento, voltado, desta vez, à abertura da unidade em Miami. Afirmou que tal operação foi realizada em 17/06/2015

Acesso ao Sumário

pela empresa autora, sociedade empresária constituída em 19/12/2004, detida em sua totalidade pela Sra. Marília Gabriela, com efetivação de empréstimo aos réus, através do veículo de investimento AF1, do valor de US$ 716.000,00. Sustentou que os corréus, desde o início da relação entre as partes, trataram as dívidas e obrigações contratuais como de sua responsabilidade, o que inclusive foi por eles reconhecido expressamente por meio de mensagens eletrônicas trocadas. Declarou que, em 31/03/2021, solicitou a restituição integral do empréstimo, mas foi surpreendida em 15/04/2021 com uma resposta do réu Isaac Azar, assinada pela Dra. Camila Safatle, informando que "em 01 de janeiro de 2018 foi formalizada a venda da participação societária por mim detida na AF1 para a empresa ATM CASH CLUB, que assumiu todo o passivo então de responsabilidade da AF1. Portanto, desde janeiro de 2018 não tenho qualquer relação com a empresa AF1, seja como administrador ou acionista". Aduziu que a persistiu no recebimento de seu crédito, tendo os corréus confirmado, mais uma vez, sua condição de devedores em e-mail datado de 22/04/2021, quando formularam proposta de pagamento em dez anos. Ainda, afirmou que, em Contrato de Compra e Venda de Ações da AF1, celebrado em 01/01/2018 e intencionalmente omitido pelos réus, estes assumiram expressamente perante terceiros a responsabilidade integral por todos e quaisquer passivos da AF1 anteriores a 31/12/2017. Sustentou que os réus tentaram obter vantagem indevida, causando tumulto e dificultando o cumprimento do contrato e o recebimento do crédito ela autora, furtivamente transferindo a titularidade da empresa AF1 a terceiros pelo valor de US$1,00, em clara e manifesta tentativa de fraudar o cumprimento das obrigações por eles assumidas. Defendeu, assim, a caracterização da assunção da dívida pelos réus, requerendo a condenação solidária no pagamento de R$ 5.606.267,41.

Em contestação, o requerido *José Edgard* alegou, preliminarmente, a incompetência da justiça brasileira para o julgamento do caso, pois o negócio celebrado entre as partes retrata transação concretizada no estado norte-americano da Flórida, estabelecendo essa mesma jurisdição para solucionar as controvérsias decorrentes, bem como a necessidade de caução para empresa estrangeira demandar no Brasil e sua ilegitimidade passiva, visto que apenas é um ex-executivo e ex-sócio da empresa que firmou o contrato com a autora.

Acesso ao Sumário

O requerido Isaac, por sua vez, em contestação alegou, preliminarmente, que a petição inicial não apresenta requisitos mínimos de processamento, formais e materiais, além da necessidade de prestação de caução por empresa estrangeira e a incompetência da jurisdição brasileira. Quanto ao mérito, sustentou a inocorrência da alegada assunção de dívida e a irrelevância ao caso do contrato de compra e venda referente à participação societária detida pelos sócios da AF1 e a ATM Cash Club.

A ação foi julgada extinta, sem julgamento de mérito, nos seguintes ter-

mos:

"*(...)*

A presente ação é de cobrança decorrente de inadimplemento de contrato firmado por empresas que, apesar de possuírem, quando da celebração, sócios brasileiros com domicílio no Brasil, são sediadas no exterior (vide fls. 380), onde foi firmado o negócio (vide fls. 386/393) e onde seria realizado o empreendimento objeto dos recursos transacionados entre as partes (abertura de restaurante na cidade de Miami, estado da Flórida, nos Estados Unidos, como informado pela requerente em sua própria petição inicial), sem que se observe qualquer vínculo jurídico entre as pessoas jurídicas, seus domicílios, o local da celebração do negócio jurídico e do cumprimento das obrigações contratadas pelas partes contratantes com o Brasil.

Nem mesmo o foro de eleição situava-se em território nacional, tendo sido eleita a jurisdição do estado da Flórida, nos Estados Unidos, para a solução dos conflitos envolvendo o contrato em questão (conforme item 11 de fls. 382).

Apesar de contar com brasileiros como requeridos no polo passivo, mesmo a legitimidade destes para responder ao feito é questionável, pois não trata a ação de eventual pedido indenizatório por fraude perpetrada pelos réus, mas sim cobrança por inadimplemento de contrato celebrado no exterior por empresas constituídas e estabelecidas no exterior para ser cumprido no exterior, com finalidade única voltada para empreendimento a ser executado no exterior, tendo sido eleito o foro da justiça estrangeira para solução dos conflitos advindos desse negócio.

Por outro lado, a tese de assunção de dívida, pelos requeridos brasileiros denota muito mais uma manobra jurídica visando trazer o caso para a jurisdição brasileira do que um fato jurídico incontroverso, pois não bastasse toda a documentação acerca do negócio estar restrita às pessoas jurídicas da autora Wayside e AF1, é inadmissível a aceitação da possibilidade de que um negócio complexo e ultraformalizado, celebrado por escrito em língua esttrangeira no exterior entre pessoas jurídicas estrangeiras, sob a expressa legislação estrangeira e eleição de foro de território estrangeiro, com cumprimento a ser realizado por meio de intricado sistema financeiro de instituições estrangeiras, poderia ser assumido de forma tácita, verbal e informal, sem contrato escrito e sem seguir as adequações necessárias à legislação brasileira, em especial para fins de regularidade tributária e fiscal dos valores envolvidos perante o Estado brasileiro.

Mais que isso, aceitar a tese de assunção de dívida apresentada pela

Acesso ao Sumário

autora apenas serviria para evidenciar que as pessoas jurídicas Wayside e AF1 servem, na realidade, apenas para legitimar investimentos e movimentações financeiras possivelmente irregulares de brasileiros, com o intuito de se colocarem a salvo das obrigações fiscais, administrativas e tributárias que naturalmente adviriam pelas vias normais caso as transações que envolvem essas empresas fossem empreendidas por pessoas jurídicas constituídas e domiciliadas no Brasil. Até porque, por qual motivo pessoas físicas que residem no Brasil e tem as suas atividades econômicas realizadas e voltadas quase exclusivamente para o Brasil teriam empresa unipessoal constituída, estabelecida e domiciliada em paraíso fiscal?

Porém, como a tese de assunção de dívida não tem consistência fática e jurídica, permanece a presunção de boa-fé quanto aos propósitos dos sócios formadores das empresas Wayside e AF1. E, por conta disso, tomando-se como verossímil que a empresa autora foi constituída e situase em paraíso fiscal estrangeiro para a realização de negócio como o que é objeto desta ação (celebrado, realizado e operacionalizado com outra empresa também constituída e sediada no exterior, sob a égide jurídica, administrativa, fiscal e tributária de outro país), não cabe, agora, tentar valer-se da estrutura judicial brasileira, pertencente ao Estado brasileiro, que por absoluta falta de jurisdição, não oferece pressuposto básico para o desenvolvimento processual da presente demanda.

Isso porque dispõe o artigo 25 do Código de Processo Civil que 'Não compete à autoridade judiciária brasileira o processamento e o julgamento da ação quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional, arguida pelo réu na contestação'.

E nesse sentido, é a jurisprudência:

'DIREITO EMPRESARIAL – Contrato-Promessa de Cessão de Quotas – Cláusula de eleição de foro – Contrato regido pela lei portuguesa – Incidência do art. 25 do CPC – Autonomia privada das partes contratantes – Competência exclusiva da autoridade judicial estrangeira reconhecida – Ação julgada extinta – Sentença mantida – Recurso improvido.' (TJSP; Apelação Cível 1004464-70.2020.8.26.0286; Relator (a): J. B. Franco de Godoi; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Itu – 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 16/02/2022; Data de Registro: 24/02/2022)

APELAÇÃO – Ação de indenização por danos materiais – Contrato de transporte marítimo internacional – Incompetência da Justiça brasileira arguida em sede de contestação – Sentença que julgou extinta a demanda – Apelo da autora – Cláusula de eleição de foro internacional – Abusivi-

Acesso ao Sumário

dade do contrato não verificada – Empresas multinacionais de considerável porte – Avença firmada no exterior – Danos ocorridos no estrangeiro – Contrato pactuado e ação proposta já na vigência do CPC/2015 – Inteligência do art. 25 do NCPC – Sentença mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, adotados nos moldes do art. 252 do RITJSP – Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1031100-26.2017.8.26.0562; Relator (a): Jonize Sacchi de Oliveira; Órgão Julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santos – 4ª ara Cível; Data do Julgamento: 09/08/2018; Data de Registro: 10/08/2018).

Caracterizada, assim, mais que a incompetência absoluta deste Juízo, de impossível prorrogação, a própria ausência de jurisdição do Estado brasileiro, tem-se como imperiosa a extinção da ação sem resolução do mérito por falta de pressuposto de desenvolvimento válido do processo." (...)."

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

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

No presente caso, é possível reconhecer a cláusula de eleição de foro, pois há comprovação de que a parte autora manifestou expressa concordância com o teor da cláusula de eleição do foro, ou seja, cumpre a exigência legal prevista no artigo 63, § 1º, do Código de Processo Civil, que dispõe que "*As partes podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde será proposta ação oriunda de direitos e obrigações. § 1º A eleição de foro só produz efeito quando constar de instrumento escrito e aludir expressamente a determinado negócio jurídico.*". É o caso.

Acesso ao Sumário

De rigor, portanto, a manutenção da r. sentença.

Por fim, tendo em vista o trabalho adicional desenvolvido em decorrência

da interposição do presente recurso, impõe-se a majoração dos honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) para 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa, com fundamento no artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0000686-47.2021.8.26.0360, da Comarca de Mococa, em que é apelante/apelado GERALDO APARECIDO INACIO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante JOÃO RODRIGUES DOS SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao apelo do réu e negaram provimento ao apelo do autor. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 52033)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ EURICO (Presidente sem voto), SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA e ANA LUCIA ROMANHOLE MARTUCCI.

São Paulo, 17 de julho de 2023.

MARIO A. SILVEIRA, Relator

Ementa: APELAÇÕES CÍVEIS – Interposições contra sentença que julgou parcialmente procedente a ação de indenização por danos materiais e morais. Veículo usado. Vício redibitório ou oculto não configurado. Automóvel com mais de dezesseis anos de uso. Risco assumido pelo autor. Danos materiais e morais não configurados. Improcedência de rigor. Sentença reformada. *Apelação do réu provida e não provida a do autor*.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelações (fls. 162/165 e 166/184) interpostas, respectivamente, por Geraldo Aparecido Inácio e João Rodrigues dos Santos contra a sentença (fls. 154/159) proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Judicial da Comarca de Mococa, que julgou parcialmente procedente a ação de indenização por danos materiais e morais, ajuizada pelo segundo contra o primeiro.

Geraldo Aparecido Inácio diz que a sentença é nula pois não analisado pelo Juízo o CD de mídia contendo toda a conversa e negociação das partes na compra e venda do veículo, conforme certidão de fls. 138/139. Diz que o apelado não comprovou eventual vício redibitório. Aduz sobre a prova testemunhal. Por fim, afirma que o Juízo deveria utilizar como parâmetro da reparação do dano o menor orçamento apresentado. Postula o provimento do recurso.

João Rodrigues dos Santos tece considerações a respeito dos fatos e trâmite processual. Discorre sobre a obrigação de reparação pelos danos sofridos. Assevera sobre a ocorrência de danos morais. Argumenta sobre o valor indenizatório a ser fixados. Requer a desconsideração da sucumbência recíproca e majoração da verba honorária. Postula o provimento do recurso.

As contrarrazões foram apresentadas por João Rodrigues dos Santos (fls. 188/189) e Geraldo Aparecido Inácio (fls. 212/214). Postulam, em síntese, o não provimento do recurso contrário.

É a essência do relatório.

Trata-se de ação de reparação por danos materiais e morais, em que narra autor ter adquirido do requerido o veículo PAS/Microonibus, melhor descrito na exordial, em fevereiro de 2019, porém, em menos de 24 horas o veículo começou a apresentar inúmeros problemas, sendo necessário refazer o motor e a alteração de algumas peças.

Pois bem.

Restou incontroverso a aquisição do veículo pelo autor e que logo na retirada, ou em menos de 24 horas, como narrado na inicial, notou que o veículo começou a apresentar problemas.

Ora, trata-se de veículo usado, à época com aproximadamente 16 anos de uso, de forma que os problemas apresentados são condizentes com sua quilometragem.

Cabia ao autor, portanto, examinar o bem antes de sua aquisição, na medida em que se tratava de veículo usado (aproximadamente dezesseis anos de uso). Ao adquirir um veículo usado, a pessoa tem conhecimento de que perfeitamente natural o desgaste inerente ao seu uso normal.

Normalmente há desgaste com o passar do tempo, e quem adquire o automóvel usado, como o autor, não pode deixar de se acautelar em torno da devida vistoria, inclusive por empresa especializada.

No caso concreto, inclusive, observa-se que essa providência não foi adotada pelo autor, em que pese ao seu inteiro alcance.

É possível dizer, portanto, que no caso concreto o comprador teve toda a oportunidade de avaliar o bem antes de efetuar a sua compra, caracterizada a conclusão do negócio pela livre vontade das partes.

Acesso ao Sumário

Como já assentado por este Egrégio Tribunal, *(...) quem, entre particulares, compra automóvel usado compra-o no estado em que se encontra, como o examinou, por si ou com ajuda de técnico, mas sem garantia do vendedor, que não responde por vício oculto, a menos que se lhe comprove o dolo, não a mera culpa, até porque eventual defeito ou desgaste do veículo terão sido a razão mesmo da venda, que a todo adquirente se impõe precaver. Daí a impertinência da invocação de vício redibitório e daí que o comprador suporta as consequências do defeito do carro adquirido (...)* (Apelação nº 990943-0/8, Rel. Des. Celso Pimentel, 28ª Câmara de Direito Privado).

O posicionamento majoritário da jurisprudência é de que não é razoável questionar eventuais vícios em automóvel usado, exceto se comprovado o dolo do vendedor, o que não ocorre no caso concreto. Por ter sido oportunizado o exame do bem antes de sua aquisição, não se concebe que tenha o réu que responsabilizar-se por problemas constatados depois da data venda, e nessa conjuntura nada há que enseje a procedência do pedido.

Quem adquire o automóvel usado, não deve imaginar que o bem se assemelhe a um zero quilômetro, quando não há, pelo menos por um determinado tempo, necessidade de se empregar qualquer manutenção, de modo que não é razoável questionar eventuais vícios ocultos em automóvel fabricado no ano de 2003 e adquirido em 2019, com cerca de dezesseis anos de uso.

Nesse diapasão, entende-se que os defeitos mecânicos apresentados não configuram vício ou defeitos ocultos, mas mera de manutenção de um veículo com certo tempo de utilização.

Portanto, não se concebe tenha o requerido de responder por todos os problemas que surgissem, se a tanto não se vinculou expressamente, ainda mais por defeitos que configuram mera manutenção normal de um veículo com vários anos de uso.

Assim, uma vez não demonstrado que o encaminhamento do veículo à oficina não seja ordinário ao seu uso ou, em outras palavras, não comprovada a responsabilidade do requerido pelo evento, mesmo porque não podem manter o dever de manutenção eterna sobre o bem, não há se falar em indenização por danos materiais ou morais.

Destarte, a apelação de Geraldo Aparecido Inácio merece provimento para julgar improcedente a ação. O provimento da apelação do réu importa na modificação do ônus sucumbencial, devendo o autor arcar com as custas e despesas processuais e honorários advocatícios, ora arbitrados, em 10% sobre o valor atualizado da causa. Observe-se a justiça gratuita concedida às fls. 52.

Posto isto, dá-se provimento ao recurso de apelação do réu e nega-se provimento ao recurso do autor.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1006455-23.2021.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante JOSEPH MACHADO NAVES CARVALHO (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), é apelada COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 31290)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARY GRÜN (Presidente), CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA e CLAUDIA MENGE.

São Paulo, 19 de julho de 2023.

MARY GRÜN, Relatora

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. VENDA DE PRODUTO COM A VALIDADE VENCIDA. Autor que pretende a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais em razão da venda de produto com prazo de validade vencido, que, após ingerido, causou-lhe infecção alimentar. Sentença de parcial procedência. Apelo do autor. Culpa da ré já reconhecida pela r. sentença. Insurgência em sede recursal que se limita ao valor da indenização pelos danos morais reconhecidos. Autor que no dia seguinte à compra e ingestão do produto deu entrada em pronto atendimento com quadro de vômito e diarreia. Quantum indenizatório que, consideradas as peculiaridades do caso, deve ser majorado à quantia que se mostra mais adequada ao caráter punitivo e compensatório da medida. Sentença parcialmente reformada. Recurso provido em parte.

VOTO

Vistos.

Trata-se de "*AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS*" (*sic*) ajuizada por JOSEPH MACHADO NAVES CARVALHO, menor devidamente

Acesso ao Sumário

representado nos autos por ARIANE RENATA DE LIMA MACHADO, em face de COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO.

A r. sentença de fls. 257/259 (disponibilizada no DJe de 18/10/2022 – fls. 261) julgou parcialmente procedente o pedido, nos seguintes termos:

"*Pelo exposto, julgo PROCEDENTE EM PARTE o pedido e CONDENO a requerida a pagar a título de danos morais à autora a quantia de R$ 1.612,00 (mil, seiscentos e doze reais), em valores de 8/4/2018, com juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, capitalizados anualmente, a partir de então, com atualização pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. CONDENO a requerida no pagamento do custo do processo e honorários de advogado que arbitro em doze inteiros e cinco décimos por cento (12,5%) do valor da condenação, já que houve interposição de apelo.*"

Inconformado, apela o autor (fls. 262/269).

Assevera que "*a r. sentença determinou que houve caracterização de dano moral pela atitude do supermercado, onde restou comprovado que trocaram a validade de produto comestível e o venderam mesmo estando impróprio para o consumo, ensejando em infecção alimentar ao autor (criança de apenas 2 anos), com vômitos e diarreia, tendo ele que ir ao hospital para tratamento. A inconformidade da Recorrente se dá apenas no valor calculado de dano moral, uma vez que o Juiz estabeleceu a quantia de 1.612, 00 (mil, seiscentos e doze reais), em valores de 08/4/2018 e com jurus moratórios e atualização a partir dessa data, tanto para a reparação do dano sofrido quanto para coibir futuras atitudes semelhantes da Recorrida*". (fls. 264)

Salienta que "*a decisão de primeiro grau foi do "quantum debatur" foi no sentido de 50 vezes o valor do produto, baseado em analogia de lei trabalhista, tal lei arbitra o pagamento de 50 vezes o salário por ofensa gravíssima, o que é diferente de relação de consumo, pois imaginamos que ao invés de um bolo fosse uma bala no valor de 50 centavos, o valor da indenização por uma criança de dois anos ter que fazer tratamento em hospital ter vômitos e diarreia correndo risco de morte pela tenra idade seria de apenas 25 reais, tal analogia não parece razoável para ser aplicada no direito consumerista, pois diferente da lei trabalhista onde a multiplicação se baseia no valor do salário, que mesmo sendo o mínimo se trata de valor considerável, e não no valor do produto, pois esse pode ser irrisório*". (fls. 267)

Sustenta que "*a decisão deve ser reformada para majorar o dano moral para valor sugerido de R$ 10.000,00 (dez mil reais)*". (fls. 267)

Aduz que "*não sendo o caso de majoração para o valor sugerido de R$10.000,00, os honorários advocatícios devem ser arbitrados em valor fixo, levando em consideração todo trabalho produzido por esse patrono, tendo em*

Acesso ao Sumário

vista as duas apelações efetuados e a perfeita réplica apresentada, o valor dos honorários de sucumbência não deve ser inferior a R$2.000,00 (dois mil reais), tendo em vista seu caráter alimentar e profissional, segundo o artigo 85 §8º CPC". (fls. 268)

Tempestivo, o recurso foi regularmente processado, isento de preparo por ser o autor beneficiário da gratuidade da justiça (fls. 29).

Contrarrazões pela ré às fls. 286/293.

Parecer da Procuradoria de Justiça Cível às fls. 306/309, opinando pelo provimento parcial do recurso para a majoração da condenação ao patamar de R$ 3.000,00.

É o relatório.

O autor ajuizou a presente demanda visando a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais em razão da venda de produto com prazo de validade vencido, que, após a ingestão, causou-lhe infecção alimentar.

A sentença proferida em primeiro grau reconheceu que o produto vendido pela ré ao autor estava com o prazo de validade vencido, constatando o nexo de causalidade entre seu consumo pela criança e o mal-estar alimentar sofrido no dia seguinte, pelo que, não havendo recurso interposto pela parte ré, a insurgência em sede recursal se limita à pretensão do autor de ver majorada a indenização fixada por danos morais em R$ 1.612,00.

Com efeito, conforme comprovado nos autos (fls. 25/28), no dia seguinte à ingestão do produto, Joseph Machado Naves Carvalho, à época com menos de 2 anos de idade, deu entrada no pronto atendimento da Ama Sacomã com quadro de vómito e diarreia, transtorno que de fato não pode ser considerado mero aborrecimento, ademais sopesadas as fragilidades de um organismo em formação.

Assim, no tocante ao *quantum* indenizatório, consideradas as peculiaridades do caso, a indenização fixada pela r. sentença (R$ 1.612,00) deve ser majorada para R$ 3.000,00, valor que se mostra mais adequado ao caráter punitivo e compensatório da medida, levando-se em conta: a) o grau de reprovabilidade da conduta ilícita; b) a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima; c) a capacidade econômica do causador do dano; e d) as condições pessoais do ofendido (cf. Antônio Jeová Santos, Dano Moral Indenizável, Editora Revista dos Tribunais, 4 ª edição, pág. 186).

A indenização, como anota o já citado Antônio Jeová Santos, "*não pode servir de enriquecimento indevido para a vítima. Idêntico raciocínio é efetuado em relação ao detentor do comportamento ilícito. Uma indenização simbólica servirá de enriquecimento indevido ao ofensor que deixará de desembolsar quantia adequada, enriquecendo-se com o ato hostil e que desagradou, de alguma forma, algum ou quaisquer dos direitos da personalidade*" (ob. cit., pág.

Acesso ao Sumário

199).

Por certo, o sofrimento não pode se converter em móvel de "*lucro capiendo*", nem a indenização pode se transformar em mero símbolo, sem caráter punitivo.

Com base em tais premissas, o valor ora arbitrado (R$ 3.000,00) se mostra adequado e proporcional aos prejuízos experimentados, sem incorrer em locupletamento ilícito por parte do requerente.

A matéria versada na presente ação fica, desta forma, inteiramente prequestionada.

Esclarece-se, por fim, que a oposição de embargos declaratórios manifestamente protelatórios dará ensejo à aplicação da penalidade prevista no art. 1.026, §2º, do CPC/2015, porquanto a resistência ao resultado ora exposto deve ser ventilada através de recurso próprio.

Ante o exposto, pelo meu voto, **dá-se parcial provimento** ao recurso para majorar a indenização fixada a título de danos morais para R$ 3.000, 00, valor que deverá ser acrescido de juros de mora incidentes a partir citação por se tratar de responsabilidade civil contratual, com correção monetária a partir do arbitramento, nos termos da Súmula nº 362 do E. STJ.

O presente apelo foi interposto sob a égide do atual CPC, que determina o arbitramento de honorários advocatícios em recurso (art. 85, §1°, CPC). Assim, majoro os honorários advocatícios fixados para os patronos da autora em 12,5 % para 20 % do valor da condenação, nos termos do art. 85, §11, do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1010571-42.2019.8.26.0068, da Comarca de Barueri, em que é apelante B.I.L., são apelados H.F., M.F. e S.B.I.B.H.A.E.

ACORDAM, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47.024)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARIA LÚCIA PIZZOTTI (Presidente) e MARCOS GOZZO.

São Paulo, 19 de julho de 2023.

CARLOS RUSSO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. Atendimento médico-hospitalar. Ação de cobrança. Procedência de demanda principal e de lide de regresso, comandando a responsabilidade de empresa, gestora de plano de saúde. Recurso da denunciada à lide. Desprovimento.

VOTO

RELATÓRIO

Crédito relacionado a serviços de atendimento médico-hospitalar, procedência de ação de cobrança, também à consideração de lide de regresso (fls. 1435/1439), apelo de operadora de plano de saúde, convocada em incidente de denunciação da lide, batendo-se pela nulidade da sentença. No mérito, pugna pela improcedência da demanda. Subsidiariamente, aludindo à inexigibilidade de cobertura em período de carência contratual, dizendo respeito a acidentes ou doenças infectocontagiosas, com exclusão custos de primeira internação.

Respostas recursais, a fls. 1481/1483 e 1484/1490.

FUNDAMENTAÇÃO

Réu, dispondo de convênio médico, correta a convocação da gestora do respectivo plano, responsável pelo pagamento de despesas em período de internação, obrigação, aqui, bem configurada.

A propósito, constatação presidida em estudo pericial (fls. 1207/1224):

"***6. O ato pericial revelou claramente que os réus H. e M.F. tinham sim contrato vigente de seguro saúde junto a B., sendo que, essa última (seguradora) não realizou nenhum pagamento com relação às duas internações pleiteadas nessa ação, seja diretamente aos seus segurados ou diretamente ao autor;***

7. A apólice de seguro saúde que estava vigente na época das duas internações não tinha nenhuma cláusula ou informação de exclusão de tratamentos relacionados à coluna lombar de H.F.;

8. Houve mudança nas informações da apólice e, inclusive, emissão de uma nova apólice onde está claramente expresso que doenças relacionadas a distúrbios da coluna lombar não seria cobertos pelo seguro, porém, esses aditivos de informação e a nova apólice só foram emitidas em data posterior as duas internações de H.;

9. B. não realizou nenhum tipo de pagamento ou reembolso financeiro, pois alega que seu segurado H. omitiu informações de saúde no ato de contratação do seguro, mas não comprovou de modo médico, legal e efetivo que de fato H. tenha omitido tal informação;

10. Nas mais de mil páginas do processo não há nenhum documento

Acesso ao Sumário

médico e/ou legal que comprove de fato que o réu H. tinha ciência de doença prévia na coluna lombar e que omitiu esse fato da seguradora B. Ressalto que o perito médico só pode periciar e discorrer sobre documentos médicos e legais que estejam juntados oficialmente aos autos" (fls. 1218/1219).

E, na conjuntura de internação de emergência, sob tal influxo, também colhe pertinência pedido subsidiário, nesse âmbito com relevantes ponderações da ilustre magistrada da causa:

"***Desta forma, verifico que a ré B. deveria ter realizado o pagamento das custas hospitalares, vez que não ficou comprovado nos autos qualquer de suas alegações quanto a ciência do réu sobre sua doença preexistente.***

Além disso, ficou comprovado nos autos às fls. 1219, que 'O ato pericial revelou claramente que os réus tinham sim contrato vigente de seguro saúde junto a B., sendo que, essa última (seguradora) não realizou nenhum pagamento com relação às duas internações pleiteadas nessa ação, seja diretamente aos seus segurados ou diretamente ao autor. A apólice de seguro saúde que estava vigente na época das duas internações não tinha nenhuma cláusula ou informação de exclusão de tratamentos relacionados à coluna lombar do réu; Houve mudança nas informações da apólice e, inclusive, emissão de uma nova apólice onde está claramente expresso que doenças relacionadas a distúrbios da coluna lombar não seria cobertos pelo seguro, porém, esses aditivos de informação e a nova apólice só foram emitidas em data posterior as duas internações do réu;'

Assim, ficou comprovado nos autos que os réus estavam cobertos pela seguradora no momento das duas internações, razão pela qual a B. deveria ter repassado os valores ao autor nos termos do contrato.

Até porque, não se aplica eventual período de carência, tratando-se de internação de emergência e não eletiva, como demonstrado nos autos" (fls. 1438/1439)

DISPOSITIVO

Do exposto, pelo meu voto, **nego provimento ao recurso**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1024389-18.2020.8.26.0071, da Comarca de Pirajuí, em que é apelante LOURENÇO GUERCI (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BENEDITO DONIZETE DA SILVA.

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de

São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U. Sustentou oralmente o Dr. Fabio Augusto.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.510)**

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

São Paulo, 1º de agosto de 2023.

FRANCISCO LOUREIRO, Relator

Ementa: ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA INVERSA. Propositura pelo promitente vendedor, para compelir o promissário comprador a receber escritura definitiva do imóvel compromissado à venda, com preço já solvido. Possibilidade. Direito de qualquer das partes em contrato bilateral à celebração do contrato definitivo, com a finalidade de se liberar da obrigação. Art. 463 do Código Civil. Acórdão servirá de título para a transferência da propriedade, substituindo a escritura definitiva. Impossibilidade de aplicação de multa contratual. Litigiosidade intensa envolvendo o bem em comento. Decurso de mais de seis anos desde a solução integral do preço do imóvel. Recurso provido em parte.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 240/245 que julgou parcialmente procedente a ação de adjudicação compulsória inversa ajuizada por LOURENÇO GUERCI em face de BENEDITO DONIZETI DA SILVA, condenando o réu à obrigação de fazer consistente em providenciar, às suas custas, a transferência da titularidade do imóvel objeto da lide para seu nome, mediante escritura, junto ao Registro de Imóveis competente, no prazo de 30 dias.

Fê-lo a r. Sentença, basicamente, porque: a) foi comprovada a alienação do imóvel pelo autor Lourenço, sem a participação de sua esposa Matilde cotitular do imóvel, para o requerido Benedito por meio do documento de fls. 41/42; b) comprovou-se a cessão dos direitos do réu para Carlos Cesar Rodrigues e Maria Estela Ferreira Rodrigues, que ingressaram no feito como terceiros interessados (fls. 200/204); c) os terceiros Carlos e Maria já haviam proposto ação de adjudicação compulsória em face do autor e de sua esposa (processo nº 1002520-22.2017.8.26.0453), demanda julgada improcedente ante a ausência de consentimento da esposa de Lourenço (Matilde) acerca do compromisso de

Acesso ao Sumário

venda e compra realizado com o réu; d) a esposa do autor (Matilde) ajuizou ação anulatória visando invalidar o compromisso de venda e compra firmado pelo seu marido Lourenço e o réu Benedito (processo nº 1000266-42.2018.8.26.0453) e o pedido foi julgado improcedente; e) os terceiros Carlos e Maria propuseram nova ação em face de Lourenço e Matilde visando a outorga da escritura definitiva do imóvel em comento, mas a ação foi julgada extinta sem resolução do mérito pelo reconhecimento de coisa julgada (processo nº 1002520-22.2017.8.26.0453); f) o pagamento do preço pelo réu foi devidamente comprovado a fls. 02; g) restou claro que o próprio autor já havia se oposto à transferência de titularidade do bem, inclusive pleiteando a resolução do contrato nos autos nº 4005685-47.2013.8.26.0071,de modo que não há o que se falar em mora do réu; h) por esse motivo, inviável a condenação do réu ao pagamento de multa e honorários contratuais; i) considerando o decidido nos autos nº 1000266-42.8.26.0453, não há mais discussão acerca da validade do negócio, sendo desnecessária a outorga uxória de Matilde no presente caso; j) o instrumento contratual firmado entre as partes dispõe que as despesas com a transferência de titularidade do bem ficam a cargo do comprador (cláusula 5ª – fls. 41/42); k) considerando que o réu cedeu seus direitos a Carlos e Maria, poderão eles providenciar entre si a transferência do imóvel, em momento posterior, considerando a inércia dos terceiros em ingressar com a devida oposição (fl. 235).

Recorre o autor, sustentando, preliminarmente, que a sentença é *extra petita*, vez que pretendeu a substituição da declaração de vontade do requerido, com a expedição de mandado ao CRI competente para que efetue a transferência de titularidade do imóvel. No mérito afirma, em síntese: a) notificou judicialmente o apelado para que procedesse com a transferência da titularidade do imóvel nos autos nº 1024389-18.2020.8.26.0071; b) o apelado deixou o prazo transcorrer *in albis*; c) entretanto a r. sentença considerou de modo equivocado que não houve mora do réu; d) deve ser aplicada a multa prevista no contrato firmado entre as partes, ante o descumprimento da obrigação pelo réu (cláusula 8ª).

Em razão do exposto e pelo que mais argumenta às fls. 263/273, pede o provimento de seu recurso, inclusive para fins de prequestionamento.

O apelo não foi contrariado.

É o relatório.

1. O recurso comporta parcial provimento.

De acordo com a inicial, o autor é coproprietário do lote de terreno 30-A do núcleo São Luiz, localizado no município de Presidente Alves, comarca de Pirajuí/SP (fls. 45/52).

Segundo consta dos autos, o autor celebrou compromisso de compra e venda de imóvel com o réu Benedito Donizete da Silva (fls. 41/42.

Acesso ao Sumário

Após, o réu cedeu seus direitos aos terceiros habilitados no feito Carlos e Maria.

Houve diversas demandas anteriores envolvendo a relação jurídica entre as partes e entre as partes e os terceiros interessados: a) processo nº 1002520-22.2017.8.26.0453: os terceiros Carlos e Maria propuseram ação de adjudicação compulsória em face do autor e de sua esposa, demanda julgada improcedente ante a ausência de consentimento da esposa de Lourenço (Matilde) no compromisso de venda e compra realizado com o réu; b) processo nº 1000266-42.2018.8.26.0453: a esposa do autor (Matilde) ajuizou ação anulatória visando invalidar o compromisso de venda e compra firmado pelo seu marido Lourenço e o réu Benedito e o pedido foi julgado improcedente; c) processo nº 1002520-22.2017.8.26.0453: os terceiros Carlos e Maria propuseram nova ação em face de Lourenço e Matilde visando a outorga da escritura definitiva do imóvel em comento, mas a ação foi julgada extinta sem resolução do mérito pelo reconhecimento de coisa julgada; d) processo nº 4005685-47.2013.8.26.0071: o autor propôs ação pleiteando a resolução do contrato firmado com o réu por inadimplemento e a ação foi julgada improcedente.

Tendo em vista que o preço foi solvido, fato incontroverso, pretende o autor, titular do domínio e promitente vendedor a regularização registral do imóvel.

Almeja, em síntese, se desobrigar da prestação de outorgar escritura definitiva e transferir a propriedade do lote prometido à venda, cujo preço recebeu integralmente.

Considerando os fatos narrados o MMº Juiz *a quo* julgou a demanda parcialmente procedente.

São os fatos postos a julgamento.

2. O recurso comporta parcial provimento.

Primeiramente, destaco que a matéria devolvida a análise em sede de apelação limita-se as alegações de: a) sentença *extra petita*, vez que condenou o réu a obrigação de fazer consistente em providenciar a transferência de titularidade do imóvel; b) a sentença não considerou que o réu estava em mora e afastou a multa contratual pelo atraso.

Primeiramente destaco que o promitente vendedor tem o direito de compelir o promissário comprador a receber a escritura definitiva de venda e compra.

Dispõe o art. 463 do Código Civil que "*concluído o contrato preliminar, com observância do disposto no artigo antecedente, e desde que dele não conste cláusula de arrependimento, qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo, assinando prazo à outra para que o efetive*".

Considerando que o preço imóvel já foi há anos solvido, não há razão

Acesso ao Sumário

plausível para negar a celebração do contrato definitivo e transferência do imóvel no Ofício de Registro de Imóveis local.

Lembre-se que embora seja mais frequente que promissários compradores ajuízem ação de adjudicação compulsória, nada impede que ocorra o inverso.

Isso porque tem o promitente vendedor o dever de outorgar a escritura, mas também o direito de se liberar da obrigação e de todos os deveres em especial fiscais relativos a ter em seu nome a propriedade de imóvel.

Ao promissário comprador, inversamente, pesa a obrigação de receber a escritura pública definitiva com o fim de liberar a promitente vendedora das obrigações atinentes ao bem.

3. A adjudicação compulsória, na lição de **Ricardo Arcoverde Credie**, pode ser definida como "*a ação pessoal que pertine ao compromissário comprador, ou ao cessionário de seus direitos à aquisição, ajuizada com relação ao titular do domínio do imóvel – (que tenha prometido vendê-lo através de contrato de compromisso de compra e venda e se omitiu quanto à escritura definitiva) – tendente ao suprimento judicial desta outorga, mediante sentença constitutiva com a mesma eficácia do ato não praticado*" ***(Adjudicação compulsória, 7.ed., São Paulo, Malheiros, 1997).***

A adjudicação compulsória é ação pessoal e de efeitos estritamente obrigacionais: apenas se pede sentença substitutiva de vontade de celebração de contrato definitivo.

Por se tratar de obrigação juridicamente fungível, a r. Sentença vale como título judicial bastante para o registro da aquisição na matrícula do imóvel.

No caso em tela, o autor faz jus à outorga da escritura definitiva, ou melhor, à presente sentença que a substitui, pois não resta dúvida que o preço foi integralmente solvido, conforme quitação dada pelo próprio autor (fl. 02).

Sabido, portanto, que tanto a escritura como a sentença de adjudicação que a substitui constituem títulos derivados de aquisição do domínio.

Cuida-se de título derivado de aquisição da propriedade, que deve ser levado ao registro de imóveis, acompanhado da guia do ITBI e submetido à qualificação do Oficial delegado.

Em outros termos, poderá o autor munir-se de título judicial que substituirá a escritura definitiva, para levá-la oportunamente ao registro imobiliário.

Sendo assim, acolho o pedido do autor para determinar que o presente Acórdão servirá de título derivado para a transferência da propriedade, substituindo a escritura definitiva e suprindo a vontade manifestada na promessa de venda e compra do bem imóvel em comento.

Lembro, porém, que deverá ser recolhido pelo comprador o imposto de transmissão, bem como o pagamento das custas e emolumentos do Oficial de

Acesso ao Sumário

Registro de Imóveis.

De duas, uma.

Ou o autor paga referidas despesas e em seguida pede o reembolso ao face do adquirente, ou haverá a incidência de astreintes para que o réu promova diretamente seu recolhimento.

4. Por outro lado, deixo de acolher o pedido de condenação do réu ao pagamento de multa contratual e honorários, nos termos da cláusula 8ª do contrato firmado entre as partes.

Com efeito, conforme já narrado e bem observado pela r. sentença, o bem objeto da presente demanda foi motivo de grande litigiosidade entre as partes e os terceiros interessados.

O próprio autor pretendeu a resolução do negócio por alegado inadimplemento nos autos nº 4005685-47.2013.8.26.0071.

Assim sendo, considerando a situação incerta do bem, inviável a alegação de mora para incidência de multa, considerando principalmente o lapso temporal decorrido desde o pagamento efetuado pelo réu, em 26.04.2016.

A notificação judicial encaminhada ao réu (processo nº 1001545-92.2020.8.26.0453) não é suficiente de suprir a controvérsia e a incerteza existente acerca do negócio jurídico firmado entre as partes e respectivas cessões.

Como já mencionado, houve diversas demandas envolvendo o bem imóvel em comento, de modo que simples notificação judicial não é capaz de esclarecer os fatos.

5. Pelo exposto, o recurso interposto pelo autor comporta parcial provimento para fixar que o presente Acórdão servirá de título derivado para a transferência da propriedade, substituindo a escritura definitiva e suprindo a vontade manifestada na promessa de venda e compra do bem imóvel em comento (fls. 41/42).

Por se tratar de obrigação juridicamente fungível, a r. Sentença vale como título judicial bastante para o registro da aquisição na matrícula do imóvel. Resta ao réu o recolhimento do ITBI e pagamento das custas e emolumentos do Oficial de Registro de Imóveis por força de expressa disposição legal (art. 490 do Código Civil), assinalo o prazo de 30 dias para tanto.

Apenas em observância ao disposto no art. 85, §§2º e 11 do CPC/15, majoro os honorários devidos pelo réu para 12% sobre o valor da causa, ressalvada a gratuidade.

Dou parcial provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003638-54.2020.8.26.0606, da Comarca de Suzano, em que é apelante D.P.S. (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados F.S.O.B.L., L.S. e H.B.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.955)**

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

São Paulo, 3 de julho de 2023.

MARCIA DALLA DÉA BARONE, Relatora

Ementa: Ação de indenização por danos morais – Sentença de improcedência – Insurgência do autor – Requerente que alega que as publicações feitas pelas rés em rede social seriam ofensivas à sua honra – Postagens com intuito de identificar o condutor do veículo que colidiu com a motocicleta do irmão das rés, e não propriamente caluniar ou ofender o requerente – Publicações e mensagens que denotam apenas a tristeza e a revolta com o acidente ocorrido – Ausência de ofensa à honra, à imagem ou à reputação do autor – Dano moral não configurado – Sentença mantida – Recurso não provido. Nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos,

Ao relatório de fls. 362/363 acrescento ter a r. sentença apelada rejeitado o pedido indenizatório formulado na inicial. Ante a sucumbência, o autor foi condenado a arcar com as despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 15% sobre o valor atualizado da causa, na forma do artigo 85, § 2º, CPC, observada a gratuidade de justiça concedida, na forma do artigo 98, § 3º, CPC.

O autor interpôs recurso de apelo (fls. 368/376), buscando a reforma do julgado. Aduz que, em contestação, as rés não só deixaram de impugnar o objeto da demanda, como também ratificaram que as publicações foram feitas depois de terem recebido uma denúncia anônima. Sustenta que as publicações pos-

suíam caráter calunioso e difamatório, vinculando a imagem do autor a de um assassino, instigando as pessoas a o encontrarem para fazer "justiça". Afirma que, em 30/05/2020, o irmão da requerida foi atropelado e levado ao hospital, sendo medicado e liberado na mesma data, porém, em 05/06/2020, foi novamente levado ao hospital, onde veio a óbito dois dias depois. Alega que a certidão de óbito colacionada aos autos demonstra que a causa da morte foi a insuficiência respiratória aguda devido a Covid-19, inexistindo nexo causal entre o acidente de trânsito e a morte. Argui que é inadmissível que o autor sofra com ameaças, calúnias e violação à sua imagem e honra quando as apeladas tinham conhecimento de que a "causa mortis" de seu irmão fora a Covid-19. Pugna pela reforma da r. sentença, condenando as rés a indenizar o requerente por danos morais.

O recurso foi recebido e processado (fls. 379).

Contrarrazões às fls. 382/385 e 386/401.

Distribuição por prevenção (fls. 406).

Não houve oposição ao julgamento virtual do recurso.

É o relatório.

O recurso deve ser recebido apenas no efeito devolutivo, nos termos do artigo 1.012, § 1º, inciso V do Código de Processo Civil.

Imperioso anotar que a parte apelante não demonstrou suficientemente os requisitos necessários para que seja atribuído efeito suspensivo ao recurso, nos termos do artigo 1.012, § 4º do Código de Processo Civil, sobretudo a existência do risco de dano grave ou de difícil reparação.

No mérito, a sentença apelada não comporta reforma e deve ser mantida, nos termos Artigo 252 do Regimento Interno desta Corte de Justiça ("*Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la, apreciando, se houver, os demais argumentos recursais capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada no julgamento*").

Neste sentido já se decidiu por este E. Tribunal de Justiça: 1030803-34.2019.8.26.0405 –Apelação – Rel. Des. Clara Maria Araújo Xavier; 1014951-32.2021.8.26.0006 – Apelação – Rel. Des. Fábio Podestá; 0006987-33.2011.8.26.0595 – Apelação – Rel. Des. Erickson Gavazza Marques; 1003460-79.2022.8.26.0010 – Apelação – Rel. Des. Daniela Menegatti Milano; 1006719-71.2021.8.26.0704 – Apelação – Rel. Des. Elcio Trujillo; 1019469- 96.2016.8.26.0602 – Apelação – Rel. Des. Pastorelo Kfouri; 1029922-21.2021.8.26.0071 – Apelação – Rel. Des. João Baptista Galhardo Júnior; 1010445-50.2022.8.26.0047 – Apelação – Rel. Des. Rui Cascaldi; 1001827-60.2021.8.26.0368 – Apelação – Rel. Des. A. C. Mathias Coltro; 1001554-92.2020.8.26.0020 – Apelação – Rel. Des. Thiago de Siqueira; 1001509-93.2020.8.26.0180 – Apelação – Rel. Des. Alexandre David

Acesso ao Sumário

Malfatti; 1029364-17.2021.8.26.0405 – Apelação – Rel. Des. Castro Figliolia; 1011625-10.2020.8.26.0003 – Apelação – Rel. Des. Luís Roberto Reuter Torro; 1006862-44.2019.8.26.0344 – Apelação – Rel. Des. Alvaro Passos; 1008657-53.2017.8.26.0248 – Apelação – Rel. Des. Enéas Costa Garcia.

Na mesma senda julgados do Superior Tribunal de Justiça: AgInt no AREsp 2.122.110/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. em 17.04.2023; AgInt no AREsp 2.140.949/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 20.03.2023; AgInt no REsp 1372391/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Raul Araújo, j. em 14.12.2022; AgInt no REsp 1.979.920, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. em 29.08.2022; AgInt no AREsp 1.801.597/GO, 3ª Turma, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. em 09.05.2022.

Trata-se de ação de indenização por danos morais ajuizada pelo autor em face dos requeridos. Narra que, em 30/05/2020, ao conduzir seu veículo, colidiu com uma motocicleta, sendo que, quando desembarcou para verificar o ocorrido, o motociclista não estava mais local do acidente. Relata que, a partir de 06/06/2020, passou a ter sua imagem divulgada nas redes sociais, com ofensas e ameaças, acusando-o de ser responsável pelo óbito do motociclista.

Pela análise dos autos, é incontroverso que, em 30/05/2020, houve uma colisão entre o veículo do requerente e uma motocicleta, sendo que, em 07/06/2020, o condutor desta veio a óbito por insuficiência respiratória aguda, em razão de suspeita de Covid-19 (fls. 241).

Ademais, inconteste, ainda, que as apeladas H.B.M. e L. da S. foram responsáveis pelas postagens que motivaram o autor a ingressar com a presente demanda, como reconhecido pelas requeridas em sede de contestação (fls. 284/288).

A controvérsia reside, portanto, em torno da responsabilidade civil das requeridas, devendo ser avaliado, no caso em tela, se ocorreu o dano moral por ofensa à honra, ensejando o dever de indenizar.

Trata-se, portanto, de questão que versa sobre a intricada relação entre os direitos constitucionalmente garantidos da liberdade de expressão e da proteção da imagem, cabendo ao magistrado realizar o juízo de ponderação e sopesamento no caso concreto a fim de solucionar a antinomia, posto que, como é cediço, inexiste direito fundamental absoluto ou que se sobreponha aos demais.

No caso dos autos, porém, considera-se que a situação fática narrada pelo apelante não enseja indenização por danos morais.

Com efeito, cumpre destacar os ensinamentos de Carlos Alberto Bittar: "*Observa-se, na análise da categoria dos danos morais, que, no respectivo âmago, encontra-se a antinomia a atributos personalíssimos reconhecidos aos titulares de direitos. Reveste-se, pois, de caráter atentatório à personalidade, de vez que se configura por meio de lesões a elementos essenciais da individua-*

Acesso ao Sumário

lidade. Ora, por essa razão é que recebe a viva e ativa repulsa do Direito, que, como já anotado, procura realizar a defesa dos valores básicos da pessoa e do relacionamento social." (BITTAR, Carlos A. Reparação civil por danos morais, 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 57)

Desta forma, para que haja dano moral indenizável, além da existência de ato ilícito, é imprescindível que este ofenda, de forma relevante, a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça:

> "*2. A verificação do dano moral não reside exatamente na simples ocorrência do ilícito, de sorte que nem todo ato desconforme o ordenamento jurídico enseja indenização por dano moral. O importante é que o ato ilícito seja capaz de irradiar-se para a esfera da dignidade da pessoa, ofendendo-a de maneira relevante.*
>
> *(...)*
>
> *5. O aborrecimento, sem consequências graves, por ser inerente à vida em sociedade – notadamente para quem escolheu viver em grandes centros urbanos –, é insuficiente à caracterização do abalo, tendo em vista que este depende da constatação, por meio de exame objetivo e prudente arbítrio do magistrado, da real lesão à personalidade daquele que se diz ofendido. Como leciona a melhor doutrina, só se deve reputar como dano moral a dor, o vexame, o sofrimento ou mesmo a humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, chegando a causar-lhe aflição, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar.*"
>
> **(AgRg no REsp n. 1.269.246/RS, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 20/5/2014, DJe de 27/5/2014.)**

Assim, tem-se que o dano moral corresponde a uma agressão à dignidade humana, cuja reparação apenas é devida caso seja tão grave a ponto de extrapolar os meros aborrecimentos do cotidiano. Os critérios utilizados para aferir a sua constituição devem ser avaliados segundo a gravidade do dano, levando-se em conta a concepção ético-jurídica dominante na sociedade, afastando-se de fatores extremamente subjetivos, como sensibilidade ou frieza exacerbada de alguns.

Nesse contexto, é evidente que acusações infundadas ou com o propósito de ferir a honra do indivíduo podem configurar ato ilícito daquele que foi responsável pela publicação ou pela mensagem.

Contudo, é de se consignar que as publicações de fls. 04/05 denotam que o intuito das postagens era identificar o condutor do veículo que colidiu com a motocicleta do irmão das rés, e não propriamente caluniar ou ofender o requerente.

Acesso ao Sumário

Desta forma, como destacado pelo juízo "a quo" às fls. 364: "*As postagens apresentadas, portanto, não configuram qualquer ilícito, eis que não tinham por propósito macular a honra do autor, mas tão somente obter a sua correta identificação a fim de que os familiares pudessem mover as medidas cíveis e criminais cabíveis em face daquele que entendem como responsável pelo acidente de trânsito que foi causa da morte de H.*"

Ademais, a publicação de fls. 50 em nome da corré H. demonstra apenas a tristeza e a revolta com o acidente ocorrido, da mesma forma que as mensagens da requerida L. às fls. 47 e 54/55, as quais, inclusive, foram enviadas em conversa privada e, portanto, inacessível a terceiros.

De igual modo, o comentário colacionado às fls. 28 tampouco ostenta qualquer caráter ofensivo, não estando sequer relacionado diretamente ao autor.

Assim, a despeito do tom agressivo utilizado sobretudo nos comentários de algumas das publicações, não se vislumbra ofensa à honra, à imagem ou à reputação do autor, a ensejar a responsabilização civil das rés.

Portanto, a r. sentença deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos, tendo conferido satisfatória solução à lide.

Em observância ao disposto no Artigo 85, § 11 do Código de Processo Civil, elevo a verba honorária devida pelo autor para 17% sobre o valor atualizado da causa, observada a gratuidade deferida.

Em face do exposto, pelo voto, Nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1006869-69.2021.8.26.0084, da Comarca de Campinas, em que é apelante UNIMED CAMPINAS COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO, são apelados JOÃO PEDRO LOPES GUIMARÃES (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e JOÃO PAULO GUIMARÃES (REPRESENTANDO MENOR(ES)).

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 41402)**

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

São Paulo, 5 de julho de 2023.

GIFFONI FERREIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: PLANO DE SAÚDE – AUTISMO – TRATAMENTO POR MÉTODO ABA E PECS – VIABILIDADE – NOVA POSIÇÃO DA ANS E DA LEGISLAÇÃO – COBERTURA OBRIGATÓRIA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Cuida-se de Apelação Cível, exprobrando a R. sentença de fls. 254/259, que houve por procedente feito de Obrigação de Fazer, para condenar a Requerida ao custeio de tratamento multidisciplinar por método ABA e PECS, conforme prescrito ao Autor, menor de idade portador de autismo, e fixada sucumbência.

Insurge-se a Operadora, aduzindo da falta de previsão contratual para o tratamento pelo método apontado, nem constante do rol taxativo da ANS, inexistente obrigatoriedade de fornecimento, de rigor a improcedência da demanda.

Recurso com processamento bastante; respondido.

Parecer a fls. 319/342.

Esse o breve relato.

Com efeito, a R. sentença deu adequada solução à espécie, e merece prevalecer.

A pretensão se refere a tratamento para Transtorno de Espectro Autista, indicadas ao Autor sessões de psicologia, terapia ocupacional e fonoaudiologia, com os métodos PECS e ABA, conforme prescrição médica de fls. 26.

Deveras, considerando a recente posição da A.N.S., consubstanciada na Resolução Normativa nº 539, de 23 de junho de 2022, os métodos buscados devem ser fornecido pela Operadora, ante essa novel Legislação a respeito do tema, sob pena de violar a função social do contrato.

Ver, ainda, que a taxatividade do rol da ANS restou superada ante a recente promulgação da Lei Nº 14.454/2022, que fixou a lista como meramente exemplificativa, não mais aplicável a tese fixada pelo Magnífico Superior Tribunal de Justiça e brandida no recurso.

Assim, obrigatória a cobertura do tratamento, pelos métodos indicados, bem andou o H. Magistrado "a quo" com deferir o pleito, e nada mais se precisa dizer para confirmação integral da sédula sentença, à luz do Art. 252 do Regimento Interno desta Relação.

NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso. Majora-se a verba honorária para 12% do valor da causa, nos termos do Art. 85, §11, do CPC.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1080092-07.2021.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante AMERICAN AIRLINES INCORPORATION, são apelados ARACÉLIA NUNES, DAYANNA CARMO SOARES e CINTIA HELOISA RODRIGUES.

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 44558)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOVINO DE SYLOS (Presidente), SIMÕES DE VERGUEIRO e MIGUEL PETRONI NETO.

São Paulo, 7 de julho de 2023.

JOVINO DE SYLOS, Relator

Ementa: Ação de ressarcimento de danos materiais e morais – autoras que pretendem a devolução de valores despendidos na aquisição de passagens aéreas não usufruídas em razão das restrições da Covid-19 – restituição integral dos valores despendidos em consonância com as regras do CDC, ausentes danos morais – ação parcialmente procedente – recurso da ré improvido.

VOTO

1. Cuida-se de ação de ressarcimento de danos materiais e morais ajuizada por CINTIA HELOISA RODRIGUES, DAYANNA CARMO SOARES e ARACÉLIA NUNES contra AMERICAN AIRLINES INC, sustentando as autoras, em síntese, que adquiriram passagens aéreas junto à ré, que foram pagas com o cartão de crédito de Zein Atef Sammour, empregador das autoras, mas ficaram impossibilitados de viajar em decorrência das restrições impostas pela pandemia da Covid-19. Inicialmente, solicitaram o cancelamento dos bilhetes, sendo-lhes disponibilizado apenas um crédito para uso futuro até 31.12.2021, mas que também não poderia ser utilizado pelas autoras, pelo que solicitaram o reembolso dos valores, que lhes foi negado. Assim, pretendem a condenação da ré ao ressarcimento de R$17.521,04 despendidos para compra das passagens, além de reparação por danos morais. Citada, a ré apresentou contestação com preliminar de ilegitimidade ativa em razão do pagamento ter sido efetuado com cartão de crédito de terceiro e, no mérito, que o cancelamento em razão

Acesso ao Sumário

da pandemia deve observar o disposto pela MP 925/2020, convertida na Lei 14.034/2020, sendo devido apenas R$14.720,56, ausentes danos morais.

2. A r. sentença de fls. 119/124 rejeitou a preliminar de ilegitimidade ativa e julgou parcialmente procedente a ação para condenar a ré ao ressarcimento integral do valor das passagens não usufruídas pelas autoras (R$17.521,04), com correção monetária a partir do desembolso e juros de mora de 1% a.m. a partir da citação. Em razão da sucumbência recíproca, repartiu as custas e arbitrou honorários advocatícios de 10% sobre o valor da condenação.

3. Irresignada, recorreu a ré (fls. 143/154), reiterando a preliminar de ilegitimidade ativa, bem como alegando excesso de cobrança, sendo devido apenas o ressarcimento de R$14.125,18.

4. O recurso foi recebido e respondido. Os autos subiram ao Tribunal.

É o relatório.

5. A preliminar de ilegitimidade ativa não prospera, tendo em vista ser incontroverso que os bilhetes foram emitidos em nome das autoras, afigurando-se irrelevante quem fez o pagamento.

6. Por sua vez, enquanto as autoras trouxeram aos autos planilha bem demonstrando os valores que pretendem ver reembolsados, a ré fez impugnação confusa, primeiro dizendo que o crédito seria de R$14.720,56 (fls. 59), depois R$14.125,18 (fls. 154) e também sem nada comprovar sobre o suposto pagamento parcial de R$1.944,99 que diz já ter feito à autora DAYANNA por meio de voucher (fls. 151).

7. Acresce que a inicial foi instruída com informações sobre os localizadores das passagens, mas sem que a ré tenha trazido aos autos as cópias dos bilhetes, pelos quais poderia facilmente demonstrar os valores de cada passagem, inclusive quanto às taxas aeroportuárias que certamente não foram repassadas ao governo.

8. Pela pertinência de seus termos, transcreve-se parte da fundamentação da r. sentença:

> "Prima facie, resta imperioso assinalar que não prospera a alegação de ilegitimidade ativa arguida pela ré, posto que, não obstante o débito ter sido realizado no cartão de crédito do empregador de duas das autoras, é fato que a passagens foram emitidas em nome das requerentes, restando evidenciada a legitimidade destas para pleitear o cancelamento das passagens e o respectivo reembolso.
>
> Outrossim, aplica-se ao presente caso o disposto no Código de Defesa do Consumidor – CDC –, pois a parte autora adquiriu os serviços da ré na qualidade de sua destinatária final, no âmbito da referida relação contratual mantida entre as partes. Deste modo, imperioso ponderar e reiterar, consoante o mencionado alhures, que se aplica ao caso o preconizado

Acesso ao Sumário

pelo Código de Defesa do Consumidor, visto que se infere dos autos que as autoras contrataram os serviços prestados pela ré in casu na qualidade de destinatárias finais dos mesmos.

Passando-se à análise do mérito da causa, trata-se de fato público e notório que os efeitos da pandemia, em decorrência do novo coronavírus (COVID-19), e, por conseguinte, as medidas governamentais adotadas, tais como o cancelamento do voo contratado pela parte autora e a impossibilidade de realização da viagem contratada.

De qualquer forma, não tendo as autoras usufruído dos serviços contratados junto às rés, forçoso reconhecer que estas devem restituir integralmente os valores desembolsados pelos serviços não prestados, sob pena de a ré enriquecer-se indevidamente no caso em apreço, fato este, conforme é cediço, que é vedado pelo preconizado pelo artigo 884 do Código Civil, formulando-se aqui um diálogo das fontes normativas expressas pelo Código de Defesa do Consumidor – CDC – e pelo Código Civil.

Nessa esteira, sobre mais, a situação, absolutamente imprevisível e inevitável, ocorrida, no caso em comento, acarreta a aplicação à hipótese em testilha das regras estabelecidas nos artigos 317 e 478 do Código Civil, (...)

Sendo assim, não se trata de mera desistência da contratação e sim de impossibilidade de fruição/cumprimento do contrato por motivo absolutamente alheio à vontade do consumidor, afigurando-se razoável na espécie a rescisão do contrato e a restituição integral do valor pago pela parte autora.

Igualmente, o pedido se encontra em consonância com o preconizado pela Lei 14.034/20, pois a ação em tela foi ajuizada após decorrido o prazo de um ano para reembolso, nos termos do art. 3º, § 3º da suprar referida Lei, considerando que os voos seriam nos meses de junho e julho de 2020 e ação foi ajuizada em 29/07/2021.

No que diz respeito à impugnação, quanto ao valor a ser restituído, a diferença apontada pela ré diz respeito a taxas e multa, as quais também devem ser devolvidas, eis que, conforme a fundamentação supra, a restituição deverá ocorrer de forma integral sem incidência de quaisquer penalidades contratuais, razão pela qual resta acolhido o valor apontado pela parte autora na inicial."

9. Ante o exposto, irretorquíveis os termos da r. sentença, que inclusive fica mantida por suas próprias razões de decidir, sendo desnecessárias maiores considerações, anotando-se ainda a elevação dos honorários advocatícios em favor dos patronos das autoras para 15% sobre o valor da condenação (art. 85,

Acesso ao Sumário

§ 11, CPC/15)

10. Com esses fundamentos, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1004647-71.2022.8.26.0318, da Comarca de Leme, em que é apelante AYMORÉ CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S/A, é apelada JAQUELINE GOULART DE SOUZA FERREIRA.

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 45082)**

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

São Paulo, 11 de julho de 2023.

HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO, Relator

Ementa: Revisional – Financiamento de veículo – Tarifa de avaliação de bem – Ausência de prova nos autos da efetiva prestação de serviço – Ônus que cabia ao réu, do qual não se desincumbiu (artigo 373, II do CPC) – Abusividade da cobrança – Reconhecimento – Devolução devida – Sentença mantida, por seus próprios e jurídicos fundamentos – RITJ/SP, artigo 252 – Assento Regimental nº 562/2017, artigo 23. Recurso não provido.

VOTO

Vistos,

A r. sentença de fls. 172/180 julgou procedente em parte a ação revisional, para declarar nula a cláusula contratual que prevê a cobrança de "tarifa de avaliação de bem" (fls. 134/136); condenar a ré a restituir à autora, de forma simples, a quantia de R$ 239,00, cobrada pela tarifa acima mencionada. Referido valor deve ser corrigido monetariamente pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça deste Estado, a partir do desembolso, e acrescido de juros moratórios de 1% ao mês, a contar da citação. Sucumbente em maior parte, arcará a autora

Acesso ao Sumário

com 70% das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 15% do valor atribuído à causa. Tal condenação fica sobrestada, diante da concessão dos benefícios da gratuidade da justiça ao autor (fls. 81/83). Arcará a ré com 30% das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios fixados em 10% do valor atribuído à causa.

Foram opostos embargos de declaração às fls. 183/187, que foram rejeitados às fls. 189/190.

Apela o réu sustentando a legalidade da cobrança de tarifa de avaliação de bem, (fls. 193/198).

Processado e respondido o recurso (fls. 204/207) vieram os autos a esta Instância, e após a essa Câmara.

É o relatório.

A análise dos documentos existentes nos autos permite verificar que o autor celebrou com o réu cédula de crédito bancário (fls. 39/41) em 07/01/2021, para financiamento de veículo, no valor total de R$ 52.658,80, estipulado o pagamento mediante 60 parcelas de R$ 860,98, e com encargos pré-fixados.

Com relação à tarifa de avaliação de bem, o tema foi decidido pelo C. STJ em sede de recurso repetitivo, como segue:

"*RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. TEMA 958/STJ. DIREITO BANCÁRIO. COBRANÇA POR SERVIÇOS DE TERCEIROS, REGISTRO DO CONTRATO E AVALIAÇÃO DO BEM. PREVALÊNCIA DAS NORMAS DO DIREITO DO CONSUMIDOR SOBRE A REGULAÇÃO BANCÁRIA. EXISTÊNCIA DE NORMA REGULAMENTAR VEDANDO A COBRANÇA A TÍTULO DE COMISSÃO DO CORRESPONDENTE BANCÁRIO. DISTINÇÃO ENTRE O CORRESPONDENTE E O TERCEIRO. DESCABIMENTO DA COBRANÇA POR SERVIÇOS NÃO EFETIVAMENTE PRESTADOS. POSSIBILIDADE DE CONTROLE DA ABUSIVIDADE DE TARIFAS E DESPESAS EM CADA CASO CONCRETO. 1. DELIMITAÇÃO DA CONTROVÉRSIA: Contratos bancários celebrados a partir de 30/04/2008, com instituições financeiras ou equiparadas, seja diretamente, seja por intermédio de correspondente bancário, no âmbito das relações de consumo. 2. TESES FIXADAS PARA OS FINS DO ART. 1.040 DO CPC/2015: 2.1. Abusividade da cláusula que prevê a cobrança de ressarcimento de serviços prestados por terceiros, sem a especificação do serviço a ser efetivamente prestado; 2.2. Abusividade da cláusula que prevê o ressarcimento pelo consumidor da comissão do correspondente bancário, em contratos celebrados a partir de 25/02/2011, data de entrada em vigor da Res.-CMN 3.954/2011, sendo válida a cláusula no período anterior a essa resolução, ressalvado o controle da onerosidade excessiva; 2.3. Validade da tarifa de avaliação do bem dado em garantia, bem como da cláusula que prevê o ressarcimento de despesa com o registro do contrato, ressalvadas a: 2.3.1. abusividade da cobrança por serviço*

Acesso ao Sumário

não efetivamente prestado; e a 2.3.2. possibilidade de controle da onerosidade excessiva, em cada caso concreto. (...)." (RECURSO ESPECIAL Nº 1.578.553 – SP, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 28/11/2018).

Portanto, o STJ fixou tese no sentido da validade da tarifa de avaliação de bem, ressalvadas as hipóteses de reconhecimento de abuso por cobrança de serviço não prestado e a possibilidade de controle da onerosidade excessiva em cada caso concreto.

No caso em tela, a cobrança da tarifa de avaliação de bem (R$ 239,00, fls. 39), é considerada abusiva já que não há prova nos autos de que houve a efetiva prestação do referido serviço, ônus que cabia ao réu, conforme o previsto no art. 373, II do CPC, do qual não se desincumbiu, destacando-se que não restou comprovado nos autos a realização do laudo de avaliação do bem, cumprindo registrar, nesse sentido, que a tela de fls. 197 não alcança tal finalidade, pois não contém toda a descrição do estado de conservação do veículo o que justificaria a cobrança da referida tarifa. Portanto, a cobrança de tal tarifa é indevida, devendo haver a restituição, nos termos do REsp 1.578.553/SP, e na forma como estabelecido na r. sentença.

Assim, fica mantida a r. sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos (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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1010141-98.2020.8.26.0248, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante/apelado WE FOOD BRASIL FRANCHISING E PARTICIPAÇÕES LTDA., é apelado/apelante ADELANNE AMELIA BORGES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.363)**

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

São Paulo, 13 de julho de 2023.

CESAR CIAMPOLINI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação de rescisão de contrato de franquia, cumulada com pedidos de índole indenizatória, ajuizada por franqueada contra franqueadora, julgada parcialmente procedente. Apelação da franqueadora. Recurso adesivo da franqueada.

O art. 2ºda Lei de regência há de ser lido como exemplificativo daquilo em que consiste o dever de informar da franqueadora, não podendo o advérbio "obrigatoriamente" do "caput" indicar se trate a enumeração dos incisos de "numerus clausus". Os contratantes de franquia – como todos – estão sujeitos à cláusula de boa fé do art. 422 do Código Civil. Jurisprudência das Câmaras de Direito Empresarial deste Tribunal.

Provado que outro franqueado malogrou no mesmo ponto comercial há mais do que 24 meses (prazo do inciso X do dispositivo), trivial que essa relevante informação haveria de ter sido disponibilizada à autora, para que pudesse avaliar a conveniência de insistir no local.

Descabimento de indenização por danos morais, via de regra, nas relações empresariais.

Manutenção da sentença recorrida na forma do art. 252 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça. Recursos desprovidos.

VOTO

RELATÓRIO.

Trata-se de ação de rescisão de contrato de franquia, cumulada com pedidos indenizatórios, ajuizada por Adelanne Amelia Borges contra We Food Brasil Franchising e Participações Ltda., julgada parcialmente procedente por sentença que se lê a fls. 222/232 e que porta o seguinte relatório:

"Vistos.

Trata-se de **ação de rescisão de contrato c/c indenização por danos materiais e morais** sustentando a parte autora, em síntese, que celebrou com a ré contrato de franquia para exploração da marca **'Ice Creamy Sorvetes'**. Alega que após a celebração do contrato descobriu que no passado houve a implantação da marca, sem sucesso, no local em que pretendia montar seu negócio, fato este omitido pela ré.

Afirma seu desinteresse na manutenção do contrato, uma vez que não é possível instalar o negócio no local almejado. Sustenta, também, que no-

tificou a ré solicitando a rescisão do contrato, com a devolução do preço até o momento pago, com o que não concordou a ré, pois esta pretende reter a integralidade do valor pago, requerendo ainda o pagamento de multa.

Em razão disso, pretende a parte autora, enquanto discutida a questão a respeito do valor a ela ser restituído em razão da rescisão do contrato celebrado entre as partes, que seja suspensa a exigibilidade das parcelas vencidas e vincendas, com a abstenção da ré de incluir o seu nome nos cadastros de inadimplentes.

Ao final, requer que seja declarado rescindido o contrato, com a condenação da parte ré à devolução da taxa inicial de franquia quitada, a título de indenização por danos materiais, e ao pagamento de indenização por danos morais.

A tutela cautelar de urgência foi indeferida (fls. 76/77). Contudo, interposto Agravo de Instrumento, foi dado parcial provimento ao recurso para impedir o protesto e inscrição do nome da parte autora em serviços de proteção ao crédito (fls. 94/98).

Contestação com preliminares de incompetência territorial e impugnação à gratuidade de justiça. No mérito, sustenta que a franqueadora prestou toda a assistência e informações para auxiliar a franqueada na escolha do ponto comercial. Afirma que embora não tenha a parte autora aberto a unidade na cidade de Indaiatuba/SP, ofereceu a abertura do negócio na cidade de Itu/SP, sem qualquer resposta da parte autora.

Sustenta, por fim, que o contrato empresarial de franquia é válido e regular, pois apresentadas todas as informações essenciais à parte autora, de modo que o inadimplemento contratual da autora em não abrir a unidade de franquia importa no pagamento da multa ajustada.

Vieram aos autos réplica e novas manifestações das partes.

Reconhecida a incompetência territorial, acolhendo-se a cláusula de eleição de foro, o feito foi redistribuído a este Juízo, conforme fls. 212/215 e fl. 219 dos autos.

É o relatório." **(fls. 222/224; destaques do original)**.

De início, fundamentou o douto Magistrado que, "*[n]o caso em apreço, as provas documentais juntadas na inicial são suficientes para demonstrar que a parte ré franqueadora omitiu informação relevante quanto ao ponto comercial escolhido pela franqueada para a implantação da unidade de franquia. Observa-se que a parte autora, durante a negociação, desejou contratar a franquia para a exploração da marca 'Ice Creamy Sorvetes' na cidade de Indaiatuba/SP, com a instalação do quiosque no Polo Shopping de Indaiatuba/SP. Depois de assinada a COF e o contrato empresarial de franquia, a parte autora teve ciência por terceiros (setor administrativo do shopping) que não seria possível realizar a implantação da marca no local, tendo em vista que em anos anteriores já havia sido implantada uma unidade de franquia da marca no*

Acesso ao Sumário

local, contudo, não houve sucesso no negócio, o que impossibilitava a celebração de um novo contrato."

Assim, deduziu que "*[h]ouve, portanto, omissão intencional de informação relevante para a implantação do negócio, impossibilitando o cumprimento do contrato. Embora tenha sido sugerida a instalação em cidade próxima, no shopping center localizado em Itu/SP, é certo que não se poderia exigir ou compelir a aceitação deste local à parte autora (franqueada)*."

Adiante, anota que "*os documentos que acompanham a inicial, como as tratativas entre as partes antes e durante o contrato (fls. 48/67), não foram impugnados de forma específica pela parte ré. Registre-se ainda que a parte autora, agindo de boa-fé, foi diligente, uma vez que a justa causa para a rescisão do contrato foi apontada imediatamente à franqueadora, meses após a assinatura do contrato. Portanto, a omissão de informação da franqueadora acerca da impossibilidade de implantação do negócio no ponto comercial escolhido pela franqueada, conforme as tratativas do negócio antes mesmo do contrato, foi relevante e constitui justa causa para a rescisão do contrato.*"

Salientou, quanto à transferência de ***know how***, que "*o ponto comercial e a instalação da atividade comercial objeto do referido contrato de franquia sequer se iniciou e, por isso, não foi exigido valor de royalties e a taxa de marketing. Deste modo, não auferiu a parte autora qualquer vantagem comercial, tampouco se pode dizer que o Know how foi, de fato, transferido, visto que não houve qualquer treinamento ou curso em favor da franqueada, pois, repita-se, sequer houve a implantação do negócio.*"

Assim, quanto à restituição dos valores, concluiu que: "*[a]plica-se, portanto, o disposto no artigo 4º da Lei n.º 13.966/2019, relativa à sanção decorrente de omissão de informações exigidas por lei na COF, remetendo ao disposto no artigo 2º, § 2º, da referida Lei (...)Assim, deverá a franqueadora* ***restituir*** *à parte autora o valor da taxa inicial de franquia paga, cuja quantia perfaz o montante de* ***R$ 27.500,00 (vinte e sete mil e quinhentos reais)****, declarando-se rescindido o contrato na data de* ***04/11/2020****, que corresponde à data da notificação extrajudicial recebida pela franqueadora (fls. 70/74).*" (**destaques do original**)

Por fim, quanto ao pedido de ressarcimento de danos morais, aduziu que "*deve ser julgado improcedente, visto que o mero descumprimento contratual não implica, por si só, no dever de reparação por danos morais. Embora todo e qualquer inadimplemento contratual gere decepção e aborrecimento pela quebra da expectativa, salvo em situações excepcionais e bem delineadas, a simples frustração decorrente do inadimplemento não é indenizável, mas somente a ofensa aos direitos da personalidade, ou aquele sofrimento intenso e profundo, a ser demonstrado no caso concreto.*" e que "É dizer, na hipótese em

Acesso ao Sumário

apreço, que não é possível vislumbrar a existência de danos morais passíveis de indenização no momento em que ajuizada a demanda."

Anoto o dispositivo sentencial:

"Ante o exposto, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE** a ação para o fim de **declarar rescindido** o contrato empresarial de franquia celebrado entre as partes, estipulando a data base de **04/11/2020**, que corresponde à data da notificação extrajudicial recebida pela franqueadora (fls. 70/74), bem como **condeno** a parte ré (franqueadora) na restituição da taxa inicial de franquia paga pela parte autora (franqueada), cuja quantia perfaz o montante de **R$ 27.500,00 (vinte e sete mil e quinhentos reais)**, que deverá ser atualizada monetariamente de acordo com a Tabela Prática do TJSP e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, devidos desde a data da rescisão do contrato (04/11/2020) até o efetivo pagamento.

Em razão da sucumbência parcial, aplica-se o disposto no artigo 86, caput, do Código de Processo Civil. Assim, a parte autora arcará com o pagamento das custas processuais correspondentes à 30% (trinta por cento) do valor devido, bem como honorários advocatícios sucumbenciais, que fixo em R$ 2.000,00 (dois mil reais), suspensa a execução da sucumbência em razão da gratuidade de justiça; ao passo que a parte ré arcará com o pagamento das custas processuais correspondentes à 30% (trinta por cento) do valor devido, bem como honorários advocatícios sucumbenciais que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da condenação, conforme artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil.

Por fim, mantenho os benefícios da gratuidade de justiça à parte autora, porquanto a hipossuficiência foi comprovada com os documentos que instruem a inicial (fls. 28/45), de modo que a simples e genérica impugnação não é suficiente para descaracterizá-la." **(fls. 224/232; destaques do original).**

Apela a franqueadora a fls. 235/250. Argumenta, em síntese, que ***(a)*** inexistiu omissão de informação relevante de sua parte para implantação do negócio, pois a lei obriga apenas a apresentação de relação de franqueados desligados nos últimos 24 meses; ***(b)*** houve efetiva transferência de *know-how* para franqueada, por disponibilização de acesso a plataforma de treinamento; e ***(c)*** inexistem danos materiais a serem compensados; ***(d)*** subsidiariamente, aduz que a devolução integral da taxa de franquia é indevida.

Contrarrazões da franqueada a fls. 254/263.

Recurso adesivo da franqueada a fls. 264/273, em busca da procedência total, com deferimento da indenização do dano moral.

Contrarrazões da franqueadora a fls. 277/284.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

FUNDAMENTAÇÃO.

Mantenho a r. sentença, da lavra do MM. Juiz de Direito da 8ª Vara Cível de São José do Rio Preto, Dr. PAULO ROBERTO ZAIDAN MALUF por seus próprios e jurídicos fundamentos, na forma do art. 252 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça do CPC.

Acrescento que o art. 2o da Lei de regência (Lei 13.966/2019) há de ser lido como exemplificativo daquilo em que consiste o dever de informar da franqueadora, não podendo o advérbio "obrigatoriamente" do ***caput*** indicar se trate a enumeração dos incisos ***numerus clausus***. Os contratantes de franquia estão sujeitos à cláusula de boa fé do art. 422 do Código Civil.

Deste modo, sabendo-se agora, mercê da prova colhida na instrução, que, há mais de 24 meses da contratação, havia malogrado, em ponto no mesmo shopping center, uma unidade da franquia **Ice Greamy Sorvertes**, trivial que essa relevante informação haveria de ter sido disponibilizada à autora, para que pudesse avaliar a conveniência de insistir no local. Elementar dever de boa fé e lealdade impunha que notícia disto fosse dada à autora.

Na jurisprudência das Câmaras de Direito Empresarial deste Tribunal, acerca do dever de boa-fé do franqueador:

> "APELAÇÃO. FRANQUIA. AÇÃO DECLARATÓRIA C/C INDENIZATÓRIA. Controvérsia sobre o ponto comercial de instalação da unidade franqueada. Contrato firmado para exploração da franquia em região determinada. Impossibilidade de imposição, pela franqueadora, de pontos comerciais em localidades totalmente distintas. Recusa injustificada da indicação dos pontos comerciais. Ofensa aos deveres de informação e cooperação. Desrespeito à boa-fé objetiva. Inteligência do art. 422 do CC. Cláusula 2.3 do contrato empregada de modo puramente potestativo. Vedação. Unidade franqueada não chegou a ser instalada. Impossibilidade de retenção da taxa de franquia pela franqueadora. Proibição do enriquecimento sem causa. Inteligência do art. 884 do CC. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO." **(Ap. 1003151-61.2016.8.26.0659, AZUMA NISHI; grifei)**.

> "EMPRESARIAL. Contrato de franquia. Ação de rescisão c.c. indenização por danos morais e lucros cessantes. Comprovação de que o negócio apenas não foi aberto porque o franqueador reiteradamente rejeitava os pontos comerciais indicados. Alegação de que os valores de aluguel eram altos, que não se sustenta, na medida em que os apelantes tinham ciência da crise econômica enfrentada pelo país, de sorte que o valor dos imóveis estava muito elevado. Dever de informar patente. Violação à boa-fé objetiva que deve nortear os contratos. Rescisão determinada. Lucros cessantes, todavia, afastados, porquanto o status quo ante é restaurado com a devolução da taxa de franquia. Danos morais devidos, diante da grave frustração experimentada por longo período. Recurso provido em parte." **(Ap. 0016201-02.2012.8.26.0114, TEIXEIRA LEITE;**

Acesso ao Sumário

grifei).

Quanto ao recurso adesivo, por igual, de se manter a r. sentença, não merecendo acolhimento a alegação de haver dano moral indenizável, não demonstrado nenhum fato que contrariasse o entendimento largamente consolidado de que o inadimplemento de obrigação contratual, por si só, não enseja ofensa a direito da personalidade, ainda que capaz de gerar aborrecimento ao indivíduo.

Por fim, em que pese negada a indenização por danos morais, foi sucumbente em muito maior parte a franqueadora, devendo mesmo arcar ela com as custas e despesas do processo e, ainda, com honorários advocatícios dos patronos da franqueada.

Ainda, na forma do § 11 do art. 85 do CPC, elevo os honorários sucumbenciais cabentes aos patronos das autoras. Consideradas as diretivas do § 2o do mesmo dispositivo legal, passa a verba remuneratória de seu trabalho de 10% para 20% do valor da condenação.

DISPOSITIVO.

Nego provimento aos recursos.

Consideram-se prequestionados todos os dispositivos constitucionais e legais tratados, implícita ou expressamente, no julgamento.

Ficam as partes desde já cientes de que, em sendo opostos embargos de declaração ao acórdão, seu julgamento se dará em ambiente virtual.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1008701-26.2021.8.26.0606, da Comarca de Suzano, em que é apelante VERALDO ROSA DE LIMA JUNIOR, é apelado PORTO SEGUROS VIDA E PREVIDÊNCIA S.A.

ACORDAM, em 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 do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 51.333)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores DIMAS RUBENS FONSECA (Presidente), RODRIGUES TORRES e FERREIRA DA CRUZ.

São Paulo, 1º de agosto de 2023.

DIMAS RUBENS FONSECA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: PREVIDÊNCIA PRIVADA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. Improcedência do pedido. Recurso de apelação interposto pelo autor. Julgamento no estado que atendeu ao preceito contido no art. 355, I, do Código de Processo Civil. Cerceamento de defesa não configurado. Autor que suspendeu o pagamento das contribuições mensais em fevereiro de 2016 e realizou o resgate da quase totalidade dos valores vertidos. Pretensão para retomada dos pagamentos das contribuições mensais em dezembro de 2020. Operadora que condicionou a reativação do plano ao pagamento das contribuições vencidas no período da inatividade contratual. Regularidade. No sistema da previdência privada prepondera o princípio do mutualismo, que consiste na criação de um fundo comum para garantir o pagamento de benefícios no futuro, tudo orientado por cálculos atuariais que avaliam os riscos envolvidos na contratação. Regulamento do plano de previdência contratado pelo apelante – benefício de renda vitalícia – que estabelece que o pagamento das parcelas deverá ser efetuado ininterruptamente, todos os meses, durante toda a vigência do plano (cláusula 10.1). Ausência de obrigação legal ou contratual da apelada em permitir a continuidade do plano em nome do apelante, sem os aportes necessários, inclusive referentes ao período da inatividade do contrato. Verba honorária fixada, por equidade, em R$5.203,07 (cinco mil, duzentos e três reais e sete centavos), que comporta redução para R$1.000,00 (um mil reais), a fim de se ajustar aos parâmetros que regem o tema. Recurso provido em parte.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **VERALDO ROSA DE LIMA JÚNIOR** nos autos da ação de obrigação de fazer que move contra **PORTO SEGURO VIDA E PREVIDÊNCIA**, cujo pedido foi julgado improcedente, com condenação do autor ao pagamento das despesas processuais e verba honorária fixada em R$5.203,07 (cinco mil, duzentos e três reais e sete centavos), com correção monetária a partir da prolação da r. sentença e juros legais de mora desde o trânsito em julgado.

Embargos de declaração opostos pelo autor, que foram rejeitados.

Sustentou o apelante, em síntese, que houve afronta ao devido processo legal e cerceamento de defesa, ante a necessidade de produção de prova testemunhal, a fim de comprovar que o produto ofertado/proposto pela apelada possibilitava a suspensão dos pagamentos mensais, com posterior retomada; que não existe cláusula contratual que vede a paralisação e reativação do plano de previdência privada pelo apelante, havendo previsão expressa de cancelamento, apenas, na hipótese de resgate integral da reserva matemática, e não na ocorrência de resgate parcial e paralisação das contribuições mensais por certo período de tempo, como ocorreu no caso; que suspendeu os pagamentos por razões de ordem pessoal, o que não o impede de retomar as contribuições ao plano; que não haverá prejuízos à apelada, pois o saque ou benefício serão calculados, apenas, considerando as contribuições efetivamente realizadas pelo contratante, máxime porque foi informado, no momento da adesão ao plano, da possibilidade de suspensão das contribuições mensais, sem prejuízo da reforma da dos pagamentos; que é aplicável ao caso o Código de Defesa do Consumidor, devendo a interpretação do contrato ser realizada em desfavor da estipulante; que é excessiva a verba honorária sucumbencial, impondo a sua redução em, no mínimo, cinquenta por cento do valor arbitrado.

Foram oferecidas contrarrazões, com pleitos de desprovimento do recurso e majoração da verba honorária para a fase recursal.

É o relatório.

O julgamento no estado atendeu ao que determina o art. 355, I, do Código de Processo Civil, uma vez que os documentos existentes nos autos são suficientes para o equacionamento do tema controvertido, sendo totalmente inútil e desnecessária a produção de prova testemunhal pretendida pelo apelante.

Assim, de inteira aplicação ao caso o comando contido no parágrafo único do art. 370 do mesmo Diploma, que determina ao julgador o indeferimento das diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Superada essa questão, consta que o apelante aderiu a um plano de previdência privada administrado pela apelada, em 18 de setembro de 2002 (fls. 16/45), tendo cessado o pagamento das contribuições mensais a partir de 10 de fevereiro de 2016, realizando o resgaste de praticamente toda a reserva acumulada em abril de 2016 (fls. 192/193).

Em dezembro de 2020 o apelante buscou retomar os pagamentos das contribuições mensais do plano, o que foi rechaçado pela apelada, que condicionou a continuidade ou reativação do contrato ao pagamento de todas as contribuições vencidas desde o desligamento ou alteração dos valores das contribuições (fls. 78/79).

Consigne-se que o regulamento do plano de previdência contratado pelo apelante – Benefício de Renda Vitalícia (fls. 205/215) –estabelece que o pa-

Acesso ao Sumário

gamento das parcelas deverá ser efetuado ininterruptamente, todos os meses, durante toda a vigência do plano (cláusula 10.1).

Ressalte-se que o regime de previdência privada baseia-se no sistema de capitalização, com constituição de reserva financeira que garanta o benefício contratado, adesão facultativa e organização autônoma em relação ao regime geral de previdência social, conforme previsto no art. 202 da Carta da República e na Lei Complementar 109/2001.

Em outras palavras, no sistema da previdência privada prepondera o princípio do mutualismo, que consiste na criação de um fundo comum para garantir o pagamento de benefícios no futuro, tudo orientado por cálculos atuariais que avaliam os riscos envolvidos na contratação, tempo projetado de pagamento, expectativa de vida do beneficiário, valores das contribuições e outras variáveis.

No caso, a pretensão do apelante para reativação do plano de previdência privada, sem o necessário pagamento de todas as contribuições durante o período da sua inatividade contratual, gera inegável desequilíbrio financeiro para a apelada, porquanto não considera os custos projetados no momento da sua adesão ao contrato, necessários para a viabilidade da operação, máxime por se tratar de benefício de renda vitalícia.

De se anotar que a redação do contrato, pela clareza e simplicidade, afasta incursões sobre eventual dúvida de compreensão, tornando impositiva a sua interpretação literal, não havendo que se falar em interpretação mais favorável ao consumidor.

Assim, não há obrigação legal ou contratual da apelada em permitir a continuidade do plano em nome do apelante, sem os aportes necessários.

No tocante à verba sucumbencial, o § 8º do art. 85 do Código de Processo Civil estabelece que, nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º.

Acesso ao Sumário

A Lei nº 14.365, de 02 de junho de 2022, acrescentou o § 8º-A ao citado art. 85, prevendo que 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 do mesmo artigo, aplicando-se o que for maior.

A aplicação literal do disposto no 8º-A do art. 85 do Código de Processo Civil, sem qualquer filtro, poderá resultar em honorários em valor muitas vezes superior ao proveito econômico obtido na demanda, transformando a verba sucumbencial na própria razão de ser do processo.

O direito, no entanto, repudia as soluções que não se ajustam ao bom senso, exigindo que a solução a cada caso concreto considere os aspectos em

confronto, quais sejam: a pretensão de verba honorária e, de outro lado, a imposição de um valor justo, com adequação ao razoável.

Nesta senda, considerando o pequeno valor da causa – R$1.121,84 (um mil, cento e vinte e um reais e oitenta e quatro centavos) – cabível a fixação dos honorários sucumbenciais por equidade, cujos critérios devem ser ponderados à vista das peculiaridades do processo, tais como a dedicação do advogado, a complexidade da causa, o tempo despendido pelo causídico desde o início até o término da ação, dentre outras circunstâncias, razão pela qual a verba honorária deve ser reduzida para R$1.000,00 (um mil reais), quantia que não é irrisória e remunera adequadamente o patrono da parte contrária.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso, tão só, para reduzir os honorários sucumbenciais ao valor de R$1.000,00 (um mil reais), com correção monetária e juros legais de mora a partir da publicação do V. Acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1032527-84.2020.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante JÉSSICA RODRIGUES MARIANO (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados GARENA AGENCIAMENTO DE NEGÓCIOS LTDA. e GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA.

ACORDAM, em 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.914)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ROGÉRIO MURILLO PEREIRA CIMINO (Presidente) e LUÍS ROBERTO REUTER TORRO.

São Paulo, 8 de agosto de 2023.

DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT, Relatora

Ementa: AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. Demandante que alega repentina e injustificada suspensão de sua conta no jogo "Free Fire", administrado pela corré Garena e distribuído pela corré Google Brasil. SENTENÇA de improcedência. APE-

Acesso ao Sumário

LAÇÃO do autor, que insiste no acolhimento do pedido inicial, com o afastamento da multa por litigância de má-fé. EXAME: prova documental reveladora de que houve violação, por parte do autor, aos "Termos de Serviço" da Plataforma. Circunstância que autorizava a rescisão do contrato havido entre as partes, mediante o banimento do demandante, independentemente de prévia notificação. Ausência de conduta ilícita ou de abuso de direito por parte da ré, hábil a causar prejuízo moral indenizável ao autor. Improcedência que era de rigor. Multa por litigância de má-fé que deve ser afastada, ante a ausência de elementos seguros de convicção quanto à prática de quaisquer das condutas indicadas no artigo 80 do Código de Processo Civil. Verba honorária sucumbencial devida pelo autor aos Patronos das requeridas que deve ser mantida, "ex vi" do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil. Sentença parcialmente reformada. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de Ação de Obrigação de Fazer c.c. Indenização por Danos Materiais e Morais movida pelo apelante contra as apeladas, alegando que "*... que a primeira requerida é administradora do jogo denominado "Free Fire", que é distribuído pela segunda requerida. O jogo em questão é gratuito e a primeira requerida oferece produtos para personalizar o jogador, cobrando por tais produtos. Alega que joga com frequência, cerca de doze horas por dia, e ostenta a qualidade de mestra, estando entre os melhores jogadores do mundo. Afirma que investiu R$268,54 em compras no ambiente de jogo. Alega que em junho de 2020 teve sua conta no jogo suspensa e o seu smartphone bloqueado para acessar o jogo em qualquer outra conta de terceiro por suposto uso de softwares/app/apk* não oficiais. Alega que a suspensão ocorreu sem qualquer tipo de aviso prévio. Informa que tentou administrativamente resolver a questão, mas a primeira requerida alega que o bloqueio foi definitivo, não podendo ser removido. Alega que não aderiu a qualquer termo de uso quando da instalação do jogo.", conforme relatado na fl. 1.426.

O MM. Juiz "*a quo*" proferiu a r. sentença apelada, decidindo "*in verbis*": "*... JULGO IMPROCEDENTE o pedido inicial. Em razão da sucumbência, condeno a autora ao pagamento das custas e despesas processuais de compro-*

Acesso ao Sumário

vado desembolso nos autos, bem como honorários advocatícios, que fixo em 20% do valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil, ressalvada a sua condição de beneficiária da Justiça Gratuita. Independentemente da gratuidade judiciaria, condeno a requerente ao pagamento de multa de litigância de má-fé no valor de 9% do valor atualizado da causa. Passados 30 dias do trânsito em julgado, arquivem-se definitivamente os autos, independentemente de nova intimação das partes. Eventual pedido de cumprimento de sentença forçado (art. 523 do CPC) ou voluntário (art. 526 do CPC) deve ser deduzido por incidente, na forma do art. 917, caput, I, das Normas de Serviço da CGJ/TJSP e da Resolução CNJ nº 65/2009. O desarquivamento dos autos dependerá de prévio recolhimento de taxa (Comunicado TJSP nº 211/2019), a menos que a parte requerente seja beneficiária da justiça gratuita. P. I. C." ("*sic*", fl. 1.428).

Inconformado, apela o autor visando à reforma para a total procedência da Ação, com o afastamento da multa por litigância de má-fé (fls. 1.431/1.446).

Anotado o Recurso (fl. 1.505), as Empresas demandadas apresentaram contrarrazões pugnando pela manutenção da sentença (fls. 1.508/1.573 e 1.574/1.589).

É o relatório, adotado o de fls. 1.426/1.427.

A Apelação comporta conhecimento, porquanto observados os requisitos de admissibilidade no tocante (v. artigos 1.009 e seguintes do Código de Processo Civil).

Embora o teor das razões recursais, a r. sentença apelada admite apenas pequeno reparo.

Já se viu, o autor insiste na condenação da ré ao pagamento de indenização por danos materiais e morais e em obrigação de fazer consistente na reativação da conta dele na plataforma do jogo mantido pelas demandadas, argumentando, em síntese, que a suspensão é medida arbitrária e que não foi precedida de notificação ao usuário.

Não obstante, em que pese a alegação do autor de que os "*e-mails*" por ele recebidos são genéricos, inexistindo uma análise individualizada por parte das Empresas demandadas acerca da conduta dos usuários, com a suspensão arbitrária da conta de milhões de pessoas, tem-se que não houve impugnação recursal no tocante à conclusão do laudo pericial quanto ao uso de programa indevido.

No caso, realizada a prova pericial, concluiu o "*Expert*", "*in verbis*", que: "*... foi constatado que a conta da Autora, através do seu ID 165703382, no período de 04 a 07/07/2020, utilizou por 28 vezes do "Hack" denominado "GG script Hack", identificado pelo sistema de algoritmos e detecção de hacks da Requerida e também por 5 denúncias por parte de outros jogadores e foi banida pela Requerida GARENA por violação ao artigo 6.3 dos Termos de Serviço do*

Acesso ao Sumário

jogo, conforme descrito no item 2.6 deste Laudo Pericial" ("*sic*", fl. 798).

Estabelece a cláusula 5.3 dos Termos de Uso entre a corré Garena e o usuário, copiados nas fls. 516/533, "*in verbis*": "*... Você concorda que a Garena poderá, por qualquer motivo, a seu exclusivo critério e sem aviso prévio nem responsabilidade perante você ou terceiro, encerrar imediatamente sua conta e seu ID de usuário, bem como remover ou descartar do Site qualquer Conteúdo associado com sua Conta e seu ID de Usuário. Os motivos para tal encerramento podem incluir, sem limitação, (a) períodos prolongados de inatividade, (b) violação da letra ou do espírito destes Termos de Serviço, (c) comportamento fraudulento, de assédio, difamatório, ameaçador ou abusivo ou (d) comportamento que seja prejudicial aos outros usuários, a terceiros ou aos interesses comerciais da Garena. O uso de uma Conta para fins ilegais, fraudulentos, de assédio, difamatórios, ameaçadores ou abusivos pode ser denunciado às autoridades legais sem aviso prévio a você. Se você protocolar uma reivindicação (sob qualquer causa de ação) contra a Garena ou que de alguma forma a envolva, a Garena poderá encerrar sua Conta*" ("*sic*", fls. 519/520).

Portanto, bem evidenciada a violação às normas de conduta da Plataforma do jogo, ante a prática de conduta fraudulenta e prejudicial aos demais usuários, consistente na utilização da ferramenta "*GG script Hack*", tem-se como configurada motivação para a rescisão do contrato por culpa do autor, independentemente de aviso prévio, conforme previsto nos termos contratuais aos quais o apelante aderiu.

Tem-se assim que a ré não cometeu ato ilícito ou abuso de direito hábil a causar prejuízo por dano material ou por dano moral indenizável ao autor. Bem por isso, também era de rigor a rejeição da pretensão indenizatória.

Contudo, não havendo nos autos elementos seguros de convicção quanto à prática de litigância de má-fé, não se há falar em imposição de multa a esse título (v. artigo 80 do Código de Processo Civil).

Resta o acolhimento parcial do Recurso por conseguinte.

A propósito, eis a Jurisprudência:

1049803-94.2021.8.26.0002
Classe/Assunto: Apelação Cível/Prestação de Serviços
Relator(a): Lígia Araújo Bisogni
Comarca: São Paulo
Órgão julgador: 23ª Câmara de Direito Privado
Data do julgamento: 24/05/2023
Data de publicação: 25/05/2023
*Ementa: AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. DANOS MATERIAIS E MORAIS – Pretensão da ré quanto à revogação da gratuidade concedida ao autor – Rejeição – Ausência de contundente demonstração de que o autor não faz jus a benesse – **No mais, demonstrado pela corré Garena a violação, pelo au-***

Acesso ao Sumário

tor, aos Termos de Uso do jogo virtual "Free Fire" – Utilização de "hack" denominado "Mod Menu - Lorazalora", para obter vantagens irregulares dentro do jogo – Autor que não se desincumbiu do seu ônus probatório (art. 373, I, do CPC) – Segundo os Termos de Uso, impossibilidade de devolução dos valores despendidos durante o jogo ("diamantes"), bem como de transferência do uso das licenças onerosas para outra conta – Vinculação ao ambiente virtual e a respectiva conta ID, a qual se utilizou dos bens adquiridos enquanto a conta estava ativa – Danos morais não configurados *– Sentença mantida – Verba honorária majorada – Recurso desprovido.*

1002378-32.2021.8.26.0306

Classe/Assunto: Apelação Cível/Prestação de Serviços

Relator(a): Arantes Theodoro

Comarca: José Bonifácio

Órgão julgador: 36ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 13/04/2023

Data de publicação: 14/04/2023

Ementa: Ação de obrigação de fazer com pedido cumulado de indenização por danos morais. ***Reativação de conta em jogo online "Free Fire". Elementos informativos que permitiam reconhecer que houve violação dos termos de uso. Quadro que autorizava a suspensão permanente da conta****. Direito de defesa respeitado. Autor que, ademais, não manifestou interesse na produção de provas.* ***Impossibilidade de devolução de valores despendidos para a aquisição de itens utilizados no ambiente de jogo enquanto a conta estava ativa. Indenização por danos morais igualmente indevida ante a inocorrência de ato ilícito. Decreto de improcedência da ação preservado.*** *Recurso improvido. Visualizar*

1003562-59.2020.8.26.0176

Classe/Assunto: Apelação Cível/Responsabilidade Civil

Relator(a): Gomes Varjão

Comarca: Embu das Artes

Órgão julgador: 34ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 13/02/2023

Data de publicação: 14/02/2023

Ementa: Prestação de serviços. Ação de indenização por danos materiais e morais c.c. obrigação de fazer. ***A suspensão do autor do jogo eletrônico "Free Fire" justifica-se pela utilização de ferramenta ilícita ("hack"), que importa violação aos termos de uso do serviço e lhe confere vantagens indevidas, desvirtuando a competitividade do jogo, em detrimento dos demais oponentes. A prática em questão foi constatada 24 vezes pelo sistema de detecção da requerida e reportada por outros 80 jogadores.*** *Embora o requerente reclame da unilateralidade da prova produzida pela requerida nesse sentido, não existe qualquer elemento nos autos capaz de se contrapor*

Acesso ao Sumário

a ela, nem há o que infirme a idoneidade dos registros, sendo descabido cogitar de violação à ampla defesa ou ao contraditório. ***Não há falar em ausência de consentimento com os termos de uso, uma vez que é fato notório a necessidade de concordância do usuário para que possa utilizar o jogo eletrônico. Descabimento, ainda, do pedido subsidiário de reembolso do saldo de "diamantes" (moeda virtual do jogo), pois não há qualquer evidência de irregularidade nas compras realizadas e esses créditos só têm valor dentro daquele ambiente virtual. Não prospera, da mesma forma, a pretensão do recorrente de que seja determinada a transferência para outra conta ativa de sua titularidade dos bens virtuais ornamentais. A rejeição do pleito de indenização por danos morais, por seu turno, é consectário lógico do reconhecimento de que as apeladas não agiram ilicitamente****. Inúmeros precedentes desta E. Corte em casos análogos, impondo que sejam adotadas as mesmas soluções, em homenagem aos postulados ubi eadem ratio ibi idem jus e ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositio. Não há cogitar de sucumbência recíproca, pois o smartphone do autor foi inicialmente bloqueado como medida de proteção ao ambiente de jogo, sem impedimento de criação de outra conta em outro aparelho, ao passo que o posterior desbloqueio ocorreu por mera liberalidade, o que não corresponde a reconhecimento jurídico do pedido, a motivar procedência parcial da demanda. Recurso improvido.*

Impõe-se, pois, o acolhimento parcial do Recurso para afastar a imposição de multa por litigância de má-fé, ficando mantida a r. sentença apelada pelos próprios e jurídicos fundamentos, inclusive no tocante aos ônus sucumbenciais.

Diante do exposto, dá-se parcial provimento ao Recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1020978-03.2018.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que são apelantes/apelados VB TRANSPORTES E TURISMO LTDA. e COMPANHIA MUTUAL DE SEGUROS (EM LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL), é apelada/apelante ALAÍDE APARECIDA VIDO ANDRADE.

ACORDAM, em 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte aos recursos. V. U. Compareceu para sustentar oralmente o Dr. Paulo Ramos Borges Pinto Violaro e a Dra. Karen Mazzante.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 22516)**

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

Acesso ao Sumário

São Paulo, 9 de agosto de 2023.
PENNA MACHADO, Relatora

Ementa: APELAÇÃOCÍVEL. AçãoIndenizatória. Sentença de Improcedência. InconformismodasPartes. Transporte de passageiros. Queda em transporte público coletivo, com atropelamento. Preliminar. Julgamento extra petita. Não configuração. Expresso pedido da Autora para ressarcimento dos danos emergentes. Interpretação sistemática. Sentença que se restringiu aos limites da causa fixados (Artigo 492 do Código de Processo Civil).Responsabilidade civil decorrente de prestação de serviços de transporte de pessoas é contratual e objetiva em relação aos seus passageiros, de acordo com o artigo 734 do Código Civil e do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal.Responsabilidade objetiva exclui apenas a aferição de culpa. Necessidade de comprovação do nexo de causalidade entre o dano e a conduta. Narrativa fática dirimida que comprova o nexo de causalidade. Ônus processual desincumbido (Artigo 373, I, do Código de Processo Civil).Prova de que a queda foi originada por conduta imprudente do condutor do ônibus. Danos morais e estéticos devidos. Quantumindenizatório. Indenizações bem fixadas (dano moral e estético). Montantes que se mostram aptos, razoáveis e proporcionais a reprimirem o ato, sem aviltar ou implicar em enriquecimento de quem a recebe. Danos emergentes. Devida a indenização pelos gastos atrelados ao tratamento e a incapacidade gerada pelo acidente, efetivamente comprovados. Incidência do Artigo 949 do Código Civil. Lucros cessantes (pensão vitalícia) (Artigo 950 do Código Civil). Autora que não comprova que exercia atividade laboral à época dos fatos. Prova dos Autos que demonstra já estar aposentada. Pensão afastada. Lide secundária. Ausência de responsabilidade solidária da Seguradora. Limite da responsabilidade atrelado aos valores da apólice de seguro. Sentença parcialmente reformada.RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de Recursos de Apelação interpostos em face da r. sentença de fls. 815/821, que nos Autos da "*Ação Indenizatória*", julgou parcialmente procedentes os pedidos autorais de modo a condenar os Requeridos, solidariamente, a pagarem à Autora: a) indenização por danos patrimoniais devidamente comprovados nos recibos já constantes dos Autos, que deverão ser atualizados desde a data do desembolso; b)indenização pelos danos estéticos no importe de R$20.000,00 (vinte mil reais), que deverão ser corrigidos monetariamente até a data do pagamento, acrescidos ainda de juros demora de 1% ao mês, contados da citação; c) indenização pelos danos morais, no importe de R$100.000,00 (cem mil reais), corrigidos monetariamente desde a data da sentença (Súmula nº 362 do STJ) e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, estes contados da data do fato, nos termos da Súmula nº 54 do STJ; d) pensão mensal vitalícia, correspondente à remuneração recebida pela Autora no momento do acidente, sem data limite de idade, ficando facultado à Autora exigir o pagamento de parte deste valor – 10 primeiros anos emparcela única, caso em que será considerado o valor do salário vigente na data do acidente.

Julgou procedente a Lide secundária, fixando a responsabilidade da denunciada limitada a R$162.757,19 (cento e sessenta e dois mil, setecentos e cinquenta e sete reais e dezenove centavos) (fls. 373), valor que deverá ser corrigido desde a data da emissão da apólice até a do pagamento.

Ante a sucumbência, condenou os Réus no pagamento de custas e despesas processuais, bem como de honorários advocatícios fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação atualizado, ressalvada a gratuidade concedida à denunciada "Mutual".

Inconformada, apela a Corré "VB Transportes e Turismo Ltda." (fls.875/904) sustentando, preliminarmente, que o julgamento é "*extra petita*", pois inexiste pedido de indenização das despesas tidas com medicamentos, fisioterapia, transporte, etc.

Aponta que a sentença deve se limitar ao pedido disposto no item 3.4, fls. 11.

No mérito, assevera, em síntese, que a prova testemunhal indica versão contrária a narrada pela Autora, apontando contradição em sua narrativa, o que também fica evidenciado pelo fato de seu cartão não ter sido utilizado na data dos fatos narrados, sendo certo que a testemunha fora orientada e não se encontrava no local dos fatos.

Aponta que a queda da Apelada não foi provocada por atitude do motorista do ônibus, e que o atropelamento que ocorre na sequência se dá porque ela, com a queda, se lançou para debaixo do veículo quando este avançava em marcha.

Acesso ao Sumário

Ressai que a Apelada não conseguiu comprovar o nexo de causalidade entre a ação do motorista e sua queda.

Aduz que, caso reconhecida a responsabilidade da Apelante, impugna os danos morais e estéticos fixados, pois conquanto tenha sido verifica a invalidez permanente da Autora, os valores fixados são desproporcionais, pois a Autora não sofre com limitação física extrema e nem risco de amputação da perna.

Pontua não ser caso de aplicação da Súmula nº 54 do STJ, não podendo o termo *a quo* ser a data do evento danoso, pois este está relacionado a responsabilidade civil extracontratual, o que não reflete a realidade dos Autos.

Pede, ainda, a aplicação do teor da Súmula nº 246 do STJ, deduzindo-se o valor recebido do seguro obrigatório da indenização judicialmente fixada.

Impugna, ainda, a pensão vitalícia fixada, pois a Apelada era aposentada na época, e não teve redução patrimonial, devendo a pensão mensal ser balizada pelo percentual de 52,5% fixado pela perícia.

Insurge-se, também, em face do pagamento do pensionamento em parcela única, como fixado pela parte dispositiva da sentença.

Aponta deva ser realizada a compensação do valor com aqueles já pagos desde que a tutela de urgência foi deferida.

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

Recurso processado regularmente, tempestivo, preparado (fls. 905/909) e com a apresentação de Contrarrazões (fls.942/950).

Por sua vez, apela a Litisdenunciada "Mutual Seguros" (fls. 910/932), sustentando, preliminarmente, que teve seu direito de defesa cerceado, pois a sentença proferida condenou Ré e Denunciada ao pagamento das indenizações que entendeu pertinentes, porém deixou de manifestar-se quanto a necessidade de revogação da tutela deferida em sede inicial em que foi determinado o pagamento mensal no valor de R$ 4.800,00 (quatro mil e oitocentos reais).

Aduz não haver solidariedade entre Seguradora e segurado, estando a Seguradora, tão somente, obrigada nos termos da apólice de seguro.

Aponta deva ser observada a não fluência de juros e a suspensão da fluência da correção monetária, conforme previsto no Artigo 18, alíneas "d" e "f", da Lei Federal nº 6.024/74.

No mérito da Ação principal, alega que a Apelada não trouxe aos Autos prova concreta dos fatos narrados, sendo a prova testemunhal duvidosa.

Ressai que os comprovantes de despesas médicas estão eivados de fragilidade.

Impugna o pensionamento, alegando que a Autora contava com 74 anos na data dos fatos, e que não teve redução em sua capacidade financeira.

Requer a redução do valor fixado a título de danos morais e estéticos,

Acesso ao Sumário

devendo, no mínimo ser considerada a culpa concorrente.

Pede que, em caso de manutenção da condenação, sejam aplicados os termos da Súmula nº 246 do STJ, pois a Autora foi beneficiada com a verba do DPVAT.

Requer, ainda, o abatimento dos valores devidos com aqueles concedidos desde o arbitramento da tutela de urgência.

Recurso processado regularmente, tempestivo, isento de preparo (fls. 905/909) e com a apresentação de Contrarrazões (fls.951/960 e 985/993).

Apela também a Autora (fls. 933/938), sustentando, em síntese, que deve ser incluído o valor dos danos patrimoniais sofridos no valor de R$ 56.000,00 (cinquenta e seis mil reais), valor que foi sonegado da Autora desde setembro de 2017 até a concessão da tutela de urgência.

Com relação ao pensionamento, requer seja fixado valor bruto, frente aos descontos tributários que poderão existir.

Aponta que a sentença foi omissa no que diz respeito a incidência de atualização (juros e correção) sobre o valor da remuneração (pensionamento) percebido na data do acidente até o efetivo recebimento.

Indica omissão também no que tange aos valores superiores a 10 (dez) anos, alegando que os mesmos também devem sofrer atualização (correção monetária e/ou juros).

Requer que o pensionamento mensal seja ininterrupto e fixado em valor maior, bem como a majoração dos danos materiais para o mínimo de R$ 160.000,00 (cento e sessenta mil reais).

Recurso processado regularmente, tempestivo, isento de preparo (fls. 905/909) e com a apresentação de Contrarrazões (fls. 961/969 e 970/984).

Houve oposição ao julgamento virtual (fls. 1007 e 1009).

É o breve Relatório.

Cuida-se de "*Ação Indenizatória*" proposta por "ALAÍDE APARECIDA VIDO ANDRADE" em face de "VB TRANSPORTES E TURISMO LTDA." requerendo a Autora, em síntese, a condenação da Ré ao pagamento de danos morais, estéticos e materiais decorrentes de queda ocorrida no interior do veículo de transporte coletivo de passageiros.

Narra a Autora que no dia 27/06/2015, por volta das 11h30, embarcou no transporte coletivo fornecido pela Ré e, enquanto realizava o desembarque, o motorista teria promovido o fechamento da porta e seguido viagem. Com o ato praticado, a Autora alega ter sido arremessada ao chão, e o veículo teria transitado com a roda por cima de sua perna esquerda.

Em decorrência do acidente, aponta a Requerente que sofreu lesões severas, com fratura óssea exposta de fíbula e tíbia, lesões de partes molese esma-

Acesso ao Sumário

gamento, necessitando de enxerto, e com posterior recomendação de amputamento (fls. 36).

Tais fatos, atrelados à interrupção no pagamento dos valores dispendidos pela Ré após o acidente (em setembro de 2017), teriam lhe provocado inúmeros prejuízos físicos e morais, requerendo, por tais razões, o pagamento de indenização por danos materiais, morais e estéticos, além de pensionamento vitalício no importe de R$ 7.000,00 (sete mil reais).

Pois bem.

De início, afasta-se a preliminar de sentença *extra petita*.

Isto porque, ao contrário do quanto argumenta a Empresa Apelante, a Petição Inicial é clara ao requerer os danos emergentes e o pensionamento mensal referente aos medicamentos e outros gastos recorrentes da Autora.

Por sua vez, o provimento jurisdicional encontra guarida no pedido formulado na Exordial, não constituindo violação à Norma que adstringe o Juiz a julgar a Lide nos limites das questões suscitadas (Artigo 492 do Código de Processo Civil).

Ademais, a Decisão monocrática impõe a correta interpretação sistemática da controvérsia, não havendo qualquer nulidade a ser declarada.

No mérito, a Apelante busca afastar o nexo de causalidade, alegando que a queda da Apelada não foi provocada por atitude do motorista do ônibus, e que o atropelamento que ocorre na sequência se deu porque ela, com aqueda, se lançou para debaixo do veículo quando este avançava em marcha.

Da mesma forma, argumenta deva ser descredibilizada a testemunha, alegando que esta não estava presente na data dos fatos, e que foi orientada pelo Patrono da Requerente.

Com efeito, e de início, é certo que a responsabilidade decorrente de prestação de serviços de transporte de pessoas é contratual e objetiva em relação aos seus passageiros, de acordo com o artigo 734 do Código Civil que expressamente dispõe: "*O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade*".

Neste sentido, é também o teor do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal, *in verbis*: "*As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa*".

Ademais, exige-se, tão somente, o defeito na prestação do serviço, o dano e o nexo causal entre ambos, conforme o disposto no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, não sendo necessário se aferir a existência de culpa.

Desta forma, necessário adentrar às narrativas fáticas para se verificar a

Acesso ao Sumário

presença dos requisitos acima elencados.

Dos Autos, extrai-se que na data dos fatos a Autora foi socorrida por SAMU e levada ao pronto-atendimento de hospital local, recebendo o diagnóstico de fratura exposta na perna esquerda (fratura exposta e cominutiva em membro inferior esquerdo com desluvamento e lesões nas partes moles), ficando a Autora internada por 7 (sete) dias em UTI, e após mais 15 dias em enfermaria, restando comprovadas as lesões sofridas.

E ao contrário do que sustenta a Apelante, da dinâmica fática apresentada observa-se que houve comprovação do nexo de causalidade.

Neste sentido, pontue-se, primeiramente, que a testemunha "Nilza Ferreira de Almeida," foi ouvida sem qualquer contradita do Patrono da Apelante.

E de seu depoimento, extrai-se que a arrancada do ônibus gerou a queda da Autora, fato também descrito pela Requerente.

Se houve ou não a abertura e fechamento da porta, tal fato é irrelevante.

Neste sentido, a dinâmica fática ficou bem dirimida, não sendo possível, como quer a Apelante, afastar o nexo de causalidade entre a conduta do Preposto da Ré e a queda ocorrente no transporte coletivo.

No mesmo tom, bem fundamentou o Magistrado sentenciante, *verbis*:

"A Ré alega haver contradições quanto aos fatos narrados pela Autora e pela testemunha Nilza, e com isso, conclui que a Autora teria caído após a descida do ônibus. Porém, embora a Autora relate que antes da arrancada do ônibus teria o motorista fechado e aberto a porta, prensando a sua perna e a testemunha Nilza relate que a arrancada em si é que teria feito a Autora cair do coletivo, não vejo contradição nos depoimentos. É que ambos são uníssonos em afirmar que a arrancada do ônibus é que teria ocasionado a queda da Autora. Além disso, Nilza afirmou não se lembrar se a porta havia ou não prensado a Autora, lembrando-se de que o coletivo teria arrancado antes daquela descer completamente." (fls. 137/138).

Assim, havendo prova do nexo de causalidade entre a queda e a conduta do motorista, não há como isentar a Empresa Ré da responsabilidade civil pelas lesões gravíssimas sofridas pela Autora.

Acesso ao Sumário

Ainda, é certo que competia à Transportadora comprovar excludente de responsabilidade civil (culpa exclusiva da vítima), ônus que não se desincumbiu (Artigo 373, II do Código de Processo Civil), respondendo pelo defeito do serviço prestado pela Transportadora, consistente no descumprimento do dever de zelar pela incolumidade da passageira, contra os riscos inerentes ao negócio, durante todo o trajeto, até o destino final da viagem.

Ademais, não se pode perder de vista que a Apelante, por quase 2 anos, promoveu o pagamento de despesas médicas e de auxílio para a Requerente de-

correntes das necessidades originárias do acidente, de forma que alegar, agora, a ausência de responsabilidade, representa verdadeiro comportamento contraditório, *venire contra factum proprium*.

Os danos morais, portanto, ressaem da falha na prestação de serviço da Empresa Ré.

Além disso, o Laudo Pericial é categórico em fixar os danos funcionais e estéticos sofridos pela Pleiteante, *verbis*:

> "No exame clínico apurado foi determinada a presença de sinais objetivos de comprometimento da anatomia e funcionalidade (biomecânica) do membro inferior esquerdo. A Autora apresenta edema importante, infecção com saída de secreção, deformidades acentuadas, perda de força muscular e inutilização do tornozelo/pé esquerdo. **Logo, foi verificado a presença de invalidez PERMANENTE e dano patrimonial físico estimado em 52.5% conforme tabela Susep (perda acentuada 75% x 70% referente a perda total do uso de um dos membros inferiores)**. (...) **Deste modo, há dano estético em grau grave (6/7)**." (fls. 543/544).

É lícita, ainda, a cumulação de ambos, nos termos da Súmula nº 387 do Superior Tribunal de Justiça:

> "Súmula nº 387: É lícita a cumulação de danos estéticos e dano moral".

No que diz respeito ao *quantum* indenizatório, sabe-se que o valor da reparação do dano moral é questão controvertida, complexa e, pela sua própria essência, abstrata.

Em concreto, deve atender o escopo de sua dupla função: reparar o prejuízo, buscando minimizar a dor da vítima e, punir o ofensor, para que não volte a reincidir.

Por outro lado, é necessário assegurar uma justa compensação, sem, entretanto, incorrer em enriquecimento ilícito por parte de quem a recebe e, paralelamente, determinar a ruína daquele responsável pelo seu pagamento.

Neste contexto, considerando que a invalidez é permanente e o dano estético é grave, as quantias fixadas em R$ 100.000,00 (cem mil reais) e R$ 20.000,00 (vinte mil reais) forma apropriadamente fixadas, dentro dos parâmetros do caso concreto, visando reparar os danos sofridos.

As montas fixadas se mostram condizentes com parâmetros supramencionados, sem se distanciar, ainda, de precedentes análogos desta C. Câmara.

Tem razão, no entanto, a Empresa Apelante com relação a incidência de juros de mora, os quais devem correr desde a citação, por se tratar de responsabilidade contratual, nos termos do artigo 405 do Código Civil.

No que diz respeito à pensão vitalícia requerida, era imprescindível que a Autora houvesse comprovado que exercia atividade remunerada à época dos fatos, e que teria ficado impossibilitada de exercê-la em função do acidente.

Acesso ao Sumário

Entretanto, o que se tem notícia nos Autos é que a Autora já se encontrava aposentada e não mais exercia atividade laboral.

Assim, cabível, tão somente, que a Apelante reembolse e arque, integralmente, com todas as despesas decorrentes do tratamento e das necessidades impostas pela incapacidade gerada (cuidadoras, medicamentos, insumos, locomoção, etc.), pelo tempo que persistirem, nos termos do Artigo 949 do Código Civil, não havendo que se falar em "*pensão mensal vitalícia, correspondente à remuneração recebida pela Autora no momento do acidente, sem data limite de idade. Nos termos do parágrafo único do artigo 950 do Código Civil, fica facultado ao Autor exigir o pagamento de parte desse valor - 10 primeiros anos em parcela única, caso em que será considerado o valor do salário vigente na data do acidente.*" como fixou o dispositivo da r.sentença.

Trata-se, pois, de ressarcimento pelos danos emergentes (Artigo 949 do Código Civil) e não pelos lucros cessantes (Artigo 950 do Código Civil), como fixou, "data vênia", o Magistrado de piso.

Veja-se, neste sentido, a Doutrina de Claudio Luiz Bueno de Godoy, em comentário ao mencionado artigo 949 do Código Civil, *verbis*:

> "Quanto a despesas com tratamento que se protrai no tempo, mas por período *a priori* indeterminado, da mesma forma que a eventual e futura necessidade de aparelhos ou próteses, tem-se admitido o pagamento à medida de sua comprovação, identicamente aos casos de agravamento dos efeitos da lesão, dela diretamente decorrentes quando se permite nova liquidação."

Também se colhe, no mesmo tom, o seguinte precedente deste Tribunal de Justiça:

> "APELAÇÃO – INDENIZAÇÃO – ACIDENTE VIÁRIO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – OBRIGAÇÃO DE RESPONSABILIDADE – PENSÃO VITALÍCIA DANOS MATERIAIS – DANOS MORAIS. – Os Contratos de Transporte contém cláusula implícita que asseguram a incolumidade do transportado, inteligência do Código de Defesa do Consumidor, do Código Civil e, especialmente, do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal; – Descabida a indenização por danos materiais decorrentes de fatos sem causalidade com o acidente – plano de saúde e gastos por ele cobertos que não constituem danos emergentes (artigo 402, do Código Civil); – Condenação com base no artigo 949, do Código Civil, adstrita aos medicamentos e despesas médicas decorrentes da fratura na vértebra – apuração objetiva dos valores efetivamente despendidos, por meio de liquidação de sentença (art. 475-E, do Código de Processo Civil); – Descabida a condenação pelos lucros cessantes, uma vez que a incapacidade laborativa tem grau mínimo e não foi demonstrado o exercício de qualquer atividade – vítima aposentada, sem prova do exercício de atividade laboral – art. 950, do Código Civil; – Os fatos narrados constituem dano moral significativo, desnecessária a prova do sofrimento ou da dor,

Acesso ao Sumário

presumíveis, aferição simples dos fatos – quantum arbitrado conforme precedente jurisprudencial – R$25.000,00 – precedentes; RECURSO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDO e RECURSO DA REQUERIDA NÃO PROVIDO." (*Apelação Cível 0053878-71.2009.8.26.0405; Relator (a): Maria Lúcia Pizzotti; Órgão Julgador: 20ª Câmara de Direito Privado; Foro de Osasco – 7ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 20/05/2013*).

No caso dos Autos, considerando que os danos emergentes são contínuos e oriundos, reconhecidamente, do acidente, é lícito inferir que existiam na mesma extensão durante o período compreendido entre a cessação do pagamento por liberalidade da Empresa (2017, a que consta) até o deferimento da tutela de urgência.

E levando-se em conta que não se pode ressarcir dano hipotético, como quer a Autora (pleiteando o reembolso da quantia de R$ 56.000,00), bem como o teor do Agravo de Instrumento nº 2138787-48.2018.8.26.0000 e suas considerações, fica mantida indenização pelos danos emergentes pretéritos, compreendidos no período acima descrito, no importe de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) mensais, quantia que deverá ser corrigida monetariamente a partir de cada vencimento (dia 05 de cada mês), e juros de mora de 1% ao mês da citação.

Com relação aos valores pagos no curso da Lide, incabível a compensação, pois esta encontra óbice na natureza dos valores pagos, já que oriundos de reembolso de gastos, impossibilitando a repetição pretendida.

De outro lado, serão devidos, daqui em diante, o pagamento das despesas comprovadas, estritamente atreladas ao evento danoso (direta ou indiretamente), quais sejam, medicamentos (segundo Laudo Pericial – "*a Autora faz de uso do medicamento Bactrin F 2x ao dia (totalizando 6 caixas de 10 comprimidos por mês e custo aproximado de R$ 150,00) e do cloridrato de moxifloxacino 400 mg 1x ao dia (totalizando 4 caixas de 7 comprimidos por mês e custo aproximado de R$ 400,00). Referido valor pode ter alteração conforme prescrição médica*") cuidador e enfermeira, caso atestado em Laudo Médico idôneo (*"este perito, ainda, sugere a contratação de um cuidado r, durante 12hs por dia, para auxiliar nas atividades básicas da vida diária (higiene pessoal, vestir, despir, locomoção), administrar medicamentos e fazer curativos conforme recomendações (nos horários indicados pelo médico e de acordo com suas instruções). A média de salário, no estado de São Paulo, é de aproximadamente R$ 1.300,00)*, sessões de fisioterapia *(sessões de fisioterapia duas vezes a semana para redução da dor, edema, deformidades, além de exercícios de alongamento e mobilidade (importantes na fase pré-protetização). O valor de cada sessão (valor estimado) é de R$ 150,00; totalizando R$ 1200,00 mensais")*, órteses e próteses que porventura sejam necessárias.

A Autora, para fins de reembolso das despesas, deverá apresentar todos os recibos para a Empresa Ré até o dia 30 de cada mês.

Por sua vez, a Ré deverá promover o devido pagamento até o dia 10 do

Acesso ao Sumário

mês subsequente, corrigidos monetariamente desde cada desembolso.

Por derradeiro, com relação à Lide secundária, a responsabilidade da Seguradora deve estar limitada ao valor da apólice de seguro, como bem determinou a r. sentença, não havendo que se falar em solidariedade da Seguradora com a Empresa de Transporte.

De rigor a parcial reforma da r. sentença.

De qualquer modo, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considero prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional.

Pelo exposto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** aos Recursos, reformando-se parcialmente a sentença, nos termos desta Decisão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1008316-10.2022.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ELIANA GUIMARÃES ALMEIDA CARNEIRO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO SAFRA 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. SUSTENTOU ORALMENTE A DRA. BIANCA FREGONESI ZAMBOIM.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 39025)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FRANCISCO GIAQUINTO (Presidente) e HERALDO DE OLIVEIRA.

São Paulo, 9 de agosto de 2023.

ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO – EMBARGOS DE TERCEIRO – CONTA CONJUNTA – Penhora de ativo financeiro – Pretensão da embargante de reforma da r.sentença que julgou procedente apenas em parte pedido formulado em embargos de terceiro – Descabimento – Hipótese em que não pode ser presumida a solidariedade somente pelo fato de se manter conta bancária conjunta com o devedor; mas, em se tratando de conta de titularidade conjunta, a presunção é a de que os valores ali existentes pertencem aos cotitulares em

proporções iguais, havendo solidariedade unicamente no que concerne com as obrigações assumidas junto ao banco depositário – Ausência de comprovação de que os valores coubessem exclusivamente à embargante – Precedentes da Corte Superior e deste Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo – RECURSO DESPROVIDO.

APELAÇÃO – EMBARGOS DE TERCEIRO – CONTA CONJUNTA – IMPENHORABILIDADE – CPC, ART. 833, INCISO IV – Penhora de ativo financeiro – Pretensão da embargante de reforma da r.sentença que julgou procedente apenas em parte pedido formulado em embargos de terceiro – Descabimento – Hipótese em que a embargante não demonstrou que, no momento do bloqueio judicial, havia depositado nessa conta saldo de sua pensão por morte previdenciária – Reconhecimento da impenhorabilidade de numerário em uma determinada conta que não implica impossibilidade de penhora de todo e qualquer valor que nela venha a ser depositado, ou mesmo daqueles valores decorrentes do salário, sendo possível a penhora daqueles que entram na esfera de disponibilidade, de modo a perder a sua natureza alimentar – RECURSO DESPROVIDO.

APELAÇÃO – EMBARGOS DE TERCEIRO – CONTA CONJUNTA – IMPENHORABILIDADE – CPC, ART. 833, INCISO X – Penhora de ativo financeiro – Pretensão da embargante de reforma da sentença que julgou procedente apenas em parte pedido formulado em embargos de terceiro – Descabimento – Hipótese em que somente com relação à parte que cabe ao cotitular da conta é que foi mantido o bloqueio judicial, de modo que a embargante não possui legitimidade para alegar a impenhorabilidade à luz do artigo 833, inciso X, do Código de Processo Civil em relação a valores, cuja titularidade foi atribuída ao executado – RECURSO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Irresignada com o teor da respeitável sentença proferida às fls.78-81, que

acolheu parcialmente os embargos de terceiro, demanda ajuizada por Eliana Guimarães Almeida Carneiro em face de Banco Safra S/A, apela a embargante (fls.104-118).

Sustenta, em apertada síntese, que os valores bloqueados se encontravam em conta de movimentação exclusiva sua, de modo que cabiam somente a ela.

Alega que o executado consta como cotitular da conta apenas para auxiliá-la na administração dos recursos.

Destaca que se trata de conta em que recebe seu benefício previdenciário, devendo ser reconhecida a impenhorabilidade dos valores bloqueados com fundamento no artigo 833, inciso IV, do Código de Processo Civil.

Afirma que, por se tratar de montante inferior a 40 salários-mínimos, este se mostra também impenhorável nos termos do artigo 833, inciso X, do Código de Processo Civil.

Pretende, por fim, a reforma da sentença, para que seja determinado o integral desbloqueio dos valores em favor dela.

Contrarrazões às fls.123-130.

Recurso bem processado.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Com efeito, constou da fundamentação da respeitável sentença apelada:

"*Nos termos do quanto previsto no artigo 373, do Código de Processo Civil, incumbe à embargante provar que os valores bloqueados realmente lhe pertencem com exclusividade.*

Embora a embargante refira que os valores bloqueados seriam exclusivamente provenientes do percebimento de benefício previdenciário, não trouxe aos autos provas suficientes do quanto alegado. Ao contrário, restou demonstrado que a conta específica de percebimento do benefício previdenciário é de instituição bancária diversa àquela do bloqueio. Por sua vez, a conta objeto do bloqueio de valores tem titularidade conjunta com o executado Henrique, não tendo a embargante se desincumbido do ônus de demonstrar que os valores bloqueados seriam originários apenas de seus vencimentos ou, ainda, de que a movimentação bancária seria exclusiva de sua parte.

Por sua vez, não há como acolher a tese de aplicação, por analogia, do quanto disposto no artigo 833, inciso X, do Código de Processo Civil, para justificar eventual impenhorabilidade, já que a conta detém intensa movimentação financeira, descaracterizando a proteção prevista em lei.

Necessário reconhecer que, ainda que o débito objeto da execução seja de alto valor, não há como considerar irrisório aquele resultante do blo-

Acesso ao Sumário

queio e objeto de discussão, qual seja, R$ 26.349,60 (vinte e seis mil, trezentos e quarenta e nove reais e sessenta centavos).

Resta ao Juízo considerar, no entanto, que sendo a conta de titularidade conjunta e não figurando a embargante como executada junto ao processo que levou ao bloqueio dos valores, forçoso reconhecer que a manutenção total do bloqueio não pode perdurar. Por isso, entendo razoável a determinação de desbloqueio de 50% (cinquenta por cento) dos valores penhorados" (fls.79; destaques nossos).

A conclusão a que se chega é exatamente a mesma.

Pretende a recorrente a liberação em seu favor da integralidade dos valores bloqueados na conta conjunta mantida com o executado, Henrique Almeida Carneiro.

De fato, há nos autos do processo, como bem observou a d. juíza singular, elementos que demonstram a existência da conta conjunta com o executado.

E o fato de se tratar de conta conjunta não pode influenciar a natureza das relações jurídicas e obrigacionais entre os correntistas, bem como destes com terceiros.

De fato, não se presume a solidariedade entre os titulares, quando assim não determinado por lei ou pelo que foi acordado entre os contratantes.

Em comentários ao artigo 265 do Código Civil vigente, ensina **Sílvio de Salvo Venosa**:

"*A obrigação solidária possui um verdadeiro caráter de exceção dentro do sistema, não se admitindo responsabilidade solidária fora da lei ou do contrato.* ***Assim sendo, não havendo expressa menção no título constitutivo e não havendo previsão legal, prevalece a presunção contrária à solidariedade.*** Não estando presente o instituto, a obrigação divide-se; cada devedor sendo obrigado apenas a uma quota-parte, ou cada credor tendo direito apenas uma parte. Na dúvida, interpreta-se a favor dos devedores, *isto é, conclui-se pela inexistência de solidariedade*" (*in* "Código civil interpretado", 2ª ed, São Paulo: Atlas, 2011, p. 350; sem destaques no original).

Assim, é certo que não pode ser presumida a solidariedade somente pelo fato de se manter conta bancária conjunta com o devedor; mas, em se tratando de conta de titularidade conjunta, a presunção é a de que os valores ali existentes pertencem aos cotitulares em proporções iguais, havendo solidariedade unicamente no que concerne com as obrigações assumidas junto ao banco depositário.

Nessa ordem de ideias, de rigor a presunção de que cada cotitular detém 50% (cinquenta por cento) da totalidade depositada na conta conjunta; devendo, por isso, ser integralmente mantida a respeitável sentença.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. EXECUÇÃO DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. PENHORA 'ON LINE'. CONTA CONJUNTA. BLOQUEIO DE METADE DO VALOR DISPONÍVEL. POSSIBILIDADE. INOVAÇÃO RECURSAL. DESCABIMENTO.

I – **Recaindo a penhora sobre contas bancárias conjuntas, não havendo prova em contrário, presume-se que cada titular detém metade do valor depositado, não se podendo inquinar de teratológica ou manifestamente ilegal, a decisão que permite a constrição de 50% dos saldos existentes, pertencentes à executada, co-titular.**

(...) Agravo Regimental improvido.

(AgRg no AgRg na Pet 7.456/MG, Rel. Ministro **SIDNEI BENETI**, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/11/2009, DJe 26/11/2009, destacamos).

No mesmo sentido, precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Embargos de terceiro – Penhora de ativo financeiro – Saldo existente em conta corrente conjunta mantida entre mãe (embargante) e filha (executada) embargante que não conseguiu comprovar a exclusiva titularidade dos valores – Presunção de 50% dos valores da conta para cada titular – Embargos improcedentes – Recurso provido. (Apelação nº 9053384–07.2009.8.26.0000, 16ª Câmara de Direito Privado, **Des. Rel. JOVINO DE SYLOS**, julgado em 29.01.2013).

EMBARGOS DE TERCEIRO – Penhora de ativo financeiro – Saldo existente em conta corrente bancária conjunta – Solidariedade existente apenas entre os correntistas e o banco depositário – Constatação que presume existência do fato constitutivo do direito, ou seja, que cada um dos correntistas é titular de metade do saldo – Ônus da prova em contrário, isto é, de que seria totalmente do executado, que é do embargado-réu, do qual não se desincumbiu – Inteligência do disposto no inciso II do art. 333 do Cód. de Proc. Civil. (...)

(Apelação nº 0001605-26.2011.8.26.0218, 14ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. **JOSÉ TARCISO BERALDO**, julgado em 10.01.2012).

Nesse contexto, diante da impossibilidade de se concluir que a conta seja utilizada exclusivamente para a realização de movimentações financeiras pela embargante, a penhora deve realmente recair sobre os 50% correspondentes à parcela do devedor executado.

Em que pesem as alegações da apelante, cuida-se de conta em que são lançadas inúmeras operações, seja como crédito, seja como débito.

Acesso ao Sumário

Da prova dos autos vê-se que apenas no mês de dezembro de 2021 a conta recebeu R$59.692,01 e foi debitada num total de 54.919,76.

O que se observa é a existência de diversas operações com origem em pessoas físicas e jurídicas, não sendo possível apontar quem seria a efetiva favorecida por cada uma delas.

Correta, portanto, a utilização da presunção acima mencionada e consagrada pela jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Quanto à alegação da recorrente de que a penhora teria recaído sobre valor correspondente ao seu benefício previdenciário, esta igualmente não pode ser acolhida.

A embargante não demonstrou que, no momento do bloqueio judicial, havia depositado nessa conta saldo de sua pensão por morte previdenciária, único de seus benefícios creditado em conta mantida junto ao Banco Bradesco (fls. 44-47).

O pagamento do benefício se deu logo no começo do mês, sendo sucedido por uma infinidade de débitos e créditos, de modo que não há como concluir ter recaído sobre ele o bloqueio (fls.20).

Ademais, a parte dos valores titularizados pela embargante, conforme explicitado acima, já se encontra protegida, nos termos da respeitável sentença.

No mais, cabe observar que o reconhecimento da impenhorabilidade de numerário em uma determinada conta não implica impossibilidade de penhora de todo e qualquer valor que nela venha a ser depositado, ou mesmo daqueles valores decorrentes do salário, sendo possível a penhora daqueles que entram na esfera de disponibilidade, de modo a perder a sua natureza alimentar.

Nesse sentido, o Colendo Superior Tribunal de Justiça já decidiu que, "ao entrar na esfera de disponibilidade do recorrente sem que tenha sido consumido integralmente para o suprimento de necessidades básicas, a verba relativa ao recebimento de salário, vencimentos ou aposentadoria perde seu caráter alimentar, tornando-se penhorável" (REsp 1059781/DF, Rel. Ministra **NANCY ANDRIGHI**, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/10/2009, DJe 14/10/2009, destaques nossos).

No caso presente, somente com relação à parte que cabe ao cotitular da conta é que foi mantido o bloqueio judicial, de modo que a embargante não possui legitimidade para alegar a impenhorabilidade à luz do artigo 833, inciso X, do Código de Processo Civil, em relação a valores cuja titularidade foi atribuída ao executado.

Ressalte-se, desde já, que não cabe afastar a constrição com fundamento no que dispõe o artigo 836 do Código de Processo Civil:

"*Não se levará a efeito a penhora quando ficar evidente que o produto*

Acesso ao Sumário

da execução dos bens encontrados será totalmente absorvido pelo pagamento das custas da execução".

Referido dispositivo legal é inaplicável em se tratando de bloqueio de valores via Sisbajud, medida com a qual nada se despende, de modo que todo o valor bloqueado se destina a abater o valor do crédito executado.

A respeito da manutenção do bloqueio, ainda que ínfimo, este Colendo Tribunal de Justiça já decidiu, inclusive esta Egrégia 13ª Câmara:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – Execução de título extrajudicial – Decisão rejeitou impugnação à penhora – Bloqueio BACENJUD – Alegação de penhora de valor ínfimo, pretendendo-se o levantamento do valor bloqueado – Inadmissibilidade – Aplicação do princípio da utilidade da execução (art. 836, §2º, do CPC/15) – O princípio da menor onerosidade previsto pelo art. 805 do CPC deve harmonizar-se com a efetividade da execução – Alternativa mais eficaz e menos onerosa não indicada pelo executado (arts. 805, parágrafo único, 829, parágrafo segundo e 854, todos do NCPC) – Recurso negado. (Agravo de Instrumento 2181167-23.2017.8.26.0000, 13ª Câmara de Direito Privado, **Rel. Des. Francisco Giaquinto**, j. 23.11.17).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – Penhora de ativos financeiros – Bloqueio 'on line' – Argumento de que o valor constrito seria irrisório frente ao valor da execução – Artigo 836 do CPC – Inaplicabilidade – Assentado o entendimento que bloqueios de ativos financeiros não são obstados pelo argumento de irrisoriedade – Precedentes – Decisão mantida – Recurso não provido." (Agravo de Instrumento 2075123-77.2017.8.26.0000, 13ª Câmara de Direito Privado, **Rel. Heraldo de Oliveira**, j. 21.06.17).

"EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – Penhora on line – Quantias irrisórias insuficientes para o pagamento das custas da demanda – Pretensão de revogação da ordem com fundamento no art. 836 do CPC/2015 – Descabimento – Dispositivo legal que não se aplica à hipótese – Decisão de indeferimento mantida – Recurso não provido." (Agravo de Instrumento 2077522-45.2018.8.26.0000, 17ª Câmara de Direito Privado, **Rel. Des. Paulo Pastore Filho**, j. 03.07.18).

"Agravo de instrumento – Execução por quantia certa – Penhora de valores depositados em conta corrente dos devedores – Valor bloqueado ínfimo frente ao débito – Custo irrisório com a constrição e transferência de valor – CPC, art. 836 – Inaplicabilidade – Execução deve ser útil ao credor – Alegação de que a verba é destinada a pagamento da folha de empregados (pessoa jurídica) e se trata de proventos de aposentadoria (pessoa física) – Extratos bancários demonstram que há recebimento de valores diversos em ambas as contas, que não têm natureza exclusiva-

Acesso ao Sumário

mente alimentar – Existência de sobra, inclusive objeto de aplicação financeira pelo titular pessoa física – Impenhorabilidade não reconhecida – Constrição mantida – Recurso desprovido – Decisão mantida." (Agravo de Instrumento 2251152-79.2017.8.26.0000, 21ª Câmara de Direito Privado, **Rel. Des. Ademir Benedito**, j. 09.03.18).

Diante de todo o exposto, **nega-se provimento ao recurso**, mantida integralmente a r. sentença proferida em primeiro grau.

Desprovido o recurso, os honorários advocatícios ficam majorados para 15% sobre o valor do percentual de manutenção do bloqueio (CPC, art.85, §11).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1040514-06.2022.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelada CLARICE MAIA, é apelado/apelante CLARO S/A.

ACORDAM, em 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso da autora e negaram provimento ao recurso do réu. V. U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.908)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LÍGIA ARAÚJO BISOGNI (Presidente sem voto), TAVARES DE ALMEIDA e EMÍLIO MIGLIANO NETO.

São Paulo, 9 de agosto de 2023.

HELOÍSA MIMESSI, Relatora

Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER. DÍVIDA PRESCRITA. Inscrição da dívida em plataforma de negociação. Serasa Limpa Nome. Impossibilidade. Inteligência do Enunciado nº 11 da C. Turma Especial da Subseção II de Direito Privado. Precedentes. Sentença mantida no ponto. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. Valor da causa e proveito econômico que não devem servir de base de cálculo para a fixação de honorários advocatícios sucumbenciais, pois redundam em valores irrisórios. Necessidade de arbitramento por equidade. Sentença reformada no ponto. Recurso do réu desprovido. Re-

Acesso ao Sumário

curso da autora parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de ação de rito comum ajuizada por *Clarice Maia* em face de *Claro S/A*, via da qual alega estar sendo cobrado por dívidas prescritas oriundas de diversos contratos firmados com o réu, que totalizam R$ 1.118,07, e têm vencimentos entre 06/2019 e 08/2019 (fls. 4/5 e fls. 22/33), requerendo a declaração de inexigibilidade dos débitos e a condenação do réu à obrigação de abster-se de praticar atos de cobranças.

Sobreveio a r. sentença de procedência de fls. 179/181, proferida nos seguintes termos:

> À luz dos elementos coligidos ao feito, de rigor o reconhecimento da prescrição e, pois, da inexigibilidade da dívida vergastada, haja vista que o débito cobrado pela parte ré da autora de forma extrajudicial (fls. 22/33) já foi atingido pelo prazo quinquenal previsto no artigo 206, § 5º, inciso I, do Código Civil.
>
> *Pois bem. Na hipótese, infere-se que não houve a cobrança judicial da dívida pela parte requerida dentro do prazo supra, uma vez que a dívida em comento teve vencimento inicial no período que abrange 8 de maio de 2014 a 8 de setembro de 2014, findando-se o prazo prescricional, portanto, em maio de 2019 e em setembro de 2019.*
>
> *Logo, o valor em apreço é inexigível, não havendo de se falar em cobrança extrajudicial da dívida, como pretende a requerida.*
>
> *Aliás, essa é a orientação jurisprudencial do C. Tribunal de Justiça de São Paulo, ilustrativamente:*
>
> *(...)*
>
> *E mais recentemente, o Enunciado nº 11 da Seção de Direito Privado do C. Tribunal de Justiça: "A cobrança extrajudicial de dívida prescrita é ilícita. O seu registro na plataforma "Serasa Limpa Nome" ou similares de mesma natureza, por si só, não caracteriza dano moral, exceto provada divulgação a terceiros ou alteração no sistema de pontuação de créditos: score".*
>
> *Pelo exposto, com supedâneo no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, julgo PROCEDENTE o pedido inicial, declarando inexigível o débito de fls. 22/33, em razão do reconhecimento da prescrição da pretensão da requerida.*
>
> *Por sucumbente, arcará a ré com o pagamento das custas e despesas processuais, bem como com os honorários advocatícios da parte contrária, que fixo 20% do valor atribuído à causa, observado o comando inscrito*

Acesso ao Sumário

nos §§ 2º, 8º e 8º-A do artigo 85 do Código de Processo Civil.

Apela a autora, com razões às fls. 184/189, alegando, em síntese, que os honorários sucumbenciais, fixados em 20% do valor da causa, são irrisórios, redundando em R$223,61, de modo que a r, sentença deve ser reformada para que a verba seja fixada por equidade. Comprovante do recolhimento do preparo recursal às fls. 190/191.

Contrarrazões às fls. 209/216.

Apela o réu, por seu turno, com razões às fls. 195/204. Em síntese, alega que, apesar da consumação da prescrição, o débito não é inexistente, permanecendo no banco de dados do credor, não sendo possível exigi-lo apenas judicialmente. Argumenta que *O SERASA LIMPA NOME é uma multiplataforma que aproxima credor e devedor, passivamente, isto é, o devedor é quem se cadastra e verifica se há obrigações inadimplidas. A possibilidade de acordo promove educação financeira e reduz processos. Uma obrigação inadimplida na plataforma não significa restrição de crédito do devedor. Importante frisar que a inclusão na Plataforma Serasa Limpa Nome não afeta o SCORE, bem como a CLARO não possui qualquer gestão sobre o sistema de SCORE da Plataforma.* Impugna a fixação de honorários de sucumbência, argumentando pela necessidade de repressão à advocacia predatória. Colaciona julgados, pleiteando a reversão da procedência dos pedidos.

Memoriais do réu e manifestação em oposição ao julgamento virtual às fls. 220/228.

FUNDAMENTOS E VOTO.

Atendidos os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos de apelação.

O recurso do réu não comporta provimento.

Em primeiro lugar, verifica-se que, de fato, as dívidas discutidas nos autos encontram-se fulminadas pela prescrição, incidindo na espécie o prazo quinquenal previsto no art. 206, § 5º, inc. I do Código Civil, e à míngua de qualquer evidência de que se consumou alguma das causas interruptivas do prazo previstas no art. 202 do Código Civil.

E, uma vez consumada a prescrição, ainda que as dívidas subsistam como obrigações naturais, passam a ser inexigíveis, o que impõe ao credor abster-se de realizar qualquer cobrança, judicial ou extrajudicial, pois o devedor não pode mais ser compelido a quitá-las; sendo ainda indevida a manutenção da dívida em plataformas de negociação, que representam meio indireto de cobrança extrajudicial.

A C. Turma Especial da Subseção II de Direito Privado, em sessão realizada em 22.9.2022, ao editar o Enunciado nº 11, firmou o seguinte entendimento (g.n.):

Acesso ao Sumário

A cobrança extrajudicial de dívida prescrita é ilícita. O seu registro na plataforma 'Serasa Limpa Nome' ou similares da mesma natureza, por si só, não caracteriza dano moral, exceto provada a divulgação a terceiros ou alteração no sistema de pontuação de crédito: score.

No mesmo sentido, desta C. 23ª Câmara de Direito Privado:

APELAÇÃO. Ação declaratória de inexigibilidade de débito em razão da prescrição. Sentença que julgou improcedentes os pedidos da inicial. Contrato de fornecimento de cartão de crédito. Inadimplência da autora. Prescrição consumada. Cobrança da ré por via administrativa (ligações, notificações, e-mails, SMS, entre outros). Impossibilidade de pleitear judicialmente ou extrajudicialmente dívida prescrita. Inclusão do nome da autora na plataforma de negociações denominada "SERASA LIMPA NOME" inválida por se tratar de meio indireto de cobrança extrajudicial. Sentença reformada. Sucumbente a parte ré. RECURSO PROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1023142-69.2021.8.26.0005; Relator (a): Emílio Migliano Neto; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional V - São Miguel Paulista - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 22/03/2023; Data de Registro: 22/03/2023)

AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM OBRIGAÇÃO DE FAZER – DÉBITO – VENCIMENTO – novembro de 2016 – LANÇAMENTO – PLATAFORMA DE NEGOCIAÇÃO "SERASA LIMPA NOME" SOB "CONTAS ATRASADAS" – VALOR – INEXIGIBILIDADE – PRESCRIÇÃO QUINQUENAL (ART. 206, § 5º, I, DO CÓDIGO CIVIL – AUSÊNCIA DE ANOTAÇÃO RESTRITIVA NOS ÓRGÃOS CADASTRAIS – IRRELEVÂNCIA – IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA NAS ESFERAS JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL – PEDIDO inicial – PROCEDÊNCIA – SENTENÇA – reforma. APELO DA AUTORA PROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1007527-72.2022.8.26.0597; Relator (a): Tavares de Almeida; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro de Sertãozinho - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 21/03/2023; Data de Registro: 21/03/2023)

Ação declaratória de inexigibilidade de débito. Sentença de improcedência. Apelação da autora. Cobrança de dívida prescrita mediante a ferramenta "Acordo Certo". Cobranças extrajudiciais indevidas. Art. 43, §§1º e 5º, CDC. Inexigibilidade. Precedentes. Sentença modificada. Procedência da demanda. Ônus sucumbencial invertido. Recurso provido. (TJSP; Apelação Cível 1027842-82.2021.8.26.0007; Relator (a): Virgilio de Oliveira Junior; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional VII - Itaquera - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 20/03/2023; Data de Registro: 20/03/2023)

Acesso ao Sumário

Inexigibilidade de débito – Débito prescrito que não pode ser objeto de cobrança, seja por meios judiciais ou extrajudiciais – Manutenção do nome da autora na plataforma de oferta de renegociação de dívida "Acordo Certo" que não se legitima, por se tratar de forma de cobrança extrajudicial – Embora subsista a obrigação natural de dívida prescrita, ela não pode constar de "cadastro e dados de consumidores", ante o regramento contido no art. 43, §§ 1º e 5º, do CDC – Entendimento sedimentado pela Turma Especial da Subseção II de Direito Privado, por meio do Enunciado nº 11 – Reconhecida a inexigibilidade do ventilado débito, assim como impedida a respectiva cobrança – Sentença reformada – Decretada a procedência da ação – Apelo da autora provido. (TJSP; Apelação Cível 1026332-28.2022.8.26.0224; Relator (a): José Marcos Marrone; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro de Guarulhos - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 16/03/2023; Data de Registro: 16/03/2023)

AÇÃO DE IBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – Prescrição do débito (206, parágrafo 5º, inciso I, do Código Civil) – Reconhecimento – Crédito que não é mais dotado de exigibilidade – Obrigação de retirar a dívida da plataforma "Serasa Limpa Nome" – Cabimento – Abalo moral indenizável que não se configurou – Nome do autor que não foi negativado – Anotação no sistema 'Limpa Nome' restrita ao consumidor – Ausência de publicidade – Indenização indevida – O sistema 'credit scoring', autorizado pelo arts. 5º, IV, e 7º, I, da Lei n.º 12.414/2011, não constitui banco de dados – Tese firmada com o julgamento do REsp n.º 1419697/RS (Tema Repetitivo 710) – A simples circunstância de se atribuir nota insatisfatória à pessoa ou 'scoring' baixo não acarreta, por si só, danos morais – Credora que deve ser abster de cobrar a dívida por qualquer forma, seja judicial ou extrajudicialmente, sob pena de multa de R$ 500,00 (quinhentos reais) por ato, limitada a R$ 5.000,00 (cinco mil reais) – Recurso provido, em parte. (TJSP; Apelação Cível 1014243-57.2022.8.26.0196; Relator (a): Lígia Araújo Bisogni; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro de Franca - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 11/03/2023; Data de Registro: 11/03/2023)

Apelação Cível. Ação declaratória de inexigibilidade de débito c.c. pedido liminar de obrigação de fazer. Sentença de parcial procedência. Inconformismo da autora. Cobrança extrajudicial de dívida prescrita. Impossibilidade. Débitos declarados inexigíveis. Sentença reformada. Ônus sucumbenciais carreados exclusivamente à ré. Honorários advocatícios. Arbitramento por equidade, ante o diminuto valor da causa e benefício econômico. Critérios do art. 85, §2º, do CPC. Quantia arbitra-

Acesso ao Sumário

da em R$ 1.500,00, com fundamento no art. 85, § 8º, do CPC. Recurso parcialmente provido, nos termos da fundamentação. (TJSP; Apelação Cível 1002080-88.2022.8.26.0602; Relator (a): Hélio Nogueira; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro de Sorocaba - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/02/2023; Data de Registro: 27/02/2023)

Logo, a r. sentença deve ser mantida no ponto em que declarou a inexigibilidade das dívidas de que tratam os autos e determinou ao réu que se abstenha de efetuar quaisquer cobranças, inclusive excluindo a anotação referente a elas da plataforma *Serasa Limpa Nome* e correlatas.

Por fim, quanto aos honorários de sucumbência, a r. sentença merece reparo, devendo ser acolhido o recurso de apelação apresentado pela autora.

Verifica-se que, de fato, o valor atribuído à causa e o proveito econômico obtido pela autora, equivalente aos débitos prescritos cuja inexigibilidade foi reconhecida, resulta em valor irrisório, não devendo, pois, servir de base de cálculo para os honorários de sucumbência, que devem ser fixados por equidade sem que isto implique em violação à tese fixada no julgamento do REsp nº 1.850.512/SP pelo E. STJ (Tema Repetitivo 1076). Assim, e segundo os critérios do art. 85, § 2º do CPC (especialmente a ausência de complexidade e o caráter repetitivo da causa), fixa-se a honorária de sucumbência em R$1.500,00, já considerando o trabalho extra desenvolvido nesta instância recursal; anotado que a Tabela da OAB é meramente referencial, não vinculando o juiz, que atua sob as balizas do livre convencimento motivado, considerando as peculiaridades do caso concreto.

À vista do analisado, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso do réu, e **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso da autora, nos termos da fundamentação.

Para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considera-se prequestionada toda matéria constitucional e infraconstitucional, observado o pacífico entendimento do C. 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 n. 18.205/SP, Eminente Ministro Felix Fischer, DJ 08/05/2006, p. 240).

Sujeitam-se ao julgamento de forma virtual perante a sessão permanente da C. 23ª Câmara de Direito Privado eventuais recursos deduzidos contra a presente decisão, previstos no art. 1º da Resolução n. 549/2011 deste E. Tribunal. 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.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1058420-06.2022.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante DERMADOCTOR LTDA., é apelado BNATEC ENGENHARIA.

ACORDAM, em 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 48810)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LÍGIA ARAÚJO BISOGNI (Presidente), VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR e HELOÍSA MIMESSI.

São Paulo, 9 de agosto de 2023

LÍGIA ARAÚJO BISOGNI, Relatora

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA DE RESCISÃO CONTRATUAL C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS – Prestação de serviços – Contrato de empreitada – Alegação da autora de "abandono da obra" e inexecução parcial do contrato – Laudo pericial juntado aos autos pela própria autora/apelante concluiu que o valor dos serviços executados até a data da vistoria deve ser considerado equivalente a 60% do contrato total – Declaração de inexigibilidade do valor "devido" pela autora e que estava pendente de pagamento – Ré/apelada, de outro lado, que deve ressarcir a autora o valor devidamente pago, referente à inexecução de parte do contrato – Danos materiais (contratos de locação e pagamento de IPTU) não comprovados – Sentença mantida – Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de ação declaratória de rescisão contratual c.c. indenização por danos materiais ajuizada por Dermadoctor Ltda. contra Bnatec Engenharia, cuja r.sentença de primeiro grau de fls. 431/434, de lavra do Magistrado PAULO BERNARDI BACCARAT, julgou parcialmente procedente o pedido inicial para declarar inexigível o valor de R$ 33.000,00 e condenar a ré a restituir o montante de R$ 28.524,55, devidamente atualizado monetariamente pela tabela prática do TJSP desde o desembolso mais recente até a data da sentença. Incidirá, desde a citação, a SELIC como juros (Emenda Constitucional 113, art. 3º,

Acesso ao Sumário

combinado com o art. 406 do Código Civil). Em razão da sucumbência, condenou a ré em 2/3 das despesas processuais e em honorários, arbitrados em 20% da soma do valor declarado inexigível e o valor da condenação. Condenou o autor em 1/3 das despesas processuais e em honorários, arbitrados em 20% da diferença entre o pedido de restituição (R$ 128.012,65). Ainda, julgou improcedente a reconvenção. Condenou a ré nas despesas da reconvenção e em honorários, arbitrados em 20% do valor da causa da reconvenção.

Irresignado, apelou o autor buscando reforma, sustentando, em síntese, que, após o abandono irresponsável da obra e descumprimento do pactuado por parte da ré, foi constatado que uma das intervenções feitas por esta no imóvel objeto do contrato celebrado entre as Partes gerou "dano estrutural com risco de colapso na laje existente", com sério risco de desabamento no imóvel, portanto, diante da situação, foi necessária a imediata intervenção e conclusão da obra por meio da contratação de outra empresa, conforme contrato também já juntado aos autos (fls. 61/66) e a conclusão efetiva da reforma em 15.06.2022; argumenta que, ao contrário do que constou na r,sentença, as irregularidades com relação a obra precisaram ser sanadas e refeitas, visto que a execução da prestação de serviços foi parcial, conforme fotografias vinculadas no "parecer técnico"; insiste que, com a contratação de nova empresa de empreitada para o termino da obra, teve que desembolsar ainda a quantia equivalente a R$ 80.000,00, além do tempo de espera para efetuar sua mudança definitiva e deixar de pagar aluguel; discorre que, com o abandono da obra pela ré e o atraso o cumprimento dos serviços, acabou por inviabilizar a transferência da sede da empresa para o imóvel adquirido pelo autor, ocasionando a permanência do autor nos imóveis locados, acarretando o prejuízo financeiro no valor de R$ R$ 70.842,48 (referentes aos valores despendidos com alugueis e IPTU, entre fevereiro e maio/2022), pois, após a contratação da segunda empresa de reforma, a obra só foi concluída em 15.06.2022, portanto, requer a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R$ 70.842,48, referentes aos valores despendidos com aluguéis e IPTU entre fevereiro e maio de 2022; R$ 5.650,00 pelo "parecer técnico" e R$ 2.435,72 pela lavratura da Ata Notarial.

Recurso regularmente processado, com resposta da ré/apelada (fls. 496/529), subiram os autos.

É o relatório.

A alegação do autor é no sentido de que contratou em 01.11.2021, a ré para serviços de reforma em imóvel sua propriedade e ajustaram o valor de R$ 153.000,00, cujo pagamento seria efetuado da seguinte forma: R$ 50.000,00 na assinatura do contrato, R$ 35.000,00 no final da demolição, R$ 35.000,00 no início da instalação hidráulica e R$ 33.000,00 no final da obra (cláusula 3º - fls. 30/31), com término da obra previsto para 10.02.2022 (120 dias - cláusula 2º - fls. 30).

Acesso ao Sumário

Sustenta o autor que, após a contratação e o pagamento do equivalente à quase 80% do valor acordado, a ré informou que cometeu um erro de cálculo na metragem do imóvel, ocasião em que solicitou uma repactuação do preço previamente ajustado, em especial, o aporte de capital, no valor aproximado de R$ 124.000,00, o que foi prontamente rechaçado pelo autor; diz que discordou com aditivo no contrato para retirar alguns itens e reduzir custos, todavia, em 21.02.2022, recebeu informação de que a obra seria entregue no estado em que se encontrava, deixando a ré de executar o trabalho na forma e prazo convencionados, e o autor tendo que arcar com despesas extras pelo prazo excedido, por culpa da ré, como aluguel, IPTU, contratação e perito e outra empresa para realização da reforma. Pretende, portanto, a declaração de inexigibilidade do valor de R$ 33.000,00 e indenização por danos materiais no valor de R$156.555,20.

Pois bem. Não obstante os argumentos levantados pelo autor, a r.sentença merece preservação, por seus jurídicos fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados, como razões de decidir, pelo não provimento do recurso, nos termos do art. 252, do RITJSP.

Isso porque, da análise da matéria, a r.sentença recorrida corretamente assertou: "*Houve culpa do réu no inadimplemento. A preclusão da prova resulta em aplicação do resultado que seria o mais desfavorável àquele que lhe causou. Como já consignado às fls. 331/333, a existência de contrato e o parcial cumprimento é incontroverso. Segundo o parecer de fls. 97/143, cujo uso é o que resta ante a preclusão da prova técnica, a execução parcial é evidente. As fotografias apontam, com clareza, a incompletude da obra, além de irregularidades na execução. Há cerca de 60% efetuado e percentagem bem maior já paga. Isso aponta que a mora era do requerido e não do autor. Portanto, a causa para o inadimplemento foi do requerido.*

(...)

Há dano material a ser ressarcido ao autor, mas em montante inferior ao apontado na inicial. O laudo, o mesmo que fundamenta o pedido, apurou valor de R$ 91.475,45 pelos serviços prestados. Não há como usar o laudo apenas parcialmente e ignorar essa conclusão do expert do próprio autor. O montante a ser ressarcido seria de R$ 28.524,55. Inviável reconhecer o contrato de fls. 61/66 como refazimento do serviço, mas apenas aparentemente complementação do serviço. O mesmo se refere aos contratos de locação, bem como o IPTU, que são muito anteriores ao período e não há elemento a indicar a efetiva possibilidade de uso do imóvel já em fevereiro de 2022" (fls. 432/433).

Portanto, conforme laudo pericial juntado aos autos, podemos concluir que o valor dos serviços executados até a data da vistoria deve ser considerado igual a R$ 91.475,45, equivalente a 60% do contrato total, portanto, tendo sido declarada a inexigibilidade do valor de R$ 33.000,00 (que ainda estava pendente

Acesso ao Sumário

de pagamento por parte da autora), a ré deve ressarcir ao autor o valor de R$ 28.524,55, devidamente pago e referente a inexecução do contrato.

No mais, não há que se falar em "refazimento do serviço" ou despesas com contratos de locação e IPTU, eis que, na hipótese em exame, o autor não trouxe nenhum elemento que permitisse materializar a ocorrência do prejuízo propriamente dito, principalmente porque não houve refazimento da obra e sim complementação dos serviços.

Assim, por não ter a autora se desincumbido do ônus de provar plenamente os fatos constitutivos do seu direito (art. 373, inciso II, do CPC) e considerando que o julgador "a quo", na medida do possível, louvou-se da prova juntada aos autos pelo próprio autor (parecer técnico), não encontro outro fundamento senão o proclamado na sentença.

Por fim, deixo de majorar os honorários nos termos do art. 85, parágrafo 11º, do CPC, eis que já arbitrados no patamar máximo de 20% da diferença entre o pedido de restituição (R$ 128.012,65).

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1006647-69.2021.8.26.0127, da Comarca de Carapicuíba, em que é apelante SOCIEDADE E AMIGOS DO RECANTO INPLA, são apelados RONALDO FRANCISCO NICKEL e ELEONOR AIACO NICKEL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36670)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SALLES ROSSI (Presidente sem voto), SILVÉRIO DA SILVA e THEODURETO CAMARGO.

São Paulo, 4 de agosto de 2023.

PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação. Ação de cobrança. Taxas de manutenção, conservação, limpeza. Sentença de improcedência. Inconformismo da autora. Descabimento. Entendimento firmado pelo C. STF quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 695.911/SP (Tema 492 – repercussão geral). Tema 492 do STF: "É

inconstitucional a cobrança por parte de associação de taxa de manutenção e conservação de loteamento imobiliário urbano de proprietário não associado até o advento da Lei nº 13.465/17, ou de anterior lei municipal que discipline a questão, a partir da qual se torna possível a cotização dos proprietários de imóveis, titulares de direitos ou moradores em loteamentos de acesso controlado, que i) já possuindo lote, adiram ao ato constitutivo das entidades equiparadas a administradoras de imóveis ou (ii) sendo novos adquirentes de lotes, o ato constitutivo da obrigação esteja registrado no competente Registro de Imóveis". Cobrança das taxas vencidas a partir de 05/09/2017 até 02/08/2021 (data da propositura da ação), além das parcelas vencidas e inadimplidas no curso da ação. Associação-autora constituída em 1980. Aquisição do imóvel em 1985. Inaplicabilidade da Lei nº 13.465/2017 ao caso concreto. Criação da associação autora e da aquisição dos lotes pelos réus anteriores à entrada em vigor da referida lei. Impossibilidade de aceitação tácita sobre tais cobranças. Tema 882 do STJ (recursos repetitivos). Necessidade de expressa anuência dos proprietários, com adesão inequívoca ao ato que institui o encargo. Ilegitimidade da cobrança no caso concreto. Recurso desprovido.

VOTO

Apelação interposta contra a sentença de fls. 306/309, cujo relatório se adota, que julgou improcedente a ação de cobrança movida por Sociedade de Amigos do Recanto Inpla em face de Ronaldo Francisco Nickel e Eleonor Aiaco Nickel e, diante da sucumbência, condenou a autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da causa.

A autora apela e pugna pela reforma da sentença, pelas razões apresentadas às fls. 312/323.

Recurso tempestivo, preparado (fls. 324/325) e respondido (fls. 337/342).

É o relatório em sede recursal.

A autora foi criada com a finalidade de zelar e implementar melhorias e serviços de manutenção, conservação, limpeza, segurança, portaria e obras de uso comum inseridas no loteamento denominado "Recanto Inpla".

Acesso ao Sumário

Pela presente ação, a autora pretende cobrar dos réus, proprietários do lote 04 (quatro) da quadra "F" do referido loteamento, o rateio das despesas dos serviços prestados em benefício do loteamento, referente ao período de 05/09/2017 até 02/08/2021 (data da propositura da ação), com aprovação assemblear, totalizando a quantia de R$73.092,94, além das parcelas vencidas e inadimplidas no curso da ação.

Após regular tramitação do feito, a ação foi julgada improcedente e, inconformada, apela a autora para buscar a reforma do *decisum*, nos termos das razões de fls. 312/323.

O recurso não comporta provimento.

O Tema 492 do STF, de repercussão geral, prevê que: "É inconstitucional a cobrança por parte de associação de taxa de manutenção e conservação de loteamento imobiliário urbano de proprietário não associado até o advento da Lei nº 13.465/17, ou de anterior lei municipal que discipline a questão, a partir da qual se torna possível a cotização dos proprietários de imóveis, titulares de direitos ou moradores em loteamentos de acesso controlado, que i) já possuindo lote, adiram ao ato constitutivo das entidades equiparadas a administradoras de imóveis *ou (ii) sendo novos adquirentes de lotes, o ato constitutivo da obrigação esteja registrado no competente Registro de Imóveis*" – grifamos.

Conforme artigo "Antes da lei – Cobrança de Taxa por Associação de Moradores é inconstitucional", publicado na página da internet do Consultor Jurídico – CONJUR em 02/01/2021[2]:

> "*Em seu voto, o relator do recurso, ministro Dias Toffoli, observou que, sem uma lei nesse sentido, admitir a exigência do pagamento de taxas ou encargos em razão dos serviços prestados por uma associação de quem não quer se associar significaria, na prática, obrigar o indivíduo a se associar por imposição da vontade coletiva daqueles que, expressamente, concordaram com a associação e seus encargos.*
>
> *Toffoli destacou que a edição da Lei 13.465/2017 instaurou um marco temporal, em âmbito nacional, para a definição da responsabilidade de cotização pelos titulares de direitos sobre lotes. A norma alterou a Lei de Parcelamento do Solo (Lei 6.766/1979) e instituiu a relação obrigacional entre titulares e administradora de imóveis situados nos loteamentos de acesso controlado (antes chamados de loteamentos fechados regulares), desde que estejam previstos em seus atos constitutivos a normatização e a disciplina neles adotadas.*
>
> *De acordo com o ministro, houve clara intenção do legislador de favorecer a regularização fundiária dessa configuração de lotes, para reconhecer uma formatação que, na prática, já vinha sendo observada*

2 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-02/cobranca-taxa-associacao- moradores -inconstitucional> Acesso: março de 2021.

Acesso ao Sumário

(controle de acesso ao loteamento) ou para permitir vincular os titulares de direitos sobre os lotes à cotização (artigo 36-A, caput e parágrafo único).

O relator salientou que, como os municípios têm competência concorrente para legislar sobre uso, parcelamento e ocupação do solo urbano, é necessário levar em consideração, para a resolução da controvérsia, a possibilidade de que eventuais leis locais já definissem obrigação semelhante".

No caso dos autos, a associação autora foi constituída em 16/10/1980 (fls. 12/20).

Os réus adquiriram os lotes por escritura de 29/03/1985 (fls. 194/197), registrada em 03/06/1985 (fls. 229/230), portanto, a aquisição foi antes do início de vigência da Lei nº 13.465/17 em julho de 2017.

A presente cobrança refere-se às taxas de contribuições associativas vencidas a partir de 05/09/2017 até 02/08/2021 (data da propositura da ação), além das parcelas vencidas e inadimplidas no curso da ação (parcelas anteriores e posteriores à Lei nº 13.467/2017).

Conforme a tese fixada pelo STF, é ilegítima a cobrança das taxas objeto da presente demanda, pois os réus adquiriram os lotes em 1985, não eram associados formal e expressamente antes da Lei nº 13.465/17 e após a lei também não aderiram.

A tese da anuência tácita, pelo pagamento de várias mensalidades – bem como a do enriquecimento ilícito – não prevaleceu, conforme se verifica no mencionado Recurso Extraordinário que firmou o Tema 492 do STF, de natureza vinculante.

Assim, o contrato padrão é insuficiente para constituir o vínculo associativo.

Ressalte-se, ainda, que eventuais pagamentos das despesas mensais vencidas anteriormente ao período cobrado na presente ação, bem como eventuais assinaturas em lista de presença de assembleias de condomínio não se prestam para autorizar a cobrança do referido período, pois a anuência tem que ser expressa, por adesão inequívoca que demonstre manifestação da vontade do adquirente em se associar.

Tampouco confissões de dívida assinadas pelos réus ou mesmo concordância com a criação de Bolsão Residencial na área abrangida pelo Recanto Inpla teriam o condão de fazer as vezes de anuência expressa à cobrança das taxas ou adesão à associação.

In casu, na linha de entendimento do STF, não se aplicam aos presentes autos as alterações promovidas pela Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017, em razão do princípio da irretroatividade das leis, pois a criação da associação aqui

Acesso ao Sumário

mencionada e a aquisição do lote pelos réus se deram antes do advento da referida lei.

As obrigações inscritas no próprio título aquisitivo e no estatuto social também não podem ensejar a cobrança de encargos cobrados por associação de moradores, pois conforme assinalado no mencionado Recurso Extraordinário nº 695.911/SP, é pacífica a jurisprudência da Excelsa Corte a respeito da impossibilidade de aceitação tácita sobre tais cobranças, devendo haver expressa anuência do proprietário, com adesão inequívoca ao ato que institui tal encargo. *In verbis:*

> "[...]
>
> *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.
>
> *Em verdade,* é o princípio da legalidade o instrumento de ***sopesamento constitucional ao princípio da liberdade de associação.*** *De um lado, assegurando que obrigação só é imposta por lei; de outro – e por consequência – garantindo que, na ausência de lei, não há para os particulares impositividade obrigacional, regendo-se a associação somente pela livre disposição de vontades. Dito de outro modo, ante a ausência de obrigação legal, somente o elemento volitivo manifestado, consistente na anuência expressa da vontade de se associar, pode vincular as partes pactuantes e gerar para as mesmas direitos e obrigações decorrentes da associação.*
>
> *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. Equivaleria, também, a fabricar e legitimar fonte obrigacional que não seja a lei nem a vontade – o que, evidentemente, implica ofensa ao princípio da legalidade e às liberdades individuais, notadamente à garantia fundamental da liberdade associativa.*
>
> *Sob tais considerações, portanto, não há como impor qualquer obrigação a quem não queira se associar ou permanecer associado ante a ausência de manifestação expressa de vontade nesse sentido e de previsão legal da qual decorra uma relação obrigacional*" (STF – RE nº 432.106/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, j. em 15/12/2020).

Conforme já decidiu este E. Tribunal de Justiça de São Paulo:

Acesso ao Sumário

Apelação Cível nº 0009783-82.2007.8.26.0127 – *ASSOCIAÇÃO DE MORADORES – Reapreciação do feito à luz da tese firmada pelo STF no Tema 492 e pelo STJ no Tema 882 – Cobrança indevida – Impossibilidade de adesão tácita – Improcedência da ação – Retratação* (TJSP – Relator (a): ALCIDES LEOPOLDO, 4ª Câmara de Direito Privado, j. em 26/05/2022).

Apelação nº1072540-62.2019.8.26.0002 – *AÇÃO DE COBRANÇA – ASSOCIAÇÃO DE MORADORES – Loteamento fechado – Rateio de despesas de manutenção e segurança – Inexigibilidade da obrigação de se associar – Recurso Especial Repetitivo nº 1.280.871 do C. STJ – Liberdade de associação que prevalece sobre eventual enriquecimento sem causa dos não associados – Eficácia vinculante – Inadmissibilidade da anuência tácita – Tema objeto de repercussão geral junto ao STF (Tema 492) – Fixação de tese que reconheceu ser indispensável a anuência do adquirente do lote à adesão à associação de moradores/condomínio de fato ou, em caso de lote adquirido posteriormente, que a obrigação tenha sido inscrita no Registro de Imóveis – Ausência de comprovação da expressa anuência do réu à associação – Cobrança ilegítima – Sentença mantida – Recurso desprovido*" (TJSP – Relator (a): MARCUS VINICIUS RIOS GONÇALVES, 6ª Câmara de Direito Privado. j. em 07/03/2022).

Apelação Cível nº 1004029-33.2019.8.26.0286 – *AÇÃO DE COBRANÇA. ASSOCIAÇÃO. Loteamento. Cobrança de contribuições para obras e serviços de manutenção nas áreas comuns. Sentença de procedência. Insurgência dos réus. Pronunciamento do Col. STJ, no sentido de que as taxas associativas não alcançam os moradores não associados ou que com elas não anuíram (Resp. nº 1.439.163/SP). Tema objeto de repercussão geral junto ao STF (Tema 492). Fixação de tese que estabeleceu a indispensabilidade da anuência do adquirente do lote à adesão à associação de moradores/condomínio de fato. Imóvel adquirido anteriormente à entrada em vigor da Lei 13.465/17. Ausência de comprovação da expressa anuência dos réus à associação. Cobrança ilegítima. Sentença reformada. RECURSO PROVIDO* (TJSP – Relator (a): Ana MARIA BALDY, 6ª Câmara de Direito Privado, j. em 29/10/2021).

Apelação Cível nº 1002270-89.2014.8.26.0001 – *APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME DE ACÓRDÃO – TAXAS ASSOCIATIVA. INTERPOSIÇÃO DE RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO. PROCESSOS DEVOLVIDOS PELA PRESIDÊNCIA DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO NOS TERMOS DO ARTIGO 1030, II DO CPC, EM RAZÃO DO JULGAMENTO DA TESE 492 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. OBSERVÂNCIA DOS TEMAS 882 DO STJ E 492 DO STF. NECESSIDADE DE ANUÊNCIA EXPRESSA. LOTES ADQUIRIDOS EM 2006 AUSÊNCIA*

Acesso ao Sumário

DE ASSOCIAÇÃO EXPRESSA E DE ANTERIOR LEI MUNICIPAL QUE DISCIPLINE A QUESTÃO – COBRANÇA INDEVIDA – MODIFICAÇÃO DO ACÓRDÃO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO DA RÉ E JULGAR IMPROCEDENTE O PEDIDO, PREJUDICADO O RECURSO ADESIVO DA AUTORA (TJSP – Relator (a): SILVÉRIO DA SILVA, 8ª Câmara de Direito Privado, j. em 22/09/2021).

Apelação Cível nº 1045635-60.2019.8.26.0506 – *LOTEAMENTO – Taxa de manutenção – Cobrança – Ilegitimidade passiva reconhecida – Afastamento – Empresa ré que é a efetiva titular da unidade sobre a qual pende a dívida cobrada pela autora – Extinção afastada – Desnecessidade de produção de outras provas, além daquelas trazidas na inicial e na contestação – Artigo 1.013, parágrafo 3º, inciso I do CPC vigente– Matéria posta em análise de recurso repetitivo – Julgamento proferido pelo STJ a afastar a possibilidade da cobrança, ante a ausência de comprovação de vínculo associativo – Ônus da prova da qual não se desincumbiu a autora – Artigo 373, inciso I do Código de Processo Civil – Ademais, aplicação da tese consolidada e vinculante do Colendo STF no Recurso Extraordinário nº 695911/SP (Tema 492), segundo a qual é inconstitucional a cobrança por parte de associação de taxa de manutenção e conservação de loteamento imobiliário urbano de proprietário não associado até o advento da Lei nº 13.465/17, ou de anterior lei municipal que discipline a questão, como é o caso dos autos – Improcedência da ação – Dispositivo da sentença alterado para inciso I do artigo 487 em substituição ao inciso VI do artigo 485 do Código de Processo Civil – Recurso não provido, com observação* (TJSP – Relator (a): ELCIO TRUJILLO, 10ª Câmara de Direito Privado, j. em 22/01/2021).

De rigor, portanto, o desprovimento do recurso.

Por fim, diante do desprovimento do recurso, ficam majorados os honorários advocatícios de sucumbência fixados na fase de conhecimento para 20% sobre o valor da causa (art. 85, §§2º e 11, do CPC),

Ante o exposto, meu voto nega provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1009413-85.2020.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante M.A.B. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada A.O.M.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "De-

ram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 16014)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COSTA NETTO (Presidente sem voto), MARCUS VINICIUS RIOS GONÇALVES e MARIA DO CARMO HONÓRIO.

São Paulo, 9 de agosto de 2023.

CLARA MARIA ARAÚJO XAVIER, Relatora

Ementa: APELAÇÃO. ALIMENTOS ENTRE EX-CÔNJUGES. EXONERAÇÃO. Autor reclama a exoneração da obrigação alimentar fixada em favor de sua ex-cônjuge, arguindo redução em sua capacidade financeira e apontando que os alimentos foram prestados por relevante lapso temporal. Improcedência do pedido. Inconformismo do autor, que reitera as alegações anteriores, limitando o pedido de reforma à exoneração da obrigação de custear o plano de saúde da ré. Acolhimento. A obrigação alimentar fixada entre ex-cônjuges é medida excepcional e transitória, devendo subsistir somente nas hipóteses em que o alimentando está absolutamente impedido de manter-se às próprias custas. Inexistência, no acordo, de termo final expresso ou questões afetas ao binômio necessidade-possibilidade, não obstam a exoneração dos alimentos, bastando que se observe se o lapso temporal transcorrido permitiu que o credor da obrigação revertesse a condição desfavorável que detinha no momento da fixação. Precedentes do C. STJ e deste E. TJSP. Ex-cônjuge que foi assistida por relevante período (aproximadamente 19 anos) e aufere renda oriunda da locação de imóvel. Dever assistencial que recai aos filhos, se maiores, ou à Previdência Social. Insurgência recursal acolhida para exonerar o recorrente da obrigação de custear o plano de saúde da recorrida. Sentença modificada em parte. Ônus sucumbencial redistribuído. RECURSO PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação (fls. 468/479) interposto por **M.A.B.** con-

Acesso ao Sumário

tra a r. sentença prolatada às fls. 462/466, que nos autos da "ação revisional de alimentos" ajuizada em face de **A.O.M.**, julgou improcedentes os pedidos formulados na petição inicial, condenando o autor, em razão da sucumbência, ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios da parte adversa, estes fixados em no valor de R$ 2.526,16, com a ressalva da gratuidade concedida.

Inconformado, apela o autor. Reitera, em suas razões, ter experimentado sensível redução de sua capacidade financeira desde a fixação dos alimentos, ressaltando que o plano de saúde pago em benefícios de ambas as partes teve um aumento de 518% nos últimos 19 anos. Menciona, ademais, que seus proventos vêm sendo reduzidos em razão dos sucessivos planos de equacionamento de déficits instaurados pelo fundo de pensão Petros, levando sua renda mensal, considerando os demais descontos, à insuficiente quantia de R$ 1.110,15 (um mil cento e dez reais e quinze centavos) (abril/2023).

Salienta, noutro lado, que a recorrida viaja regularmente à Inglaterra para visitar os filhos, chegando a passar, em média, cinco meses do ano no exterior, permanecendo o recorrente, nestes períodos, custeando o plano de saúde da recorrida desnecessariamente. Em razão de todo o exposto, pugna a reforma da r. sentença hostilizada "*tão somente para excluir da obrigação alimentar do autor o pagamento do plano de saúde em favor da requerida*".

Recurso regularmente processado, isento do preparo recursal (fl. 35), respondido (fls. 485/495) e com oposição ao julgamento virtual (fl. 499).

É, em síntese, o relatório.

De proêmio, insta salientar que, em que pese a oposição ao julgamento virtual manifestada à fl. 499, o julgamento imediato do feito, na modalidade virtual, afigura-se pertinente e necessário em razão do acolhimento da insurgência recursal, prestigiando-se, pois, os princípios da celeridade processual e da cooperação entre as partes.

Cuida-se de recurso de apelação interposto nos autos de ação revisional de alimentos, julgada improcedente em primeiro grau. Consta dos autos que as partes contraíram casamento em 30/10/1976, sendo que em 04/05/2004, em acordo aperfeiçoado nos autos da ação de alimentos n. (...), o recorrente comprometeu-se a arcar com o pagamento do valor de 22,5% de seus vencimentos líquidos, incluindo o recebido no INSS e da Petros, sem prejuízo de custear o plano de saúde da recorrida, conforme ilustrado na certidão de objeto e pé de fl. 16.

Em razão do relevante lapso temporal transcorrido e sob a alegação de decréscimo em sua capacidade financeira, o autor ajuizou a presente ação requerendo, em sua exordial, a redução provisória dos alimentos ao importe de 10% de seus rendimentos líquidos (aposentadoria do INSS e Petros), por seis meses,

Acesso ao Sumário

bem como a manutenção da obrigação de custear o plano de saúde da recorrida pelo mesmo período, pugnando ao final a exoneração da obrigação alimentar.

Triangularizada a relação jurídico-processual e desenvolvida a instrução do feito, concluiu a d. Magistrada sentenciante que "*a obrigação alimentar foi fixada sem qualquer cláusula quanto ao período da obrigação. Além disso, não restou comprovada a alteração no binômio necessidade x possibilidade, de modo que não há justificativa para a exoneração pretendida*".

E neste passo, preservado e respeitado o entendimento esposado na origem, **o recurso comporta provimento.**

Da leitura do art. 1.566 do Código Civil extrai-se ser dever, de ambos os cônjuges ou companheiros, a prestação de mútua assistência. O dever de mútua assistência entre os cônjuges e/ou companheiros fundamenta a obrigação de prestar alimentos em hipótese de insucesso do relacionamento, encontrando-se assim subordinado ao término do vínculo conjugal e, especialmente, à comprovação de real necessidade de quem a reclama, sempre em observância do disposto no art. 1.694, § 1º, do Código Civil.

Nesta modalidade de alimentos, a análise do aspecto "necessidade" deve ser conjugada com o fator "dependência econômica absoluta", sobretudo por não haver entre as partes laços de sangue. Em outras palavras, somente é credor de alimentos o cônjuge que, surpreendido pela ruptura da comunhão, perde a única base econômica que lhe permitia a sobrevivência.

Vale dizer: o pagamento de alimentos entre ex-cônjuges ou ex-companheiros deve estar apoiado em fatos capazes de justificar a impossibilidade de um deles prover a própria subsistência, atendo-se às circunstâncias do caso concreto, isto é, à necessidade de quem pede e a possibilidade de quem paga.

E como afirma parcela relevante da jurisprudência, a obrigação alimentar fixada em favor de ex-cônjuge/ex-companheiro é medida excepcional, que só deve ser prestigiada nas hipóteses em que sua ausência fere gravemente a mantença do alimentando. Ainda nestes casos, prescreve-se período definido da prestação, evitando-se o parasitismo e o enriquecimento sem causa, cenário expressamente vedado pelo art. 884 do Código Civil.

Conforme vem se assentando no âmbito do C. Superior Tribunal de Justiça, "*o dever de prestar alimentos entre ex-cônjuges é transitório, devendo ser assegurado alimentos apenas durante certo tempo, até que o ex-cônjuge consiga prover o seu sustento com meios próprios. Assim, ao se analisar se o ex-cônjuge ainda deve continuar recebendo os alimentos, deve-se examinar não apenas o binômio necessidade-possibilidade, devendo ser consideradas outras circunstâncias, tais como a capacidade potencial para o trabalho e o tempo decorrido entre o seu início e a data do pedido de desoneração*" (STJ. 3ª Turma. REsp 1829295-SC, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em

Acesso ao Sumário

10/03/2020 - Info 669).

Ademais, "*se os alimentos devidos a ex-cônjuge não forem fixados por termo certo, o pedido de desoneração (total ou parcial) pode ser deferido mesmo que não tenha havido variação no binômio necessidade/possibilidade, desde que fique demonstrado que a pensão já foi paga por tempo suficiente para que o(a) alimentado(a) revertesse a condição desfavorável que detinha no momento da fixação desses alimentos*" (STJ. 3ª Turma. REsp 1205408/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 21/06/2011).

Portanto, nos termos dos precedentes invocados, a inexistência, no acordo, de termo final expresso ou questões afetas à modificação do binômio necessidade-possibilidade, não obstam a exoneração dos alimentos, bastando que se observe se o lapso temporal transcorrido permitiu que o credor da obrigação revertesse a condição desfavorável que detinha no momento da fixação.

De fato, a lei não prevê um tempo pré-determinado para pagamento de alimentos ao ex-cônjuge/companheiro, ainda que se trate de modalidade excepcional do dever de prestar alimentos. Contudo, não pode o Poder Judiciário fazer perpetuar direito para uns, às custas de outros, mormente porquanto inexistente presunção de continuidade da dependência econômica daquele favorecido pela obrigação alimentar.

Na espécie, de rigor reconhecer-se que a requerida, ora apelada, foi amparada por expressivo lapso temporal (aproximadamente 19 anos), não havendo razão, portanto, de se obrigar o recorrido a prover-lhe o sustento de forma vitalícia.

Pontue-se inexistir fundamento jurídico que imponha ao recorrido o ônus de auxiliá-la em razão de seus problemas de saúde, notadamente se considerado que o recorrente, de mesma idade, também amarga suas próprias patologias, já tendo cumprido, suficientemente, o dever solidário de contribuir para o sustento da recorrida, mesmo tendo ela auferido renda própria com os alugueres de seu imóvel.

Se a recorrida entende que merece ser amparada financeiramente, deverá socorrer-se aos filhos, pessoas maiores, capazes e legalmente obrigados a assisti-la nesta fase da vida, ou ainda ao Benefício de Prestação Continuada da Lei Orgânica da Assistência Social (BPC LOAS), se o caso.

Acesso ao Sumário

Neste sentido:

EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. Insurgência da ré em face da sentença de procedência parcial, pela manutenção da pensão por mais 03 parcelas. Pretensão à manutenção da pensão fixada em fevereiro de 2019 no valor de R$ 300,00. Não acolhimento. **Ex-cônjuge que recebe pensão apenas em caráter excepcional e por tempo determinado. Decurso de tempo razoável para que a ré não dependesse mais do ex-cônjuge.**

Autor que trabalha como pedreiro, recebendo auxílio emergencial em razão da pandemia. Ré que alegou ser cuidadora de idosos e que vende bonecas na internet. Autor que tem despesa adicional de aluguel, enquanto que a ré reside com o filho. Caso em que ambas as partes são pessoas de baixa renda e alegam ter problemas de saúde. Impossibilidade de se manter a pensão. Obrigação alimentar que, em caso de necessidade, é do filho do casal. Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1000998-84.2020.8.26.0022; Relator (a): Carlos Alberto de Salles; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro de Amparo – 1ª Vara; Data do Julgamento: 03/07/2021; Data de Registro: 03/07/2021)

APELAÇÃO CÍVEL. Exoneração de alimentos. Ação proposta em face de ex-esposa, pretendendo a extinção da obrigação alimentar instituída em 2.011 nos autos da ação de divórcio das partes, que eram casadas desde 1.992. Alimentos inicialmente acordados em 30% dos vencimentos líquidos do alimentante em prol da ex-esposa e de uma filha, posteriormente reduzidos para 15% pela maioridade da filha. Sentença de improcedência. Preliminar de nulidade por cerceamento de defesa. Rejeição. Tese suscitada de maneira genérica, sem menção de quais outras provas deveriam ser produzidas para se infirmar a conclusão dada na origem. Conjunto probatório amplo e suficiente para solução da lide. Mérito – Insurgência do alimentante. Acolhimento. **Caso em que o alimentante já contribuiu para o sustento da ex-esposa por mais de nove anos** e possui filha menor de novo casamento. Alimentanda que, por outro lado, embora faça prova de diagnóstico de quadro depressivo, não comprova incapacidade laborativa. **Alimentos devidos por ex-cônjuge não podem ser considerados como fonte de renda perpétua. Partes que possuem uma filha maior e capaz, sobre quem recai o dever de sustento da genitora de forma mais ampla do que o dever alimentar que recai sobre o ex-marido.** Obrigação extinta - RECURSO PROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1010029-46.2020.8.26.0405; Relator (a): Rodolfo Pellizari; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Foro de Osasco – 1ª Vara de Família e Sucessões; Data do Julgamento: 28/06/2021; Data de Registro: 28/06/2021)

Diante do exposto e homenagem ao princípio dispositivo (arts. 2º, 14 e 492, todos do CPC), representado em sede recursal pelo brocardo "*tantum devolutum quantum appellatum*" (art. 1.013, "caput", do CPC), de rigor o acolhimento da insurgência recursal para exonerar o recorrente da obrigação de custear o plano de saúde da recorrida.

Ad cautelam, não é demais ressaltar:

"O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a

Acesso ao Sumário

decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida." (EDcl no MS 21315/DF, Rel. Min. Diva Malerbi, j. 08/06/2016).

Ademais, incumbe salientar que se revela desnecessária a menção expressa a todos os dispositivos legais citados pela parte, ainda que para fins de prequestionamento, mostrando-se suficiente sua apreciação, no contexto da discussão, para o manejo de recursos às instâncias superiores (Súmulas 211 do E. STJ e 282 do E. STF).

Por fim, caracterizada a sucumbência recíproca com o resultado deste julgamento, custas e despesas processuais deverão ser suportadas por ambas as partes, na proporção de 50% para cada uma, ficando a recorrida condenada ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais em favor dos patronos do recorrente, no importe correspondente a 15% do valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil.

Daí porque, ante o acima exposto, pelo meu voto, nos termos supraconsignados, **DOU PROVIMENTO AO RECURSO**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1004984-88.2020.8.26.0008, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ALVORADA NOVA CASA DE REPOUSO LTDA., é apelada MARIA CRISTINA VERONEZ (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 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 0537)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores DIMAS RUBENS FONSECA (Presidente sem voto), FERREIRA DA CRUZ e DEBORAH CIOCCI.

São Paulo, 16 de agosto de 2023.

RODRIGUES TORRES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO. Ação de indenização por danos materiais e morais. Óbito da genitora decorrente de queda nas dependências da casa de repouso onde

estava hospedada. Sentença de parcial procedência. Condenação da ré ao pagamento da importância de R$ 30.000,00 (trinta mil reais) a título de reparação por dano moral e ressarcimento pelas despesas havidas com medicamentos e cama hospitalar, no valor de R$ 392,11 e R$ 235,00, respectivamente. Inconformismo da ré em relação aos danos morais. Inadmissibilidade. Preliminares afastadas. Falha na prestação de serviços pela instituição requerida, que provocou grave lesão de fêmur na mãe da autora. Negligência comprovada. Dano moral configurado. Quantum indenizatório bem fixado, atendidos os Princípios da proporcionalidade e razoabilidade, sem causar enriquecimento indevido, não comportando exclusão ou redução, como pretende a apelante. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

VISTOS PARA JULGAMENTO

ALVORADA NOVA CASA DE REPOUSO LTDA ME, nos autos da "ação de indenização por danos materiais e morais" promovida por **MARIA CRISTINA VERONEZ**, inconformada, interpôs recurso de **APELAÇÃO** contra a r. sentença que julgou parcialmente procedente a pretensão da autora, nos seguintes termos: "*JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a ação para condenar a ré a pagar à autora: a) R$ 30.000,00 a título de indenização por danos morais, corrigida pela Tabela do TJSP desde a publicação desta e com juros de 1% ao mês desde a citação; b) R$ 392,11 e R$ 235,00 por gastos com medicamentos e cama hospitalar, respectivamente, corrigido pela Tabela do TJSP desde o desembolso e com juros desde a citação. Em decorrência da sucumbência da ré na maior parte da pretensão inicial, a condeno ao pagamento de 75% das custas e das despesas processuais, arcando a autora com 25%. Condeno a ré ao pagamento dos honorários dos patronos da autora, que fixo em quinze por cento do valor da condenação, dado o complexo trâmite processual. Condeno a autora ao pagamento dos honorários dos patronos da requerida, que fixo em R$ 1.500,00, dada a sucumbência parcial*" (fls. 441/446), rejeitados os embargos de declaração (fls. 452) opostos às fls. 449/451.

A apelante **alega, preliminarmente, o seguinte:** nulidade da sentença em decorrência de julgamento *extra petita*, argumentando que o MM. Juiz proferiu decisão condenando-a a pagar indenização pleiteada por motivo que deixou claro não estar presente, qual seja, o nexo causal entre a morte da mãe da autora e

Acesso ao Sumário

a conduta da instituição; nulidade da sentença em razão da ofensa aos princípios do contraditório e ampla defesa, porquanto na exordial não consta pedido de responsabilização da apelante em razão do número de funcionários presentes no plantão, tese apresentada somente no momento da audiência de instrução, cerceando seu direito de produzir provas contrárias específicas (fls. 455/468). No **mérito, alega o seguinte:** inexistência de falha na prestação de serviços e de nexo causal ante as provas dos autos que demonstram que o problema respiratório da mãe da apelada ocorreu somente no hospital e após a segunda cirurgia realizada; houve condenação ao pagamento de indenização a título de danos morais e materiais a despeito do reconhecimento expresso de que não há nos autos provas de relação entre a conduta da apelante e o óbito da mãe da apelada; subsidiariamente, deve ser reduzido o montante fixado a título de danos morais, eis que desatendidos os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e enriquecimento sem causa (fls. 455/468).

Contrarrazões apresentadas (fls. 475/478).

Presentes os pressupostos de admissibilidade recursal. Partes legítimas e regularmente representadas. A apelação é tempestiva e foi preparada (fls. 490).

Eis o relatório.

Passo a votar.

Das preliminares: alegações de nulidade da sentença.

Afasto, primeiramente, a preliminar de nulidade da sentença por julgamento *extra petita*, isso porque a condenação ao pagamento de indenização por dano moral não configurou julgamento fora do pedido. Com efeito, constou da inicial, ao indicar a presença do nexo de causalidade, o seguinte: "*Há inegável nexo de causalidade entre a conduta administrativa e o prejuízo causado à Autora. In casu, restou demonstrado cabalmente que a ausência de atendimento e cuidados adequados a genitora da Autora deu causa na fratura do fêmur direito, internações, cirurgia, acamada 24h, alimentos à base de sonda, ou seja, depois do acidente tudo veio em um efeito cascata! Devidamente comprovado os requisitos ensejadores da responsabilidade civil objetiva, deve a Autora ser indenizada pelos danos morais causados pela Ré, a qual foi omissa quanto aos seus deveres de vigilância, proteção e segurança*" (fls. 05).

A fundamentação da sentença tomou por base a falha na prestação de serviços pela ré, em atendimento ao art. 141 do CPC[1], não configurando, assim, decisão de natureza diversa do pedido, como vedado pelo art. 492 do mesmo diploma legal[2].

A alegação de nulidade da sentença em razão da ofensa aos princípios do

Acesso ao Sumário

1 **Art. 141.** O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.

2 **Art. 492.** É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

contraditório e ampla defesa também não socorre a apelante.

Na realidade, no espectro dos paradigmas democráticos de um processo vinculado ao direito das pessoas ao acesso à Justiça como um direito fundamental, o que não se pode admitir é o cerceamento do direito de produzir as provas entendidas hábeis e necessárias para a formação do convencimento do julgador, sobretudo quando não se trata de prova ilícita, ou seja, de prova que viole direitos fundamentais ou metidos a rol entre os direitos humanos. Aliás, até mesmo a proibição da produção de provas ilícitas há de ser mitigada, sob a égide do princípio da proporcionalidade, excepcionalmente, pois nenhuma liberdade pública é absoluta e há casos em que o direito tutelado a ser protegido supera outros valores constitucionais ou convencionais, como o direito à intimidade, ao segredo e à liberdade de comunicação.

Decisivamente, a Constituição Federal, no seu artigo 5º, LIV e LV, garante a todos os litigantes o direito ao contraditório e à ampla defesa, o que exige, como corolário necessário, a garantia do direito à produção de prova. E cabe ao juiz assegurar às partes esse direito, observando as garantias fundamentais, para que o processo seja justo e efetivo. Lembre-se, inclusive, de que as partes têm o direito de produzir as provas para o processo, pois as provas pertencem ao processo. O art. 371 do CPC dispõe que juiz deve avaliar "*a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido*". Portanto, as provas pertencem ao processo. Não pode o juiz, arbitrariamente, determinar a exclusão de uma prova ou impedir que ela seja produzida. Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, nesse sentido, afirmam que a parte produz as provas para que elas sejam adquiridas pelo processo e defendem a impossibilidade do juiz dispensar a produção de uma prova requerida, por exemplo, sob o argumento de já estar convencido sobre os fatos, caso o referido fato ainda seja controvertido nos autos, pena de acarretar a configuração de cerceamento de defesa[3].

Além disso, embora o juiz da instrução seja destinatário da prova produzida no processo, o conjunto probatório é formado, também, para o convencimento dos demais julgadores das demais instâncias, que, ao apreciarem os recursos interpostos, também realizarão a valoração das provas produzidas nas instâncias ordinárias[4].

Todavia, no caso presente, não se constata indeferimento de pedido de produção de provas ou de manifestação sobre as realizadas e trazidas aos autos, mas tão somente insurgência em relação ao conteúdo trazido pela prova testemunhal.

Decididamente, não houve qualquer ofensa aos direitos da apelante, pois

3 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de *Civil Comentado*. 16. Ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Andrade. *Código de Processo, 2016, p. 1070-1073*.

4 CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. Ed. São Paulo, Atlas, 2016. p. 228.

Acesso ao Sumário

não foi ela impedida de produzir as provas requeridas nem de exercer o contraditório ou a ampla defesa. Todas as provas que constam dos autos foram produzidas em atendimento ao art. 369 do CPC, segundo o qual "*as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz*". E guardam as provas relação com o quanto alegado na exordial.

Rejeitadas as preliminares arguidas, passo ao exame do mérito.

Do mérito.

A pretensão recursal não procede.

A r. sentença recorrida merece mantença.

Com efeito, a relação jurídica contratual entabulada entre as partes, para além de fato incontroverso, encontra-se demonstrada nos autos, conforme contrato de prestação de serviços (fls. 22/25), que traz, no tocante às obrigações da ré:

"*Cláusula 2ª. Obrigações da Contratada:*

2.1 Internação em quartos coletivos;

2.2 Dar assistência ao paciente em higiene pessoal;

2.3 Serviços de enfermagem 24 horas;

2.4 Administração de medicamentos prescritos pelo médico do paciente, nos prazos e horários estabelecidos em receita médica;

2.5 Informar ao contratante sobre o estado de saúde do paciente e suas oscilações, de acordo com os relatórios médicos da casa; (...)

Ainda que ausente comprovação de que o acidente ocorreu por empurrão de outro hóspede, indene de dúvidas que a mãe da autora estava sob os cuidados do estabelecimento contratado quando sofreu a queda, em 03/08/2019, ocasionando a fratura e condução a nosocômio para submeter-se à cirurgia. Da mesma forma, incontroverso que, após a alta hospitalar, a paciente precisou ser novamente internada, em 17/08/2019, em razão de deslocamento da prótese e submetida a novo procedimento cirúrgico. Acometida de broncopneumonia, não resistiu e veio a óbito no dia 27/09/2019 (fls. 31).

Decidiu com exação o magistrado ao apontar que, embora o atendimento à idosa e a comunicação à família tenha sido feita de forma célere (fls. 45), "*houve inequívoca falha na prestação dos serviços da requerida, fato que concorreu para a queda e, consequentemente, para a fratura, a intervenção cirúrgica e os desdobramentos desta*".

(...)

"*A ré admitiu que a falecida era portadora de mal de Alzheimer e necessitava de assistência 24 horas e cuidados para todos os atos do dia-a-dia (fls.*

Acesso ao Sumário

222) e, segundo o relatório médico de fls.352, tratava-se de interna com risco de queda.

Ora, nestas condições, a falecida não poderia ter se dirigido desacompanhada ao quarto de outro hóspede e tampouco deveria estar desassistida no momento da queda. Esta falta de cuidado que contribuiu decisivamente para que ela caísse e sofresse a fratura indicada na inicial.

Segundo a testemunha DEBORA, presente no momento dos fatos, a falecida se encontrava no refeitório junto com os demais pacientes, ficou agitada e se deslocou sozinha até a entrada do quarto em que houve a queda. A testemunha ainda informou que os funcionários presentes à clínica naquele momento acompanhavam os fatos a cerca de dez metros de distância, procedimento este inadequado em se tratando de paciente idoso, que demandava fiscalização e tinha risco de queda.

Esta testemunha e a testemunha JESSYCA, aliás, ambas funcionárias da clínica, confirmaram que havia apenas dois funcionários durante o plantão noturno, ambos auxiliares de enfermagem, responsáveis por acompanhar em torno de 18 a 20 pacientes, o que se mostrou inadequado e insuficiente". (fls. 442/443).

Ora, ainda que o problema respiratório que acometeu a mãe da apelada no hospital após a segunda cirurgia seja apontado como causa do óbito, a queda que sofreu em razão de negligência nos cuidados, que deveriam ser constantes, conforme responsabilidade assumida contratualmente, desencadeou a série de episódios desastrosos que culminaram no óbito da Sra. Aparecida.

Aliás, a certidão de óbito aponta, somada à broncopneumonia, a fratura de fêmur direito e ação contundente como *causa mortis*.

Evidente que houve, pois, negligência por parte da requerida e de seus prepostos a justificar a sua responsabilização pelos danos morais sofridos pela apelada, em razão do abalo emocional e da dor advinda da perda de pessoa querida.

O arbitramento do valor da indenização pelo dano moral deve ser significativo, bastante não só para compensar a dor e o abalo psicológico da vítima, mas, também, para penalizar o causador do dano, o que exige sejam considerados o grau de sua culpa, a sua contribuição para o resultado danoso e a sua capacidade econômica.

Lembre-se, aliás, de que CAVALIERI, a respeito da fixação do valor da indenização por dano moral, ensina o seguinte:

> "*Creio, também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússola norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda uma certa proporcionalidade. Enfim, razoável é aquilo que é, ao mesmo tempo, adequado,*

Acesso ao Sumário

necessário e proporcional. A razoabilidade é o critério que permite cotejar meios e fins, causas e consequências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes" (CAVALIERI FILHO, SERGIO – Programa de Responsabilidade civil – 10.ed. – São Paulo: Atlas, 2012 – p.105).

À míngua de parâmetros legais, os critérios da razoabilidade e proporcionalidade devem ser utilizados como norteadores da fixação do valor da reparação do dano moral. E, *in casu*, a consideração desses critérios justifica a fixação do valor indenizatório.

Aliás, com relação à fixação do valor da reparação do dano moral, é preciso lembrar que a doutrina e a jurisprudência têm procurado encontrar critérios mais adequados e justos para a fixação do valor indenizatório.

Humberto Theodoro Jr. (2016, p. 42), por exemplo, sustenta que as dimensões sociais e econômicas, da vítima e do ofensor, obrigatoriamente, devem ser analisadas, o que está a determinar que o juiz considere a fortuna eventual de um ou a possível pobreza do outro (THEODORO JUNIOR. Humberto. **Dano Moral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Disponível em: https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/97885309722 95/epubcfi/6/10[%3B vnd.vst.idref%3Dcopyright]!/4/22/3:50[d.%20%2Crev).

Para aproximar-se do arbitramento que seja *prudente* e *equitativo*, a orientação jurisprudencial exige que o arbitramento judicial seja feito a partir de dois dados relevantes, ambos cotejados com as condições em que se deu a ofensa: ***a)* o nível econômico do ofendido; e *b)* o porte econômico do *ofensor*.** Enfim, para Theodoro Jr., a correta estimação da indenização por dano moral deve ser feita levando em conta o (1) potencial econômico das partes, e, também a (2) repercussão do ressarcimento sobre a situação social e patrimonial do ofendido, para que lhe seja proporcionada satisfação na justa medida do abalo sofrido, sem enriquecimento sem causa.

Carlos Roberto Gonçalves (2023, p.172), por sua vez, ensina que, em geral, mede-se a indenização pela extensão do dano e não pelo grau de culpa, mas, no caso do dano moral, o grau de culpa também é levado em consideração, juntamente com a gravidade, extensão e repercussão da ofensa, bem como

Acesso ao Sumário

a intensidade do sofrimento acarretado à vítima. É por isso, aliás, que a culpa concorrente do lesado constitui fator de atenuação da responsabilidade do ofensor (GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. 18. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/ reader/books/9786553628410/epubcfi/6/4[%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright.xhtml]!/ 4/8/2). Portanto, além da situação patrimonial das partes, deve ser considerado, também, o proveito obtido pelo lesante com a prática do ato ilícito. Mas, a ausência de eventual vantagem não o isenta da obrigação de reparar o dano causado ao ofendido. Devem ser consideradas, pois, basicamente, as circunstâncias do caso, a gravidade do dano, a situação do ofensor e a condição do lesado, preponderando, em nível de orientação central, a ideia de sancionamento ao lesante (*punitive damages*).

Maria Helena Diniz (2022, p. 46) propõe, inclusive, regras a serem seguidas pelo órgão judicante no arbitramento para atingir o critério do *justum* e a homogeneidade pecuniária na avaliação do dano: "a) evitar indenização simbólica e enriquecimento sem justa causa, ilícito ou injusto da vítima. A indenização não poderá ser ínfima, nem ter valor superior ao dano, nem deverá subordinar-se à situação de penúria do lesado; nem poderá conceder a uma vítima rica uma indenização inferior ao prejuízo sofrido, alegando que sua fortuna permitiria suportar o excedente do menoscabo; b) não aceitar tarifação, porque esta requer despersonalização e desumanização, e evitar porcentagem do dano patrimonial; c) diferenciar o montante indenizatório segundo o grau de culpabilidade do lesante, do lesado ou de terceiro, a gravidade, a extensão e a natureza da lesão; d) verificar a repercussão pública provocada pelo fato lesivo e as circunstâncias fáticas. Deveras, pelo Enunciado n. 454 do Conselho da Justiça Federal (aprovado na V Jornada de Direito Civil): "Embora o reconhecimento dos danos morais se dê, em numerosos casos, independentemente de prova (in re ipsa), para a sua adequada quantificação, deve o juiz investigar, sempre que entender necessário, as circunstâncias do caso concreto, inclusive por intermédio da produção de depoimento pessoal e da prova testemunhal em audiência"; e) atentar às peculiaridades do caso e ao caráter antissocial da conduta lesiva; f) averiguar não só os benefícios obtidos pelo lesante com o ilícito, mas também a sua atitude ulterior e situação econômica; g) apurar o real valor do prejuízo sofrido pela vítima e do lucro cessante, fazendo uso do juízo de probabilidade para averiguar se houve perda de chance ou de oportunidade, ou frustração de uma expectativa. Indeniza-se a chance e não o ganho perdido. A perda da chance deve ser avaliada pelo magistrado segundo o maior ou menor grau de probabilidade de sua existência (p. ex., se um grande pugilista ficar incapacitado, por ato culposo de alguém, deverá ser indenizado pela probabilidade das vitórias que deixará de obter); h) levar em conta o contexto econômico do país. No Brasil não haverá lugar para fixação de indenizações de grande porte, como as vistas nos Estados Unidos;

Acesso ao Sumário

i) verificar não só o nível cultural e a intensidade do dolo ou o grau da culpa do lesante em caso de responsabilidade civil subjetiva, e, se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poder-se-á reduzir, de modo equitativo, a indenização (CC, art. 944, parágrafo único), como também as posses econômicas do ofensor para que não haja descumprimento da reparação, nem se lhe imponha pena tão elevada que possa arruiná-lo. Daí a intenção de acréscimo de um § 2º ao art. 944, pretendido pelo PL n. 276/2007, ora arquivado, que transformaria o parágrafo único em § 1º, no seguinte teor: "A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante"152. Enfim, dever-se-á averiguar as condições socioeconômicas, culturais e psicológicas do lesante e do lesado; j) basear-se em prova firme e convincente do dano; k) analisar a pessoa do lesado, considerando os efeitos psicológicos causados pelo dano, a intensidade de seu sofrimento, seus princípios religiosos, sua posição social ou política, sua condição profissional e seu grau de educação e cultura. Pelo Enunciado n. 588: "O patrimônio do ofendido não pode funcionar como parâmetro preponderante para o arbitramento de compensação por dano extrapatrimonial (aprovado na VII Jornada de Direito Civil); l) procurar a harmonização das reparações em casos semelhantes; m) aplicar o critério do justum e o da solidariedade social ante as circunstâncias particulares do caso sub judice (LINDB, art. 5º), buscando sempre, com cautela e prudência objetiva, a equidade, o respeito à dignidade humana e, ainda, procurando demonstrar à sociedade que a conduta lesiva é condenável, devendo, por isso, o lesante sofrer a pena moral (DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil. 36. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/ 9786555598650/epubcfi/6%3Bvnd.vst.idref%3 Dcopyright_3 -0.xhtml]!/ 4/12/2/1:23 [ele%2Cna]). Na quantificação do dano moral, portanto, segundo a nomeada autora, o arbitramento deverá, não só atender ao princípio da razoabilidade, como também ser feito com bom-senso e moderação (CC, art. 944), proporcionalmente ao grau de culpa, sendo caso de responsabilidade civil subjetiva, à gravidade da ofensa, ao nível socioeconômico do lesante, à realidade da vida e às particularidades do caso sub examine. Deverá o juiz, assim, levar em conta as circunstâncias do fato e a sua repercussão e a exequibilidade do encargo a ser suportado pelo devedor (JTJRS, 163:261). Mas, decisivamente, **a avaliação do *quantum* do dano moral não pode ser um simples cálculo matemático-econômico**, havendo necessidade de o juiz seguir um critério justo (RT, 741:357).

RIZZARDO (2019, p. 195), por sua vez, afirma que, na fixação do dano moral, devem ser considerados vários princípios: '(1) a intensidade do sofrimento moral, da dor física, da depressão resultante do ato ofensivo; (2) a gravidade do ato que acarretou a dor moral, como a morte do progenitor, do filho, ou do irmão, ou de outro parente mais distante; (3) o grau de relacionamento

Acesso ao Sumário

da pessoa que suporta a dor e a vítima que faleceu, ou a amizade e coabitação do falecido com o parente que ficou; (4) o teor da ofensa, como se injúria, ou calúnia ou difamação, e se atinge a honra subjetiva, isto é, valores morais, ou meras qualidades externas; (5) o alcance da ofensa, isto é, se chegou ao conhecimento de algumas pessoas ou do público em geral; (6) o grau de maldade ou de dolo do ofensor, e inclusive se houve ou não culpa concorrente, seguindo-se o seguinte parâmetro: "O reconhecimento da culpa concorrente tem o condão de reduzir o valor da indenização, sabido, outrossim, que, entre outros critérios, o grau de culpa deve ser observado no arbitramento do dano moral;" (7) o estado econômico do ofensor e do ofendido, porquanto de pouca significação se o impropério partiu de alguém econômica, profissional ou socialmente inferior ao ofendido; já aumenta a gravidade se partiu o mal de pessoa do mesmo nível ou superior do ofendido; assim, o que satisfaz uma pessoa de baixa renda nem sempre atende as pretensões de um alguém em patamar mais elevado; (8) não seguir uma tarifação, posto que acarreta a desconsideração das peculiaridades de caso a caso; (9) não se pode converter o dano moral como uma fonte de lucro, pois perderia o caráter meramente compensatório, que é a sua natureza; (10) o princípio da razoabilidade importa em não se conceder um dano moral superior à indenização por dano material, de modo que, no protesto indevido de um título, ou a sua inscrição em cadastro de devedores, comporta a reparação no equivalente à cifra do título, se de valor médio, ou a uma proporção, se de significativa expressão econômica; (11) embora se deva objetivar o desestimular das ofensas (*theory of deterrance* do direito inglês), não se deve imprimir à reparação o exagerado caráter de punição, ou valorizar demais o sentido de *exemplary demages*, que excepciona a regra geral de que as perdas e danos servem apenas para reparar o prejuízo causado; mesmo que inerente a dupla finalidade de punição do agente e compensação pela dor sofrida, impõe-se dar realce ao segundo fator, que é o que se busca com a demanda; (12) assim como não pode servir de fonte de enriquecimento, não se arbitra uma quantia simbólica, pois não atingiria a sua finalidade de compensação, segundo orientação do STJ: "A indenização por danos morais deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento sem causa, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom-senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. Ademais, deve ela contribuir para desestimular o ofensor a repetir o ato, inibindo sua conduta antijurídica;" (13) na inviabilidade de se dar um parâmetro com base no valor do dano material, ou do título, segue-se o critério da fixação em salários-mínimos, sendo um critério do conhecimento geral, tendo merecido a aceitação e se coadunado à

Acesso ao Sumário

cultura brasileira, tanto que ensejou a formulação da Súmula no 490 do STF: "A pensão correspondente à indenização oriunda de responsabilidade civil deve ser calculada com base no salário-mínimo vigente ao tempo da sentença e ajustar-se às variações ulteriores" (RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530986087/epubcfi/6/10[%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright]!/4/36/4).

Os Tribunais pátrios também têm buscado fixar critérios hábeis para estabelecer um valor justo para o dano moral.

Segundo TARTUCE (2022, p. 343), o Superior Tribunal de Justiça passou a utilizar, nos últimos anos, o *método bifásico* de fixação da indenização, desenvolvido pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Princípio da reparação integral*). Por esse método, na ***primeira fase***, o julgador deve fixar um valor básico ou padrão da indenização, de acordo com o interesse jurídico lesado e em conformidade com a jurisprudência consolidada do Tribunal, analisando grupos de julgados do STJ sobre o tema. Na ***segunda fase***, há a fixação definitiva da indenização segundo as circunstâncias particulares do caso concreto e os critérios geralmente adotados pela própria Corte, quais sejam a gravidade do fato em si, a culpabilidade do agente, a culpa ou o fato concorrente da vítima, condição econômica das partes, entre outros fatores. Desse modo, nessa segunda fase aquele valor-padrão, fixado na primeira etapa, é aumentado ou diminuído pelo julgador, de acordo com os elementos do caso concreto (TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. Disponível em: < https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559645251/epubcfi/6/10[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml4]!/4/40/2 fev. 2023).

> *Critérios. Fixação. Valor. Indenização. Acidente. Trânsito. (...). O Ministro Relator, ao analisar, pela primeira vez, em sessão de julgamento, um recurso especial sobre a quantificação da indenização por dano moral, procura estabelecer um critério razoavelmente objetivo para o arbitramento da indenização por dano moral. Primeiramente, afirma que as hipóteses de tarifação legal, sejam as previstas pelo CC/1916, sejam as da Lei de Imprensa, que eram as mais expressivas no nosso ordenamento jurídico para a indenização por dano moral, foram rejeitadas pela jurisprudência deste Superior Tribunal, com fundamento no postulado da razoabilidade. Daí entende que o melhor critério para a quantificação da indenização por prejuízos extrapatrimoniais em geral, no atual estágio de Direito brasileiro, é o arbitramento pelo juiz de forma equitativa, sempre observando o princípio da razoabilidade. No ordenamento pátrio, não há norma geral para o arbitramento de indenização por dano extrapatrimonial, mas há o art. 953, parágrafo único, do CC/2002, que, no caso de*

Acesso ao Sumário

ofensas contra a honra, não sendo possível provar o prejuízo material, confere ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização na conformidade das circunstâncias do caso. Assim, essa regra pode ser estendida, por analogia, às demais hipóteses de prejuízos sem conteúdo econômico (art. 4.º da LICC). A autorização legal para o arbitramento equitativo não representa a outorga ao juiz de um poder arbitrário, pois a indenização, além de ser fixada com razoabilidade, deve ser fundamentada com a indicação dos critérios utilizados. Aduz, ainda, que, para proceder a uma sistematização dos critérios mais utilizados pela jurisprudência ***para o arbitramento da indenização por prejuízos extrapatrimoniais, destacam-se, atualmente, as circunstâncias do evento danoso e o interesse jurídico lesado****. Quanto às referidas circunstâncias, consideram-se como elementos objetivos e subjetivos para a avaliação do dano* ***a gravidade do fato em si e suas consequências para a vítima (dimensão do dano), a intensidade do dolo ou o grau de culpa do agente (culpabilidade do agente), a eventual participação culposa do ofendido (culpa concorrente da vítima), a condição econômica do ofensor e as condições pessoais da vítima*** *(posição política, social e econômica). Quanto à valorização de bem ou interesse jurídico lesado pelo evento danoso (vida, integridade física, liberdade, honra),* ***constitui um critério bastante utilizado na prática judicial, consistindo em fixar as indenizações conforme os precedentes em casos semelhantes. Logo, o método mais adequado para um arbitramento razoável da indenização por dano extrapatrimonial resulta da união dos dois critérios analisados*** *(valorização sucessiva tanto das circunstâncias como do interesse jurídico lesado). Assim,* ***na primeira fase, arbitra-se o valor básico ou inicial da indenização, considerando o interesse jurídico lesado, em conformidade com os precedentes acerca da matéria e, na segunda fase, procede-se à fixação da indenização definitiva, ajustando-se o seu montante às peculiaridades do caso com base nas suas circunstâncias*****"** (STJ, REsp 959.780/ES, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 26.04.2011). **Grifei**

No mesmo sentido, adotando o método bifásico, decidiu a C. 4ª Turma do STJ:

"***O método bifásico, como parâmetro para a aferição da indenização por danos morais, atende às exigências de um arbitramento equitativo, pois, além de minimizar eventuais arbitrariedades, evitando a adoção de critérios unicamente subjetivos pelo julgador, afasta a tarifação do dano.*** *Traz um ponto de equilíbnOrio, pois se alcançará uma razoável correspondência entre o valor da indenização e o interesse jurídico lesado, além do fato de estabelecer montante que melhor corresponda às peculiaridades do caso.* ***Na primeira fase, o valor básico ou inicial da***

Acesso ao Sumário

indenização é arbitrado tendo-se em conta o interesse jurídico lesado, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (grupo de casos). Na segunda fase, ajusta-se o valor às peculiaridades do caso, com base nas suas circunstâncias (gravidade do fato em si, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima, condição econômica das partes), procedendo-se à fixação definitiva da indenização, por meio de arbitramento equitativo pelo juiz. *Ainda na segunda fase de fixação, tendo em vista tratar-se de um núcleo familiar como titular da indenização,* ***há que se ponderar acerca da individualização do dano****, uma vez que um evento danoso capaz de abalar o núcleo familiar deve ser individualmente considerado em relação a cada um de seus membros* (EREsp 1127913/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Corte Especial, *DJe* 05.08.2014)" (STJ, REsp 1.332.366/MS, 4.ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 10.11.2016, *DJe* 07.12.2016).

Neste Tribunal de Justiça, a fixação do valor do dano moral também tem sido enfrentada:

"*Como se sabe,* ***o critério para a fixação do valor da indenização deve observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, pois se por um lado a indenização destina-se a compensar o abalo moral decorrente do ato ilícito, por outro não pode servir de fonte de enriquecimento indevido****. Vale dizer: a indenização não deve ser tal que traduza enriquecimento sem causa e nem tão ínfima que represente, por via reflexa, despreocupação com eventual reincidência na prática.* ***Assim, na fixação da indenização correspondente devem ser considerados diversos elementos, tais como a natureza do dano, a capacidade econômica das partes envolvidas e, ainda, o caráter pedagógico da penalidade, para evitar novas condutas desviantes***". (Apelação nº 1016766-50.2021.8.26.0625/SP, Rel. Des. Clara Maria Araújo Xavier, 8ª Câmara de Direito Privado, 15.08.22, disponível em: < https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=15948976&cdForo=0).

"*No que tange ao valor da indenização, de se consignar que o dano moral não pode representar uma premiação à vítima, destinando-se à justa compensação pelos danos experimentados, não podendo caracterizar enriquecimento sem causa, estritamente vedado pelo ordenamento jurídico.* ***A fixação de seu valor deve atender, pois, aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.*** *No caso dos autos, considerando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como a análise da situação econômica das partes, o valor fixado em R$ 10.000,00 mostra-se justo para compensar os danos sofridos, devendo ser corrigido monetariamente desde o arbitramento e acrescido de juros de mora desde a citação, com fulcro no artigo 405 do Código Civil*". (Apelação nº

Acesso ao Sumário

1000704-15.2021.8.26.0566/SP, Rel. Des. Marcia Dalla Déa Barone, 4ª Câmara de Direito Privado, 03.11.22).

"***No tocante à estipulação do valor da respectiva indenização por dano moral, deve ser verificada a conduta das partes, o dano causado e o seu efeito pedagógico, de modo que seja arbitrado um montante que reconforte a vítima, mas sem acarretar enriquecimento a ela nem empobrecimento ao ofensor****, o que dificilmente ocorreria em relação a uma instituição financeira, servindo como um instrumento de justiça e não de vulgarização da própria figura do dano moral*. (Apelação nº 1008060-11.2022.8.26.0248/SP, Rel. Des. Roberto Mac Cracken, 22ª Câmara de Direito Privado, 06.02.23).

"***O valor da indenização por danos morais, considerando a conduta do réu, o caráter repressivo, inibitório e reparador, bem como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, deve ser fixado em R$ 6.000,00, de acordo com as circunstâncias específicas do caso em apreço****".*

Ação declaratória de inexistência de relação jurídica cumulada com indenização por danos materiais e morais – Sentença de parcial procedência – Inconformismo da autora que pede a fixação de danos morais – Fraude na contratação – Realização de perícia judicial que concluiu pela falsidade da assinatura constante da cédula de crédito bancário – Declaração de inexistência do empréstimo, com devolução dos descontos debitados indevidamente do benefício previdenciário da autora que era mesmo de rigor, restando claros o nexo de causalidade entre a conduta do réu e o prejuízo patrimonial alegado pela autora – Descabida aqui a discussão acerca da existência ou não de culpa, deve o banco recorrido arcar com o risco de sua conduta nas contratações de seus clientes de forma pouco zelosa, o que causou danos passíveis de indenização – Aplicação da teoria da responsabilidade objetiva do risco – Entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de Recurso Especial Repetitivo nº REsp 1197929/PR – Súmula 479 do STJ – Danos morais caracterizados – Evidente o abalo psicológico causado à autora, que sofreu descontos em seu benefício previdenciário de mútuo não contratado, causando angústia, aflição, sofrimento, passíveis de indenização – Valor fixado em R$ 6.000,00 – Sentença reformada para fixação de indenização por danos morais – Recurso parcialmente provido. (Apelação nº 1008576-19.2021.8.26.0037/SP, Rel. Des. Helio Faria, 18ª Câmara de Direito Privado, 30.01.23).

ACIDENTE DE VEÍCULO – Ação indenizatória referente a fatos já devidamente analisados em outra ação previamente julgadas, já transitada em julgado e com quitação integral do débito já reconhecido pela autora

Acesso ao Sumário

*daquela ação – Controvérsia restante apenas sobre as verbas indenizatórias devidas ao autor, também vítima do mesmo acidente – **Danos morais** e estéticos caracterizados – Extensão das lesões e desdobramentos do acidente – Sequelas permanentes – **Critérios de fixação da indenização** – Valor total da indenização majorado – Recurso do autor parcialmente provido nesse ponto – **Indenização moral** e estética corrigidas da data do arbitramento (Súmula 362 do STJ) e a material da data de cada desembolso – Juros de mora incidentes desde a data do evento danoso (Súmula 54 do STJ) para as três verbas – Indenização fixada com base em supostos rendimentos oriundos de trabalho excluída da condenação – Inviável presunção de exercício profissional sem a devida comprovação documental – Recurso da ré Universal parcialmente provido nesse ponto – Sentença parcialmente reformada. Apelações parcialmente providas.* (Apelação nº 1030076-42.2014.8.26.0602/SP, Rel. Des. Sá Moreira de Oliveira, 33ª Câmara de Direito Privado, 13.06.2021).

Destaco, finalmente, um trecho dessa última v. decisão invocada: "A respeito da quantificação do dano, Yussef Said Cahali, por sua vez, ainda na obra 'Dano Moral', registra que há de ser feita de modo prudente pelo julgador, resolvendo-se a questão em juízo valorativo de fatos e circunstâncias, a fim de atender a peculiaridade do caso concreto. Como regra de experiência, lista os seguintes fatos e as circunstâncias: "1º) A natureza da lesão e a extensão do dano: Considera-se natureza da lesão, a extensão do dano físico, como causador do sofrimento, da tristeza, da dor moral vivenciados pelo infortúnio. 2º) Condições pessoais do ofendido: Consideram se as condições pessoais do ofendido, antes e depois da ofensa à sua integridade corporal, tendo em vista as repercussões imediatas que a deformação lhe acarreta em suas novas condições de vida. (...) 3º) Condições pessoais do responsável: Devem ser consideradas as possibilidades econômicas do ofensor, no sentido de sua capacidade para o adimplemento da prestação a ser fixada (...). 4º) Equidade, cautela e prudência: A indenização deve ser arbitrada pelo juiz com precaução e cautela, de modo a não proporcionar enriquecimento sem justa causa da vítima; a indenização não deve ser tal que leve o ofensor à ruína nem tanto que leve o ofendido ao enriquecimento ilícito. (...) 5º) Gravidade da culpa (...)". Considerados os elementos da lide, reputo razoável que a indenização por danos morais deva ser fixada no valor total de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), **suficiente para compensar pelos danos sofridos e desestimular os requeridos a reiterar a conduta**".

Decididamente, justificada a indenização a título de reparação por danos morais à autora, e, de acordo com os critérios aventados, o valor indenizatório de R$ 30.000,00 (trinta mil reais) mais consectários legais, *in casu*, não comporta reparo, afigurando-se condizente, dentro dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, sem causar enriquecimento indevido, considerado o grau de

Acesso ao Sumário

culpa da infratora e com o seu porte empresarial, a ponto de não haver também enriquecimento ilícito por parte da autora.

Assim, deve ser mantida a r. sentença tal como lançada.

ISSO POSTO, mantenho a r. decisão recorrida e **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação, nos termos da fundamentação deste voto.

Eis o meu voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1132247-84.2021.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelada BENEDITA ELISA MORAES (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante BANCO BMG 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 aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46447)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOVINO DE SYLOS (Presidente) e SIMÕES DE VERGUEIRO.

São Paulo, 14 de agosto de 2023.

COUTINHO DE ARRUDA, Relator

Ementa: Ação declaratória – contrato bancário – juros remuneratórios – abusividade das taxas de juros contratadas – incidência das taxas médias de mercado – honorários advocatícios fixados sobre o valor da causa tendo em vista o proveito econômico irrisório – ação julgada parcialmente procedente – sentença mantida – recursos improvidos.

VOTO

Vistos, etc...

Trata-se de ação intentada por **BENEDITA ELIZA MORAES** contra **BANCO BMG S/A** buscando a revisão de contrato de empréstimo firmado entre as partes, bem como indenização por danos morais. Ao relatório de fls. 192/193, acrescenta-se que a ação foi julgada parcialmente procedente. Em seu recurso, o réu sustenta a inexistência de abusividade da taxa de juros contratada,

Acesso ao Sumário

a impossibilidade de restituição de valores, postulando a redução dos honorários advocatícios. Apelou a autora, pretendendo a majoração dos honorários advocatícios. Com contrarrazões, subiram os autos a este Tribunal.

É o ***RELATÓRIO***.

Inicialmente, destaque-se que a cobrança de juros integra a remuneração do Banco e as taxas mensais praticadas pela instituição financeira devem estar previstas expressamente no contrato, incidindo a Súmula nº 382 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual, "***a estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade***".

Todavia, conforme também restou definido pelo Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº 1.061.530, julgado de acordo com as regras dos recursos repetitivos, é admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em **situações excepcionais**, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada (art. 51, §1º do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto.

No caso vertente, os contratos estabelecem taxas de juros de 18% e 18,01% ao mês e 649,3% e 649,65% ao ano, evidenciando a abusividade alegada pela autora, por extrapolar, em muito as taxas médias de mercado, segundo dados obtidos no sítio do Banco Central do Brasil (http://www.bcb.gov.br/).

Ressalte-se que, de conformidade com o entendimento jurisprudencial dominante, para que se configure a abusividade alegada, é necessário que as taxas de juros contratadas superem o dobro da taxa média do mercado para operações da mesma natureza e período.

Nesse sentido:

"***Apelação. Ação revisional de cláusula contratual cumulada com repetição de indébito. Contrato de financiamento de veículo. Improcedência mantida. Índices expressos e parcelas pré-fixadas. Relação de consumo que, contudo, não ostenta abusividade ou ilicitude das cláusulas pactuadas. Taxa e juros remuneratórios aplicados dentro da legalidade e entendimento há muito pacificado junto ao STJ. Autor que não trouxe qualquer elemento acerca das taxas aplicadas pelas demais instituições financeiras de igual ou semelhante porte. Média de mercado noticiada pelo banco réu que assinala que não ultrapassado o patamar correspondente ao dobro do divulgado pelo Banco Central para o mês em que assinado o contrato. Inteligência do REsp 10368182. Admissível a capitalização dos juros e aplicação de juros remuneratórios acima dos 12% anuais. Inteligência da Medida Provisória n° 1.963-17/2000, reeditada pela medida provisória n° 2.170/2001; Súmulas 382, 538 e 541 do Superior Tribunal de Justiça e 596 do Supremo Tribunal Federal, Decreto Lei nº 22.626/1933 e Lei nº 10.931/2004. Precedente. Recurso desprovido***" (TJSP,

Acesso ao Sumário

Apelação nº 1024020-39.2017.8.26.0100, Relator Desembargador Elói Estevão Troly, 15ª Câmara de Direito Privado, Data do julgamento 28/05/2018).

"***CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS. PERIODICIDADE MENSAL – ADMISSIBILIDADE. Lei nº 10.931/2004 – A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada (STJ – RECURSOS REPETITIVOS REsp 973.827 e Sumula nº 541 STJ) – Hipótese, ademais, que a capitalização dos juros em periodicidade mensal foi expressamente pactuada – Aplicação, 'in casu' da Sumula nº 539 do STJ – Sentença mantida. Recurso não provido. REVISIONAL DE CONTRATO – Cláusula com previsão de cobrança de juros acima da taxa média de mercado – Hipótese em que, na verdade, não há comprovação de que os juros remuneratórios contratados ultrapassam ao DOBRO da praticada pelo mercado, no mesmo período, conforme informação do BACEN – Abusividade não comprovada – Impossibilidade da redução – Precedente – Sentença mantida. HONORÁRIOS RECURSAIS – Majoração (art. 85, §11 do Novo CPC), com observação à Gratuidade da Justiça, da qual o apelante é beneficiário. RECURSO NÃO PROVIDO.***" (TJSP, Apelação nº 1004757-42.2016.8.26.0363, Relator Desembargador Roberto Mac Cracken, 22ª Câmara de Direito Privado, Data do julgamento 31/08/2017).

Assim sendo, viável se afigura a aplicação das taxas médias de mercado durante todo o período contratual, nos termos da Sumula nº 530 do Superior Tribunal de Justiça, ora aplicada por analogia: "***Nos contratos bancários, na impossibilidade de comprovar a taxa de juros efetivamente contratada – por ausência de pactuação ou pela falta de juntada do instrumento aos autos – , aplica-se a taxa média de mercado, divulgada pelo Bacen, praticada nas operações da mesma espécie, salvo se a taxa cobrada for mais vantajosa para o devedor***".

Por outro lado, considerando o fim da vigência do contrato, deverá o réu proceder à restituição do indébito, recalculando a dívida de acordo com as taxas médias de mercado. A restituição deverá ocorrer de forma simples, tendo em vista a ausência de má-fé na cobrança.

Nesse sentido: "***DEVOLUÇÃO EM DOBRO DE VALORES INDEVIDAMENTE COBRADOS – Pretensão à aplicação do disposto nos artigos 940 do CC e 42 do CDC – Inadmissibilidade, dada a inequívoca ausência de dolo ou má-fé por parte da exeqüente – Precedentes desta Corte no mesmo sentido – Recurso improvido***" (TJSP, Apelação nº 9174875-83.2006, Relator Desembargador Mário de Oliveira, 19ª Câmara de Direito Privado, j. 13.06.2011).

No que tange aos honorários advocatícios, tem-se que o art. 85, §2º da lei de rito estabelece os critérios para a sua fixação, sendo certo que a remuneração do advogado não pode ter valor aviltante em relação ao trabalho desempenhado

Acesso ao Sumário

e deve obedecer aos parâmetros estabelecidos legalmente.

Assim sendo, em tese a verba deve ser arbitrada entre 10% e 20% do valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos os pressupostos dos incisos I a IV.

No caso dos autos, o proveito econômico se afigura irrisório, motivo pelo qual os honorários advocatícios devem ser fixados sobre o valor da causa, tendo sido estabelecido no percentual de 10%, que se mostra de acordo com os critérios legais.

Destarte, é de rigor a não acolhida das razões recursais, ficando mantidos fundamentos esposados em Primeiro Grau, majorando-se a verba honorária, à luz do art. 85, §11 da lei de rito, para 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa).

Pelo exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005203-50.2020.8.26.0510, da Comarca de Rio Claro, em que é apelante ASSOCIAÇÃO TIRADENTES DE PROTEÇÃO VEICULAR, são apelados MAYCON JOAHNSON (JUSTIÇA GRATUITA) e ABIGAIL DOS SANTOS FERREIRA LOPES (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27103)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS DIAS MOTTA (Presidente), MARIA DE LOURDES LOPEZ GIL e VIANNA COTRIM.

São Paulo, 21 de agosto de 2023.

CARLOS DIAS MOTTA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Contrato de proteção veicular. Ação indenizatória. Sentença de parcial procedência. Apelo da ré. Contrato de seguro atípico. Aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor. Recusa da associação ao pagamento da indenização, alegando haver indícios de ação humana no incêndio ocorrido no

assoalho do veículo. Sindicância administrativa que é procedimento unilateral. Tão só a oitiva dos autores não equivale à observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Precedentes. Ré que tinha o ônus da prova e que deixou de requerer a realização de perícia técnica. Ausência de prova da má-fé dos autores e da causa do incêndio. Indenização devida. Precedentes. Apesar da ausência de pedido dos autores para realização de perícia em fase de liquidação de sentença, o julgamento não desrespeitou os limites objetivos da pretensão inicial. Perícia a ser realizada em fase de liquidação de sentença que é admitida. Sentença mantida. Verba honorária imputada à ré majorada. Apelo desprovido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta em razão da r. sentença (fls. 142/143), integrada pela r. decisão que rejeitou os embargos de declaração (fls. 156), que julgou parcialmente procedente a ação movida por Maycon Joahnson e Abigail dos Santos Ferreira Lopes em face de Associação Tiradentes de Proteção Veicular, para condenar a ré ao pagamento da indenização securitária aos autores, cujo montante será apurado em liquidação de sentença mediante a realização de perícia técnica e nos termos da fundamentação. Em razão da sucumbência, a ré foi condenada ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios, arbitrados em R$ 1.500,00.

Inconformada, apela a ré (fls. 159/173), sustentando, em síntese, que: os autores não apresentaram prova da extensão dos danos; os autores participação do procedimento de sindicância, observando-se o contraditório e ampla defesa; há indícios de fraude e de incêndio doloso; danos no tapete, carpete e assoalho não ensejam perda total; não há nos autos nenhum orçamento comprovando a perda total do veículo; houve sentença *extra petita*, ausente pedido de perícia em liquidação de sentença; apurou, na sindicância, fatos contraditórios; a autora ajuizou demanda contra a revendedora do veículo, por não ter sido informada de que o bem era objeto de leilão; formulou pedido de suspensão do processo, com o envio dos autos à Delegacia de Polícia para abertura de inquérito policial, o que não foi apreciado; a perícia técnica deveria ter sido realizada antes da prolação da sentença e não apenas em fase de liquidação, ensejando cerceamento de defesa.

Recurso tempestivo, preparado (fls. 207/208) e objeto de contrarrazões

Acesso ao Sumário

(fls. 266/271).

É o relatório.

Na inicial, os autores sustentaram que o veículo objeto do contrato (fls. 22/35) sofreu incêndio espontâneo, iniciado dentro do veículo estacionado da rua em que a autora reside. Tendo sido negado o pedido de indenização administrativamente, foi realizada perícia pela Polícia Científica que concluiu pela inexistência de indício de crime ou vandalismo. Buscou a condenação da ré ao pagamento de indenização no valor de tabela do veículo, R$ 19.909,50.

Ao contestar (fls. 40/54), a ré negou haver prova de fato constitutivo do direito dos autores, a relação de consumo e a obrigação de indenizar. Sustentou ter realizado sindicância que concluiu que o incêndio teria sido causado por conduta humana, diante do local do epicentro do incêndio – assoalho do veículo, em que não existe fiação ou mangueiras que poderiam causar o evento. Apontou ter a autora ajuizado demanda contra a revendedora do veículo, por não lhe ter informado que o veículo era fruto de leilão, e ser pertinente a instauração de inquérito policial para investigar a suspeita de fraude.

No tocante à natureza do negócio em discussão, conquanto seja a ré uma associação, trata-se de "seguro atípico", vez que a obrigação assumida, em verdade, enquadra-se como contrato de seguro.

Diante de tais considerações, cuidando-se de contrato atípico de seguro de veículo, a discussão deve ser analisada à luz do Diploma Consumerista.

Com efeito, com a inicial os autores trazem documentos que em nada se relacionam com o caso dos autos, tratando de fato ocorrido em 18 de agosto de 2019, afastando-se a alegação dos autores de que a conclusão da perícia científica afastaria a existência de indícios de crime ou vandalismo.

No mais, a ré realizou sindicância administrativamente, que concluiu que "*a causa do acidente está relacionada a conduta humana*", porque no epicentro do incêndio, que ocorreu no assoalho de veículo, atingindo tapete e carpete, não existe fiação ou mangueira ressecada, o que poderia ensejar o acidente (fls. 95/96).

Acesso ao Sumário

Em que pese a alegação da ré, a sindicância administrativa trata-se de procedimento unilateral. Tão só a oitiva dos autores não equivale à observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Nesse sentido:

> APELAÇÃO. Contrato de proteção veicular. Ação de indenização por danos materiais e morais julgada parcialmente procedente. Recurso da ré. Incidência do CDC. Preliminares: i) Nulidade da sentença. Inocorrência. Prova documental suficiente para a elucidação da controvérsia. Dilação probatória desnecessária. Cerceamento de defesa não configurado; ii) Inépcia da petição inicial. Não cabimento. Embora não especificado o pedido indenizatório por dano material, fundamentou a preten-

são na prova documental que produziu, o necessário para que a apelante pudesse impugná-la, como procedeu, sem dificuldade. Mérito. **Recusa ao pagamento da indenização fundada em resultado de sindicância que constatou que os pneus do veículo estavam em desacordo com a norma do CONTRAN. Documento produzido unilateralmente pela ré. Ineficácia desse elemento de prova, pois subtraído do consumidor o direito ao pleno exercício do contraditório. Indenização devida.** Quantificação. Adoção do valor do menor orçamento. Montante que supera o equivalente ao dobro do valor de mercado do veículo conforme Tabela FIPE. Impugnação. Acolhimento. Condenação fixada no valor informado na Tabela FIPE, com correção monetária a partir da recusa e juros de mora de 1% ao mês a contar da citação, para evitar o enriquecimento sem causa do consumidor. Sentença parcialmente modificada. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, sem reflexo na distribuição das verbas sucumbenciais.

(TJSP; Apelação Cível 1000831-37.2022.8.26.0268; Relator (a): Sergio Alfieri; Órgão Julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Foro de Itapecerica da Serra – 2ª Vara; Data do Julgamento: 28/02/2023; Data de Registro: 28/02/2023) (original sem grifos)

Apelação – Seguro de automóvel – Cobrança de indenização contratada c.c. pedido de condenação da ré no pagamento de indenização moral – Sentença que julgou a ação parcialmente procedente, condenando a ré no pagamento do valor de mercado do veículo pela perda total, afastada a pretensão à indenização por danos morais – Apelos de ambas as partes. Do recurso da seguradora ré – Recusa ao pagamento da indenização securitária – **Fraude não se presume, o quadro probatório consistente apenas em sindicância administrativa unilateral – As suspeitas levantadas pela seguradora não foram além delas, e pois, não a eximem da prometida cobertura** – Recurso da ré improvido. Do recurso do autor – Pedido de indenização por danos morais não acolhido – Inocorrência de danos morais passíveis de indenização por descumprimento contratual – Entendimento jurisprudencial – Apelo da parte autora improvido.

(TJSP; Apelação Cível 1000699-63.2020.8.26.0554; Relator (a): Mário Daccache; Órgão Julgador: 29ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santo André – 6ª Vara Cível; Data do Julgamento: 24/07/2022; Data de Registro: 24/07/2022) (original sem grifos)

Assim, diante da relação de consumo, cabia à ré a prova de que o incêndio teria sido causado por ação humana, com o requerimento de prova pericial, mas ela deixou transcorrer *in albis* o prazo para indicar as provas que pretendia produzir (fls. 133 e 135).

Acesso ao Sumário

No mais, não se presume a má-fé dos autores e, ausente prova contundente sobre a causa do incêndio, de rigor o pagamento da indenização pela ré. Nesse sentido:

> SEGURO FACULTATIVO DE VEÍCULO. INCÊNDIO EM AUTOMÓVEL ESTACIONADO EM GARAGEM DE PRÉDIO. INDENIZAÇÃO NEGADA SOB O ARGUMENTO DE QUE A INSTALAÇÃO DE SOM NO VEÍCULO DEVERIA TER SIDO COMUNICADA À SEGURADORA. INVIABILIDADE. HIPÓTESE EM QUE NÃO HÁ COMPROVAÇÃO DE CIÊNCIA INEQUÍVOCA DO SEGURADO SOBRE VEDAÇÃO À INSTALAÇÃO DE SOM POTENTE, NEM DE SUPOSTA MÁ FÉ, TAMPOUCO DE QUE HOUVE AGRAVAMENTO VOLUNTÁRIO DO RISCO. VERIFICAÇÃO, ADEMAIS, DE QUE **NÃO HÁ PROVA CONCLUSIVA SOBRE A CAUSA DO INCÊNDIO. INDENIZAÇÃO DEVIDA.** DETERMINAÇÃO DE DEVOLUÇÃO DOS "SALVADOS" À SEGURADORA OU SEU ABATIMENTO PROPORCIONAL. ILEGITIMIDADE ATIVA DE COAUTORA E AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL, CONFORME FUNDAMENTADO NA R. SENTENÇA. Recurso de apelação da seguradora parcialmente provido e improvido o recurso da coautora, com determinação.
>
> (TJSP; Apelação Cível 1007329-28.2015.8.26.0032; Relator (a): Cristina Zucchi; Órgão Julgador: 34ª Câmara de Direito Privado; Foro de Araçatuba - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 22/11/2017; Data de Registro: 22/11/2017)
>
> CONSUMIDOR – CONTRATO DE SEGURO DE DANO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – **INCÊNDIO DEFLAGRADO NO BEM SEGURADO – SEGURADORA QUE DEIXOU DE REQUERER A PROVA PERICIAL, NÃO SE DESINCUMBINDO DE SEU ÔNUS PROBATÓRIO – RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA RECONHECIDA** – Incontroversa a ocorrência do sinistro e da relação contratual entre as partes – Preclusão da prova pericial, meio apto a esclarecer a causa do incêndio no veículo segurado – Responsabilidade da Seguradora ao pagamento da indenização securitária reconhecida – Precedente deste E. TJSP – Recurso desprovido.
>
> (TJSP; Apelação Cível 0046539-81.2011.8.26.0602; Relator (a): Carlos von Adamek; Órgão Julgador: 34ª Câmara de Direito Privado; Foro de Sorocaba – 1ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 26/07/2017; Data de Registro: 28/07/2017)

Outrossim, apesar da ausência de pedido dos autores para realização de perícia em fase de liquidação de sentença, o julgamento não desrespeitou os

Acesso ao Sumário

limites objetivos da pretensão inicial. Realmente, há prova dos danos pelas fotografias apresentadas pela ré (fls. 95/96), o que ensejava mesmo a parcial procedência da demanda, relegando-se à fase de liquidação de sentença a apuração do montante a ser indenizado pela ré.

Destarte, é caso de desprovimento recursal.

Diante da sucumbência recursal, majoro os honorários de sucumbência imputados à ré de R$ 1.500,00 para R$ 1.800,00.

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 apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1122307-95.2021.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CONDOMÍNIO BARÃO DE IPANEMA E BARÃO DE ITAPOAN, são apelados ARTHUR ARANTES CARLOS e RAFAEL PEREIRA FERREIRA.

ACORDAM, em 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Afastaram a matéria preliminar e negaram provimento ao recurso, nos termos que constarão do Acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 58.395/2023)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores HUGO CREPALDI (Presidente) e CARMEN LUCIA DA SILVA.

São Paulo, 24 de agosto de 2023.

MARCONDES D'ANGELO, Relator

Ementa: RECURSO – APELAÇÃO CÍVEL – CONDOMÍNIO – EXCESSO DE RUÍDOS CAUSADOS POR ELEVADOR – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS – AÇÃO E RECONVENÇÃO – MATÉRIA PRELIMINAR. Condomínio requerido que suscita nulidades por inépcia da petição inicial, impossibilidade jurídica do pedido e ilegitimidade passiva. Petição inicial que apresenta pedido claro e juridicamente possível, presentes os requisitos

Acesso ao Sumário

legais, afastada a arguição de inépcia e ausente pedido excessivamente gravoso ou de impossível cumprimento. Condomínio que ostenta legitimidade passiva de modo a responder pela alegação de excesso de ruído advindo de área comum ao elevador. Matéria preliminar afastada.

RECURSO – APELAÇÃO CÍVEL – CONDOMÍNIO – EXCESSO DE RUÍDOS CAUSADOS POR ELEVADOR – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS – AÇÃO E RECONVENÇÃO – MÉRITO. Autores condôminos que alegam ofensa à paz e sossego por excesso de ruídos advindos do elevador. Pretensão para realização de reparos além de indenização por danos materiais e morais. Reconvenção com pedido de obrigação de fazer para que os autores realizem reformas em sua unidade condominial. Sentença de parcial procedência da ação principal, determinada a realização de reparos nos termos do laudo técnico, condenado o requerido ao pagamento de reparação moral, negados os danos materiais e decretada a improcedência da reconvenção. Apelo do requerido reconvinte postulando a inversão do julgado. Laudo técnico elaborado por profissional gabaritado e equidistante das partes, que de forma clara apontou o excesso de ruídos, tornando necessária obra para adequação do elevador aos padrões da norma técnica aplicável e atual. Prova que demonstra o nexo causal entre o ruído excessivo e o acionamento do elevador. Reparos que não implicam em grande complexidade com delimitação clara nos termos do laudo pericial. Eventual discussão sobre possibilidade de reparo não satisfatório que deve ser objeto de discussão em sede oportuna de cumprimento de sentença. Danos morais configurados pelo transtorno que suplanta mero aborrecimento. Fixação da reparação moral em patamar que bem observou as peculiaridades do caso e os princípios norteadores da proporcionalidade e razoabilidade. Pleito reconvencional improcedente à míngua de prova de que o ruído excessivo é originado na unidade condominial dos reconvindos. Distribuição

Acesso ao Sumário

do ônus sucumbencial que deve ser mantida, face ao decaimento em maior grau do requerido. Procedência parcial da ação principal e improcedência da reconvenção em primeiro grau. Sentença mantida. Recurso de apelação do requerido reconvinte não provido, devida a majoração da honorária advocatícia prevista no parágrafo 11 do artigo 85 do Código de Processo Civil, em favor dos patronos dos autores reconvindos.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de ação de obrigação de fazer cumulada com reparatória de danos materiais e morais fundada em perturbação da paz e sossego em condomínio edilício movida por **Arthur Arantes Carlos e Raphael Pereira Ferreira** contra **Condomínio Edifício Barão de Ipanema e Barão de Itapoan**, julgada procedente em parte pela sentença de folhas 919/925, mantida após a oposição de embargos de declaração (folha 940), ao fundamento de prova de ruído excessivo proveniente do elevador, condenado o condomínio requerido a realização de reparos nos termos da perícia técnica produzida nos autos, ademais de condenação ao pagamento de danos morais de R$ 6.000,00 (seis mil reais) a cada autor, totalizando R$ 12.000,00 (doze mil reais), com atualização monetária do julgamento e juros de mora de 01% (um por cento) ao mês, contados desde a citação. Rejeitados os danos materiais pleiteados pelos autores para ressarcimento dos custos de contratação de perito particular e registro de ata notarial. Improcedente a reconvenção onde o condomínio persegue a condenação dos autores a realização dos reparos em seu imóvel foi julgada improcedente. Sucumbente em maior grau, o requerido reconvinte deverá arcar com 5/6 (cinco sextos) das custas da lide principal e a totalidade das custas da reconvenção, ficando o restante a cargo do autor reconvindo. Honorários advocatícios da lide principal de 15% (quinze por cento) do valor atribuído à causa, a cargo do requerido reconvinte, e de R$ 1.000,00 (mil reais) a cargo do reconvindo. Os honorários da reconvenção fixados em R$ 3.000,00 (três mil reais), a cargo do reconvinte. Os requerentes reconvindos deverão arcar com 1/12 (um doze avos) dos honorários periciais, o restante a cargo do requerido reconvinte.

Inconformado, recorre o condomínio requerido reconvinte defendendo a reforma do julgado (folhas 943/994). Suscita, preliminarmente, nulidades por inépcia da petição inicial, impossibilidade jurídica do pedido e ilegitimidade passiva. No mérito, alega, em suma, que o problema advém da localização da unidade em que residem os autores, pois é contígua a casa de máquinas do elevador. Narra que o edifício é de construção antiga em época na qual inexistiam

Acesso ao Sumário

os padrões de ruídos apregoados pelos autores e citados no laudo técnico. Defende que os ruídos estão nos padrões legais. Apregoa que não há garantia de redução dos ruídos pelo cumprimento da obrigação de fazer, consoante a prova dos autos, manifestação do fabricante dos elevadores e perícia técnica, sendo que em ações análogas não houve possibilidade de redução. Invoca a convenção condominial ao alegar ausência de previsão para indenização por danos. Assertoa que a condenação é excessiva e desproporcional, cabendo a redução para R$ 1.000,00 (mil reais) para cada autor. Narra que algumas famílias vivem há 50 (cinquenta) anos no local sem nada questionar sobre o excesso de barulho. Ainda que se admita a condenação, as medidas a serem adotadas devem ser custeadas pelos autores, com acolhimento do pedido reconvencional. Pede a reforma da sentença para a improcedência da ação principal e procedência da reconvenção, ou, subsidiariamente, a redução do montante condenatório.

Recurso tempestivo, devidamente preparado (folhas 1.001/1.002), bem processado e respondido (folhas 1.006/1.021), ocasião em que os requerentes reconvindos pedem a majoração da honorária advocatícia, subiram os autos.

O recorrente manifestou oposição ao julgamento virtual (folha 1.026).

Este é o relatório.

Presentes os demais requisitos de admissibilidade positivos, conhece-se do recurso.

Preliminarmente, o requerido reconvinte sustenta nulidade por inépcia da inicial, impossibilidade jurídica do pedido e ilegitimidade passiva.

Insubsistente a arguição de inépcia da petição inicial.

Isto porque, o petitório atende aos requisitos de admissibilidade formal, com delimitação das partes, pedidos e causa de pedir, bem como congruência dos fatos narrados.

No mais, a alegação de impossibilidade jurídica do pedido não vinga, à evidência, pois a obrigação de fazer para reforma em elevador não implica em medida excessivamente gravosa ou de impossível cumprimento, sem ultrapassar os limites do que é razoável.

Acesso ao Sumário

O condomínio possui legitimidade ativa a responder pela alegação de excesso de ruídos, vez que os autores afirmam que o problema advém do elevador, ou seja, de área comum, portanto de manutenção que incumbe ao requerido, o que deve ser objeto de análise de mérito como forma de averiguação das responsabilidades.

Fica, pois, afastada a matéria preliminar.

Quanto ao mérito, cuida-se de ação de obrigação de fazer cumulada com reparação de danos materiais e morais.

Os requerentes dizem que suportam perturbação da paz e sossego devido

a excesso de ruídos advindos do elevador. Pedem seja condenado o condomínio em obrigação de fazer para minorar os sons excessivos, além de reparação dos custos de contratação de perito particular para elaboração de laudo, bem como custos com procedimentos notariais e danos morais de R$ 15.000,00 (quinze mil reais).

O requerido, com a contestação ofertou reconvenção pleiteando sejam os autores condenados a custearem a realização de reformas em sua unidade para mitigar os ruídos (folhas 266/301).

Após a elaboração de perícia técnica no local a respeitável sentença julgou procedente em parte a ação, condenando o requerido reconvinte na obrigação de fazer para reparos em conformidade com o descrito no laudo técnico, bem como ao pagamento de danos morais de R$ 12.000,00 (doze mil reais). O pedido reparatório de danos materiais foi indeferido.

Apenas o requerido reconvinte recorre defendendo a improcedência da ação principal e o acolhimento da reconvenção.

Pois bem!

O litígio resulta de excesso de ruídos na unidade condominial número 2002, onde residem os autores.

Diante da narrativa das partes e documentos acostados (trocas de mensagens por "e-mail", ademais de manifestação da fabricante do elevador), não se questiona que realmente há ruído em excesso, sendo que o condomínio apregoa a impossibilidade ou grande dificuldade para solução viável, tratando-se de edifício projetado nos anos 60 (sessenta) no qual inexistiam normas técnicas sobre níveis de ruídos.

Nesta toada, visando dirimir a controvérsia operou-se a produção de prova técnica.

O laudo pericial foi confeccionado por profissional gabaritado e equidistante do interesse das partes, após visita ao local dos fatos e facultado o amplo contraditório às partes, salientando-se não ter sido impugnado à época da nomeação, tampouco as partes suscitando eventual ausência de competência para a diligência.

A análise do laudo oficial (folhas 557/713) revela a elaboração de forma minuciosa e detalhada, tomando em consideração os documentos acostados, ademais da visita ao local, conforme o conjunto fotográfico.

Em sua conclusão, assim discorreu o "expert" judicial (folhas 693/695):

> "10. Conclusão
>
> Pelas vistorias, inspeções e testes realizados, nas dependências do condomínio Requerido, e no interior do apartamento dos Autores, examinando o problema do ruído excessivo observado pelos Autores, estu-

Acesso ao Sumário

dando-o em conformidade com as normas regulamentares vigentes, pelos documentos fornecidos e demais elementos que compõem esta Ação, processos normativos e critérios utilizados e, ainda, com apoio nas medições realizadas, que permitiram a verificação do alegado, apresenta-se as constatações que se relacionam a seguir:

a) É certo que a movimentação do elevador social do edifício Barão de Ipanema está gerando ruídos acima do limite estipulado na NBR 10.151/2000, ainda vigente para a Resolução CONAMA nº1 de 08/03/1990, no interior do apartamento dos Autores, tanto no valor médio equivalente (LAeq) quanto no pico máximo medido (LAmáx e LAmáx corrigido).

b) É certo que a movimentação do elevador de serviço do edifício Barão de Ipanema está gerando ruídos acima do limite estipulado na NBR 10.151/2000, ainda vigente para a Resolução CONAMA nº1 de 08/03/1990, no interior do apartamento dos Autores, no pico máximo (LAmáx corrigido) de ruídos medidos.

c) É certo que a movimentação dos elevadores social e de serviço do edifício Barão de Itapoan está gerando ruídos acima do limite estipulado na NBR 10.151/2000, ainda vigente para a Resolução CONAMA nº1 de 08/03/1990, no interior do apartamento dos Autores, no pico máximo (LAmáx) de ruídos medidos.

d) É certo que o incomodo reclamado pelos Autores é decorrente das emissões ruidosas geradas pelos maquinários dos elevadores dos edifícios, sendo grande parte desses ruídos de tipo estrutural, porém também se observa ruídos de tipo aéreos, nas medições no interior do apartamento dos Autores.

e) É certo que existem medidas acústicas tecnológicas que podem ser adotadas para a mitigar a percepção dos ruídos no interior do apartamento dos Autores.

Este signatário pôde então concluir que:

Os ruídos gerados pelas movimentações dos elevadores sociais e de serviços dos dois edifícios que compõe o condomínio Requerido são a causa original das reclamações dos Autores. Porém é possível mitigar o incomodo incontroverso dos Autores consideravelmente, adotando as providências especificadas no item 8 deste Laudo Pericial.

A se informar, indica-se a aplicação das soluções acústicas por etapas, e recomenda-se que após a concretização de cada etapa proposta, que se realize uma nova medição de ruídos no interior do apartamento dos Autores, para verificar se os valores medidos já se encontram em acordo com a Norma Técnica NBR 10.151/2000, o que revogaria a necessidade

Acesso ao Sumário

de proceder com a realização das etapas subsequentes das soluções propostas.

As etapas de soluções propostas encontram-se particularizadas e explicitadas no item 8 e 8.1 deste Laudo Pericial, detalhando especificamente os materiais e métodos que devem ser utilizados, mas a título de resumo, apresenta-se:

1o Providência: Instalação de absorsores de vibração isolando todos os equipamentos dos elevadores das lajes das casas de máquinas;

2o Providência: Instalação de revestimento acústico no interior das casas de máquinas, nas paredes e tetos desses ambientes;

3o Providência: Instalação de revestimentos acústicos em todas as paredes e no teto, do interior dos passadiços (caixas de corrida) dos elevadores, do teto até o piso do 18o andar dos dois edifícios;

4o Providência: Instalação de parede e teto acústico no interior quarto principal do apartamento dos Autores."

Portanto, em suas conclusões o perito destacada, de modo categórico, excesso de ruídos provenientes do elevador, o que se constata por aferição com uso de aparelho medidor (decibelímetro) no interior da unidade dos autores.

Tampouco em suas razões de apelação o requerido sugere ou menciona uso de metodologia ou critérios inapropriados.

A alegação segundo a qual o edifício é antigo e em época na qual não havia critérios técnicos de níveis de ruídos não afasta a responsabilidade do condomínio pela realização de reparos. Nesta toada, as providências foram enumeradas de forma específica e determinada, não se vislumbrando diligência extremamente onerosa ou de grande dificuldade técnica.

Vale mencionar que o perito sugeriu a adoção de medidas por etapas, ao que, eventualmente a realização de apenas uma, ou de algumas, possam surtir efeito satisfatório sem que seja necessária a realização de todas elas.

Quanto a impugnação face a ausência de previsão da responsabilidade na convenção condominial, não vinga, pois a presente ação possui fulcro em responsabilidade civil (artigos 186, 187, 927 e 1.277 do Código Civil, consoante consta de folha 01).

Sem razão o condomínio ao alegar que inexiste garantia de êxito com a adoção das medidas, eis que se afiguram devidamente fundamentadas para a redução do ruído a nível adequado. Note-se a respeito que não se espera a total eliminação de ruído, nem a sentença traz determinação neste sentido.

À obviedade, a sentença determinou que o condomínio implemente as providências descritas pelo perito, etapa por etapa (vide item "a" do dispositivo à folha 924), sendo que a solução definitiva será oportunamente objeto de aferi-

Acesso ao Sumário

ção em cumprimento de sentença.

O fato de haver condôminos que nunca tenham reclamado do excesso de ruídos não se presta a afastar o dever de reformas, pois, eventualmente, nem todas as unidades são afetadas de mesmo modo, dado que a unidade de titularidade dos autores se encontra próxima à casa de máquinas. Neste ponto, assiste direito aos requerentes de usufruírem do direito de propriedade em igual medida aos demais condôminos.

O recorrente indica casos de ações similares nas quais não se logrou resultado satisfatório com reparos no sistema de elevador, o que, contudo, não se aplica à presente hipótese, pois, à evidência cada edifício envolve peculiaridades construtivas distintas.

Por todos os aspectos da prova técnica e documental produzidas, restou bem comprovada a perturbação da paz e sossego devido a problema da esfera de responsabilidade e manutenção pelo requerido, nestes termos, acertada a sentença ao determinar a obrigação de fazer.

Constou pedido reconvencional de condenação dos autores para que realizem reparos em sua unidade, às suas expensas, visando reparar o problema.

Contudo, nos termos da perícia técnica, o vício é originário das instalações e maquinários em área comum, e não na propriedade dos autores, razão pela qual não cabe a eles arcar com os reparos.

No que diz respeito aos danos morais, restaram configurados, pois os requerentes sofrem permanente perturbação da paz e sossego no ambiente doméstico, sendo que há nível de ruídos excessivos comprovados no dormitório, o que possui o condão de prejudicar o descanso noturno.

Atentando-se às especificidades do caso, porte econômico dos envolvidos, grau de culpa do agente ofensor, bem como atento aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade, o montante de R$ 6.000,00 (seis mil reais), destinado para cada autor totalizando R$ 12.000,00 (doze mil reais) é adequado e não se presta a enriquecimento sem causa, devendo ser mantido.

Acesso ao Sumário

É caso de manutenção da respeitável sentença recorrida que bem avaliou o tema, aplicando o direito cabível e em observância aos preceitos legais pertinentes.

Inalterada a distribuição do ônus sucumbencial, eis que vencido em maior grau o requerido reconvinte.

Ao fim, negado provimento ao recurso, incide a regra da majoração da honorária advocatícia com base no artigo 85, parágrafo 11, do Código de Processo Civil, a favor dos advogados dos autores, de 15% (quinze por cento) para 17% (dezessete por cento) para a lide principal e R$ 3.000,00 (três mil reais) para R$ 3.300,00 (três mil e trezentos reais) pela reconvenção.

Ante o exposto, afastada a matéria preliminar, no mérito, nega-se provimento ao recurso de apelação, majorada a verba honorária advocatícia sucumbencial prevista no parágrafo 11 do artigo 85 do Código de Processo Civil, em favor dos advogados dos requerentes, nos moldes desta decisão.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Ações Rescisórias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Ação Rescisória nº 3005451-86.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor ESTADO DE SÃO PAULO, é ré SERGIO EDUARDO DE ALMEIDA.

ACORDAM, em 5º Grupo de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram improcedente a ação rescisória. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.030)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO DIP (Presidente), JARBAS GOMES, AFONSO FARO JR., AROLDO VIOTTI, OSCILD DE LIMA JÚNIOR e PAULO GALIZIA.

São Paulo, 8 de agosto de 2023.

TERESA RAMOS MARQUES, Relatora

Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA

Servidor público – Ex Policial militar – Conversão do tempo de serviço especial em tempo comum – Tema 942/STF – Possibilidade:

– A desvinculação da polícia militar, antes da aposentadoria especial pelo regime próprio de previdência social, permite a aplicação das regras do regime geral de previdência social para averbação de tempo de serviço prestado em atividade exercida sob condições especiais.

Acesso ao Sumário

VOTO

RELATÓRIO

O *Estado de São Paulo* pretende a rescisão do acórdão da Décima Primeira Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça, proferido nos autos da Apelação Cível nº 1072325-30.2019.8.26.0053, transitado em julgado em 26.7.21, com fundamento no art.966, inciso V, par.5º, do Código de Processo Civil.

Sustenta que o acórdão violou manifestamente a norma jurídica formada pelos arts.40, par.10, 42, par.1º, 142, par.3º, inciso X e 201, par.14 da Constituição Federal ao aplicar equivocadamente o entendimento vinculante firmado pelo Supremo Tribunal Federal na Súmula Vinculante nº 33 e no julgamento do Tema 942 de Repercussão Geral. A pretensão do réu fundamenta-se no art.40, par.4º, inciso III, da Constituição Federal, que prevê a aposentadoria especial dos servidores públicos civis, a ser instituída por meio de lei complementar do respectivo ente federativo. Todavia, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que referida norma não se aplica aos policiais militares do Estado, cujo regime previdenciário próprio é disciplinado pelos arts.42, par.1º e 142, par.3º, inciso X, da Constituição Federal. No julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº 28/SP, o Supremo Tribunal Federal decidiu, com caráter vinculante e erga omnes, pela inaplicabilidade do art.40, par.4º, da Constituição Federal aos militares do Estado afirmando, categoricamente, que o regime previdenciário próprio dos militares não admite a aplicação de quaisquer das normas relativas ao regime previdenciário próprio dos servidores civis, previstas no art.40 da Constituição Federal, excepcionada unicamente a incidência do disposto no par.9º, que diz respeito à contagem recíproca. A decisão do Supremo Tribunal Federal é de observância obrigatória, nos termos do art.102, par.2º, da Constituição Federal, art.28, par. único, da Lei Federal nº 9.868/99 e arts.926 a 928 do Código de Processo Civil. Não se ignora que a Súmula Vinculante 33 assegura aos servidores públicos o direito à aposentadoria especial, com fundamento no art.40, par.4º, inciso III, da Constituição Federal e, como desdobramento, foi reconhecida repercussão geral da questão relativa ao direito dos servidores públicos à conversão do tempo de serviço especial em tempo comum, mediante contagem diferenciada, para a obtenção de benefícios previdenciários. A base normativa para se garantir aos servidores públicos (vinculados a entes federativos em mora legislativa sobre a matéria) tanto a aposentadoria especial quanto a conversão do tempo especial em comum (mediante a aplicação das regras do RGPS) é o art.40, par.4º, inciso III, da Constituição Federal dispositivo que, como já apontado, o mesmo Supremo Tribunal Federal decidiu ser inaplicável aos policiais militares do Estado, uma vez que se submetem a regime previdenciário específico, nos termos dos arts.42, par.1º, c/c 142, par.3ª, X, da Constituição Federal. Por corolário, igualmente não se lhes aplicam a tese fixada no Tema 942 nem o enunciado da Súmula Vinculante n. 33. Embora sobre matéria distinta, no julgamento do Tema 160 o Supremo Tribunal Federal manteve o seu entendimento quanto à distinção entre a situação de policiais militares e dos servidores civis, registrando a inaplicabilidade, àqueles, das regras do art.40 da Constituição Federal. Frise-se: a jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal é taxativa no sentido de que a Súmula

Acesso ao Sumário

Vinculante n. 33 e o Tema 942 de repercussão geral não se aplicam aos policiais militares, uma vez que tais precedentes estão escorados no art.40, par.4º, inciso III, da Constituição Federal, que incide unicamente em relação aos servidores civis que não disponham de lei específica. No Estado de São Paulo, a inatividade temporária e definitiva dos policiais militares é disciplinada pelo Decreto-lei nº 260/70, com as alterações da Lei Complementar nº 1.305/17, o que afasta a aplicação das normas relativas aos servidores civis e, por consequência, as normas do RGPS aplicadas por analogia aos servidores civis. Mesmo antes da Emenda Constitucional nº 103/19, os policiais militares do Estado já possuíam legislação específica, não se lhes aplicando as regras de aposentadoria especial dos servidores civis ou dos trabalhadores filiados ao RGPS. O acórdão transitado em julgado permite a aplicação de uma dupla analogia, mediante a incidência de norma dos servidores civis vinculados a RPPS (art.40, par.4º, da Constituição Federal) e, em decorrência, a incidência de norma dos trabalhadores filiados ao RGPS (Lei n. 8.213/1991), por força da tese disposta no Tema 942/STF, violando o art.4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro haja vista a inexistência de lacuna legislativa. O acolhimento do pedido implica o cômputo de tempo diferenciado em duplicidade, antecipando o preenchimento dos requisitos para aposentação e para a concessão de abono de permanência para além do que estabelecido na legislação que disciplina o regime previdenciário próprio dos militares, o que configuraria contagem de tempo fictício, vedada pelos arts.40, par.10, e 201, par.14, da Constituição Federal. Averbar como tempo especial, para fins de conversão em tempo comum, o período de serviços prestados à Polícia Militar, que já lhe garante a inativação lastreada em regras próprias, representaria a criação de um regime híbrido. A natureza do serviço policial militar já foi considerada pelo legislador ao estipular, no regime próprio de previdência dos militares, critérios diferenciados para a inativação, menos severos do que aqueles dispostos aos servidores civis e aos trabalhadores em geral. Pede a concessão da tutela provisória para suspensão da execução e a procedência da ação ao final para desconstituição do acórdão e, consequente, improcedência da demanda (fls.1/24).

Acesso ao Sumário

Foi determinado o processamento com efeito suspensivo do cumprimento de sentença diante da relevância da matéria alegada, apoiada no entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (fl.453).

Na contestação, aduz o réu que embora haja decisões favoráveis à tese defendida pelo Estado, não se pode afirmar a existência de jurisprudência acerca da matéria no Supremo Tribunal Federal. Nos debates que antecederam à edição da Súmula Vinculante nº 33 os ministros do Supremo Tribunal Federal não afastaram a plausibilidade jurídica da conversão do tempo especial em comum para o servidor público. No julgamento do Tema 942/STF, entendeu-se pela possibilidade de conversão do tempo especial em comum, mediante contagem di-

ferenciada, para obtenção de benefícios previdenciários. A condição especial de trabalho é protegida constitucionalmente. Assim, não se cogita de tempo fictício instituído pela Lei nº 8.213/91, ou qualquer outra norma, aplicada por simetria ao servidor público, nos termos da Súmula Vinculante nº 33. O fundamento lógico da conversão do tempo especial em comum é compensar devidamente aqueles servidores que trabalharam em condições especiais e depois passaram a laborar em condições ordinárias, comuns. O direito do servidor público à conversão do tempo especial em comum para aposentadoria decorre de uma leitura mais atenta das disposições constitucionais e jurisprudenciais sobre o tema. A improcedência da rescisória é impositiva (fls.491/512).

Na réplica, aduz a Fazenda que nenhum argumento foi deduzido para afastar a aplicação da ADO 28/SP. Inadequado falar na incidência do Tema 942/STF quando o mesmo tribunal superior faz distinção para policiais militares. Também não se aplica, por isonomia, a CLT. Este diploma e o respectivo regime previdenciário exige a confecção de perfil profissiográfico previdenciário - PPP, documento não exigido pela decisão rescindenda que, então, viola o preceito da contagem ficta de tempo independentemente da comprovação de qual risco o autor foi exposto, há redução do tempo de serviço. Pretendesse contagem de tempo especial, deveria ter ajuizado demanda em face do INSS perante a Justiça Federal. Não o fez e pretende aumentar fictamente o tempo prestado às custas do Estado como garantidor deste tempo ficto (fls.518/520).

FUNDAMENTOS

1. A questão discutida na presente ação rescisória (aplicação ou não da tese fixada no Tema 942/STF) é exclusivamente de direito, portanto, desnecessária intimação das partes para manifestação de eventual interesse na produção de provas.

Assim, passo ao julgamento do mérito.

2. *Sergio Eduardo de Almeida* ajuizou demanda em face da *Fazenda do Estado*, objetivando a conversão do período especial de 5.8.80 a 14.5.93, exercido na função de policial militar, em tempo comum, observando-se o multiplicador 1,40.

Sentença de improcedência foi reformada, por unanimidade, pela Décima Primeira Câmara de Direito Público em acórdão assim ementado:

"POLICIAL MILITAR – CERTIDÃO DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO – Averbação de tempo de serviço para fins previdenciários – Pretensão de conversão de tempo de serviço especial, na função de policial militar, em tempo comum – Possibilidade – Aplicação das regras do regime geral de previdência social para averbação de tempo de serviço prestado em atividades exercidas sob condições especiais – Tema nº 942 do STF – Sentença reformada. CONFERE-SE PROVIMENTO AO RECURSO." (Apelação Cível 1072325-30.2019.8.26.0053;

Relator: Afonso Faro Jr.; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 2ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 28/05/2021; Data de Registro: 28/05/2021)

O acórdão está assim fundamentado:

"Respeitado o entendimento da MM. Juíza sentenciante, entende-se que a r. sentença não refletiu o melhor juízo sobre a questão em apreço.

O autor é ex-policial militar do Estado de São Paulo, e entende ser aplicável ao seu caso o disposto no artigo 40, § 4º, da CF e na Súmula vinculante nº 33 do E. STF, o que asseguraria o direito à contagem diferenciada de seu tempo de serviço, tendo em vista a função que exerceu em exposição a agentes nocivos.

Pois bem.

Preceitua o artigo 40, § 4º, da CF:

...

Por sua vez, a Súmula vinculante nº 33 dispõe:

...

Insta constar, ainda, o recente julgamento do mérito do Tema nº 942 do STF (31/08/20) que decidiu:

...

E, assim, fixou a seguinte tese:

'942 Possibilidade de aplicação das regras do regime geral de previdência social para a averbação do tempo de serviço prestado em atividades exercidas sob condições especiais nocivas à saúde ou à integridade física de servidor público, com conversão do tempo especial em comum, mediante contagem diferenciada'.

Ora, com base nos dispositivos supra, tendo sido o policial militar desvinculado de seu exercício antes de usufruir de sua aposentadoria especial específica, os quase 13 anos de trabalho voltados à realização de atividades compatíveis com o regime do § 4º do art. 40 não podem ser desconsiderados, já que se trata de função pública e notoriamente submetida a agentes nocivos. Sendo impossível o acesso a tal regime especial após a desvinculação da carreira, o seu tempo de exercício deve ser aproveitado com as características que a lei lhe confere para os demais regimes de aposentadoria existentes e acessíveis aos servidores públicos, não sendo demasiado concluir que seu regime especial pregresso não pode lhe tolher o acesso aos outros regimes de aposentadoria, quando dele não se beneficiou.

Note-se que o autor sequer pretende concessão de aposentadoria especial, mas sim a conversão de seu tempo exercido em condições especiais a fim de obter acesso à aposentadoria comum, do Regime Geral.

Neste sentido, julgados deste E. Tribunal:

Acesso ao Sumário

...

Assim, de rigor o acolhimento da pretensão do autor a fim de condenar a FESP a efetuar a conversão do tempo de serviço especial, prestado no período de 05/08/80 a 19/05/93 no cargo de policial militar, para tempo comum, para fins previdenciários.

Invertido o julgado, é o caso de readequar a sucumbência, condenando a ré ao pagamento de custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios, fixados em R$1.000,00, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC, valor que se mostra adequado à razoabilidade e proporcionalidade, além de remunerar condignamente a patrona do autor pelo trabalho desempenhado no processo. Diante do exposto, confere-se provimento ao recurso do autor. (...).'' (fls.397/402)

O acórdão transitou em julgado em 26.7.21 (fl.407).

3. A Fazenda sustenta a inaplicabilidade da tese fixada no Tema 942/STF e da Súmula Vinculante nº 33 porque fundamentados no art.40, par.4º, da Constituição Federal, dispositivo que não se aplica aos militares do Estado, conforme jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal, mencionando o decidido na ADCO nº 28/SP, no RE nº 596.701 (Tema 160 de repercussão geral) e na Reclamação nº 49.763/SP.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão – ADCO nº 28 foi ajuizada em 25.8.2014, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB contra o Governador e a Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, alegando mora legislativa "*do Governador (art. 24, § 2º, itens 4 e 5, da Constituição do Estado de São Paulo) e da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo no tocante à edição de Lei Complementar estadual sobre os critérios diferenciados para aposentadoria dos policiais civis e militares do sexo feminino, nos termos do art. 40, §§ 1º e 4º, da Constituição Federal*".

A ADCO foi julgada improcedente e, no voto, a relatora Ministra Carmem Lucia afirma expressamente que "Não há, pois, omissão inconstitucional atribuível à Assembleia Legislativa e ao Governador de São Paulo quanto ao art. 40, § 1º e § 4º, da Constituição da República porque, repete-se, essa norma constitucional é inaplicável aos militares", o que também constou da respectiva ementa, a saber:

"EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. APOSENTADORIA ESPECIAL PARA POLICIAIS FEMININAS CIVIS E MILITARES. ART. 40, § 1º E § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

1. Inexistência de omissão inconstitucional relativa à aposentadoria especial das servidoras da Polícia Militar. A Lei Complementar n. 144/2014, norma geral editada pela União nos termos do art. 24, § 4º, da Constituição da República, é aplicável às servidoras da Polícia Civil do Estado de São Paulo.

Acesso ao Sumário

Precedentes.

*2. O art. 42, § 1º, da Constituição da República preceitua: a) o regime previdenciário próprio dos militares, a ser instituído por lei específica estadual; b) não contempla a aplicação de normas relativas aos servidores públicos civis para os militares, ressalvada a norma do art. 40, § 9º, pela qual se reconhece que "o tempo de contribuição federal, estadual ou municipal será contado para efeito de aposentadoria e o tempo de serviço correspondente para efeito de disponibilidade". **Inaplicabilidade do art. 40, §§ 1º e § 4º, da Constituição da República, para os policiais militares. Precedentes.***

3. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão julgada improcedente." (grifei)

O Tema 160/STF é citado com a assertiva de que, no seu julgamento, o STF manteve o seu entendimento quanto à distinção entre a situação de policiais militares e dos servidores civis, registrando a inaplicabilidade, àqueles, das regras do art.40 da Constituição Federal. A tese tem o seguinte teor:

"É constitucional a cobrança de contribuições sobre os proventos dos militares inativos, aqui compreendidos os Policiais Militares e o Corpo de Bombeiros dos Estados e do Distrito Federal e os integrantes das Forças Armadas, entre o período de vigência da Emenda Constitucional 20/98 e da Emenda Constitucional 41/03, por serem titulares de regimes jurídicos distintos dos servidores públicos civis e porque a eles não se estende a interpretação integrativa dos textos dos artigos 40, §§ 8º e 12, e artigo 195, II, da Constituição da República."

Por fim, evoca trecho de decisão singular do Ministro Alexandre de Moraes na Reclamação 49.763/SP, julgada procedente para cassar decisão do Colégio Recurso de Andradina que aplicou indevidamente o tema 942. Na hipótese, policial militar com mais de 25 anos de exercício pretendia percepção do abono permanência com fundamento nos incisos II e III do par.4º do art.40 da Constituição Federal. Na motivação da decisão o Ministro Alexandre de Moraes afirma:

"*Portanto, a controvérsia destes autos reside em saber se a decisão reclamada aplicou corretamente a tese firmada ao caso, que trata de concessão do abono de permanência a Policial Militar Estadual, calculado nos termos do que previsto no Decreto 3.048/99, convertendo o tempo de exercício de atividade policial sob condição insalubre em tempo comum.*

Afirmo, desde já, que a decisão aplicou indevidamente o Tema da Repercussão Geral, que não guarda qualquer pertinência com o caso concreto.

No Tema 942-RG, a questão de fundo envolvia "pedido de averbação de tempo de serviço comum para fins de concessão de aposentadoria especial - exercício de atividade insalubre" de assistentes agropecuários. Na oportunidade, fixou-se a seguinte tese:

Acesso ao Sumário

...

Decidiu-se, ali, o direito à averbação, para fins de aposentaria especial, do tempo de serviço prestado por Servidor Público Civil que recebe adicional de insalubridade, com fundamento no art. 40, § 4º, da CF/88, diante da ausência de lei estadual nesse sentido.

No caso concreto, trata-se de ação ajuizada por Policial Militar Estadual, cujo regime jurídico é distinto do regime incidente aos Servidores Civis, tratado no supracitado Tema.

...

Para além das premissas equivocadas sobre as quais a decisão fora tomada, esta CORTE já teve a oportunidade de esclarecer, ainda, que "a interpretação do § 1º do art. 42 da Constituição da República impõe-se no sentido da inaplicabilidade da regra de aposentadoria especial prevista do art. 40, § 4º, da Constituição da República em favor de policial militar estadual" (ADO 28, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 16/4/2015).

Desse modo, uma vez que o julgamento realizado no Tema 942-RG tinha por paradigma jurídico o art. 40, § 4º, III, da CF/88, mostra-se impossível de incidir ao presente caso. (...)."

E há decisão singular recente no STF, confirmando acórdão que afastou pretensão de policial militar a conversão do tempo especial em comum, como segue:

"DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário interposto em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (eDOC 11, p. 2): "RECURSO INOMINADO. Policial militar. Averbação de tempo de serviço para fins previdenciários. Pretensão de conversão de tempo de serviço especial, na função de policial militar, em tempo de serviço comum. Possibilidade de aplicação das regras do regime geral de previdências social para averbação de tempo de serviço prestado em atividades exercidas sob condições especiais. Inteligência do artigo 40, § 4º, da Constituição Federal e da Súmula Vinculante nº 33 do STF. Aplicação do Tema nº 942 do STF. Autora que exerceu a função de policial militar antes da Emenda Constitucional nº 103/2019. Sentença de procedência mantida. Recurso não provido." No recurso extraordinário, com fundamento no art. 102, III, a, do permissivo constitucional, aponta-se ofensa ao artigo 40, § 4º, III, e § 10, da Constituição Federal. Nas razões recursais, sustenta-se que "o tema 942 não e aplica aos militares dos estados, conforme jurisprudência já consolidada deste Eg. Supremo Tribunal Federal (...)" (eDOC 13, p. 4). Aduz-se, que (eDOC 13, p. 7): "Não se há falar, pois, em conversão de tempo especial em comum dentro das regras da aposentadoria especial, uma vez que esta última exige tenha o segurado trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, de forma permanente, e

Acesso ao Sumário

não ocasional nem intermitente, pelo período de 15, 20 ou 25 anos." Assevera-se, que (eDOC 13, p. 7): "De toda forma, a súmula vinculante 33 não garante o direito à conversão de tempo especial em comum no caso dos servidores públicos, mas apenas o direito à aplicação supletiva da Lei 8.213 para fins de aposentadoria especial." Defende-se, por fim, que "NEM TODA CONCESSÃO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE GERA DIREITO À APOSENTADORIA ESPECIAL" (eDOC 13, p. 8). O Tribunal a quo negou seguimento ao recurso, por entender estar o acórdão recorrido em consonância com julgado com a tese julgada pela Suprema Corte no paradigma do Tema 942 (eDOC 16). Após a interposição do agravo interno (eDOC 18), o apelo extremo foi admitido (eDOC 21). É o relatório. Decido. A irresignação merece prosperar. O Tribunal de origem, quando do julgamento do recurso inominado, asseverou (eDOC 11, pp. 3/4) '(...) Não se pode olvidar que, a teor da Súmula Vinculante nº 33,'Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica'. Além disso, quanto à possibilidade de aplicação das regras do regime geral de previdência social para a averbação do tempo de serviço prestado em atividades exercidas sob condições especiais, nocivas à saúde ou à integridade física de servidor público, com conversão do tempo especial em comum, mediante contagem diferenciada, o C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 1.014.286/SP (Tema nº 942 de repercussão geral),firmou a seguinte tese: (...) Assim, como bem destacou a r. sentença recorrida, 'Não há vedação expressa ao direito à conversão do tempo comum em especial, que poderá ser objeto de normativa local pelos entes federados, tal como operou a legislação federal em relação aos filiados ao RGPS, nos termos do art. 57, da Lei 8213/91. No Regime Geral de Previdência Social RGPS há a expressa previsão da conversão de tempo especial em comum (art. 57, § 5ºda Lei 8.213/91). Após a Reforma da Previdência, houve vedação expressa no que tange à conversão de tempo especial em comum, tanto para o RGPS, quanto para o RPPS. Desta forma, as conversões são possíveis somente até a data da vigência da EC103/2019 (art. 10, §3º da EC 103/2019), em 12/11/2019. Portanto, considerando que o tempo de serviço prestado pelo autor é bem anterior à EC 103/2019, tem ele direito a converter o tempo de serviço policial como tempo especial, aplicando-se a conversão prevista no Decreto nº 10.410/2020'." Quando do julgamento do Recurso Extraordinário n. 1.014.286- RG, Tema 942, de minha relatoria, este Supremo Tribunal fixou a tese segundo a qual: "Até a edição da Emenda Constitucional nº 103/2019, o direito à conversão, em tempo comum, do prestado sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física de servidor público decorre da previsão de adoção de requisitos e critérios diferenciados para a jubilação daquele enquadrado na hipótese prevista no então

Acesso ao Sumário

*vigente inciso III do § 4º do art. 40 da Constituição da República, devendo ser aplicadas as normas do regime geral de previdência social relativas à aposentadoria especial contidas na Lei 8.213/1991 para viabilizar sua concretização enquanto não sobrevier lei complementar disciplinadora da matéria. Após a vigência da EC nº 103/2019, o direito à conversão em tempo comum, do prestado sob condições especiais pelos servidores obedecerá à legislação complementar dos entes federados, nos termos da competência conferida pelo art. 40, § 4º-C, da Constituição da República." Entretanto, a matéria versada nos autos não guarda identidade com o tema 942 da repercuss*ão geral, pois, no caso, trata-*se de conversão de tempo de serviço especial exercido por policial militar, em tempo comum, para fins de aposentadoria especial. Nesse sentido: "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO E PREVIDENCIÁRIO. AGENTE PENITENCIÁRIO. ATIVIDADE POLICIAL. LEI COMPLEMENTAR N. 51/1985. APOSENTADORIA ESPECIAL. CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL EM TEMPO COMUM. INAPLICABILIDADE DO TEMA 942 DA REPERCUSSÃO GERAL. AUSÊNCIA DE OFENSA CONSTITUCIONAL DIRETA. VERBA HONORÁRIA MAJORADA EM 1% (§§ 2º, 3º E 11 DO ART. 85 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL). AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO." (ARE 1.396.887- AgR, Rel. Min. Cármen* Lúcia, Primeira Turma, *DJe de 07.11.2022) No mesmo sentido as decisões monocráticas: ARE n. 1.412.553, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 9.12.2022; ARE n. 1.377.176, de minha relatoria, DJe 3.11.2022; ARE n. 1.407.956, Rel. Min. Cármen* Lúcia, *DJe 8.11.2022; ARE n. 1.251.642, Rel. Min. André Mendonça, DJe 11.10.2022; RE n. 1.396.193, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 20.9.2022; RE n. 1.369.874, Rel. Min. Luiz Fux, DJe* 1º.9.2022; ARE n. 1.391.300, Rel. *Min. Alexandre de Moraes, DJe 19.8.2022. Ademais, é entendimento assente da jurisprudência desta Corte que as regras relativas aos critérios de aposentadoria dos servidores civis não são aplicáveis aos servidores militares, eis que esses possuem regramento próprio. Nesse sentido: "AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. APOSENTADORIA ESPECIAL. POLICIAL MILITAR. REGRAMENTO PRÓPRIO DIVERSO DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS. PRECEDENTES. De acordo com o art. 42 da Constituição Federal, cabe à lei própria fixar o regime jurídico de aposentadoria dos servidores militares, de modo que, existindo norma específica (Lei Complementar nº 51/1985 ou Decreto-Lei estadual nº 260/1970), não há que se falar em omissão legislativa. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento" (ARE 781359 AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Roberto Barroso, DJe de 23/4/2014). "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. APOSENTADORIA ESPECIAL PARA POLICIAIS FEMININAS CIVIS E MILITARES. ART. 40, § 1º E § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. 1. Inexistência de*

Acesso ao Sumário

omissão inconstitucional relativa à aposentadoria especial das servidoras da Polícia Militar. A Lei Complementar n. 144/2014, norma geral editada pela União nos termos do art. 24, § 4º, da Constituição da República, é aplicável às servidoras da Polícia Civil do Estado de São Paulo. Precedentes. 2. O art. 42, § 1º, da Constituição da República preceitua: a) o regime previdenciário próprio dos militares, a ser instituído por lei específica estadual; b) não contempla a aplicação de normas relativas aos servidores públicos civis para os militares, ressalvada a norma do art. 40, § 9º, pela qual se reconhece que "o tempo de contribuição federal, estadual ou municipal será contado para efeito de aposentadoria e o tempo de serviço correspondente para efeito de disponibilidade". Inaplicabilidade do art. 40, §§ 1º e § 4º, da Constituição da República, para os policiais militares. Precedentes. 3. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão julgada improcedente." (ADO 28, Rel Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, *DJe 03-08-2015) Assim, verifica-se que, ao entender pela possibilidade de conversão de tempo de serviço especial prestado por policial militar, em tempo comum, o acórdão recorrido divergiu da jurisprudência do STF. Ante o exposto, dou provimento ao recurso, nos termos do art. 932, V, do CPC e art. 21, §1º, RISTF, para julgar improcedentes os pedidos formulados na petição inicial."* (Decisão monocrática proferida no RE 1.417.335/SP, relatada pelo Ministro Edson Fachin, publicada em 8.3.23)

4. Realmente o próprio Supremo já decidiu, por mais de uma vez, que o entendimento vinculante fixado no Tema 942 se aplica somente ao servidor civil.

Mas no julgado rescindendo não se discutiu conversão de tempo para inativação de policial militar, pois o réu já era ex-policial militar e não buscou contagem de tempo para aposentadoria especial em regime próprio de previdência, seja militar ou civil. Pediu e obteve apenas a conversão do período especial prestado de 5.8.80 a 14.5.93 na função de Cabo da Polícia Militar, em tempo comum, observando-se o multiplicador 1,40 para aposentadoria junto ao regime geral de previdência social.

Acesso ao Sumário

Frise-se: o réu pretende **apenas** a conversão de seu tempo exercido em condições especiais para futura aposentadoria comum, pelo regime geral da previdência social, e não a concessão de aposentadoria em regime específico militar.

Embora já tenha decidido de forma diversa, melhor analisando a questão, conclui pela aplicação das regras do regime geral de previdência social para averbação de tempo de serviço prestado em atividades exercidas sob condições especiais.

Como observado no acórdão rescindendo, o réu foi desvinculado dos quadros da polícia militar antes de usufruir sua aposentadoria especial pelo re-

gime próprio de previdência social, de modo que, todo o período laborado em condições especiais deve ser considerado para acesso aos outros regimes de aposentadoria.

No Tema 942 o Supremo Tribunal Federal definiu que:

*"**Até a edição da Emenda Constitucional nº 103/2019, o direito à conversão, em tempo comum**, do prestado sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física de servidor público decorre da previsão de adoção de requisitos e critérios diferenciados para a jubilação daquele enquadrado na hipótese prevista no então vigente inciso III do § 4º do art. 40 da Constituição da República, devendo ser aplicadas as normas do regime geral de previdência social relativas à aposentadoria especial contidas na Lei 8.213/1991 para viabilizar sua concretização **enquanto não sobrevier lei complementar disciplinadora da matéria.***

Após a vigência da EC n.º 103/2019, o direito à conversão em tempo comum, do prestado sob condições especiais pelos servidores obedecerá à legislação complementar dos entes federados, nos termos da competência conferida pelo art. 40, § 4º-C, da Constituição da República" (destaquei)

Na hipótese, o período indicado pelo réu (5.8.80 a 14.5.93) é anterior à Emenda Constitucional nº 103/19, de modo que, nos termos ali definidos, tem o direito à conversão daquele tempo especial em comum para fins previdenciários.

Tratando-se de tempo de serviço prestado sob regime previdenciário próprio, ao Estado incumbe sua certificação e contagem e não ao INSS.

O art.201, pars.9º e 9º-A, da Constituição Federal assegura, para aposentadoria, a contagem recíproca do tempo de contribuição entre o regime geral de previdência social e os regimes próprios de previdência social.

Assim, a circunstância de estarem os policiais militares inseridos em um regime próprio de previdência não se confunde com a contagem recíproca do tempo de contribuição no regime geral de previdência, para aqueles que não mais pertencem aos quadros funcionais militares, como é o caso dos autos.

Nesse sentido, confira-se:

"APELAÇÕES E REMESSA NECESSÁRIA. MANDADO DE SEGURANÇA. CERTIDÃO DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PERFIL PROFISSIOGRÁFICO PREVIDENCIÁRIO - PPP. 1. Pretensão à obtenção de perfil profissiográfico previdenciário e certidão de tempo de contribuição, com a conversão do tempo especial em comum, visando à instrução de pedido de aposentadoria pelo regime geral da previdência social. Segurança parcialmente concedida na origem, apenas em ordem a determinar a emissão do perfil profissiográfico previdenciário. 2. Apelo do ente público. Não cabimento. Pleito amparado no art. 5°, XXXIII da Constituição Federal, bem como nos artigos 3º, I, 10, § 3º, e 11, todos da Lei de Acesso a Informação, e artigos 7º e 8º, da

Acesso ao Sumário

Instrução Normativa do Ministério da Previdência Social 1/2010. 3. Apelo do autor. Possibilidade de aplicação das regras do regime geral de previdência social para averbação de tempo de serviço prestado em atividades exercidas sob condições especiais. Tema nº 942 do STF. Precedentes. RECURSO DO AUTOR PROVIDO. RECURSO DO ESTADO E REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDOS." (Apelação/Remessa Necessária 1044841-35.2022.8.26.0053; Relator: Márcio Kammer de Lima; Órgão Julgador: **11ª Câmara de Direito Público**; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 2ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 03/03/2023; Data de Registro: 03/03/2023)

"EX-POLICIAL MILITAR. REVISÃO DA CERTIDÃO DE TEMPO CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PERÍODO EM QUE OCUPOU O CARGO DE SARGENTO NA POLÍCIA MILITAR. CONVERSÃO DO TEMPO ESPECIAL EM COMUM PARA FINS DE APOSENTADORIA PELO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. No caso dos autos, tem-se que o período indicado pelo autor -15 de março de 1982 a 7 de abril de 2005- é anterior à edição da Emenda constitucional n. 103/2019, de modo que, nos termos definidos pelo STF no julgamento de recurso repetitivo -tema 942-, tem o demandante direito à conversão do tempo especial em comum. Não provimento do apelo fazendário e da remessa obrigatória, que se tem por interposta." (Apelação Cível 1008220-56.2021.8.26.0576; Relator: Ricardo Dip; Órgão Julgador: **11ª Câmara de Direito Público**; Foro de São José do Rio Preto - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 03/03/2022; Data de Registro: 03/03/2022)

"APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA – Previdenciário – Certidão de tempo de serviço – Ex policial militar, que visa solicitar administrativamente sua aposentadoria pelo INSS, requer certidão de tempo de serviço com a conversão de seu tempo de trabalho exercido em regime especial em tempo comum – Precedentes do STJ. SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS DESPROVIDOS." (Apelação Cível 1015241-53.2017.8.26.0405; Relator: Marcos Pimentel Tamassia; Órgão Julgador: **1ª Câmara de Direito Público**; Foro de Osasco - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 08/08/2018; Data de Registro: 08/08/2018)

Destarte, pelo meu voto, julgo improcedente a ação rescisória, carreando ao Estado o reembolso das despesas processuais e o pagamento de honorários advocatícios que fixo, por equidade, em R$4.000,00 haja vista o baixo valor atribuído à causa (art.85, par.8º, do Código de Processo Civil).

Acesso ao Sumário

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 2307117-66.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante COOPERATIVA DE TRABALHO DOS PROFISSIONAIS AUTÔNOMOS DE TRANSPORTE DE PESSOAS E CARGA SECA - COOPERMEGA, é agravado CONSÓRCIO METROPOLITANO DE TRANSPORTES- CMT.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao agravo de instrumento, julgando ainda prejudicado o agravo interno. V.U. (Sustentou oralmente a Dra. Bruna Marcelle Cancio Bomfim – OAB/SP 430.146)", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.014)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores RICARDO DIP (Presidente sem voto), AFONSO FARO JR. e AROLDO VIOTTI.

São Paulo, 4 de julho de 2023.

OSCILD DE LIMA JÚNIOR, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Decisão que indeferiu liminar em Mandado de Segurança impetrado por cooperativa que representa operadores da Reserva Técnica Operacional-RTO/ORCA, credenciados pela EMTU, para determinar o imediato restabelecimento dos "validadores" de bilhetagem eletrônica, os quais foram abruptamente desligados pelo Consórcio Metropolitano de Transportes-CMT – Liminar recursal deferida – Agravo interno interposto contra decisão que deferiu efeito suspensivo à decisão agravada – Presentes os requisitos que autorizam a concessão da medida liminar, nos termos do art. 7º, III, da Lei n 12.016/09 – Elementos suficientes à conclusão, em esfera de cognição sumária, pela legitimidade ativa da cooperativa, legitimidade passiva do consórcio, e, ainda, pela irrazoabilidade do repentino desligamento dos equipamentos de validação de bilhete eletrônico – Desligamento dos validadores que implica em evidente dano, seja à coletividade, seja aos operadores do sistema RTO/ORCA.

Acesso ao Sumário

Agravo de instrumento provido, mantida e ratificada a liminar recursal. Agravo interno prejudicado, pela perda do objeto.

VOTO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto pela COOPERATIVA DE TRABALHO DOS PROFISSIONAIS AUTÔNOMOS DE TRANSPORTE DE PESSOAS E CARGA SECA - COOPERMEGA contra r. decisão que, em Mandado de Segurança impetrado contra ato atribuído ao DIRETOR PRESIDENTE DO CONSÓRCIO METROPOLITANO DE TRANSPORTES - CMT, indeferiu pedido liminar deduzido para determinar o imediato restabelecimento dos "validadores" dos veículos operadores da Reserva Técnica Operacional RTO/ORCA, credenciados pela EMTU, sob pena de multa diária de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Alega a agravante: a) deter legitimidade extraordinária ativa para o "mandamus", na medida em que, a teor de seu estatuto social, tem legitimidade para prestar serviços jurídicos a seus cooperados, tendo sido ademais deliberada e aprovada, em Assembleia Extraordinária, a impetração do presente mandado de segurança; b) o consórcio agravado, pessoa jurídica de direito privado que gerencia as contas do transporte metropolitano sobre pneus, não tem poderes para desligar os validadores dos veículos da RTO/ORCA, pois somente o Poder Público tem competência para suspender ou paralisar o serviço de transporte público; c) a própria EMTU, em nota veiculada na mídia, reconhece que o desligamento dos validadores é ilegal, e que as empresas de transporte podem sofrer punições previstas em contrato de concessão; d) "*a manutenção do ato ilegal praticado pela Agravada poderá gerar prejuízos incalculáveis diante dos diversos compromissos trabalhistas, tributários e operacionais da Agravante*" (fls. 11).

Pede o acolhimento do recurso, com a antecipação dos efeitos da tutela recursal, para conceder a liminar denegada em primeiro grau.

Acesso ao Sumário

Em v. decisão proferida em Plantão Judicial, a fls. 1.667/1.671, foi deferida a liminar recursal "*para impor ao agravado o restabelecimento do funcionamento de "validador" referente aos contratos exibidos nestes autos, sob pena de multa diária de cinco mil reais (R 5.000,00), sem embargo de eventual diverso entendimento do(a) eminente desembargador(a) ao(à) qual oportunamente serão estes autos distribuídos. (...)*" (fls. 1.670).

Distribuídos os autos a esta relatoria (fls. 1.677), sobreveio petição do agravado (fls. 1.679/1.704), requerendo a reconsideração da liminar recursal, aos seguintes argumentos: a) o desligamento dos validadores visa ao cumprimento da decisão proferida pelo Col. STF no julgamento do RE nº 1.001.104/SP

– Tema nº 854 de repercussão geral –, que determinou a paralisação da atividade dos operadores regionais coletivos autônomos (ORCAS), em decorrência da não recepção das normas que fundamentam a criação, pelo Poder Concedente, da RTO, por violação aos arts. 37, XXI, e 175 da CF; b) a agravante não detém legitimidade ativa para a impetração do "mandamus", pois (i) a Cooperativa encontra-se em situação irregular, não sendo possível emitir os respectivos certificados de registro e regularidade; (ii) seu registro junto à JUCESP exclui do seu objeto a atividade de transporte na região metropolitana; e (iii) a deliberação em assembleia sobre a propositura da presente ação não cumpriu os requisitos do Estatuto da cooperativa e, por isso, é imprestável; c) o agravado é parte ilegítima para figurar no polo passivo, pois "(i) é uma entidade privada, que não possui personalidade jurídica e, não praticou qualquer ato típico de autoridade pública; e (*ii) não possui qualquer obrigação legal ou contratual que imponha ao Agravado o dever de disponibilizar os validadores (equipamento de sua propriedade), para que o Agravante permaneça exercendo a atividade de transporte público, contrariando decisão do E. STF" (fls. 1.696); d) o ato impugnado não foi praticado com abuso ou excesso de poder, mas "trata-se de atos privados, de gestão negocial, consistente na adoção de medida para reaver os equipamentos de sua propriedade (validadores), no exercício legítimo de seu direito de propriedade*" (fls. 1.697).

No mais, sustenta que a agravante não comprovou os requisitos necessários à concessão da liminar recursal, não havendo falar em probabilidade de se reconhecer o direito da agravante desempenhar atividade irregular, tampouco em perigo na demora, na medida em que os usuários continuam tendo acesso aos meios regulares de transporte coletivo, inexistindo risco de descontinuidade da prestação de serviço público essencial.

Finalmente, pede a reconsideração da decisão de fls. 1.667/1.671, revogando-se os efeitos da tutela recursal concedida.

O pedido de reconsideração foi rejeitado, com a manutenção integral da decisão que deferiu a liminar recursal, determinando- se o processamento do recurso, e subsequente abertura de vista à D. Procuradoria Geral de Justiça (fls. 1.849/1.854).

O consórcio agravado interpôs Agravo Interno (proc. nº 2307117-66.2022.8.26.0000/50000) contra a decisão liminar recursal, objetivando a respectiva revogação.

A Fazenda do Estado de São Paulo, em manifestação de fls. 1.861/1.862, requereu sua exclusão do feito, ao argumento de que "*o 'Diretor Presidente do Consórcio Metropolitano de Transportes' não é autoridade vinculada à Fazenda Pública do Estado*", bem assim seja dada ciência do feito ao órgão de representação judicial do Consórcio.

Acesso ao Sumário

Agravante e agravado manifestaram oposição ao julgamento virtual do presente recurso (fls. 1.864/1.865 e 1.868/1.869).

O agravado apresentou sua contraminuta a fls. 1.871/1.884, asseverando que: a) o agravo possui o dever contratual de gerir o sistema de bilhetagem eletrônica, e, por isso, é proprietário dos validadores instalados nos veículos dos operadores da RTO e tem competência para efetuar o desligamento dos validadores. Reitera, no mais, os argumentos deduzidos na petição de fls. 1.679/1.704, no sentido de que: a) não está demonstrado o "fumus boni iuris", em razão da inconstitucionalidade da prestação de serviço pelos operadores da RTO (sem licitação, mediante mero credenciamento junto à EMTU) e, ainda, pela ausência de legitimidade passiva e ativa; b) não há perigo da demora, pois os serviços prestados pelos operadores da RTO é complementar ao serviço de transporte coletivo prestado pelas concessionárias, de maneira que eventual paralisação não acarreta danos à população.

Parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça a fls. 1.914/1916, pelo provimento do recurso.

É o relatório.

O agravo de instrumento está maduro para julgamento, de modo que será apreciado em detrimento do agravo interno, que resta prejudicado.

O recurso deve ser provido, confirmando-se a liminar recursal de fls. 1.667/1.671, ratificada a fls. 1.849/1.854.

A decisão neste momento há de se restringir aos requisitos ensejadores da liminar indeferida pelo magistrado, para que, respeitando o mérito do "writ" a ser analisado em primeiro grau, não haja supressão de instância.

Assim, limitar-se-á o presente voto à prestação da tutela jurisdicional a respeito da reforma da decisão agravada.

Na espécie, verifica-se que a relevância na argumentação está presente, a qual, aliada à documentação acostada aos autos e ao risco de ineficácia da medida, caso deferida apenas ao final, realmente autoriza a concessão da liminar, nos termos do art. 7º, III, da Lei nº 12.016/09.

Acesso ao Sumário

Em sede de cognição sumária, verifica-se dos autos elementos suficientes à conclusão pela legitimidade ativa da cooperativa agravante. Nesse sentido, instrumento de contrato social de fls. 90/111 e relação de cooperados de fls. 114/171.

A legitimidade passiva do consórcio, por sua vez, restou confirmada pelo próprio agravado. Em sede de contraminuta, o agravado afirmou expressamente que "*possui o dever contratual de gerir o sistema de bilhetagem eletrônica*" (fls. 1878). Isso porque, a gestão do sistema de bilhetagem é uma obrigação acessória imposta às empresas concessionárias do serviço de transporte público coletivo de passageiros, que, por sua vez, foram organizadas em consórcio – o

Consórcio Metropolitano de Transportes/CMT – para a prestação tanto dos serviços de transporte metropolitano de passageiros, como também de gestão do sistema de bilhetagem.

No entanto, ao menos nesta fase processual, não é possível inferir que a competência para gerir o sistema de bilhetagem autoriza o desligamento, pelo Consórcio, dos validadores instalados nos veículos que operam o sistema RTO/ORCA, uma vez que tal medida implica em evidente comprometimento da plena prestação do serviço de transporte delegado pelo Poder Concedente aos cooperados da agravante. Em outras palavras, a competência para gerir o sistema de bilhetagem eletrônica não parece incluir o poder de obstar o regular funcionamento do serviço prestado pelos operadores do RTO/ORCA.

Vale destacar que há indícios de que os "validadores" do sistema de bilhetagem eletrônica foram cedidos aos operadores do sistema RTO/ORCA pela EMTU – e não pelo Consórcio agravado – mediante comodato. É que se verifica de cópias de contratos de comodato firmados entre a EMTU e operadores do sistema RTO/ORCA, exemplificativamente, a fls. 142/144, 214/216, 243/245, 272/273, 301/303, 354/356 dos autos principais.

Não se sustenta, por fim, a alegação de que o desligamento dos "validadores" tenha se pautado na necessidade de observância de decisão definitiva proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE nº 1.001.104/SP (Tema nº 854). Como apontado na decisão desta relatoria que ratificou a liminar recursal (fls. 1.849/1.854), não se compreende a urgência do agravado de dar cumprimento àquele julgado da Suprema Corte, na exata medida em que tal decisão transitou em julgado em 09.04.2021, portanto, há mais de 1 ano e 9 meses.

Dessa forma, não parece razoável o repentino desligamento dos "validadores" de bilhetagem eletrônica, notadamente diante do evidente prejuízo daí decorrente seja à coletividade, seja aos operadores do sistema RTO/ORCA.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao agravo de instrumento, confirmada a liminar recursal de fls. 1.667/1.671 e 1.849/1.854. Prejudicado, em consequência, o agravo interno.

Eventuais recursos que sejam apresentados deste julgado estarão sujeitos a julgamento virtual. No caso de discordância, esta deverá ser apresentada no momento da apresentação de referidos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2055726-22.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante

Acesso ao Sumário

LENOVO TECNOLOGIA BRASIL LTDA., são agravados PREGOEIRA DA COORDENADORIA DE COMPRAS DA SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO e COORDENADORA DE COMPRAS DA SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Após sustentação oral do Dr. Pietro Gaeta Petrone, negaram provimento ao recurso. V.U." de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 57.017)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente sem voto), OSVALDO DE OLIVEIRA e J. M. RIBEIRO DE PAULA.

São Paulo, 12 de julho de 2023.

SOUZA NERY, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DE PREGOEIRA EM LICITAÇÃO. REGISTRO DE PREÇOS PARA FUTURA AQUISIÇÃO DE NOTEBOOKS. DECISÃO QUE INDEFERIU A TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA PARA PARALISAR O CERTAME. Agravante inabilitada por ter ofertado produto diferente do requerido no Edital. Alegação de excesso de formalismo, já que poderia ter alterado sua proposta se lhe tivesse sido dada oportunidade. Agravante que foi indagada pela leiloeira se atendia a todos os requisitos do Edital, tendo respondido positivamente. Ao que parece, sua inabilitação não se deu por excesso de formalismo, mas por oferecimento de produto inferior ao exigido. Ausente a probabilidade do direito. Decisão mantida.

RECURSO NÃO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por *LENOVO TECNOLOGIA BRASIL LTDA*. em face de *PREGOEIRA DA COORDENADORIA DE COMPRAS DA SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO*, em razão da decisão de primeiro grau que indeferiu pedido de antecipação de tutela no mandado de segurança nº 1011991-88.2023.8.26.0053.[1]

1 Fls. 356-357, de lavra da MMª. Juíza de Direito Dra. LAÍS HELENA BRESSER LANG, da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital.

Alega a agravante, em síntese, que participou do Pregão Eletrônico nº 93/SME/2022, promovido pela Secretaria Municipal de Educação da Prefeitura do Município de São Paulo, com a finalidade de, mediante registro de preços, futura aquisição de 20.400 desktops e periféricos e de 200 monitores, dividido em lotes. Aduz que apresentou o menor preço unitário (R$ 3.595,00) em 28.12.2022 para o Lote 2, tendo sido questionada pela leiloeira se atendia todos os requisitos do Edital, tendo respondido positivamente, sendo que as demais empresas licitantes foram questionadas especificamente quanto à qualificação dos produtos ofertados. Aduz que, em 09.01.2023, sem que houvesse pedidos de esclarecimentos específicos, foi inabilitada por não atendimento do requisito 2.7.1 do Anexo I do Edital. Afirma que a licitante vencedora, a empresa Positivo, foi indagada diversas vezes pela pregoeira se atendia aos requisitos do Edital, tendo vencido o Lote 2 com lance unitário de R$ 3.630,00. Aduz que ofertou recurso administrativo, ao qual foi negado provimento em 14.02.2023, homologando o certame e adjudicando o objeto para a Positivo. Alega que a decisão prestigiou o excesso de formalismo, violando os princípios da vantajosidade e motivação, gerando prejuízo de R$ 689.500,00 aos cofres públicos. Aduz que corrigiu sua proposta quando da interposição do recurso administrativo, e que só não o fez antes porque não foi lhe dada a oportunidade. Reforça que a Administração pública deve pautar-se pelo formalismo moderado, e que sua proposta apenas apresentava erro de digitação. Afirma também que houve violação ao princípio da isonomia, já que os demais licitantes tiveram a oportunidade de ajustar suas propostas. Requer a concessão de tutela antecipada recursal para que seja determinado (i) que a agravada se abstenha de promover a assinatura da ata de registro de preços na qual conste a Positivo como vencedora dos Lotes 1 e 2, ou, na eventualidade de a ata de registro de preços já ter sido firmada, que se abstenham de (ii) executar (emissão de pedidos, ordens de empenho e/ou ordens de fornecimento e de entregas dos pedidos já realizados etc.) os pedidos relacionados aos Lotes 1 e 2.

O recurso foi processado sem a antecipação da tutela recursal requerida.[2]

Não foi apresentada contraminuta.[3]

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Isso, pois, a concessão da tutela antecipada de urgência pressupõe a conjugação dos requisitos da probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil ao processo.

E, como já ressaltado na decisão que determinou o processamento do recurso, não vislumbro a probabilidade do direito, já que, considerando que o objetivo do procedimento licitatório é a contratação da proposta mais vantajosa

2 Fls. 370-374.

3 Fl. 397 - certidão.

Acesso ao Sumário

para a Administração Pública, tanto quanto ao menor preço, quanto às condições técnicas do produto ofertado, configura-se o formalismo excessivo quando não se afere prejuízo ao certame com o afastamento de determinada exigência formal, circunstância que, ao menos na presente fase processual, não se vislumbra no caso.

É certo que o Edital que regeu o certame dispôs em seu Anexo I, item 2.7.1, que o produto a ser ofertado, Computador Tipo I, deveria ter, como requisito mínimo, "*uma unidade de armazenamento SSD (Solid State Drive) com, com no* mínimo 480GB de capacidade"[4], e a agravante, ao apresentar a sua Proposta de preços, ofertou, a título de Computador Tipo I, produto com "*uma unidade de armazenamento SSD (Solid State Drive) com, 256GB de capacidade*"[5], sendo que a própria agravante alega que foi questionada pela leiloeira se atendia todos os requisitos do Edital, tendo respondido positivamente, e reiterado, por tanto, o oferecimento de produto diferente do exigido no Edital.

Ao que parece, não se trata de formalismo exacerbado, mas de inabilitação técnica por oferecimento de produto inferior ao exigido, tendo sido dada oportunidade à agravante de rever sua oferta, o que não foi realizado, não cabendo a exigência de realização de diligência a para que a licitante altere a sua proposta.

Importa ressaltar que tal especificação técnica tem impacto direto no preço ofertado quando da proposta, sendo que aceitar que a agravante, após sua inabilitação, oferte produto com a especificação técnica exigida no Edital e ao mesmo preço ofertado quando da apresentação da proposta é que feriria a isonomia, já que conhece o quanto ofertado pelos demais licitantes.

Nesse sentido, dispõe o Parecer da Assessoria Jurídica ofertado em sede de recurso administrativo: "*Deve ser feita diligência para sanar questões que não alterem a substância da proposta. No caso em tela, a área técnica entendeu que a capacidade SSD ofertada pela LENOVO era questão substancial da proposta, razão pela qual não seria o caso de instaurar diligência para a sua revisão. A informação equivocada foi inserida duas vezes na proposta, o que demonstra não se tratar de erro de digitação, como alegado, mas de apresentação de proposta em desconformidade com o edital. A formalidade moderada não permite alteração no teor da proposta, mas meras correções formais, o que não é o caso. Feriria a isonomia permitir a alteração do produto ofertado*."[6].

Assim, devida a manutenção da decisão agravada.

Pelos motivos expostos, pelo meu voto, proponho seja *NEGADO PROVIMENTO* ao recurso, nos termos da fundamentação acima.

Acesso ao Sumário

4 Fl. 90 do processo principal.
5 Fl. 256 do processo principal.
6 Fl. 327 do processo principal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 2083831-09.2023.8.26.0000, da Comarca de Jundiaí, em que é agravante SANTANDER LEASING S/A ARRENDAMENTO MERCANTIL, é agravado MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.540)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente sem voto), RICARDO CHIMENTI e MARCELO L THEODÓSIO.

São Paulo, 13 de julho de 2023.

HENRIQUE HARRIS JÚNIOR, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Execução fiscal – Decisão prolatada em 2011 que autorizou a conversão em renda em favor da Municipalidade de valores depositados a título de garantia do juízo antes mesmo do oferecimento dos embargos à execução pela devedora – Sentença posterior que extinguiu execução fiscal por ilegitimidade ativa – Executado que não foi intimado do levantamento e tomou ciência após a sentença extintiva – Decisão agravada que estipula a necessidade de pedido de restituição em ação própria – Pretensão recursal da agravante de restituição aos autos da execução fiscal do valor convertido indevidamente em renda – Admissibilidade – Decisão que determinou a conversão em renda sem nenhum fundamento legal – Nulidade absoluta – Preclusão que não atinge matéria de ordem pública – Condicionar a restituição dos valores à propositura de ação própria reforça e reitera dano causado ao executado por decisão judicial nula – Inexistência de óbice à restituição, observando-se regramento de pagamento pela Fazenda Pública e demais normas de direito financeiro e orçamentário – Precedentes desta Câmara – RECURSO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **SANTANDER LEASING ARRENDAMENTO MERCANTIL S/A** em face da decisão que, em sede de execução fiscal que lhe move **MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ**, indeferiu pedido de restituição, nos autos da execução fiscal, do montante dado em garantia e convertido indevidamente em renda em favor do Município, sob o fundamento de preclusão, uma vez que a decisão que autorizou o levantamento fora proferida há mais de uma década, afirmando que a agravante deverá pretender os valores pela via adequada (fls. 190).

Inconformada, a agravante afirma que não se há falar em preclusão do pedido de devolução dos valores. Isto porque, ao que narra, não houve formalização do termo de penhora, tampouco fora intimada de qualquer decisão posterior ao despacho citatório, incluindo aquela que deferiu levantamento dos valores. Também afirma a nulidade do ato que deferiu o levantamento dos valores antes da prolação da sentença de embargos à execução, uma vez que em desacordo com o disposto no artigo 32, §2º, da Lei de Execução Fiscal, bem como com a jurisprudência do Col. Superior Tribunal de Justiça.

Contraminuta a fls. 210/216.

É o relatório.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **SANTANDER LEASING ARRENDAMENTO MERCANTIL S/A** em face da decisão proferida em sede de execução fiscal, que lhe move o **MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ**.

Em 2007, a Municipalidade propôs a execução fiscal para cobrança de créditos tributários decorrentes de ISS incidente sobre atividades de arrendamento mercantil financeiro da executada. Regularmente citada, a executada, ora agravante, garantiu o juízo para opor embargos à execução.

Não houve formalização do termo de penhora, tampouco intimação para oferta dos embargos à execução.

Sobreveio decisão do Col. Superior Tribunal de Justiça determinando sobrestamento do feito, ante a afetação da matéria de fundo em Recursos Repetitivos. Em razão da inobservância da determinação de sobrestamento, embora noticiada pela parte agravante, o juízo autorizou o levantamento dos valores pela Municipalidade.

Sobreveio julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça do REsp. nº 1.060.210/SC fixando a competência do Município onde localizado o estabelecimento prestador do serviço para cobrança do tributo.

Opostos embargos à execução, fora prolatada sentença extintiva, reconhecendo a ilegitimidade ativa da Municipalidade para cobrança do tributo, em aplicação do julgado acima citado. Contra a sentença, fora interposto recurso de apelação pela executada, ora agravante, com objeto restrito aos honorários

Acesso ao Sumário

advocatícios.

Em seguida, antes da remessa dos autos físicos a este Tribunal de Justiça para julgamento da apelação, a agravante informou ao juízo por simples petição que só naquela oportunidade teve acesso aos autos e tomou conhecimento do levantamento dos valores dados em garantia em favor da Municipalidade, requerendo a devolução da quantia indevidamente convertida em renda pela Municipalidade.

Em apreciação à petição da agravante, o d. juiz reconheceu a ilegalidade do levantamento precoce de valores, mas sustentou ter ocorrido preclusão, uma vez que a decisão fora prolatada há mais de dez anos, afirmando que a agravante deve pretender o que de direito pelas vias adequadas.

Pois bem.

A decisão não pode prosperar e merece mesmo reforma.

De início, saliento que não há nos autos termo de penhora ou qualquer outra decisão judicial recebendo o depósito de valores efetuado pela agravante ou intimando-a a apresentar embargos à execução. A situação, por si só, impõe a manutenção do valor depositado em juízo sob custódia do Poder Judiciário, uma vez que se ainda não havia sido apreciada a garantia ofertada, sequer teve início o prazo para oposição de defesa pela executada, ora agravante.

Seja como for, ofertados os embargos independentemente de intimação ou vista dos autos, havia clara impossibilidade de levantamento de valores dados em garantia no âmbito da execução fiscal antes do trânsito em julgado da respectiva sentença. Cuida-se de interpretação tranquila, fundada tanto em julgados reiterados no âmbito do Col. Superior Tribunal de Justiça, como também decorrente do próprio texto legal, a teor do disposto no artigo 32, §2º, da LEF. Vejamos o dispositivo legal e a interpretação respectiva conferida pelo STJ:

> Art. 32 - Os depósitos judiciais em dinheiro serão obrigatoriamente feitos:
>
> § 2º - Após o trânsito em julgado da decisão, o depósito, monetariamente atualizado, será devolvido ao depositante ou entregue à Fazenda Pública, mediante ordem do Juízo competente.
>
> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXECUÇÃO GARANTIDA POR MEIO DE DEPÓSITO EM DINHEIRO. COBRANÇA DO TRIBUTO QUESTIONADA EM SEDE DE EMBARGOS À EXECUÇÃO. LEVANTAMENTO OU CONVERSÃO EM RENDA QUE SE SUJEITA AO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO QUE RECONHEÇA OU AFASTE A LEGITIMIDADE DA EXAÇÃO. 1. Por força da regra contida no art. 32, § 2º, da Lei 6.830/80, o levantamento de depósito judicial ou a sua conversão em renda da Fazenda Pública, sujeita-se ao trânsito em julgado da decisão que reconheceu ou afastou a legitimidade da exação. 2. O art. 32, § 2º, da Lei 6.830/80 é norma especial, que deve prevalecer

Acesso ao Sumário

> sobre o disposto no art. 587 do CPC, de modo que a conversão em renda do depósito em dinheiro efetuado para fins de garantia da execução fiscal somente é viável após o trânsito em julgado da decisão que reconheceu a legitimidade da exação. Em virtude desse caráter especial da norma, não há falar na aplicação do entendimento consolidado na Súmula 317/STJ. 3. Embargos de divergência providos. (EREsp n. 734.831/MG, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 10/11/2010, DJe de 18/11/2010.)

No caso concreto, não havia ocorrido trânsito em julgado da sentença e, portanto, entende-se ilegal o deferimento da conversão em renda e levantamento dos valores pela Municipalidade.

Aliás, vale destacar que o legislador, preocupado justamente com a hipótese verificada nestes autos, prevê regramento específico e diferenciado em relação à garantia ofertada no âmbito do procedimento comum de execução, no Código de Processo Civil. Veja-se que, diferentemente do que ocorre no procedimento comum de execução, regido pelo Código de Processo Civil, inexiste previsão legal na Lei de Execução Fiscal que autorize levantamento provisório da garantia do juízo, uma vez que se levantados os valores pela Fazenda, é sabido que a restituição é custosa e demorada, posto que indispensável a observância do regime de precatórios.

É justamente para evitar tal tortuoso caminho que o legislador dispôs expressamente a necessidade de se aguardar o trânsito em julgado da sentença em embargos à execução para levantamento dos valores, conferindo, assim, proteção ao particular que oferta garantia em processo de execução fiscal.

Cuida-se, na verdade, de garantia para ambas as partes: assegura-se ao Fisco a satisfação da execução fiscal se improcedentes os embargos; e assegura-se ao contribuinte a restituição dos valores ofertados em garantia se procedente a defesa.

É também a interpretação do C. Superior Tribunal de Justiça, vejamos:

> Processo Civil e Tributário. Levantamento do depósito judicial. Art. 151, II, do CTN. Impossibilidade. Garantia do juízo. Finalidade dúplice. Oposição. Fazenda nacional. Exame de provas. Súmula 7/STJ. 1. A garantia prevista no art.151, II do CTN tem natureza dúplice, porquanto ao tempo em que impede a propositura da execução fiscal, a fluência dos juros e a imposição de multa, também acautela os interesses do Fisco em receber o crédito tributário com maior brevidade, porquanto a conversão em renda do depósito judicial equivale ao pagamento previsto no artigo 156, do CTN encerrando modalidade de extinção do crédito tributário.
>
> 2.Permitir o levantamento do depósito judicial sem anuência do Fisco significa esvaziar o conteúdo da garantia prestada pelo contribuinte em detrimento da Fazenda Pública.
>
> 3.Precedentes no sentido de que “sem precedência anuência da parte ré,

Acesso ao Sumário

> o levantamento autorizado na Segunda Instância, na verdade, significou antecipada desconstituição da composição judicial sujeita ao reexame pedido na apelação. Ajustado, pois, que os valores depositados suspendiam a exigibilidade do crédito litigioso (art. 151, II, CTN), o levantamento por provocação unilateral de uma das partes, com a modificação do statu quo, via oblíqua, equivaleu à antecipada desconstituição do título sentencial."
>
> 4.In casu, verifica-se a total impropriedade do pedido formulado. Isso porque, não bastasse a inadequação da via eleita (pedido formulado nos autos de agravo de instrumento), a verificação acerca ocorrência do recolhimento aos cofres públicos, dos valores depositados em juízo, ensejaria inegável exame de matéria fático-probatória, procedimento vedado a esta Corte, nos termos da Súmula 7/STJ.
>
> 5.Não cabe ao STJ a expedição de "Carta Precatória" com cópia integral dos autos ao juízo de 1º grau a fim de que seja analisada a possibilidade de levantamento dos depósitos.
>
> 6.Agravo regimental desprovido. (STJ, 1º T., AgRg no Ag 799.539/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, j. 08/05/07).

Ainda que assim não fosse, o processo estava sujeito ao efeito do sobrestamento determinado pelo Superior Tribunal de Justiça em razão da afetação do tema objeto destes autos em sede de Recursos Repetitivos. O desfecho desta execução fiscal seria necessariamente influenciado pelo quanto decido no âmbito do REsp. nº 1.060.210/SC, pendente de julgamento ao tempo da decisão de levantamento. Muito embora a parte agravante tenha noticiado a afetação e necessidade de sobrestamento nos autos principais, a petição não foi apreciada (fls. 80).

Assim, seja em razão da inexistência de trânsito em julgado de embargos à execução ao tempo da autorização de levantamento, seja em razão do sobrestamento não observado, a conversão em renda da garantia ofertada pela agravante se deu de forma ilegal, em inobservância ao disposto na LEF, ao disposto no CPC/73 e em inobservância à jurisprudência quanto ao tema.

Superado o exame da legalidade da conversão em renda da garantia ofertada, cumpre examinar se o levantamento foi acobertado pela preclusão, uma vez que a decisão fora prolatada há mais de 10 anos e não foi objeto de qualquer irresignação.

Não se há falar em preclusão no caso concreto.

A decisão prolatada em grosseira violação à lei atinge não apenas o interesse particular da parte que se vê privada do numerário, mas também o interesse público de respeito ao devido processo legal e à legalidade. Como salientado anteriormente, o legislador tomou o cuidado de impedir expressamente na LEF, em franca oposição ao regramento geral do CPC, o levantamento antecipado de

Acesso ao Sumário

garantia ofertada. Conferiu-se, portanto, maior garantia e proteção ao contribuinte que pretenda impugnar o crédito tributário.

O desrespeito à garantia outorgada por lei transcende o interesse particular e atinge o interesse coletivo, havendo hipótese de nulidade absoluta da decisão. Havendo violação ao interesse público, a nulidade não é sanada pelo manto da preclusão, podendo ser alegada a qualquer tempo, nos termos do artigo 278, parágrafo único, do Código de Processo Civil:

> Art. 278. A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.
>
> Parágrafo único. Não se aplica o disposto no caput às nulidades que o juiz deva decretar de ofício, nem prevalece a preclusão provando a parte legítimo impedimento.

Ainda que se discorde da natureza jurídica do vício examinado nestes autos, cumpre destacar que a agravante não fora intimada da decisão que autorizou o levantamento ou de qualquer decisão posterior prolatada. Não tendo sido intimada da decisão, o prazo para a parte impugná-la não teve início, o que afasta, de qualquer forma, a ocorrência da preclusão, nos termos do artigo do artigo 278, *caput*, do CPC.

Neste sentido, inclusive, outros julgados desta Câmara:

> Execução fiscal. ISS. Embargos à execução fiscal. Sentença de improcedência. Recurso de apelação. Levantamento pelo Município do valor depositado a título de garantia do juízo. Impossibilidade de levantamento do depósito dado em garantia antes do trânsito em julgado – art. 32, §2º da LEF. Decisão que extinguiu a execução fiscal sem resolução de mérito. Pleito de devolução dos valores pelo embargante. Entendimento do prolator da decisão agravada no sentido de ajuizamento de ação própria para devolução do quantum. Desnecessidade. Ofensa ao princípio da celeridade e economia processuais. Dá-se provimento ao recurso. (Agravo de Instrumento 2012421-32.2016.8.26.0000; Relatora: Beatriz Braga; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Foro de Barra Bonita - 1ª Vara; Data do Julgamento: 16/06/2016; Data de Registro: 20/06/2016)
>
> Execução fiscal. Decisão que determinou o levantamento dos valores depositados em garantia antes do trânsito em julgado da sentença de improcedência dos embargos á execução fiscal. Insurgência da executada. Juízo de origem que reconsiderou a decisão e determinou a devolução dos valores levantados pelo Município. Posterior modulação da decisão pelo juízo de primeiro grau, a fim de que a devolução aguardasse o julgamento da apelação interposta contra a sentença que julgou improcedentes os embargos á execução fiscal. Recurso provido para se determinar que o valores levantados precocemente sejam devolvidos, mediante depósito judicial, com o deferimento do prazo necessário para que sejam cumpridas as regras orçamentárias. Recurso provido. (Agravo de Instrumento 2177356-21.2018.8.26.0000; Relator: Ricardo Chimenti; Órgão

Acesso ao Sumário

Julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Foro de Peruíbe - SAF - Serviço de Anexo Fiscal; Data do Julgamento: 10/10/2019; Data de Registro: 14/10/2019)

Além da violação ao contraditório e do devido processo já descrita, há também violação à legalidade. Como se sabe, o processo civil é regido por normas que, em regra, ostentam natureza de direito público. Não é dado ao juiz, especialmente no âmbito do processo judicial tributário, atuar à margem da legislação, menos ainda em franco desrespeito a ela. A violação frontal à lei processual e à garantia assegurada ao contribuinte atingem o interesse público, porquanto dizem respeito ao anseio arrecadador do Estado e observância do devido processo.

Assim, em razão da nulidade da decisão que deferiu conversão em renda dos valores depositados, merece reforma a decisão prolatada para determinar que a Municipalidade promova a restituição aos autos do valor levantado indevidamente, observando-se, contudo, o regramento constitucional de pagamento imposto pela Fazenda Pública – restituição por precatório ou RPV –, bem como as regras ordinárias de dotação orçamentária.

Por fim, consideram-se prequestionados todos os dispositivos legais e constitucionais acerca do tema em discussão.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2014533-27.2023.8.26.0000, da Comarca de Suzano, em que são agravantes IRMA FORMENTIN DI BELLO, NATALIA DI BELLO, GRACIA SILVANA DI BELLO, ISAIA GUIDO DI BELLO e YURI DI BELLO, é agravado MUNICÍPIO DE SUZANO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª 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. Designado para o acórdão o 2º juiz, Des. Bandeira Lins.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.250)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BANDEIRA LINS, vencedor, LEONEL COSTA, vencido, BANDEIRA LINS (Presidente) e ANTONIO CELSO FARIA.

São Paulo, 5 de julho de 2023.

BANDEIRA LINS, Relator designado

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. INDENIZAÇÃO. LEVANTAMENTO DE VALORES DEPOSITADOS. Pedido de levantamento de valores depositados nos autos condicionado à manifestação da parte requerida. Manutenção da decisão, visto que se trata de uma medida acautelatória que visa a garantir que a pessoa que levante os valores seja a legítima detentora deste direito, protegendo eventual direito de terceiros sobre as condições do imóvel expropriado. Hipótese em que não se trata especificamente de levantamento de valor condicionado ao cumprimento da regra disposta no aludido art. 34 do Decreto lei 3.365/1941. Notícias de que o imóvel foi alienado pela autora original e seus sucessores por meio de escritura pública de venda e compra, cujo documento não foi juntado aos autos. Recurso não provido.

VOTO

Adoto o relatório do E. Relator Sorteado:

"Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento extraído da ação de desapropriação em fase de cumprimento de sentença, interposto contra decisão que determinou que "o pedido de levantamento do valor de fls. 473 deverá aguardar vista expressa e manifestação da requerida sobre os documentos de fls. 542/547 e 548 e seguintes", bem como determinou que, "no prazo de 15 (quinze) dias, (A) manifeste-se a parte requerida sobre fls. 541/553, bem como, no prazo de 30 (trinta) dias, (B) informe se conseguiu registrar a carta de adjudicação, a ser expedida conforme item 2 acima. No mesmo prazo de 30 (trinta) dias, deverá a parte autora (C) trazer aos autos cópia da escritura pública de venda e compra lavrada conforme dados do R.17 na matrícula em questão (fls. 545-verso). 4. Fls. 577/580: Sem prejuízo, no mesmo prazo de 30 (trinta) dias, manifeste-se a requerida sobre fls. 577/580".

A agravante alega, em suma, que a indenização se encontra depositada nos autos, e o seu levantamento conta com a concordância do referido ente público, bem como a decisão condicionou o levantamento do depósito a uma nova manifestação da expropriada em relação a prova da propriedade, discussão impropria nessa fase processual. Sustenta que, conforme entendimento pacificado pelas Cortes Superiores, é inaplicável a regra do art. 34 do Decreto-Lei nº 3.365/41, nos casos de apossamento administrativo (desapropriação indireta),

Acesso ao Sumário

e que a discussão em relação a prova da propriedade é questão preclusa, pois amplamente discutida, comprovada e decidida na ação de conhecimento. Reitera que a expropriada por duas ocasiões já havia concordado com levantamento pretendido pelos Agravantes, bem como juntaram aos autos a CND relativo aos débitos municipais, assim como a prova de propriedade do imóvel desapropriado, e o comprovante de que o edital para ciência de terceiros interessados fora publicado. Requer a liminar determinando o levantamento imediato da importância depositada, independentemente de serem cumpridas as exigências impostas no r. despacho agravado.

Recurso tempestivo, e preparado.

Pela decisão de fls. 97/98 foi indeferida a tutela recursal.

Intimado, o Município de Suzano apresentou resposta às fls. 101/103, alegando que, "conforme já manifestado em 1º grau (fls. 55/56 e 58), a Municipalidade Agravada esclarece e reitera que não se opõe ao pedido de levantamento do valor da indenização que já se encontra depositada nos autos desde a sua liberação pela DEPRE na data de 30.07.2019 [...] Aguarda-se, apenas a expedição da competente carta de sentença para o devido registro junto ao Cartório de Imóveis local".

É **o relatório.**

Tributado o devido respeito ao entendimento do E. Relator Sorteado, era de rigor a mantença da r. decisão agravada por seus próprios fundamentos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Irma Formentim Di Bello e outros, nos autos da ação de desapropriação indireta em fase de cumprimento de sentença, contra a r. decisão de fls. 65/66, proferida pelo D. Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Suzano, que condicionou o levantamento do depósito efetuado nos autos às fls. 473, daqueles autos, à manifestação, no prazo de quinze dias, da parte requerida, bem assim que esta informe, no prazo de trinta dias, se conseguiu registrar a carta de adjudicação, e, ainda, que no mesmo prazo de trinta dias, os agravantes trouxessem aos autos cópia de escritura pública de venda e compra do imóvel em questão.

Sustentam os agravantes que não cabe mais qualquer discussão acerca da prova da propriedade e que a expropriada já havia concordado com o levantamento requerido, bem assim que não se aplica a regra do artigo 34 do Decreto-lei nº 3.365/41 nos casos de apossamento administrativo (desapropriação indireta).

Com efeito, a desapropriação indireta é uma expropriação que se realiza às avessas, também denominada de desapossamento ou apossamento administrativo, visto que o Poder Público, inexistindo acordo ou processo judicial adequado, se apossa do bem particular, sem consentimento de seu proprietário. Transfere, pois, a este último os ônus da desapropriação, obrigando-o a ir a juízo para reclamar a indenização a que faz jus. Invertem-se, portanto, as posições:

Acesso ao Sumário

o expropriante que deveria ser autor da ação expropriatória, passa a ser réu da ação indenizatória; o expropriado, que deveria ser réu da expropriatória, passa ser autor da indenizatória.

É certo que o artigo 34 do Decreto-lei nº 3.365/41 estabelece que o levantamento do preço será deferido mediante prova de propriedade, de quitação de dívidas fiscais que recaiam sobre o bem expropriado e de publicação de editais, com o prazo de dez dias, para conhecimento de terceiros.

Por outro lado, de acordo com o disposto no parágrafo único desse artigo, se o juiz verificar que há dúvida fundada sobre o domínio, o preço ficará em depósito, ressalvada aos interessados a ação própria para disputá-lo.

Ainda que não se nega a existência de pontos que aproximam a ação por apossamento administrativo da ação expropriatória, é certo que a diferença essencial entre as duas reside no fato de que, na última, o Poder Público paga determinado montante indenizatório com pressuposto para exercer a faculdade legal de desapropriar, já na primeira, é obrigado a fazer esse pagamento como substituto da coisa ou bem que se apossou. Por tal razão, o autor deve desde logo provar sua legitimidade demonstrando seu domínio sobre a coisa de que o Poder Público apossou-se.

No caso dos autos, feito o depósito do montante arbitrado na fase de conhecimento, postularam os agravantes o seu levantamento, o que foi indeferido na origem.

Diversamente do que entendem os agravantes, não se trata especificamente, na hipótese, de levantamento de valor condicionado ao cumprimento da regra disposta no aludido art. 34 do Decreto lei 3.365/1941. Ao contrário, cuida-se de medida acautelatória, que visa a garantir que a pessoa que levante os valores seja a legítima detentora deste direito, protegendo eventual direito de terceiros sobre as condições do imóvel expropriado.

Isso porque, conforme consta na r. decisão agravada, após o trânsito em julgamento da sentença na fase de conhecimento (ocorrida em 04/04/2006 – fls. 53), **o imóvel foi alienado** pela autora original e seus sucessores (os quais foram habilitados nos autos) **por meio de escritura pública de venda e compra de 29/01/2014 – cujo documento não foi juntado aos autos**.

Acesso ao Sumário

Ademais, consta da r. decisão notícia da existência de apenas contrato de promessa de compra e venda (o que não se confunde com a escritura pública de compra e venda), bem assim que no registro imobiliário há a indicação de "***transferência do imóvel como um todo****, o que pode, eventualmente, conforme o caso, prejudicar o ingresso do título (carta de adjudicação) no fólio real, considerando os princípios registrários da continuidade, especialidade e inscrição,* ***observando-se ainda que os adquirentes indicados em referido documento não são parte nos autos***".

Nessas condições, considerando os fatos expostos, é razoável a determinação do MM. Juízo "a quo" de condicionar o levantamento do valor às determinações ora impugnadas, em especial quanto ao teor da escritura pública de venda e compra do imóvel objeto dos autos a fim de não prejudicar eventual direito de terceiros.

Respeitado o entendimento diverso, portanto, era de rigor a manutenção da r. decisão agravada, tal como lançada.

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

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 39.054)

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA – INDENIZAÇÃO – LEVANTAMENTO DE VALORES DEPOSITADOS.

Agravo de instrumento interposto contra decisão que indeferiu pedido de levantamento de valores depositados nos autos, antes de manifestação da Municipalidade.

Contraminuta apresentada pela Municipalidade esclarecendo e, inclusive, reiterando, que "não se opõe ao pedido de levantamento do valor da indenização que já se encontra depositada nos autos".

Descabida invocação do art. 34 do Decreto Lei, que visa garantir o levantamento de valores pela detentora legítima do direito, diante do deferimento da habilitação dos herdeiros, sem oposição do Município, sendo, portanto, inequivocamente titulares do crédito oriundo da desapropriação.

Decisão reformada. Recurso provido.

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento extraído da ação de desapropriação em fase de cumprimento de sentença, interposto contra decisão que determinou que "o pedido de levantamento do valor de fls. 473 deverá aguardar vista expressa e manifestação da requerida sobre os documentos de fls. 542/547 e 548 e seguintes", bem como determinou que, "no prazo de 15 (quinze) dias, (A) manifeste-se a parte requerida sobre fls. 541/553, bem como, no prazo de 30 (trinta) dias, (B)

informe se conseguiu registrar a carta de adjudicação, a ser expedida conforme item 2 acima. No mesmo prazo de 30 (trinta) dias, deverá a parte autora (C) trazer aos autos cópia da escritura pública de venda e compra lavrada conforme dados do R.17 na matrícula em questão (fls. 545-verso). 4. Fls. 577/580: Sem prejuízo, no mesmo prazo de 30 (trinta) dias, manifeste-se a requerida sobre fls. 577/580".

A agravante alega, em suma, que a indenização se encontra depositada nos autos, e o seu levantamento conta com a concordância do referido ente público, bem como a decisão condicionou o levantamento do depósito a uma nova manifestação da expropriada em relação a prova da propriedade, discussão impropria nessa fase processual. Sustenta que, conforme entendimento pacificado pelas Cortes Superiores, é inaplicável a regra do art. 34 do Decreto-Lei nº 3.365/41, nos casos de apossamento administrativo (desapropriação indireta), e que a discussão em relação a prova da propriedade é questão preclusa, pois amplamente discutida, comprovada e decidida na ação de conhecimento. Reitera que a expropriada por duas ocasiões já havia concordado com levantamento pretendido pelos Agravantes, bem como juntaram aos autos a CND relativo aos débitos municipais, assim como a prova de propriedade do imóvel desapropriado, e o comprovante de que o edital para ciência de terceiros interessados fora publicado. Requer a liminar determinando o levantamento imediato da importância depositada, independentemente de serem cumpridas as exigências impostas no r. despacho agravado.

Recurso tempestivo, e preparado.

Pela decisão de fls. 97/98 foi indeferida a tutela recursal.

Intimado, o Município de Suzano apresentou resposta às fls. 101/103, alegando que, "conforme já manifestado em 1º grau (fls. 55/56 e 58), a Municipalidade Agravada esclarece e reitera que não se opõe ao pedido de levantamento do valor da indenização que já se encontra depositada nos autos desde a sua liberação pela DEPRE na data de 30.07.2019 [...] Aguarda-se, apenas a expedição da competente carta de sentença para o devido registro junto ao Cartório de Imóveis local".

RELATADO, VOTO.

O recurso comporta provimento.

Respeitado o entendimento do d. magistrado manifestado na decisão agravada, diante do deferimento da habilitação dos herdeiros (fl. 59), sem oposição do Município (fls. 55/56) sendo, portanto, inequivocamente titulares do crédito oriundo da desapropriação, e do pedido de levantamento do valor finalmente depositado e sobretudo, considerando os termos da contraminuta apresentada pela Municipalidade, esclarecendo e, inclusive, reiterando, que "não se opõe ao pedido de levantamento do valor da indenização que já se encontra depositada

nos autos", não cabe, agora, invocação do art. 34 do Decreto Lei, que visa garantir o levantamento de valores pela detentora legítima do direito, após mais de 20 anos de tramitação do feito.

Diante do exposto, voto para dar provimento ao recurso interposto para autorizar o levantamento da justa indenização após a publicação dos editais.

LEONEL COSTA, Relator sorteado

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2064055-23.2023.8.26.0000, da Comarca de Taboão da Serra, em que é agravante MUNICÍPIO DE TABOÃO DA SERRA, é agravado NOEMY HAGAR B. DE FREITAS.

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, deram parcial provimento ao recurso. Vencida a Relatora sorteada, que declara", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.745)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente sem voto), JOÃO ALBERTO PEZARINI, vencedor, ADRIANA CARVALHO, vencida e GERALDO XAVIER.

São Paulo, 11 de julho de 2023.

JOÃO ALBERTO PEZARINI, Relator designado

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Execução fiscal – IPTU de 2010 a 2013. Decisão que deferiu pedido de desbloqueio de valores. Não demonstração de que a constrição recaiu sobre a única reserva monetária da executada. Possibilidade de relativização da regra de impenhorabilidade prevista no art. 833, X do CPC, para autorizar a manutenção parcial do bloqueio correspondente a 50% do montante. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Agravo de instrumento em face de decisão (fls. 73/74) que, em execução fiscal para cobrança de IPTU de 2010 e 2013[1], deferiu pedido de desbloqueio de

1 Proc. nº 0503056-15.2014.8.26.0609; valor em 17.11.2014: R$ 6.899,78.

valores em contas corrente e poupança, realizado via Sisbajud (R$19.033,22), porque inferiores a quarenta salários-mínimos.

Sustenta não comprovada natureza de poupança dos valores bloqueados, bem como sua destinação à subsistência do devedor.

A relatora sorteada determinou imediato julgamento.

É o relatório.

Depreende-se dos autos que o Juízo acolheu pedido de desbloqueio de valores (fls. 33), fundamentado na proteção de impenhorabilidade prevista no art. 833, inciso X do CPC, que dispõe:

"Art. 833. São impenhoráveis:

(...)

X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos."

Cabe salientar que a impenhorabilidade sobre valores depositados em conta poupança não é absoluta, ainda que não superado o limite de 40 salários-mínimos.

Conforme o detalhamento da ordem judicial do SISBAJUD, a executada teve bloqueados R$19.033,22, (fls. 27/29), em conta corrente com aplicação automática em poupança[2] (Poupança-fácil Bradesco) e conta poupança[3] (fls. 37), não demonstrando, contudo, tratar-se da única reserva monetária, hipótese em que a atual jurisprudência tem relativizado as regras de impenhorabilidade absoluta, mediante aplicação da *teoria do mínimo existencial*.

Nesse quadro, afigura-se razoável a manutenção apenas parcial da penhora, correspondente a 50% do montante bloqueado.

Posto isso, **dá-se parcial provimento** ao recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Acesso ao Sumário

(Voto nº 3.950)

Pelo meu voto, negaria provimento ao recurso pelas razões que passo a expor.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Município de Taboão da Serra contra decisão que, nos autos da execução fiscal, deferiu o pedido de desbloqueio do valor encontrado via Sisbajud, sob fundamento da impenhorabilidade prevista no artigo 833, inciso X, do CPC (quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de quarenta salários-mínimos.

2 R$ 2.440,98 (poupança com aplicação automática) e R$ 1,00 (conta corrente).
3 R$ 16.591,24.

Nas razões recursais, o Município alega a ausência de comprovação de que a conta onde se encontrou o valor bloqueado tem natureza de poupança. Tampouco teria se comprovado a essencialidade daquela quantia para a subsistência do devedor. Requer, assim, a concessão do efeito suspensivo e, por fim, o provimento do recurso.

A quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de quarenta salários mínimos, é impenhorável, nos moldes do artigo 833, inciso X, do CPC, que assim dispõe:

Art. 833. São impenhoráveis:

(...)

X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos

No caso concreto, a executada **Noemy Hagar B. de Freitas**, ora recorrida, apresentou extrato bancário da conta onde encontrado o valor bloqueado, demonstrando cuidar-se de poupança com saldo inferior a quarenta salários mínimos (fls. 54/61).

O extrato apresentado demonstra, ainda, que a conta poupança é efetivamente utilizada para reserva monetária, com acúmulo de valores periódicos. Não ficou configurada a utilização da conta poupança para movimentações financeiras atípicas de conta poupança, a exemplo de saques constantes, pagamentos de boleto ou transferências para terceiros.

Assim, o valor encontrado via Sisbajud, no caso em exame, é absolutamente impenhorável, nos termos do artigo 833, inciso X, do CPC, acima transcrito, impondo-se a manutenção da decisão que determinou o desbloqueio.

Ante o exposto, pelo meu voto, negaria provimento ao recurso.

ADRIANA CARVALHO, Relatora sorteada

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Cível nº 1001632-54.2016.8.26.0270, da Comarca de Itapeva, em que são apelantes JOELMA RODRIGUES VIEIRA DA SILVEIRA e JOÃO DAVI RODRIGUES DA SILVEIRA (MENOR REPRESENTADO), é apelado ELEKTRO ELETRICIDADE E SERVIÇOS S/A.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça

Acesso ao Sumário

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 20.689)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente sem voto), SOUZA NERY e OSVALDO DE OLIVEIRA.

São Paulo, 21 de junho de 2023.

SOUZA MEIRELLES, Relator

Ementa: Responsabilidade civil – Morte por eletrocussão decorrente de contato acidental com rede de distribuição de energia elétrica – Culpa recíproca evidenciada – Falta de cautela do vitimado, ao manobrar trator sob fiação de alta voltagem, com sistema de pulverização verticalmente acoplado – Concessionária de serviço público que não sinalizou a intensidade da carga elétrica transmitida pela rede, tampouco a altura da instalação – Danos materiais e extrapatrimoniais decorrentes do evento danoso – Dever de indenização e compensação configurados – Sentença de improcedência reformada, para julgar parcialmente procedentes os pedidos – Recurso parcialmente provido

VOTO

Apelação cível manejada por **Joelma Rodrigues Vieira da Silveira** e **João Davi Rodrigues da Silveira** nos autos de demanda de reparação de danos movida em face de **Elektro Eletricidade e Serviços S/A**, os quais tramitaram na 2ª Vara da Comarca de Itapeva, cujos pedidos foram julgados improcedentes, sob o fundamento de culpa exclusiva da vítima pelo acidente narrado na inicial. Em razão da sucumbência, os autores foram condenados ao pagamento de despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 10% do valor atualizado da causa, ressalvada a condição de beneficiários da justiça gratuita.

Vindicam os apelantes a reforma da r. sentença, sustentando responsabilidade objetiva da requerida pelos danos materiais e extrapatrimoniais decorrentes do falecimento de Davi Alves da Silveira, esposo e pai dos recorrentes. Relatam que, em 15/02/2016, durante trabalho em lavoura de milho de sua propriedade, Davi conduzia trator com pulverizador hidráulico acoplado, o qual acabou por colidir com fios de alta tensão, ocasionando descarga elétrica que lhe provocou a morte. Afirmam que, à época do acidente, a rede elétrica estava instalada em

Acesso ao Sumário

altura inferior à legalmente determinada e, após os fatos, a concessionária de serviço público procedeu à regularização, mediante troca de postes. Refutam o laudo pericial, porquanto elaborado depois da referida troca, bem como sustentam que tais alegações são comprovadas pela prova oral produzida – o que afastaria a culpa exclusiva da vítima, como hipótese excludente da responsabilidade civil. Destacam, ainda, que a apelada jamais alertou os moradores da região acerca dos perigos relativos à aproximação da rede elétrica, tampouco afixou placas sinalizando riscos no local. Nestes termos, pugnam pela condenação da requerida: ao pagamento de pensão mensal equivalente a quatro salários-mínimos, desde o evento danoso e até os 75 anos de idade da esposa e os 25 anos de idade do filho; ao ressarcimento das despesas relacionadas ao funeral, a serem apuradas em liquidação de sentença; à compensação pelos danos extrapatrimoniais no importe de 500 salários-mínimos a cada um dos autores.

Recurso tempestivo, bem processado e contrariado (fls. 914/934).

A E. Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento do apelo (fls. 947/950).

Tal, em abreviado, o relatório.

Joelma Rodrigues Vieira da Silveira e João Davi Rodrigues da Silveira propuseram demanda indenizatória em face de Elektro Redes S/A, narrando e alegando, basicamente, o quanto exposto nas razões recursais.

Em contestação, a requerida sustentou ausência de nexo de causalidade entre a conduta da concessionária e o acidente descrito, inferindo culpa exclusiva da vítima pelo evento danoso (fls. 91/155).

A decisão saneadora fixou como pontos controvertidos: i) o nexo causal entre a morte da vítima e a descarga elétrica oriunda de sistema mantido pela requerida; ii) a presença de defeito na prestação do serviço de fornecimento de energia elétrica; iii) a presença de culpa exclusiva da vítima; iv) a existência e extensão dos danos materiais (fls. 196/197).

Para dirimir as controvérsias, o juízo *a quo* deferiu a produção de prova documental, pericial e, por fim, testemunhal, as quais foram devidamente produzidas.

As partes apresentaram alegações finais, restando proferida a r. sentença de improcedência dos pedidos, por concluir o julgador pela culpa exclusiva da vítima.

A respeito, consignou o magistrado: "*A prova oral produzida, embora indique que houve a troca de um poste depois do acidente, o qual se localizava a cerca de quinhentos metros do local dos fatos, não permite concluir, com a necessária certeza, que a fiação se encontrava, antes da referida troca, em uma altura inferior a seis metros e meio, conforme o limite técnico apresentado no laudo (fl. 317). Lado outro, é possível notar que a aparelhagem de pulveriza-*

Acesso ao Sumário

ção utilizada pelo falecido não estava de acordo com a metragem supracitada, pois era superior à altura mínima permitida para os fios. Então, partindo-se da premissa de que a fiação estava na altura mínima permitida, o equipamento do autor estaria mais de um metro acima da fiação (sete metros e oitenta e cinco centímetros), conforme se pode observar à fl. 313 do laudo, o que, por certo, contribuiu, de modo decisivo, para o acidente. Acrescente-se que o i. Perito asseverou que a vítima morreu após descer do trator e tocar no equipamento que estava dentro do espaço aéreo da Rede de Distribuição Aérea com Condutores Nus, já que o Laudo Pericial Necroscópico, fls. 42/47, aponta a 'presença de queimadura na palma da mão esquerda, correspondente a entrada da corrente elétrica'".

Pois bem.

O apelo comporta parcial provimento.

De proêmio, observo que não se pode atestar, com a certeza necessária, que "*a vítima morreu após descer do trator e tocar no equipamento que estava dentro do espaço aéreo da Rede de Distribuição Aérea com Condutores Nus*", tal como constou da r. sentença.

Ao contrário do que consignou o magistrado, tal conclusão não consta do laudo pericial necroscópico, tampouco do laudo pericial técnico.

A propósito, o perito do IML atestou, apenas, a "*presença de queimadura na palma da mão esquerda, correspondente à entrada da corrente elétrica*" (fl. 44).

Por sua vez, a análise procedida pelo expert nomeado pelo juízo orbitou, essencialmente, o local dos fatos e os equipamentos envolvidos no acidente. Quanto à dinâmica do ocorrido, o auxiliar limitou-se a apontar que "*a vítima invadiu o campo elétrico da rede de distribuição (...) ao manobrar o sistema de pulverização em condição dos braços articuláveis estendidos e na posição vertical*" **e que** *"o acidente poderia ter sido evitado se as manobras com o equipamento de pulverização tivessem sido realizadas fora do campo elétrico da rede de distribuição",* **bem como se** *"o lavrador manobrasse o equipamento fechado*" (fls. 327/327).

Acesso ao Sumário

Verifica-se, portanto, que nenhum dos vistores mencionou a manipulação direta, pela vítima, do equipamento eletrificado. Outrossim, forçoso convir que a queimadura na palma da mão, por si só, não permite afirmar o comportamento negligente imputado ao ofendido, já que esta poderia resultar, por exemplo, do simples apoio em determinada área metálica do próprio trator.

Tecidas tais considerações, extrai-se do expresso teor conclusivo do laudo pericial de fls. 297/330 que a rede de distribuição de energia elétrica encontrava-se regularmente instalada. A respeito, o perito esclareceu que Associação Brasileira de Normas Técnicas exige, em estradas rurais e áreas de plantio com tráfego de máquinas agrícolas, a distância mínima de 6500 mm entre os condu-

tores e o solo, ao passo que, no local do acidente, verificou que os condutores distavam 6840mm do solo.

Concluiu o *expert* que a conduta da vítima foi determinante para o acidente, porquanto manobrou trator com equipamento de pulverização acoplado, os quais conjuntamente mediam 7850mm, altura que ultrapassou a rede regularmente instalada.

Doutro lado, sustentam os autores que, na ocasião do acidente, a rede elétrica encontrava-se instalada em altura inferior à normativamente estipulada e que, somente após o evento danoso, foi reposicionada à distância segura. Nesse sentido, destacaram que os fatos ocorreram em fevereiro de 2016, enquanto a elaboração do laudo deu-se em janeiro de 2018, motivos pelos quais a conclusão pericial não deveria prosperar.

Por tal argumento, inclusive, deferiu-se a produção de prova testemunhal, com vistas a esclarecer se, à época do acidente, os cabos de alta tensão estavam realmente dispostos de maneira diversa.

No entanto, as testemunhas não lograram comprovar tal mudança, ao passo que o conjunto probatório evidencia a não-alteração da altura de instalação da rede elétrica.

Senão vejamos.

João Lopes Faria Filho não testemunhou o acidente. Declarou que, cerca de seis meses após os fatos, a Elektro trocou um poste de madeira, instalado à distância aproximada de 700 metros do local exato do acidente, por um de cimento. Além disso, instalou cruzeta no novo poste, modificando a disposição dos fios. Estes, anteriormente, compunham linhas paralelas, uma abaixo da outra; com a mudança, foram acomodados em linhas paralelas uma ao lado da outra. Consequentemente, passaram a ficar em altura mais elevada em relação ao solo. Informou residir nas cercanias, acrescentando que sobre sua propriedade também passam fios da rede elétrica. Mencionou nunca ter recebido esclarecimentos da concessionária acerca dos perigos a tanto relacionados, bem como a ausência de sinalização respectiva.

No mesmo sentido, depôs José Ricardo de Almeida. Também não presenciou o acidente, mas igualmente pontuou ausência de sinalização sobre os riscos de aproximação à rede elétrica, assim como a referida troca de postes e o reposicionamento da fiação, mediante instalação de cruzetas. Relatou que tal alteração aumentou a distância da fiação em relação ao solo e ocorreu passados cerca de seis meses do evento danoso. Disse, ademais, que a rede elétrica instalada no local dos fatos é visível.

Wilson Lopes da Silva também não presenciou o acidente, no entanto, relatou ser vizinho da propriedade em que ocorrera. Afirmou que a rede de energia elétrica é visível e passa sobre ambos os terrenos, em altura que estimou ser

Acesso ao Sumário

menor do que dez metros, reputando-a baixa. Ratificou a ausência de sinalização e a troca de poste instalado a cerca de quinhentos metros do local do acidente, mas não soube dizer se a manutenção importou aumento de altura da rede.

Ocorre que, a despeito da narrativa das testemunhas, o laudo pericial, elaborado em janeiro de 2018 – após, portanto, os supostos câmbio de postes e reposicionamento de fios – assentou explicitamente que "*No trecho analisado não há sinais de intervenção, as fotos dos relatórios e petições do Requerente e do Requerido, na ocasião do acidente, são compatíveis com o encontrado no momento da perícia*" (fl. 322)

Com efeito, verifica-se que o perito examinou "*dois postes de **madeira** circular*" (fl. 322 – *destaca-se*) e que as fotografias trazidas pelos próprios autores, junto à inicial, denotam que à época do acidente os fios já se encontravam posicionados paralelamente um ao lado do outro (fls. 53/55 e 61/65).

Não bastasse, os relatórios de manutenções realizadas na área do acidente entre 2015 e 2017 (um ano antes e dois anos após os fatos), apresentados pela concessionária de serviço público (fls. 836/851), comprovaram que não houve alteração no local sobre o qual incidiu a perícia.

Deveras, as substituições mencionadas às fls. 846, 848 e 850 do documento em questão referem-se aos postes denominados "11300D – M1A", "9300D" e "11ME – M4AB – EIAC14", ao passo que o acidente ocorreu entre os denominados "11M/M1B e 11M/V2" (conforme teor do documento de fls. 135/143).

Nestes termos, demonstrou-se que, no local dos fatos, não houve mudança dos postes nem posicionamento da fiação, após o acidente.

Todavia, muito embora se reconheça que a concessionária de energia elétrica obedeceu à altura estipulada pela **Norma "*ND – 03*"** da **Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT)**, tal não autoriza afastar sua responsabilidade civil pelos fatos narrados na inicial.

Como bem pontua José de Aguiar Dias, "***O ato realizado nos limites legais estabelece, não obstante, a responsabilidade de seu autor, que tirando proveito do seu direito, lhe deve suportar os riscos***" (Da Responsabilidade Civil, vol. I, Forense, 6ª edição, p. 69).

No caso em concreto, a prestação de serviço público de energia elétrica atrai o caráter objetivo da responsabilidade civil, não só pelo disposto no **art. 37, §6º**, da **CRFB**[1], mas também pelo constante no ***caput*** do **art. 14** do **CDC**[2],

Acesso ao Sumário

1 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

2 Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

conjuntamente interpretado com o **art. 17**[3] do mesmo Código.

Por conseguinte, imperioso reconhecer que cabia à Elektro Eletricidade e Serviços S/A, na qualidade de prestadora de serviço substancialmente perigoso, o dever de informar suficiente e adequadamente acerca dos riscos relacionados à distribuição de energia elétrica.

Por certo, "***Quem criou o perigo, ainda sem culpa, tem o dever de eliminá-lo***"[4], prelecionava o "Sumo Pontífice" das nossas letras jurídicas, **PONTES DE MIRANDA**.

Neste ponto, cumpre consignar ser incontroversa a ausência de sinalização afixada pela concessionária, quer sobre a intensidade da carga elétrica, quer sobre a altura da rede de distribuição instalada.

Com efeito, o conjunto da obra evidencia que o acidente decorreu de concorrência de causas, uma vez que concomitantemente à falta de cautela do vitimado – que manobrou o trator sob a fiação elétrica com o sistema de pulverização em posição verticalmente estendida –, a concessionária de energia elétrica não informou a intensidade da carga elétrica transmitida pela rede, tampouco sua altura, vindo a vitimar Davi Alves da Silveira de maneira fatal.

Sob tais circunstâncias, impõe-se o reconhecimento da **culpa recíproca** dos envolvidos, bastando ao desfecho da lide reconhecer que incumbe à concessionária prestadora do *falho* serviço de distribuição de energia elétrica (aqui representado pela indevida sinalização da rede de distribuição instalada no local do acidente) parcela de responsabilidade pela trágica fatalidade, imputando-lhe o dever de compensar e indenizar os danos extrapatrimoniais e materiais sofridos pelos autores com o óbito do cônjuge e genitor.

Cumpre assim quantificar os danos imputados à parte demandante, iniciando-se pelos **danos extrapatrimoniais.**

De acordo com **CARLOS ALBERTO BITTAR**: *in verbis*

> "**qualificam-se como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo- se como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social)**"[5].

Conforme ensina **PONTES DE MIRANDA**, "*o que se há de exigir como pressuposto comum da reparabilidade do dano não patrimonial, incluído, pois, o moral, é a gravidade*"[6], a qual, na vertente dos autos, é incontestável.

3 Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

4 PONTES DE MIRANDA, Tratado de Direito Privado, Parte Especial, Tomo XXII, Ed. Revista dos Tribunais, 3ª edição, 1983, p. 194.

5 *apud* **YUSSEF SAID CAHALI**, *Dano Moral*, 3ª ed., São Paulo: RT, 2005, p. 22.

6 Cf. *Tratado de Direito Privado*, Parte Especial, Tomo XXVI, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tri-

Especificamente no que tange ao quantum compensatório, vale mencionar a arguta lição de **SERGIO CAVALIERI FILHO**: "*Creio que na fixação do 'quantum debeatur' da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano moral não pode ser fonte de lucro. A indenização não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano*".

A partir das precitadas diretrizes doutrinárias e peculiaridades do caso concreto, em especial da **culpa recíproca dos envolvidos**, razoável o arbitramento do montante de R$ **150.000,00** (**cento e cinquenta mil reais**), quantia que se harmoniza com o relevo das violações ora sopesadas e que se mostra adequada e satisfatória para compensar o dano extrapatrimonial suportado.

Doutro turno, a pretensão da parte autora quanto à indenização de **danos materiais** engloba pensão mensal equivalente a quatro salários-mínimos, até os 75 anos de idade da esposa e os 25 anos de idade do filho, bem como ressarcimento das despesas relacionadas ao funeral em valor "*a ser apurado em liquidação de sentença*".

Todavia, verifica-se que os autores não produziram sequer mínima prova relativa aos gastos funerários, inexistindo qualquer demonstrativo de que **pessoalmente** desembolsaram valores para esse fim.

Com efeito, quanto aos valores teoricamente dispendidos, cabia aos requerentes a comprovação dos efetivos gastos. Todavia, não o fizeram, limitando-se a invocar o art. 948, I, do CPC ao formular o pleito indenizatório.

Noutras palavras, os apelantes buscam indenização por prejuízo que sequer demonstraram, não sendo possível a condenação nos termos supracitados. O pedido há de ser indeferido, vez que os requerentes não se desincumbiram do ônus da prova quanto ao fato constitutivo do direito alegado.

Relativamente à pensão mensal sob o valor correspondente a quatro salários-mínimos (suposta renda mensal percebida pelo vitimado ao tempo dos fatos), esclareça-se, igualmente, a inexistência de prova de que referida quantia equivaleria, em verdade, à remuneração habitual do falecido.

Acesso ao Sumário

Logo, inviável a adoção do correspondente referencial para fins de fixação de pensão mensal vitalícia.

Entrementes, à míngua de maiores informações a respeito da renda mensal da vítima, bem como sobrelevando-se a **culpa recíproca** incorrida, vislumbra-se cabível a fixação de pensionamento mensal equivalente a **um salário-mínimo por mês** em favor de cada um dos beneficiários, quantia razoável que a um só tempo se presta a contribuir para a subsistência dos autores e a compensar a culpa recíproca ora sopesada.

bunais, 1983, p. 34.

Tangente ao termo inicial e final do pensionamento, conquanto esta Relatoria perfilhe do entendimento de ser despicienda qualquer discussão acerca de eventual expectativa de vida do cônjuge supérstite, em obediência ao princípio da adstrição, acolhem-se os períodos indicados na inicial – quais sejam: até os 75 anos de idade da esposa e os 25 anos de idade do filho.

Por oportuno, anoto reputar-se legítima a cumulação de danos morais com pensão alimentar indenizatória, tendo em vista que divergentes são os escopos de cada uma delas: a pensão mensal é devida pela diminuição da capacidade laborativa, ainda que a vítima, em tese, esteja capacitada para exercer outras atividades, e o dano extrapatrimonial destina-se a compensar o prejuízo imaterial sofrido.

A corroborar esse entendimento, pacífica a jurisprudência do **A. STJ** sobre a possibilidade de cumulação de compensação por danos extrapatrimoniais com pensão alimentícia:

> **PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ALUNA DE ESCOLA PÚBLICA. PERDA DA VISÃO DO OLHO DIREITO DURANTE A AULA DE EDUCAÇÃO FÍSICA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. VALOR FIXADO DENTRO DA RAZOABILIDADE. DANO ESTÉTICO. CABIMENTO. PENSÃO MENSAL VITALÍCIA. FIXAÇÃO EM UM SALÁRIO MÍNIMO.**
>
> **1. Cuida-se, na origem, de ação de reparação por danos materiais cumulada com indenização por danos morais, em face do Distrito Federal, em razão da perda da visão no olho direito, decorrente de pedrada, quando participava de aula de educação física, na escola pertencente à rede pública de ensino do Distrito Federal.**
>
> **2. Em relação ao quantum fixado a título de danos morais, é pacífico o entendimento no sentido de que o arbitramento do dano não escapa do controle do Superior Tribunal de Justiça quando fixado em patamares abusivos, capazes de promover enriquecimento indevido, ou irrisórios, destoantes da razoabilidade e da função reparadora. Ausentes tais hipóteses, incide a Súmula 7 do STJ, a impedir o conhecimento do recurso.**
>
> **3. Analisando o presente caso, tem-se que a indenização por dano moral determinada na origem, de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), se mostra razoável para a vítima em face do evento danoso que resultou na perda da visão direita, consideradas as circunstâncias do fato e as condições econômicas da parte. Nesse sentido: AgRg no AREsp 609496/RJ, Relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turam, DJe 09/03/2015; AgRg no AREsp 599676/SP, Relator Ministra Maria Isabel Galotti, Quarta Turam, DJe 27/11/2014.**
>
> **4. Quanto à possibilidade de cumulação da indenização por dano moral e estético, é assente na jurisprudência desta Corte Superior a possibilidade, o que culminou na edição da Súmula 387/STJ, que**

Acesso ao Sumário

assim dispõe em seu texto: "É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral". Nesse sentido: AgRg nos EDcl no REsp 1.368.740/AM, Relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 6/2/2015; AgRg no AREsp 424.539/SP, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 30/10/2014; REsp 1.408.908/SP, Rel. Ministra Nancy Andrigui, TerceiraTurma, DJe 19/12/2013; AgRg no REsp 1117146/CE, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, DJe 22/10/2013; REsp 1.281.555/MG, Relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 12/11/2014.

5. Apesar de a parte autora não exercer, à época do fato, atividade remunerada, não exclui o seu direito ao recebimento da pensão, que foi fixada, razoavelmente, em um salário mínimo mensal vitalício. O valor estabelecido segue os parâmetros desta Corte Superior. Nesse sentido: REsp 1.281.742/SP, Relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 5/12/2012; REsp 711.720/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, DJe 18/12/2009.

6. Recurso Especial parcialmente provido, para determinar o pagamento de indenização por dano estético, com valor a ser arbitrado pelo Tribunal de origem.

(REsp 1334703/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 16/11/2015 – o grifo o foi por nós)

Por todo o exposto, de rigor o **parcial provimento** do apelo, para reformar a r. sentença e **julgar parcialmente procedentes** os pedidos formulados na petição inicial, para condenar **Elektro Eletricidade e Serviços S/A** à **compensação de danos extrapatrimoniais** no importe de **R$150.000,00** (**cento e cinquenta mil reais**), bem como ao **pensionamento mensal** no importe equivalente a **um salário mínimo**, em favor de cada um dos beneficiários, desde o evento danoso e até os 75 anos de idade de **Joelma Rodrigues Vieira da Silveira** e os 25 anos de idade de **João Davi Rodrigues da Silveira**, **acrescidos de juros de mora** e **correção monetária**, nos termos da fundamentação supra.

Quanto aos juros de mora e correção monetária, cumpre observar que os valores devidos serão **corrigidos monetariamente**, quanto aos danos materiais, desde a data do efetivo prejuízo (**Súmula nº 43** do **A. STJ**), e quanto aos extrapatrimoniais, desde o arbitramento do valor do dano (**Súmula nº 362** do **A. STJ**), ambos na forma da **Tabela Prática** deste E. Tribunal, com incidência de **juros de mora** de 1% ao mês (**art. 406** do **Código Civil** c/c **art. 161, § 1º,** do **CTN**), a contar do evento danoso (**Súmula nº 54** da **A. Corte Superior**).

Como consectário lógico do julgamento e à vista da sucumbência parcial dos litigantes, condenam-se os requerentes a arcarem com 20% (vinte por cento) e a requerida com 80% (oitenta por cento) das custas e despesas processuais, observada a proporção dos pedidos que cada parte sagrou-se vencedora, arbitrando-se verba honorária de 15% sobre o valor da condenação, nos termos do

art. 85, § 2º do **CPC**, ressalvada a **gratuidade judiciária** deferida em favor da parte autora.

Ficam as partes notificadas de que, em caso de oposição de embargos declaratórios, o processamento e o julgamento serão realizados por meio de sessão virtual permanente.

Postas tais premissas, por meu voto, **dá-se parcial provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1072466-78.2021.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante NELSON ALVES, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50.513)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores KLEBER LEYSER DE AQUINO (Presidente sem voto), MARREY UINT e CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 27 de junho de 2023.

JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA, Relator

Ementa: Apelação – Ação declaratória revisional de aposentadoria – Pretensão ao reajuste de proventos vinculados ao salário-mínimo – Acolhimento – Manutenção da correspondência do provento de aposentadoria ao salário-mínimo – Arts. 12 e 13 da Lei nº 10.393/70 não recepcionados pela Constituição Federal de 1988 – Contudo, a situação dos autos está protegida pelo direito adquirido, uma vez que no julgamento da ADI nº 4.420/SP, o STF reconheceu o direito dos beneficiários da Carteira de Previdência das Serventias não Oficializadas da Justiça do Estado de receber aposentadoria nas regras anteriores à edição da Lei Estadual nº 14.016/10 – Sentença reformada para julgar a ação procedente, com readequação do ônus de sucumbência e da honorária – Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação declaratória revisional de aposentadoria ajuizada por **Nelson Alves** contra o **IPESP - Instituto de Previdência do Estado de São Paulo** e **Fazenda Pública do Estado de São Paulo.** Diz a inicial que o requerente era preposto substituto do 2º Tabelião de Notas de Jacareí, exercendo a função em Serventias não Oficializadas e teve sua aposentadoria concedida em maio de 2012, conquanto tenha atingido o direito à aposentação em 2002. Pretende a revisão de seus proventos de aposentadoria haja vista o direito adquirido ao regime previdenciário da Lei nº 10.393/70 e, por conseguinte, a condenação dos requeridos ao pagamento de 12,75 salários-mínimos regionais a título de proventos de aposentadoria, conforme a data de concessão desta.

Liminar indeferida a fls. 178/199.

Citados, os requeridos contestaram (fls. 258/290), defendendo a impossibilidade de se adotar o salário-mínimo como índice para reajuste do benefício, com fundamento na jurisprudência constituída sobre o tema. E, pelo princípio da eventualidade, pugnou pelo reconhecimento da prescrição quinquenal.

Réplica a fls. 271/290.

A ação foi julgada improcedente (fls. 502/521) pelo Juiz *Dr. Renato Augusto Pereira Maia.* Custas e despesas na forma da lei com o requerente, devendo arcar com a verba honorária fixada em 10% sobre o valor da causa, nos termos do art. 85 do Código de Processo Civil, salvo se concedida gratuidade processual em favor da parte sucumbente.

A decisão foi embargada pelo requerente (fls. 524/528), sendo os embargos de declaração rejeitados a fls. 567.

Insatisfeito, apela o requerente (fls. 571/592), insistindo na procedência da ação pelos argumentos antes lançados.

Recurso tempestivo e contrariado a fls. 709/717.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

O autor pretende a revisão dos proventos de aposentadoria que recebe, com base no valor do salário-mínimo, de acordo com o previsto nos artigos 12 e 13 da Lei nº 10.393, de 16 de dezembro de 1970, assim como o pagamento das diferenças vencidas.

Com base no art. 7º, IV, da Constituição Federal, que supostamente veda a vinculação do salário-mínimo para qualquer fim e impossibilita sua utilização com o fator de correção monetária, a pretensão não foi atendida.

Com todo respeito ao entendimento do ilustre Juiz oficiante e dos precedentes citados nos autos, a pretensão fica atendida.

Busca-se nesta ação aposentadoria com base em salários-mínimos.

Os artigos 12 e 13 da Lei Estadual nº 10.393/70, à época da aposentação

do autor, expressamente consignavam:

"Artigo 12 – Sempre que se alterar o salário-mínimo na Capital do Estado, serão reajustados, na mesma proporção, os benefícios concedidos por esta lei.

Parágrafo único Vigorará o reajuste a partir do primeiro dia do mês seguinte àquele em que ocorrer a alteração."

"Artigo 13 – Os benefícios serão calculados em salário- mínimos, para que possam ser reajustados automaticamente, na forma do que dispõe o artigo anterior.

Parágrafo único O cálculo será feito até centésimos de salário-mínimo, arredondando-se para mais a fração igual ou superior a cinco milésimos e desprezando-se a inferior."

Esses artigos foram alterados pela Lei Estadual nº 14.016/10, ficando assim redigidos:

"Artigo 12 – Os benefícios da Carteira serão reajustados anualmente, no mês de janeiro, de acordo com a variação do IPC-FIPE (Índice de Preços ao Consumidor apurado pela Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas), calculados sobre os doze últimos meses, ou desde a data do último reajuste se inferior a este período.

Parágrafo único – O reajuste de que trata o "caput" deste artigo, assim como a concessão de novos benefícios, somente será aplicado se ficar previamente demonstrada a manutenção do equilíbrio atuarial pelo estudo técnico a que se refere o artigo 51 desta lei, além da existência de recursos financeiros disponíveis na Carteira.

Artigo 13 – Os benefícios da Carteira serão calculados de acordo com a tabela anexa, cujos valores serão reajustados anualmente no mês de janeiro e nos exercícios seguintes pelo mesmo índice e periodicidade previstos no artigo 12, vedada qualquer reclassificação.

Parágrafo único – A tabela anexa prevalecerá para fixar-se o valor dos benefícios, independentemente de alterações que possam surgir na organização extrajudicial do Estado".

A questão inicial, posta nos autos, diz respeito à possibilidade ou não da utilização do salário-mínimo como referência à base das pensões dos aposentados pelo IPESP.

Insiste o IPESP na impossibilidade de pagar com base no salário-mínimo ante decisão do STF na interpretação que deu ao artigo 7º IV da Constituição Federal.

A disposição citada surgiu no ordenamento brasileiro depois que a pensão aqui reclamada já havia sido regularmente instituída com base em lei constitu-

Acesso ao Sumário

cional. Formou-se em favor do pensionista direito adquirido que não pode ser afastado nem por nova legislação.

Não se diga que é um comando constitucional que está fazendo a determinação para a não utilização do salário-mínimo como indexador.

Numa interpretação convencional até se poderia aplicar o inciso IV do artigo 7º citado. Isto porque, embora exista regra com ela incompatível, qual seja, o artigo 5º XXXVI da CF, para evitar o conflito, pois não pode uma lei ter duas disposições conflitantes, ter-se-ia o artigo 7º IV como exceção à regra do artigo 5º XXXVI.

O artigo 5º, entretanto, tem natureza, como se costumou chamar, de cláusula pétrea, que não pode ser tingida por qualquer outra disposição, mesmo constitucional. Sequer uma emenda constitucional que fira esse artigo é admitida. Por isso é que, **o direito adquirido não se pode afastar, sob qualquer pretexto.**

Esse instituto do direito adquirido, aliás, que foi criado depois de muito estudo jurídico, mostrou-se ser imprescindível para a existência de qualquer Estado de Direito, e extremamente necessário para a segurança jurídica de todos.

Infelizmente, hoje tem havido, cada vez mais, tentativas de afastamento do direito adquirido, em geral por justificativas e conveniências econômicas, embora as 'leis' da economia não tenham sido eficazes, ultimamente, para a solução dos problemas que lhe são afetos. Ataca-se o alicerce do Direito como desculpa para a ruína econômica. Se o insucesso da Economia já é situação desagradável, não se pode colocar abaixo princípios que garantem o Direito, sob pena de tornar a vida em sociedade completamente insuportável.

Mas mesmo que assim não fosse, em precedente desta Turma julgadora, o eminente Des. Marrey Uint demonstrou, de forma técnica, a impossibilidade de se aplicar o Tema 25 a caso como o dos autos.

> "O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 565.714/SP, sob o regime da repercussão geral, fixou o entendimento no sentido de que a vinculação do adicional de insalubridade ao salário-mínimo é inconstitucional:
>
> "EMENTA: CONSTITUCIONAL. ART. 7º, INC. IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. NÃO-RECEPÇÃO DO ART. 3º, § 1º, DA LEI COMPLEMENTAR PAULISTA N. 432/1985 PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. INCONSTITUCIONALIDADE DE VINCULAÇÃO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE AO SALÁRIO- MÍNIMO: PRECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE DA MODIFICAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO BENEFÍCIO POR DECISÃO JUDICIAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.
>
> 1. O sentido da vedação constante da parte final do inc. IV do art. 7º da

Acesso ao Sumário

Constituição impede que o salário-mínimo possa ser aproveitado como fator de indexação; essa utilização tolheria eventual aumento do salário-mínimo pela cadeia de aumentos que ensejaria se admitida essa vinculação (RE 217.700, Ministro Moreira Alves). A norma constitucional tem o objetivo de impedir que aumento do salário-mínimo gere, indiretamente, peso maior do que aquele diretamente relacionado com o acréscimo. Essa circunstância pressionaria reajuste menor do salário-mínimo, o que significaria obstaculizar a implementação da política salarial prevista no art. 7º, inciso IV, da Constituição da República. O aproveitamento do salário-mínimo para formação da base de cálculo de qualquer parcela remuneratória ou com qualquer outro objetivo pecuniário (indenizações, pensões etc.) esbarra na vinculação vedada pela Constituição do Brasil. Histórico e análise comparativa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Declaração de não-recepção pela Constituição da República de 1988 do Art. 3º, § 1º, da Lei Complementar n. 432/1985 do Estado de São Paulo.

2. Inexistência de regra constitucional autorizativa de concessão de adicional de insalubridade a servidores públicos (art. 39, § 1º, inc. III) ou a policiais militares (art. 42, § 1º, c/c 142, § 3º, inc. X).

3. Inviabilidade de invocação do art. 7º, inc. XXIII, da Constituição da República, pois mesmo se a legislação local determina a sua incidência aos servidores públicos, a expressão adicional de remuneração contida na norma constitucional há de ser interpretada como adicional remuneratório, a saber, aquele que desenvolve atividades penosas, insalubres ou perigosas tem direito a adicional, a compor a sua remuneração. Se a Constituição tivesse estabelecido remuneração do trabalhador como base de cálculo teria afirmado adicional sobre a remuneração, o que não fez.

4. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento." (RE 565714, Relatora: CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2008, REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-147 DIVULG 07-08-2008 PUBLIC 08-08-2008 REPUBLICAÇÃO: DJe-211 DIVULG 06-11-2008 PUBLIC 07-11-2008 EMENT VOL-02340-06 PP-01189 RTJ VOL-00210-02 PP-00884).

Ocorre que o caso em apreço não se amolda ao precedente indicado, tendo em vista que o reajuste dos benefícios com base no salário mínimo regional, nos termos previstos na Lei nº 10.393/70, não afronta o disposto na Súmula Vinculante nº 4, do STF, posto que garante a segurança jurídica e visa tão somente o estrito cumprimento de dispositivo legal, que não pode ser alterado por decisão judicial.

Nesse cenário, a discussão acerca da não recepção pela Constituição Federal do salário mínimo como indexador restou dirimida para aqueles que

Acesso ao Sumário

já haviam firmado o contrato de previdência, quando do advento da nova lei.

Não se desconhece que o artigo 7º, inciso IV, da CF passou a proibir expressamente a vinculação do salário mínimo para qualquer fim. Ocorre que a ADI nº 4420 foi julgada em 16.11.2016, mais de oito anos depois de editada a Súmula Vinculante nº 4 e evidentemente depois da CF/88, de modo que o STF, ao dar interpretação conforme à constituição determinando que as regras da Lei Estadual nº 14.016/10 não se aplicam a quem já gozava o benefício, acabou por recepcionar totalmente a Lei nº 10.393/70.

Em que pese, ainda, a edição da súmula vinculante nº 4, o Egrégio Supremo Tribunal Federal ("Salvo nos casos previstos na constituição, o salário-mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial."), o índice anteriormente usado (salário mínimo) também não pode ser substituído por mera decisão administrativa, devendo ser mantido até a edição de novo ato normativo.

Outrossim, o direito dos associados do requerente de continuar recebendo os seus proventos nos termos da lei anterior (Lei Estadual nº 10.363/70), é fato que se impõe, posto que já incorporado aos seus patrimônios. Não pode a lei posterior, mais gravosa, atingir uma situação jurídica já consolidada sob a égide da lei anterior, sob pena de injustificável ofensa ao artigo 5º, XXXVI, da Constituição da República.

Aliás, em recente decisão proferida em 16.08.2021, pelo C. Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.336.672/SP, o Ministro Alexandre de Moraes ressalvou os direitos adquiridos dos participantes da carteira de previdência que já se encontravam em gozo dos planos de benefícios ou que já reuniam os requisitos necessários à aposentação, na data da publicação da Lei Estadual nº 13.549/09: "Sobre a matéria, o Plenário desta CORTE, no julgamento da Ação Direta 4.420 (Redator p/ o Acórdão Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 1º/8/207), assentou que, embora seja legítima a extinção da Carteira de Previdência das Serventias não Oficializadas da Justiça do Estado de São Paulo por meio da Lei Estadual 14.016/2010, deve ser respeitado o direito adquirido dos participantes que já faziam jus ao benefícios à época da edição da lei".

Confiram-se, aliás, os precedentes deste E. Tribunal de Justiça em casos análogos ao aqui tratado:

Apelação Cível 1055288-92.2016.8.26.0053 – Relator: Sidney Romano dos Reis – Comarca: São Paulo – Órgão julgador: 6ª Câmara de

Acesso ao Sumário

Direito Público – Data do julgamento: 04/12/2017 – Data de publicação: 05/12/2017.

Ementa: Apelação Cível – Administrativo e Previdenciário – Pensionistas de Serventuário de Cartório Extrajudicial – Ação Ordinária pretendendo o pagamento integral do benefício com base no salário-mínimo – Sentença de procedência – Remessa necessária e recurso do IPESP – Remessa necessária parcialmente provida e recurso do IPESP desprovido – Precedente do C. STF – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.420/SP – Regras que não se aplicam a quem, na data da publicação da Lei, já estava em gozo do benefício ou havia cumprido os requisitos necessários à sua concessão – Pagamento dos atrasados até o falecimento do instituidor da pensão nos termos da Lei nº 10.393/70 – Após a instituição da pensão, no entanto, os pagamentos desta também deverão ser pagos nos termos do art. 34 da mesma norma – Valores em atraso que deverão observar a aplicação da Lei Federal nº 11.960/09 – R. Sentença parcialmente reformada – Remessa necessária parcialmente provida e recurso do IPESP desprovido. Apelação Cível 0035781-12.2009.8.26.0053 – Relator: Antônio Carlos Malheiros – Comarca: São Paulo – Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Público – Data do julgamento: 16/04/2013 – Data de publicação: 26/04/2013.

Ementa: CARTEIRA DE PREVIDÊNCIA DOS ADVOGADOS – Lei Estadual n. 13.549/09 alterou a forma de reajuste do benefício e do percentual de contribuição pela Administração – Competência passou do IPESP para o Instituto de Pagamentos Especiais de São Paulo – Pretensão de declaração de inconstitucionalidade dos artigos 2º, § 2º, 6º, §§ 1º e 2º, 33, § 2º, e 34, todos da Lei – Alegação de afronta ao direito adquirido de aposentados e pensionistas – Pretensão de restituição de valores pagos e suspensão do desconto de 20% – Admissibilidade – Julgamento da ADI nº 4.429/SP que preserva o direito adquirido dos aposentados e dos que já tinham cumprido os requisitos para aposentação – Percentual da contribuição previdenciária e reajuste do benefício que devem observar os termos da Lei Estadual n° 10.394/70 – Ausência de ofensa à Súmula Vinculante nº 4, do STF – Restituição de valores eventualmente descontados a maior – Juros moratórios que deverão observar as regras do art. 161, § 1º, e art. 167, parágrafo único, do CTN – Recurso provido.

Houve, portanto, a análise da aplicação do precedente vinculante à hipótese dos autos pelo Acórdão. Por conseguinte, não é hipótese de readequação do julgado."

Vale observar, também, que a proibição do artigo 7º IV da CF é contra a indexação do salário-mínimo para qualquer fim, menos, é claro, para os salários, sob pena de se adotar uma interpretação ilógica e incongruente. Quem recebe

Acesso ao Sumário

um salário-mínimo deve continuar a receber esse valor, sempre, sob pena de violação à constituição. Quem, ao invés de receber um salário-mínimo percebe dois, três, quatro ou mais salários-mínimos, deve receber esses mesmos valores. Não sendo assim, há ofensa ao princípio da isonomia, também garantia constitucional inserida no artigo 5º da Constituição Federal.

Não se alegue, outrossim, afronta à súmula vinculante 4 do STF. Ali se impede que **vantagens salariais** tenham como base de cálculo o salário- mínimo, não que o salário não possa ser fixado nesse valor. Verifique-se que na discussão sobre a citada súmula vinculante a redação proposta pelo Ministro Ricardo Levandowski previa inclusão da palavra **vencimentos** ao lado de vantagens, sugestão que acabou não sendo acolhida. A observação feita foi de que vantagem é palavra técnica. E se foi mantida é porque deve ser entendido **que o salário-mínimo apenas não pode ser indexador de vantagem**, entendido esse termo no seu sentido técnico, que não se confunde com vencimentos.

> "DEBATES PARA A APROVAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 4, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, QUE INTEGRAM A ATA DA 10ª (DÉCIMA) SESSÃO ORDINÁRIA, DO PLENÁRIO, REALIZADA EM 30 DE ABRIL DE 2008
>
> O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Senhores Ministros, creio que o Ministro Cezar Peluso chegou a um texto quanto à fórmula da súmula referente à questão do salário mínimo usado como indexador.
>
> Lerei o texto e gostaria de ouvir a manifestação do Senhor Procurador-Geral da República:
>
> "Salvos os casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado nem ser substituído por decisão judicial."
>
> Essa é a redação básica proposta.
>
> O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Senhor Presidente, concordo plenamente. Apenas pondero se não podemos colocar "vencimentos e vantagens", porque vantagem tem um sentido técnico."

A proposta do Ministro Lewandowski não foi acolhida, ficando a redação com a proibição de indexação pelo salário-mínimo **apenas para as vantagens.**

Acrescente-se a esse argumento o fato de que os precedentes da súmula, como já advertido no acórdão relatado pelo eminente Desembargador Marrey Uint, tratavam unicamente de adicional de periculosidade (Rex 565.714-1 São Paulo).

Assim, os apelados ficam condenados ao pagamento das diferenças entre o reajuste aplicado e o devido, observada a prescrição quinquenal, devidamente corrigidas monetariamente desde quando devidas, pelo IPCA-E, acrescidas de

Acesso ao Sumário

juros de mora, da citação, pelo índice de remuneração da poupança.

Constam dos documentos juntados que o apelante contribuiu para a receita da carteira com as alíquotas variadas e busca o afastamento daquela instituída pelo art. 5º, inciso XXXIX, da Lei nº 14.016/10.

A Lei nº 10.393/70, nos termos do art. 45, § 6º prescrevia:

Art. 45. A contribuição mensal do segurado corresponderá a 8% de sua remuneração-base, constante da Tabela em anexo a esta lei.

(...)

§ 6º. O segurado aposentado terá sua contribuição reduzida a 5% sobre o provento de aposentadoria.

Ainda que o texto tenha sido alterado pela Lei nº 14.016/10, está em consonância com a nova redação do art. 40, § 18, da Constituição Federal, dada pela Emenda Constitucional nº 41/03, que permitiu a incidência da contribuição sobre os proventos de aposentadoria que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social, aplicando-se percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos, pelo raciocínio jurídico antes desenvolvido, no sentido de preservar a aplicação da Lei nº 10.393/70 na espécie, outra alíquota não poderia ser adotada senão a do art. 45, § 6º.

Portanto, a majoração da alíquota não encontra fundamento legal, posto ter preenchido os requisitos para a aposentação antes da alteração legislativa procedida em 2010.

Os valores indevidamente descontados a este título devem ser devolvidos com a incidência de correção monetária, desde o desembolso, acrescidos de juros de mora, a partir do trânsito em julgado pelos mesmos índices aplicados para a cobrança dos tributos pagos em atraso. E, em caso de omissão, os juros de mora deverão ser computados na ordem de 1% ao mês, de acordo com o decidido no Tema nº 905 pelo Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, a ação há de ser julgada procedente. Fica invertida a condenação nas custas e os honorários, agora em favor do requerente, fixados em 10% sobre o proveito econômico.

Dessarte dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1031271-50.2020.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelada LETICIA DA SILVA IZIDIO (JUSTIÇA GRATUITA).

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Em julgamento estendido, por maioria de votos, apelação e reexame necessário não providos. Vencido o 3º Juiz, que declara. ", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.920)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores KLEBER LEYSER DE AQUINO (Presidente), ENCINAS MANFRÉ, JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA e MARREY UINT.

São Paulo, 2 de maio de 2023.

CAMARGO PEREIRA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROFESSORA DA REDE PÚBLICA ESTADUAL CONTRATADA TEMPORARIAMENTE, NOS TERMOS DA LEI Nº 1.093/2009. LICENÇA-MATERNIDADE. PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE 120 DIAS PARA 180 DIAS. ADMISSIBILIDADE. Os funcionários públicos estatutários já gozam da licença de 180 dias, conforme é expresso o artigo 198 da lei 10261/68, com a redação que lhe deu a lei complementar estadual nº 1196/2013. Por isso não há que se negar o benefício também aos temporários. Concessão da segurança. Sentença mantida.

Apelação e Reexame necessário não providos.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de ação de mandado de segurança impetrado por Leticia da Silva Izidio contra ato do Diretor da E. E. Prof. Mozart Tavares de Lima e outros, alegando em síntese, que é professora de educação básica I, categoria O, admitida nos termos da Lei Complementar Estadual 1.093/2009 e, quando do nascimento de seu filho, foi-lhe concedida licença maternidade de apenas cento e vinte dias, tendo requerido a prorrogação da licença para 180 dias, conforme prevê o art. 198 da Lei 10.261/68, alterada pela Lei Complementar 1.054/2008. Ocorre que seu pedido foi indeferido, em desacordo com a legislação vigente.

A r. sentença de fls. 58/59 concedeu a segurança, convertendo em definitiva a liminar e declarou extinto o processo nos termos do artigo 487, I, do Código de Processo Civil. Custas, na forma da lei. Sem honorários advocatícios.

Acesso ao Sumário

Reexame, na forma da lei.

Somado ao reexame necessário, sobreveio recurso de apelação do réu às fls. 63/72, pleiteando pela inversão do resultado. Contrarrazões apresentadas (fls.77/84).

É o relatório.

Fundamento e voto.

A autora foi contratada para exercer a função de professora de educação básica I, categoria O, nos termos da Lei Complementar nº 1.093/2009, que dispõe sobre a contratação por tempo determinado, no caso de excepcional interesse público.

Com efeito, esta Colenda Câmara, nos autos do Agravo de Instrumento nº 2150041-23.2015.8.26.0000, de relatoria do Eminente Desembargador José Luiz Gavião de Almeida, em que este Relator participou daquela composição, assim consignou:

> *"A licença maternidade concedida à trabalhadora gestante decorre de expresso comando constitucional (artigo 7.º, XVIII), e tal benefício é estendido às servidoras públicas, nos termos do disposto no artigo 39 § 3º da Constituição.*
>
> *A Resolução SE 68/2009, que dispõe sobre a contratação de docentes por tempo determinado de que trata a Lei nº 1.093/2009, estabelece em seu artigo 8º:*
>
> *Artigo 8º. - Durante o período da contratação, o docente estará sujeito aos mesmos deveres, proibições e responsabilidades previstos na Lei nº 10.261/68, bem como, subsidiariamente, às disposições da Lei Complementar nº 444/85.*
>
> *Ou seja, a norma confere ao contratado, os mesmos deveres, proibições e responsabilidades atribuídas aos funcionários públicos civis do Estado.*
>
> *O artigo I, "d" da Lei Federal nº 11.770/2008, prorrogou a duração da licença- maternidade prevista no inciso XVII, caput, do artigo 7º da Constituição Federal, nos seguintes termos:*
>
> *"É instituído o Programa Empresa Cidadã, destinado o prorrogar por 60 (sessenta) dias a duração da licença-maternidade prevista no inciso XV do caput do art. 7º. Da Constituição Federai. (...) Art. 2º É a administração pública, direta, indireta e fundacional autorizada a instituir programa que garanta prorrogação da licença- maternidade para suas servidoras, nos termos do que prevê o art. 1º desta Lei."*
>
> *O artigo 71 da Lei 8.213/91 assegura à gestante o mínimo de 120 dias de licença-maternidade, ressalvada proteção constante na legislação favorável à maternidade. Considerando-se o âmbito estadual, vê-se da leitura dos artigos 25 e 26 da Lei nº 500/74, alterado pela Lei Complementar nº 1.054/2008, que a licença foi deferida a todas as servidoras, sem qualquer distinção:*

Acesso ao Sumário

" Artigo 25 - Poderá ser concedida licença;

VI - para a servidora gestante.

Artigo 26 - Aplicam-se às licenças a que se refere o artigo anterior as normas a e/ as pertinentes contidas na legislação em vigor para os funcionários públicos civis do Estado".

Os funcionários públicos estatutários já gozam da licença de 180 dias, conforme é expresso o artigo 198 da lei 10.261/68, com a redação que lhe deu a lei complementar estadual nº 1196/2013. Por isso não há que se negar o benefício que também aos temporários deve ser estendido.

Assim sendo, de rigor é a manutenção da liminar concedida."

Neste sentido, cito algumas decisões deste E. Tribunal:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – Mandado de segurança – Professora Temporária/Licença maternidade – Inconformismo diante do indeferimento de liminar objetivando a concessão de licença maternidade pelo prazo de 180 dias – Presença dos requisitos necessários à concessão da liminar – Servidora contratada nos termos da LCE nº 1.093/2009 – Aplicação do disposto no artigo 198 da Lei Estadual nº 10.261/68, com a redação dada pela LC n° 1.054/2008 – Precedentes deste Egrégio Tribunal – Decisão reformada para o fim de conceder a liminar pleiteada, determinando-se a prorrogação da licença gestante da impetrante de 120 para 180 dias. Recurso provido. (Agravo de instrumento nº 2187040-33.2019.8.26.0000, Des. Oscild de Lima Júnior, j. em 5 de novembro de 2019).

"APELAÇÃO – Mandado de segurança – Servidora pública estadual temporária – Sentença julgada procedente para estender à impetrante o direito gozar licença maternidade por 180 (cento e oitenta) dias – Diferença que não pode ser estabelecida entre servidores – Inteligência do artigo 124 da Constituição Estadual, bem como do artigo 198 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo (Lei Estadual nº 10.261/1968, com redação dada pela Lei Complementar nº 1.054/2008) – Hipótese de declaração de inconstitucionalidade de lei estadual não configurada – Prequestionamento viabilizador de Instância Superior – Manutenção da sentença monocrática – Recurso não provido". (Apelação nº 1015489-30.2018.8.26.0196, Rel. Des. Magalhães Coelho, j. em 5 de novembro de 2019).

"SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL – Professora – Contratação temporária nos termos da LCE nº 1.093/09 – Licença-gestante – Concessão por 180 (cento e oitenta) dias – Equiparação às demais servidoras – Possibilidade – Precedentes – Recurso de apelação não provido". (Apelação nº 1034033-15.2015.8.260053, Rel. Des. Luís Francisco Aguilar Cortez, j. em 30 de outubro de 2019).

Desse modo, era mesmo o caso de concessão da segurança.

Nestes termos, nego provimento aos recursos.

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 16.282)

Trata-se de **apelação** interposta pela **Fazenda Pública do Estado de São Paulo - FPESP**, contra a r. **sentença** (fls. 58/59), proferida nos autos do **MANDADO DE SEGURANÇA** impetrado por **Letícia da Silva Izidio** em face de ato coator do **Diretor da E. E. Prof. Mozart Tavares de Lima**, que **concedeu a ordem**, confirmando a liminar (fl. 34), para reconhecer o direito da apelada a 180 (cento e oitenta) dias de licença-maternidade. Não houve a condenação da apelante ao pagamento de verba honorária.

Alega a apelante no presente recurso (fls. 63/72), em síntese, que a apelada não faz jus a extensão do período de licença maternidade de 120 para 180 dias, em razão de ser servidora pública contratada sob o regime da Lei Complementar Estadual nº 1093, de 16/07/2009, e que o benefício somente é concedido às servidoras públicas estatutárias regidas pela Lei Estadual nº 10.261, de 28/10/1968. Sustenta que a apelada se submete ao Regime Geral de Previdência Social e não ao Regime Próprio de Previdência Social, de maneira que só possui direito à licença gestante pelo prazo de 120 dias. Pede a reforma da r. sentença.

A apelada apresentou contrarrazões às fls. 77/84.

Recurso tempestivo e recebido, nesta ocasião, apenas no efeito devolutivo, nos termos do artigo 1.012, parágrafo 1º, inciso V, do Código de Processo Civil.

O ilustre Relator, Exmº. Sr. Dr. Des. CAMARGO PEREIRA, **negou provimento ao recurso e ao reexame necessário**, razão da presente **divergência**.

Relatado de forma sintética, passo a fundamentar e decidir.

O recurso e o reexame necessário merecem provimentos.

Verifica-se dos autos que a apelada foi admitida em caráter temporário para exercer o cargo de **Professora (Temporária) de Educação Básica II**, Categoria "O", sendo seu contrato de trabalho regido pela Lei Complementar Estadual nº 1.093, de 16/07/2009 (fls. 02).

Pois bem, após o advento da Lei Complementar Estadual nº 1.010, de 01/06/2007, o **quadro do magistério estadual foi dividido em duas categorias**, quais sejam, **(1)** a que engloba os professores titulares de cargos efetivos e os professores permanentes da categoria da "F" – estes últimos anteriormente admitidos sob os ditames da Lei Estadual nº 500, de 13/11/1974 e com **vínculo ativo** com a Administração quando da entrada em vigor da Lei Complementar nº 1.010, de 01/06/2007 – **(2)** e a que agrupa os professores temporários da categoria "O" – os quais anteriormente admitidos sob os ditames da Lei Estadual

Acesso ao Sumário

nº 500, de 13/11/1974, porém, **sem vínculo ativo** (sem aulas atribuídas) com a Administração, quando da entrada em vigor da Lei Complementar Estadual nº 1.010, de 01/06/2007, - que, como dito, é o caso da apelada.

Nesses termos, os professores titulares de cargo efetivo e os jungidos à categoria "F" passaram a ser segurados da São Paulo Previdência - SPPrev, e regidos pela Lei Complementar nº 1.010, de 01/06/2007. Já os **professores da categoria "O"**, **contratados em caráter excepcional e provisório**, a fim de suprir necessidade temporária da Administração, **passaram a ser regidos pela Lei Complementar Estadual nº 1.093, de 16/07/2009**, a qual, em seu artigo 20, expressamente estabelece a **vinculação de referidos servidores ao Regime Geral de Previdência Social - RGPS.** "Verbis":

> Art. 20. O contratado na forma do disposto nesta lei complementar **ficará vinculado ao Regime Geral de Previdência Social**, nos termos da legislação federal. (negritei)

De fato, a necessidade de **contratação temporária** de professores para suprir eventual demanda extraordinária de serviço não poderia ensejar a vinculação do contratado ao Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos - RPPS, frente à natureza jurídica limitada e precária da relação, que não se prolonga no tempo e impede a manutenção do vínculo previdenciário entre as partes.

Destarte, outra não poderia ser a solução alcançada pelo legislador se não atrelar os servidores admitidos por prazo certo e determinado ao Regime Geral da Previdência Social - RGPS, nos exatos termos da previsão do artigo 20 da Lei Complementar Estadual nº 1.093, de 16/07/2.009, antes transcrito.

Ressalte-se estar a lei paulista em estrita consonância às disposições da Constituição Federal, a qual, determina, em seu artigo 40, parágrafo 13:

> Art. 40. (...)
>
> §13. **Ao servidor ocupante**, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como **de outro cargo temporário** ou de emprego público, **aplica-se o regime geral de previdência social**. (negritei)

Acesso ao Sumário

Bem como à Lei Federal nº 8.213, de 24/07/1991, que dispõe sobre os planos de benefícios da Previdência Social e dá outras providências, expressamente assegurando o salário maternidade à segurada durante 120 dias, conforme se extrai de seu artigo 71, ora transcrito:

> Art. 71. **O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 (cento e vinte) dias**, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de **ocorrência** deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade. (negritei)

Com esse quadro, a pretensão da apelada à concessão de licença mater-

nidade pelo interregno de 180 (cento e oitenta) dias não se sustenta, pois sem respaldo na legislação que rege a relação jurídica estabelecida com a Administração.

Inviável, noutra via, a aplicação do disposto no artigo 198 da Lei Estadual nº 10.261, de 28 de outubro de 1968, com redação dada pela Lei Complementar Estadual nº 1.196, de 27/02/2.013, que dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado, e que prevê a concessão de licença gestante pelo período de 180 (cento e oitenta) dias, por tratar-se de regime jurídico diverso, destinado aos **servidores titulares de cargo efetivo e aos professores da categoria "F"**, e que, portanto, **não engloba os servidores temporários, dos professores da categoria "O"**, submetidos aos regramentos específicos da Lei Complementar Estadual nº 1.093, de 16/07/2009 e ao Regime Geral da Previdência Social - RGPS.

Dessa maneira, verifica-se a existência de antinomia entre os regimes jurídicos a reger as relações de trabalho dos professores em âmbito estadual, de sorte que deve ser observado qual liame vincula a servidora à Administração, a fim de se aplicar o conjunto de regras próprias à relação estabelecida entre as partes.

Por conseguinte, se há norma legal, **em pleno vigor**, a fixar regra específica quanto à licença gestante à professora contratada por prazo determinado, não há se aplicar regramento diverso sob o argumento de isonomia, sob pena de se aviltar o princípio da legalidade, da especialidade e da segurança jurídica.

Logo, deve ser reformada a r. sentença de 1ª instância, para denegar a segurança almejada.

Diante da inversão do julgado, condeno a apelada ao pagamento das custas/despesas processuais, observada a gratuidade da justiça deferida.

Sem fixação de honorários, ante o rito eleito do mandado de segurança, nos termos do artigo 25 da Lei Federal nº 12.016, de 07/08/2009.[1]

Ante o exposto, **pelo meu voto vencido**, **DOU PROVIMENTO** à presente **apelação** e ao **reexame necessário**, para **denegar a ordem.**

KLEBER LEYSER DE AQUINO, Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000024-58.2017.8.26.0408, da Comarca de Ourinhos, em que é apelante MUNICÍPIO

1 Art. 25. Não cabem, no processo de mandado de segurança, a interposição de embargos infringentes e a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé.

DE OURINHOS, são apelados KAYKE OLIVEIRA CUSTÓDIO (MENOR REPRESENTADO), EDSON REIS CUSTODIO (REPRESENTANDO MENOR) e ROSEMEIRE APARECIDA DE OLIVEIRA CUSTODIO (REPRESENTANDO MENOR).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, deram parcial provimento ao recurso. Vencida a Desembargadora Teresa Ramos Marques, que declarará. Estenderam o julgamento na forma do art. 942, do CPC com a participação dos Desembargadores Antonio Carlos Villen e Torres de Carvalho, que acompanharam o Relator.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 335)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores TORRES DE CARVALHO (Presidente), TERESA RAMOS MARQUES, PAULO GALIZIA e ANTONIO CARLOS VILLEN.

São Paulo, 7 de junho de 2023.

ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, Relator

Ementa: Ação de obrigação de fazer c/c pedido de reparação de dano moral. Ourinhos. Aluno vítima de agressão física no interior de escola municipal. Dever da Administração de zelar pela integridade física dos estudantes nas dependências de estabelecimento de ensino público. Responsabilidade objetiva, com base no artigo 37, §6º, da Constituição Federal. Comprovação do dano moral. Montante indenizatório reduzido. Incidência da EC 113/21 para o cálculo dos consectários legais. Alteração do termo inicial de contagem dos juros de mora. Precedentes. Recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

VISTOS.

Contra sentença que julgou procedente ação de rito ordinário para condenar o réu a pagar ao autor a quantia de R$25.000,00 (vinte e cinco mil reais) a título de reparação do dano moral, com correção pela tabela prática desde a data do julgado e juros de mora de 1% ao mês, desde a citação (p. 311/323) apelou o Município de Ourinhos alegando que foi ignorado o laudo pericial de p. 177/178, o qual demonstrou que o autor é acometido de oligofrenia leve, não paralisia cerebral, circunstância que "*poderia ter afetado seu julgamento quanto a eventuais fatos ocorridos na escola*"; disse que os estudos social e psicológico

realizados contêm impressões subjetivas incapazes de sustentar a condenação, e que foram ouvidos unicamente o menor e sua genitora, a qual não presenciou os fatos; aduziu que o acusado pelas agressões negou tê-las praticado e que não estão presentes os elementos que conduziriam à obrigação de indenizar, de sorte que o autor não se desincumbiu do ônus probatório; mencionou doutrina e julgados sobre o tema (p. 328/339). Foram apresentadas contrarrazões defendendo a sentença (p. 343/346). Livre distribuição (p. 349).

É o relatório.

Em que pese a argumentação da Municipalidade, não há dúvida quanto à responsabilidade da Administração Pública pela integridade física dos alunos no interior dos estabelecimentos oficiais de ensino, até mesmo nos termos do artigo 37, §6º, da CF.

Independentemente do motivo pelo qual se deram os fatos, não há que se falar em inaplicabilidade do dispositivo acima, pois cabia ao Poder Público zelar pela incolumidade da vítima, que estava, no momento do evento danoso, sob sua guarda, vigilância e proteção.

No caso presente, em especial pela análise dos minudentes relatórios e estudos sociais realizados – os quais se coadunam com os exames médico-periciais a que se submeteu o menor – ficou plenamente demonstrado o prejuízo que o acometeu e o nexo causal entre este e a omissão estatal quanto ao dever acima, de modo que indiscutível o dever de indenizar.

Não se pretende, com tais afirmações, alçar o Estado à condição de segurador universal, porém, a peculiaridade dos fatos narrados torna oportuna a menção ao ensinamento do Des. Rui Stoco no sentido de que "*A escola pública, representada pela Administração Pública, é responsável por qualquer dano que o aluno venha a sofrer, seja qual for a sua natureza, ainda que causado por terceiro, seja ele professor, aluno, visitante ou invasor. No que pertine à escola pública, a responsabilidade se filia ao princípio consagrado no art. 37, § 6º, da CF, configurando-se pela simples falha na garantia de incolumidade, independentemente da verificação da culpa específica de qualquer servidor*" ("Tratado de Responsabilidade Civil – Doutrina e Jurisprudência", 7ª ed., Ed. RT, p.1107, 2007).

Assim, a indenização deve reparar o dano moral sofrido pela vítima.

Acerca do tema, confiram-se os seguintes precedentes deste Tribunal:

Ação de indenização de dano moral. Aluno vítima de agressões físicas por outro aluno no interior de escola estadual. Dever do Estado de zelar pela integridade física dos estudantes nas dependências de estabelecimento de ensino público. Responsabilidade objetiva, com base no artigo 37, §6º, da Constituição Federal. Dano moral caracterizado. Valor indenizatório bem arbitrado. Juros de mora contados da fixação. Recurso da Fazenda Estadual

Acesso ao Sumário

parcialmente provido, não provido o do autor. (TJSP; Apelação Cível 1000796-43.2019.8.26.0572; Relator: Antonio Celso Aguilar Cortez; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro de São Joaquim da Barra - 2ª Vara; Data do Julgamento: 01/04/2023; Data de Registro: 03/04/2023).

APELAÇÃO. Responsabilidade civil do Estado. Danos moral e estético. Acidente sofrido por aluno nas dependências de estabelecimento de ensino durante o período escolar. Prestação do serviço que não se verificou a contento. Falha no dever de fiscalização e cuidado. Indenização que é de rigor. Valores fixados em primeira instância que, ajustados e proporcionais, ora são mantidos. Sentença que não comporta reparo. Apelação improvida, portanto. (TJSP; Apelação Cível 1049222- 91.2019.8.26.0053; Relator: Encinas Manfré; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 16ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 20/03/2023; Data de Registro: 21/03/2023).

APELAÇÃO – Ação indenizatória – Dano moral e material – Alegação de agressão física sofrida por aluna nas dependências de escola pública estadual – Negligência da Administração Pública, responsável pela intangibilidade física e moral dos alunos sob sua custódia não comprovada – Agressão praticada por aluno menor de idade no portão do estabelecimento de ensino e fora do horário de aula – Responsabilidade civil – Dano moral presumido (in re ipsa) – Arbitramento, entretanto, que deve operar-se com moderação ao grau de culpa, ao porte ou condições das partes, bem como o caráter pedagógico que deve representar referida indenização em situações assemelhadas – Dano material comprovado por perícia, ressarcimento devido – Indenizações devidas pelo aluno e seus genitores – Inteligência dos arts. 932, I, 933 e 928 do Código Civil – Recursos parcialmente providos. (TJSP; Apelação Cível 1007280-61.2018.8.26.0038; Relator: Danilo Panizza; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro de Araras - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 06/02/2023; Data de Registro: 06/02/2023).

No entanto, acerca do valor da indenização, é sabido que a reparação pecuniária do dano moral não se presta para compensar de qualquer modo a dor e o desconforto, evidentemente não mensuráveis economicamente. Sua finalidade é propiciar alguma satisfação à vítima, mas não vantagem econômica.

Acesso ao Sumário

A indenização do dano moral deve ser arbitrada tendo como orientação a necessidade de estimular providências positivas e desestimular comportamentos potencialmente lesivos, observada a capacidade econômica do responsável, e também a necessidade de apresentar alguma resposta a quem mais sofreu ou sofre algum transtorno psicológico em razão da culpa alheia, sem fazer com que isto se transforme em premiação.

O valor fixado não deve implicar enriquecimento exagerado para o ofen-

dido nem exagerada punição para o ofensor. Não basta considerar seu porte econômico; importante levar também em conta que a punição não é a única finalidade da indenização por dano moral, a qual, como dito, deve constituir estímulo à adoção de providências preventivas que evitem ofensas psíquicas evitáveis. Não é objetivo deste tipo de indenização proporcionar enriquecimento descabido ao ofendido, ainda que isto possa acontecer como efeito colateral, em situações excepcionais nas quais seja condição necessária à consecução daquelas outras finalidades. O dano moral é irreparável e a indenização não tem por fim enriquecer, mas proporcionar a satisfação contida do desagravo. E nada impede que o Estado ajuíze ação de regresso contra quem de direito.

Tem-se, ante tais parâmetros, como razoável o montante de R$5.000,00 (cinco mil reais) em favor do autor, que a partir desta data deve ser atualizado e acrescido de juros de mora, ambos calculados nos termos da EC 113/21.

Com relação ao termo inicial dos juros de mora, também cabe alterá-lo de acordo com o entendimento predominante nesta 10ª Câmara de Direito Público.

Destaca-se que, embora não tenha havido manifestação da Municipalidade quanto a este tema, não ocorre *reformatio in pejus*, haja vista que foi pedida a exclusão total da indenização. Como é sabido, na seara jurídica, "*quem pede o mais, pede o menos*", de modo que é legítima a alteração da sentença neste aspecto.

Dessa forma, mostra-se inaplicável ao caso o enunciado da Súmula 54 do STJ, haja vista que a responsabilidade ora imputada ao Estado decorre do dano moral verificado.

Não se olvida que, diante da ausência de norma reguladora específica, há quem entenda aplicável a referida Súmula 54, que prescreve: "*Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual*".

Entretanto, parece mais razoável o entendimento de que o verbete é voltado especificamente à indenização por dano patrimonial, considerando-se que os julgados precedentes da Súmula cuidavam especificamente de indenizações materiais.

Atualmente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça inclina-se no sentido de que a indenização por dano moral, por ser fixada apenas no julgamento, deve ser atualizada a partir dessa data, pois, antes deste momento, o direito do peticionário ainda não tinha sido valorado, quantificado.

A fim de disponibilizar as vias especial e extraordinária, consideram-se expressamente prequestionados os dispositivos constitucionais e legais invocados, aos quais não se contrariou nem se negou vigência.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso da Municipalidade, apenas para reduzir o montante indenizatório e alterar o termo inicial da

Acesso ao Sumário

contagem dos juros de mora, além de aplicar a EC 113/21 para o cálculo dos consectários legais. Consoante dispõe o artigo 85, §11, do CPC, condena-se o autor a pagar aos procuradores do Município o valor de R$1.000,00 (mil reais), ressalvada a gratuidade de que é beneficiário.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 31.077)

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL

Escola pública – Aluno – Vítima de agressão – Agressor – Diretor da Escola – Nexo de causalidade – Demonstração – Indenização – Possibilidade:

– Comprovados a conduta, o dano e o nexo causal entre ambos, há o dever estatal de indenizar.

RELATÓRIO

Adoto o relatório elaborado pelo Desembargador Relator.

FUNDAMENTOS

1. Ouso discordar da douta maioria quanto ao valor da indenização, razão pela qual entendia pela manutenção da sentença em sua integralidade, com observação.

Embora a estipulação dos danos morais tenha uma carga de subjetividade, a jurisprudência tem traçado parâmetros.

Assim, deve o magistrado, de um lado, considerar as consequências causadas pelo dano à personalidade da vítima, permitindo, quanto possível, a sua reparação (aspecto reparatório), e, de outro, coibir a reiteração da conduta ilícita pelo ofensor (aspecto pedagógico).

No presente caso, considera-se o seguinte.

As fotografias (fls. 40/61) mostram hematomas que indicam que as agressões foram relevantes. Além disso, a vítima é pessoa hipervulnerável, pois, além de criança, sofre de diversos problemas de saúde, inclusive limitações intelectuais e transtornos psicológicos, o que torna a conduta do agressor muito mais reprovável. Ainda, não houve mera omissão por parte da autoridade responsável, mas efetiva conduta comissiva consistente em agressões físicas. Por fim, a agressão foi praticada justamente pela autoridade responsável de maior grau hierárquico da instituição (Diretor Escolar), o que, por óbvio, reforça o senso de impotência não só da vítima direta, mas também dos seus responsáveis.

Acesso ao Sumário

Nesse contexto, o valor de R$ 25 mil estipulado na sentença é estritamente razoável, sob pena de redução do aspecto pedagógica da indenização.

2. Observe-se que os juros foram fixados a partir da citação, em contrariedade à Súmula 54 do STJ ("*Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual*") e ao art. 398 do CC:

*"**Art. 398**. Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou."*

Embora não tenham os autores apelado, possível a correção desse capítulo da sentença de ofício, pois os juros são matéria de ordem pública, conforme entendimento do STJ:

"EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ENVIO DOS AUTOS À CONTADORIA JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 83 DO STJ. ALEGAÇÃO DE INOBSERVÂNCIA DO ART. 489, § 1º, DO CPC/2015. NÃO OCORRÊNCIA. DECISÃO MANTIDA.

(...)

2. "A jurisprudência é firme no sentido de que a correção monetária e os juros de mora são consectários legais da condenação principal, possuem natureza de ordem pública e podem ser analisados até mesmo de ofício, de modo que sua aplicação ou alteração, bem como a modificação de seu termo inicial, não configura julgamento extra petita nem reformatio in pejus" (AgInt no AgInt no AREsp n. 1.379.692/SP, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 2/12/2019, DJe 5/12/2019).

(...)

4. Agravo interno a que se nega provimento."

(AgInt nos EDcl no AREsp 1.661.519/SP, 4ª Turma, rel. Min. ANTONIO CARLOS FERREIRA, julgado em 21.2.2022)

Destarte, pelo meu voto, negava provimento ao recurso, com observação, sem honorários recursais, porque já fixados no máximo.

TERESA RAMOS MARQUES, 2ª Juíza

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0007931-66.2012.8.26.0541, da Comarca de Santa Fé do Sul, em que é apelante JONAS BALDISSERA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

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: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.697)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI (Presidente) e LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 4 de julho de 2023.

RENATO DELBIANCO, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Ação civil pública – Improbidade administrativa – Pretensão à condenação dos requeridos por ato de improbidade administrativa, com fundamento nos artigos 10 e 11 da Lei nº 8.429/92 – Presidente do Instituto de Previdência Social do Município de Santa Fé do Sul – Contratação, sem prévia licitação, de corretora para compra e venda de títulos públicos federais – Negociações realizadas pela intermediadora contratada, com valores superiores à média de mercado – Irregularidades apontadas na contratação da empresa intermediadora, sem licitação, que causaram lesão ao erário – Ausência de comprovação de conluio entre os réus e do efetivo prejuízo ao erário – Eventuais irregularidades que não configuraram improbidade administrativa – Inexistência de comprovação de conduta ímproba dos réus – Necessidade – Exclusão da "culpa" como elemento normativo e manutenção apenas do "dolo" como elemento subjetivo típico – Conduta dolosa não comprovada no caso dos autos – Precedentes – Sentença reformada – Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta em ação civil pública por ato de improbidade administrativa, julgada parcialmente procedente pela r. sentença de fls. 126/135.

Apela o corréu, Jonas Baldissera (fls. 152/170), requerendo, em síntese, a reforma da r. sentença ante a inexistência de dolo e má-fé em sua conduta, pois não há prova de atuação deliberada e destinada especialmente à causar prejuízo ao erário. Ressalta a existência de prova documental do Banco Central do Brasil apontando apenas indícios de um potencial resultado negativo (ou seja, não é

prova conclusiva sobre o efetivo dano ao erário municipal), e, quanto ao depoimento da testemunha Rubens Moura de Carvalho, é relevante atentar que suas declarações reforçam a inexistência de dolo por parte do corréu Jonas. Afirma que a prova não é sólida e imune de dúvidas acerca da existência de conduta dolosa e de má-fé de sua parte. Alega, ainda, a não comprovação de efetivo dano ao erário, na medida em que a própria ANDIMA, "associação de classe privada", diz em seu site, que não há como garantir a certeza das informações dos negócios realizados. Por fim, assevera a desnecessidade de licitação para a operação de compra de títulos, por ausência de regulamentação legislativa à espécie, pois, na época dos fatos, 12 de agosto de 2008 e 23 de janeiro de 2009, a norma vigente aplicável aos gestores de Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS), incluindo o instituto de Previdência dos servidores públicos do Município de Santa Fé do Sul/SP (Santa Fé Prev), era a Resolução nº 3.506/07 do Conselho Monetário Nacional, a qual não tratava de licitações, nem obrigatoriedade de se operar com bancos com controle público, tampouco determinava que se seguissem os preços divulgados pela ANBIMA.

O recurso recebeu resposta (fls. 182/189).

A Procuradoria de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 196/207).

Não há oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

1. O Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou ação civil pública por ato de improbidade administrativa, em face de Jonas Baldissera, Presidente do Instituto de Previdência Social do Município de Santa Fé do Sul à época dos fatos e dos corréus Lauro José Senra Gouvêa e Joaquim Cândido de Gouvêa, sócios da empresa Quantia DTVM Ltda., aduzindo a constatação pela fiscalização de que as negociações de títulos públicos federais pelo Instituto de Previdência Social do Município de Santa Fé do Sul, intermediadas pela sociedade empresária Quantia DTVM Ltda., autorizadas pelo Presidente da Autarquia Municipal, causaram lesão ao erário, pois os preços praticados nas negociações foram incompatíveis com os praticados no mercado, tomando-se por base os preços divulgados pela ANBIMA. Aduz, considerados os preços de mercado divulgados pela ANBIMA e os praticados nas referidas negociações, houve inobservância do disposto no artigo 22, parágrafo 2º da Resolução nº 3.506/07 do Banco Central[1], pois foi apurado o resultado de prejuízo, ao Instituto de Previdência, no

Acesso ao Sumário

1 Art. 22. São obrigações dos gestores dos recursos dos regimes próprios de previdência social:
(...)
§ 2º Na aplicação dos recursos do regime próprio de previdência social em títulos e valores mobiliários, conforme disposto nos incisos I e III do § 1º do art. 21, o responsável pela gestão, além da consulta às instituições financeiras, deverá observar as informações divulgadas, diariamente, por entidades reconhecidamente idôneas pela sua transparência e elevado padrão técnico na difusão de preços e taxas dos títulos, para fins de utilização como referência em negociações no mercado financeiro, antes do efetivo fechamento da operação.

valor de R$ 318.461,63. Ressalta ainda, a ausência de procedimento licitatório, ou processo simplificado, para a escolha da empresa Quantia DTVM Ltda., para aplicação de verba do fundo municipal de previdência no mercado de capitais. Assim, requer a condenação dos apelados pelas práticas de atos de improbidade administrativa previstos no artigo 10, caput, e incisos VI, VIII, XI e XII, da Lei nº 8.429/92, e, subsidiariamente, pela prática no artigo 11, caput, do mesmo diploma legal, com as sanções previstas no artigo 12, da Lei de Improbidade Administrativa.

A ação foi julgada procedente nos seguintes termos:

"Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido formulado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO contra JONAS BALDISSERA, LAURO JOSÉ SENRA DE GOUVÊA, JOAQUIM CÂNDIDO DE GOUVÊA e QUANTIA DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS LTDA., nos termos do art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil, para CONDENAR os requeridos pela prática de atos de improbidade administrativa expressos no art. 10, da Lei 8.429/92, impondo-lhes as sanções previstas no artigo 12, inciso II, da mesma Lei, nos seguintes termos:

a) de forma solidária, o ressarcimento integral do dano causado ao erário, consistente na quantia a maior que foi despendida na aquisição de títulos pela empresa ré contratada, no valor de R$ 318.461,63, atualizado monetariamente pela tabela prática do TJSP e acrescido de juros legais de 1% ao mês, ambos desde os respectivos desembolsos;

b) perda da função pública dos demandados que a desempenhem;

c) suspensão dos direitos políticos dos demandados pelo prazo de 08 (oito) anos;

d) proibição dos demandados de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam sócios majoritários, pelo prazo de 5 (cinco) anos, nos termos do art. 12, inciso, II, da Lei nº 8.429/92.

Em razão da sucumbência, CONDENO os requeridos solidariamente ao pagamento das custas e despesas processuais, respeitado os limites da gratuidade da justiça. Sem condenação por honorários advocatícios sucumbenciais, porquanto o Ministério Público é o autor da ação, nos termos do artigo 18, da Lei 7.347/85.

Por fim, INDEFIRO o pedido de págs. 84/89, considerando a necessidade de manutenção do bloqueio sobre os bens dos réus, notadamente em razão do resultado deste julgamento."

Diante disso, apelou o corréu Jonas Baldissera.

Acesso ao Sumário

2. De início, insta salientar que o E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Tema 1.199 de repercussão geral, afetado ao ARE 843.989/PR[2], assentou tese vinculante acerca da retroatividade da Lei nº 14.230/21, a qual alterou substancialmente o sistema jurídico que regulamenta os casos de improbidade administrativa:

> *"1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa**, exigindo-se – nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA - a presença do elemento subjetivo – DOLO;***
>
> *2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 – revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa –, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes;*
>
> *3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente;*
>
> *4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei".*

Nesse passo, à vista da alteração trazida pela Lei nº 14.230/21 quanto à exclusão da "culpa" como elemento normativo e manutenção apenas do "dolo" como elemento subjetivo típico, aplicável ao caso concreto, nos moldes da tese firmada no julgamento do Tema nº 1.199/STF, tem-se que se faz necessário analisar a questão discutida nos autos sob esse prisma.

3. Na inicial, o Ministério Público classificou a conduta do apelante no artigo 10, *caput*, e incisos VI, VIII, XI e XII, e, subsidiariamente, no artigo 11, *caput*, todos da Lei de Improbidade Administrativa.

Ocorre que a Lei nº 14.230/01 alterou os artigos 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, excluindo o elemento normativo do tipo ("culpa"):

> *Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer **ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação** dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:*
>
> *(...)*
>
> *Art. 11. **Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa** que*

Acesso ao Sumário

2 Tribunal Pleno, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 09.12.2022.

viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas:

Destaca-se, ainda, os parágrafos 1º e 2º do artigo 11 da Lei nº 8.249/92, incluídos pela Lei nº 14.230/2021:

§ 1º Nos termos da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo *Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006,* ***somente haverá improbidade administrativa, na aplicação deste artigo, quando for comprovado na conduta funcional do agente público o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade.***

§ 2º Aplica-se o disposto no § 1º deste artigo a quaisquer atos de improbidade administrativa tipificados nesta Lei e em leis especiais e a quaisquer outros tipos especiais de improbidade administrativa instituídos por lei.

Por oportuno, vale lembrar o disposto no artigo 17-C, § 1º, da Lei nº 8.429/92, acrescentado pela Lei nº 14.230/2021:

Art. 17-C:

(...)

§ 1º ***A ilegalidade sem a presença de dolo que a qualifique não configura ato de improbidade.***

No caso, conquanto o Ministério Público afirme que Jonas Baldissera, ora apelante, e a empresa administrada pelos corréus, tenham causado danos ao erário na ordem de R$ 318.461,63, em razão da compra de títulos públicos federais, com intermédio da empresa corré Quantia Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários Ltda., sem licitação ou procedimento simplificado de contratação, com valores superiores à média de mercado, praticando, com isso, atos de improbidade previstos no artigo 10, caput, incisos VI, VIII, XI e XII, da Lei nº 8.429/92, não logrou comprovar a intenção do agente público em frustrar o caráter concorrencial, obter proveito indevido para si ou para outrem, bem como a efetiva e comprovada perda patrimonial do ente público.

A respeito das condutas do apelante, consignou a testemunha arrolada pelo Ministério Público, o Sr. Rubens Moura de Carvalho:

"Afirma que à época, em 2010, em que foi enviada a informação fiscal para o Ministério Público de São Paulo, receberam várias informações no setor de possíveis desencaixes desnecessários, de preços acima da AMBIMA. Verificavam as informações e realizavam pequeno relatório enviando ao Ministério Público. ***Em relação ao preço da AMBIMA havia um resultado potencial negativo.*** *Esclarece que título público tem uma eficiência de mercado.*

Havia uma grande diferença. ***O que lhes cabia na época era dizer que***

***havia um resultado potencial negativo em relação ao preço da AMBIMA**. O preço da AMBIMA é um padrão aceito por todos. **A informação fiscal trazia indícios para o Ministério Público. No relatório não afirma que houve ilegalidade na compra de títulos ou operações financeiras, mas que existem apenas indícios de irregularidade**. Nos anos de 2008/2009 houve um movimento generalizado das operadoras. Na sua informação fiscal apontou um resultado potencial negativo de mais de R$ 300.000,00, nos anos de 2008/2009. O que chama a atenção é o percentual de 18%, em um mercado competitivo de títulos públicos, que não é atingido nem mesmo em investimentos na bolsa de valores. Esclarece que as distribuidoras têm acessos aos preços da AMBIMA. O problema é a extremidade dos percentuais de compra. Esclarece que os investimentos em renda fixa necessariamente vão trazer lucros em razão dos juros incidentes. **Reafirma que seu relatório apontou indícios de irregularidade.** Na época foram realizados vários outros relatórios. Não tem informações sobre o deslinde desses outros relatórios. Esclarece que a comparação do prejuízo se dá no valor da compra dos títulos, o desencargo desnecessário. Os títulos foram adquiridos por preço superior a 18% e 8,5 % dos preços da AMBIMA na época. Afirma que o preço da AMBIMA é padrão. A AMBIMA é associação de instituições financeiras, que têm conhecimento dos preços indicados. **Não tem conhecimento sobre participação dos gestores com eventuais corretoras. A compra acima do preço unitário foi constatada pelo Banco Central. A única coisa que acrescentou foi acrescentar o preço unitário anterior e posterior que confirma ainda mais a divergência de preços.**"*

Com efeito, apesar do parecer do Banco Central (fls. 99/101) relatar que "*no trabalho de fiscalização efetuado por esta autarquia na Quantia DTVM Ltda., apurou-se que a instituição negociava títulos públicos sob condições de preços artificiosas para produzir ganhos ilegítimos, em benefício próprio e de terceiros, e em desfavor de entidades previdenciárias e de fundos de investimentos*", não há prova nos autos, de conluio entre a empresa contratada ou seus sócios e o apelante, ou mesmo, recebimento de vantagem ilícita. Assim, não ficou comprovado o elemento subjetivo (dolo) na hipótese, bem como o efetivo e comprovado prejuízo ao erário.

Dessa forma, inexiste ato de improbidade administrativa, especialmente pela ausência da comprovação de dolo do apelante, bem como o fato de que o mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa, conforme parágrafos 2º e 3º do artigo 1º da Lei 8.429/92, com redação dada pela Lei 14.230/21:

Art. 1º O sistema de responsabilização por atos de improbidade admi-

Acesso ao Sumário

nistrativa tutelará a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei.

(...)

§ 2º Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente.

§ 3º ***O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa.***

Destarte, ainda que houvesse irregularidades ou ilegalidades na contratação do serviço, não é possível verificar na conduta do apelante, seja através dos documentos juntados aos autos ou pelo depoimento da testemunha mencionada, conluio com os demais corréus, intenção de frustrar concorrência, dolo ou má-fé que tenham causado enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário, porquanto o serviço contratado foi devidamente prestado, não havendo comprovação acerca da perda patrimonial efetiva.

Como mencionado, para a configuração do ato de improbidade, notadamente no caso das condutas descritas nos artigos 9, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, mostra-se necessário a demonstração de dolo e má-fé dos agentes políticos, conforme decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça, cujas ementas ora se transcrevem:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DIRETA DE EMPRESA PARA REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO DECLARADA INDEVIDAMENTE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CULPA GRAVE OU DE DOLO NO CASO DOS AUTOS. MERA IRREGULARIDADE. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. AGRAVO INTERNO QUE NÃO IMPUGNA TODOS OS FUNDAMENTOS DO DECISUM. CONCORDÂNCIA EXPRESSA DA PARTE RECORRENTE COM O CAPÍTULO AUTÔNOMO NÃO IMPUGNADO. POSSIBILIDADE DE EXAME DO MÉRITO DA IRRESIGNAÇÃO. NÃO APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 182/STJ. 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

Acesso ao Sumário

de Processo Civil de 2015.

II - ***Esta Corte tem entendimento consolidado segundo o qual, para a configuração de ato de improbidade administrativa, é necessária a análise do elemento subjetivo, qual seja, dolo nas condutas tipificadas nos arts. 9º e 11 ou, ao menos, culpa, quanto às condutas do art. 10, da Lei n. 8.429/92. Outrossim, é cediço que o ato administrativo eivado de improbidade é aquele no qual se verifica uma imoralidade administrativa, qualificada pela potencialidade lesiva a bens e valores públicos tutelados pelo ordenamento jurídico.***

III - ***Conforme os precedentes deste Tribunal, a Lei n. 8.429/92, por força, sobretudo, de seu caráter punitivo, não pode ser aplicada a simples condutas de má administração ou meramente irregulares.***

IV - No caso, os réus são acusados de contratar, diretamente, empresa para realizar concurso público para admissão de 4 (quatro) servidores para o Conselho Regional de Corretores de Imóveis da 22ª Região após indevida declaração de inexigibilidade de licitação, eis que a competição era viável. Entretanto, de acordo com as circunstâncias fáticas delimitadas no acórdão recorrido, não foi constatada a presença de culpa grave ou de dolo na conduta atribuída aos réus, razão pela qual a absolvição por ato de improbidade administrativa promovida nas instâncias anteriores deve ser mantida.

V - Não apresentação de argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

VI - Afasta-se a incidência da Súmula n. 182/STJ quando, embora o Agravo Interno não impugne todos os fundamentos da decisão recorrida, a parte recorrente manifesta, expressamente, a concordância com a solução alcançada pelo julgador, desde que o capítulo em relação ao qual a desistência foi manifestada seja independente e não interfira na análise do mérito da irresignação.

VII - 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.

VIII - Agravo Interno improvido.

(AgInt no REsp n. 1.737.075/AL, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 4/9/2018, DJe de 10/9/2018.)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AQUISIÇÃO DE UNIDADE MÓVEL DE SAÚDE. OFENSA DO ART. 11 DA LEI 8.429/92. AUSÊNCIA DE DOLO. REVISÃO DOS PRESSUPOSTOS

Acesso ao Sumário

FÁTICOS. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Cuida-se, na origem, de Ação Civil Pública por ato de improbidade ajuizada pela União, ante a realização de procedimento licitatório para aquisição de unidade móvel de saúde para a Prefeitura de Joinville/SC.

2. ***O entendimento do STJ é no sentido de que, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10.***

3. Assim, ***para a correta fundamentação da condenação por improbidade administrativa, é imprescindível, além da subsunção do fato à norma, estar caracterizada a presença do elemento subjetivo. A razão para tanto é que a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé.*** *Precedentes: AgRg no REsp 1.500.812/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/5/2015; REsp 1.512.047/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 30/6/2015; AgRg no REsp 1.397.590/CE, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 5/3/2015; AgRg no AREsp 532.421/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 28/8/2014.*

4. No particular caso dos autos, não é possível extrair do acórdão recorrido qualquer referência – ainda que indireta – à presença desse elemento subjetivo.

A decisão recorrida está em conformidade com precedentes do STJ no sentido de não sujeitar meras irregularidades às sanções da Lei 8.429/92.

5. Nesse contexto de limitação cognitiva, a alteração das conclusões firmadas pelas instâncias inferiores somente poderia ser alcançada com o revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é vedado pela Súmula 7/STJ.

6. Agravo Interno não provido.

(AgInt no AREsp n. 922.590/SC, relator Ministro *Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 28/3/2017, DJe de 18/4/2017.)*

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL E RECURSO ESPECIAL ADESIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REALIZAÇÃO DE DESPESAS SEM OS PRÉVIOS EMPENHOS. ARTS. 10 E 11 DA LEI N. 8.429/92. AUSÊNCIA DE JUÍZO DE VALOR QUANTO À EXISTÊNCIA, OU NÃO, DE PREJUÍZO AO ERÁRIO E DE EVENTUAL ATUAÇÃO DOLOSA DO AGENTE. REQUISITOS DOS TIPOS. ***CONDUTA INSERIDA NO CAMPO DA MERA IRREGULARIDADE ADMINISTRATIVA.***

Acesso ao Sumário

*1. **O STJ ostenta entendimento uníssono segundo o qual, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10.** Precedentes: AgRg no AREsp 20.747/SP, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 23/11/2011; REsp 1.130.198/RR, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe15/12/2010; EREsp 479.812/SP, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 27/9/2010; REsp 1.149.427/SC, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 9/9/2010; EREsp 875.163/RS, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 30/6/2010.*

2. A leitura atenta do acórdão evidencia que o ex-prefeito, ora recorrente, foi condenado pela violação dos arts. 10 e 11 da Lei n. 8.429/92 por ter efetuado o pagamento de despesas sem os prévios empenhos, sem que, no entanto, tenha sido realizado o juízo de valor quanto à ocorrência, ou não, de prejuízo ao erário da Municipalidade de Tapejara/PR, bem como no concernente à sua eventual atuação dolosa. Logo, deve ser reformado o acórdão recorrido, pois, à toda evidência, não há a subsunção da conduta reputada ímproba aos tipos previstos nos arts. 10 e 11 da Lei n. 8.429/92, os quais reclamam, respectivamente, o efetivo prejuízo e a atuação dolosa do agente.

3. A conduta do ex-prefeito, ora recorrente, está inserida no campo da mera irregularidade administrativa. Tanto assim, que o próprio acórdão recorrido, a despeito de tê-lo condenado, tão somente asseverou que "[...] o ex-prefeito municipal desobedeceu o procedimento legalmente estatuído para a realização de despesas [...]" (fl. 5.947). Precedentes: REsp 1.179.144/SP, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 2/12/2010; e REsp 1.036.229/PR, Relatora Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 2/2/2010.

4. Recurso principal conhecido e, no mérito, prejudicado. Recurso adesivo conhecido e provido."

(REsp 1322353/PR, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, j. 21/08/2012).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA 284/STF. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INEXISTÊNCIA DE CARACTERIZAÇÃO DE DOLO E MÁ-FÉ.

1. É assente nesta Corte Superior o entendimento segundo o qual, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demons-

tração do elemento subjetivo, consubstanciado no dolo para os tipos previstos nos arts. 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do art. 10.

*2. No caso dos autos, as premissas fáticas assentadas pela origem dão conta de que o ex- prefeito demitiu irregularmente servidores públicos, sob o entendimento de "estar atendendo às disposições da Lei de Responsabilidade Fiscal, ao reduzir as despesas com pessoal desnecessário". **Não havendo comprovação do dolo de prejudicar os lesados, ou favorecer terceiros, dano ao erário, e que, tampouco, "o agente público agiu visando outro fim que não o bem público**".*

*3. **A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo; e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública, coadjuvados pela má-intenção do administrador**. Precedente: REsp 1.149.427/SC, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 17.8.2010, DJe 9.9.2010. Agravo regimental improvido."*

(AgRg no AREsp 81766/MG, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, j. 07/08/2012).

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PREFEITO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROMOÇÃO PESSOAL INDEVIDA NO CEMITÉRIO LOCAL POR OCASIÃO DO FERIADO DE FINADOS. ART. 11 DA LEI 8.429/92. ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO) NÃO CONFIGURADO. AGRAVO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL DESPROVIDO.

1. A Lei da Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92) objetiva punir os praticantes de atos dolosos ou de má-fé no trato da coisa pública, assim tipificando o enriquecimento ilícito (art. 9º.), o prejuízo ao erário (art. 10) e a violação a princípios da Administração Pública (art. 11); a modalidade culposa é prevista apenas para a hipótese de prejuízo ao erário (art. 10).

*2. **Não se tolera, porém, que a conduta culposa dê ensejo à responsabilização do Servidor por improbidade administrativa; a negligência, a imprudência ou a imperícia, embora possam ser consideradas condutas irregulares e, portanto, passíveis de sanção, não são suficientes para ensejar a punição por improbidade; ademais, causa lesão à razoabilidade jurídica o sancionar-se com a mesma e idêntica reprimenda demissória a conduta ímproba dolosa e a culposa (art. 10 da Lei 8.429/92), como se fossem igualmente reprováveis, eis que objetivamente não o são.***

*3. **O ato ilegal só adquire os contornos de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvada pela má-intenção do administrador, caracterizan-***

Acesso ao Sumário

do a conduta dolosa; a aplicação das severas sanções previstas na Lei 8.429/92 é aceitável, e mesmo recomendável, para a punição do administrador desonesto (conduta dolosa) e não daquele que apenas foi inábil (conduta culposa).

(...)

7. Não tendo sido associado à conduta do recorrente o elemento subjetivo doloso, qual seja, o propósito desonesto, não há que se falar em cometimento de ato de improbidade administrativa.

8. Agravo Regimental do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL desprovido."

(AgRg no AREsp 21662/SP, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, j. 07/02/2012).

Nesse sentido, decidiu esta C. Corte:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – RESSARCIMENTO AO ERÁRIO – Aquisição de Títulos do Tesouro Nacional entre os anos de 2005 e 2006 que, no entender do Autor, ocorreu em valor acima do preço praticado no mercado – Descabimento – Ausência de devida comprovação do alegado – Representação administrativa emitida por Auditor-Fiscal da Receita Federal que não é suficiente para se imputar aos requeridos a ocorrência de prejuízo ao erário municipal – Ônus da prova que recai à parte autora – Inteligência do art. 373, inc. I, do CPC. Improcedência mantida. Reexame necessário e recurso do Autor improvidos.

(TJSP; Apelação/Remessa Necessária 0701540-77.2012.8.26.0695; Relator: Carlos Eduardo Pachi; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro de Nazaré Paulista - Vara Única; Data do Julgamento: 23/07/2019; Data de Registro: 23/07/2019)

RECURSOS DOS RÉUS – REEXAME NECESSÁRIO – Ação civil pública – (...) Improbidade administrativa que exige para a sua caracterização o elemento subjetivo – Ausência de dolo, culpa, má-fé ou desonestidade do agente público – Inexistência de prova de enriquecimento ilícito e prejuízo ao erário público – Não comprovação de que houve superfaturamento pelos serviços médicos prestados ao Município de Vargem – Ato ímprobo não configurado – A mera ilegalidade por si só não caracteriza ato de improbidade – O que se busca é a persecução do administrador ímprobo não o inábil – O Ministério Público não comprovou a ilegalidade, a lesividade, a falta de honestidade e a afronta a moralidade nos atos praticados pelos réus/apelantes, prejuízo ao erário público, superfaturamento, bem como que os serviços não foram efetivamente prestados – O "Parquet" não se desincumbiu do ônus de provar fato constitutivo do direito buscado (artigo 373, inciso I, do CPC), razão pela qual a improcedência

Acesso ao Sumário

da ação é de rigor. Precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo e do E. STJ - Sentença que julgou procedente a ação, reformada (ação improcedente) – Recursos dos réus, providos Reexame necessário, provido.

(TJSP; Apelação/Remessa Necessária 1008413-52.2018.8.26.0099; Relator: Marcelo L Theodósio; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Foro de Bragança Paulista - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 10/09/2019; Data de Registro: 10/09/2019)

ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – MUNICÍPIO DE UCHÔA – LICITAÇÃO – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE PUBLICAÇÕES DE ATOS OFICIAIS MUNICIPAIS – Alegação de irregularidades no certame, na modalidade convite, e de favorecimento para contratação direta da empresa vencedora Empresas convidadas com vínculo subjetivo Relação comercial, ademais, entre a empresa que elaborou o orçamento que serviu de parâmetro ao certame e a empresa vencedora – Para a configuração do ato de improbidade administrativa é imprescindível a presença do elemento subjetivo do dolo e da má-fé, o que não restou demonstrado nos autos Ausência, ademais, de dano ao erário e de enriquecimento ilícito – Valores ofertados pela empresa vencedora que se mostraram até pouco inferiores à média do mercado, e também do orçamento elaborado para a realização do certame – Necessidade de se distinguir os atos meramente ilegais ou irregulares, passíveis de correção na esfera administrativa, das condutas ímprobas propriamente ditas, sujeitas à aplicação das regras previstas na Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) – Precedentes do E. STJ e desta Corte – Sentença de improcedência mantida – Recurso desprovido.

(TJSP; Apelação Cível 1019874-50.2015.8.26.0576; Relator: Carlos von Adamek; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de São José do Rio Preto - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 31/10/2018; Data de Registro: 31/10/2018)

Acesso ao Sumário

Dessa forma, não se constata nas condutas do apelante a realização de ato de improbidade administrativa que atente contra os princípios da administração pública e cause prejuízo ao erário, tal como preconizado nos artigos 10 e 11 da Lei 8.429/92 e artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, pois conduta irregular não é sinônimo de ímproba.

No mais, nos termos dos parágrafos 2º e 3º, do artigo 1º da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92) incluídos pela Lei 14.230/21, considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos artigos 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente.

4. Diante disso, o recurso merece provimento, para julgar a ação improcedente em relação ao apelante.

5. Inaplicável à espécie o disposto no artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil.

6. Considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional aventada, observado que é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão tenha sido analisada.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003056-66.2020.8.26.0408, da Comarca de Ourinhos, em que é apelante/apelada VIVIANE KAROLAYNE MORAES ALVES, é apelado/apelante ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso do réu, prejudicado o do autor. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.085)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente) e MARCELO BERTHE.

São Paulo, 10 de julho de 2023.

NOGUEIRA DIEFENTHALER, Relator

Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO – DIREITO ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA – TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO – SUICÍDIO DE PRESO – CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA – AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO ESTADO.

Trata-se de ação de procedimento comum ajuizada em face da Fazenda pública Estadual responsabilizando-a pelo suicídio de preso com distúrbio mentais em presídio comum sem a devida vigilância necessária à sua proteção.

Decisão judicial que converteu a prisão flagrante em preventiva e não concedeu medida de segurança. Impossibilidade de submissão do detento à medida de

Acesso ao Sumário

segurança sem autorização judicial.

Medidas de proteção adotadas. Encarceramento em cela individual.

Culpa Exclusiva da vítima. Nexo de causalidade rompido. Enforcamento realizado com auxílio de lençol que, em tese, não apresenta risco à vida e garante o bem-estar do custodiado.

Reforma da sentença para julgar improcedente o pedido da parte autora. Recurso do particular prejudicado.

Recurso da Fazenda Pública provido.

VOTO

Vistos;

Trata-se de exame de recursos de apelação interpostos em face da r. sentença de fls. 847/854, cujo douto Prolator acolheu o pedido da parte autora e condenou a fazenda Pública à reparação em favor da parte autora em razão de danos morais alegadamente produzidos em razão do suicídio de seu irmão enquanto preso no *Centro de Detenção Provisória de Cerqueira César*, todavia em valor inferior ao pleiteado.

Irresignada, a parte autora apela objetivando a reforma da sentença para elevar o *quantum* arbitrado a título indenização por danos morais em valor não inferior a 300 salários-mínimos.

Por sua vez, nas razões da *Fazenda Pública Estadual*, o pleito é da reforma da sentença por ausência de responsabilidade pelo evento danoso, uma vez que não tinha ciência da enfermidade psíquica do detento e o mesmo estava em cela individual; ausência de nexo de causalidade, pois o instrumento utilizado para o ato de suicídio – lençol da cama, não representaria instrumento que cause perigo.

Acesso ao Sumário

Acha-se o recurso em ordem, devidamente processado e instruído com as contrarrazões das partes adversas.

Há oposição ao julgamento virtual (fls. 918).

É o relatório. Passo ao voto.

Conheço do recurso, presentes os requisitos de admissibilidade recursal – tempestivo e isento de preparo.

2. No mérito, **dou provimento** ao apelo da Fazenda Pública e considero prejudicado o recurso da parte autora.

Trata-se de recursos de apelação para reforma da sentença que condenou a Fazenda Pública a indenizar a parte autora no valor de R$ 25.000,00 pelo sui-

cídio do seu irmão, Hugo Nascimento Alves, 10 (dez) dias após ser privado de liberdade no Centro de Detenção Provisória de Cerqueira César/SP, em razão da prisão em flagrante pelo homicídio da genitora de ambos.

Aduz a parte autora que seu irmão sofria de distúrbios mentais, inclusive submetido a medida de segurança por crime anterior, portanto, não poderia ficar custodia em presídio comum e merecia atenção especial, sustentando a responsabilidade objetiva da Administração Pública pela guarda e cuidado do detento.

Em que pese a jurisprudência consolidada do Excelso Tribunal sobre a responsabilidade objetiva do Estado (Tema 592 com repercussão geral), *in casu*, é necessário atentar-se para as peculiaridades desta lide e o *distinguishing* com o paradigma fixado pela Corte.

O magistrado *a quo* acolheu o pedido da parte autora, fundamentando o *decisum* na responsabilidade de cuidado do Estado e a ausência de elementos aptos a ensejarem o rompimento do nexo causal entre a omissão no dever de cuidado e o dano experimentado pela autora.

Incontestável é o fato da Administração Pública, à época da custódia, ter condições de conhecer da enfermidade psíquica do custodiado, pois em sua folha de antecedentes criminais, há menção expressa da medida de segurança a qual foi anteriormente submetido (fls. 490), como bem observado pelo magistrado sentenciante. No entanto, como a submissão à medida de segurança depende de autorização do juiz competente e, ao que consta, **até aquele momento havia apenas decisão convertendo a prisão em flagrante para preventiva, afastando a aplicação de medida de segurança** (fls. 504/507), enquanto o irmão da parte autora estava em custódia no centro de detenção provisória em cumprimento a ordem judicial, as medidas possíveis foram adotadas, como o encarceramento em cela individual.

Assumir a posição de que a cela individual equipada com roupas de cama, como o lençol, apresentava um risco anormal à vida da vítima, nos atrairia a alegações antagônicas, como, por exemplo, as condições precárias nas quais o detento estaria submetido, por ausência de equipamentos básicos para saúde e bem-estar, como o objeto utilizado para a prática do suicídio. Logo, considero que **a Administração Pública não faltou com o dever de cuidado**, sendo que o óbito decorreu por exclusiva culpa da vítima, circunstância que rompe o nexo de causalidade e afasta a responsabilidade do ente público.

As lições doutrinárias preceituam a responsabilidade objetiva da Administração Pública prevista no art. 37, §6º da Carta Marga com fundamento na teoria do risco administrativo.

Para esta teoria, o Estado é um maior detentor de poder em comparação aos administrados, assim, deve assumir maiores riscos, admitindo-se, contudo, excludentes do nexo de causalidade entre o evento e o dano. Em assim sendo,

Acesso ao Sumário

apesar do Estado assumir o risco e o dever de proteção dos presos, danos que ocorram por culpa exclusiva da vítima, afastam a responsabilidade estatal.

Neste sentido há precedentes desta C. Câmara e E. Tribunal de justiça:

RECURSOS DE APELAÇÃO E *EX OFFICIO* EM AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS EM DECORRÊNCIA DE MORTE DE DETENDO NAS DEPENDÊNCIAS DA PENITENCIÁRIA DE TREMEMBÉ. SUICÍDIO. DETENTO SOZINHO NA CELA. Não demonstração que a morte decorreu de omissão ou ação dos agentes estatais. Documentos demonstrando que a morte decorreu de suicídio com corda feita com lençol – asfixia mecânica por enforcamento. Inexistência de nexo de causalidade entre a conduta do agente público e o evento morte ocorrido. Ausência do dever de indenizar. Precedentes. Sentença reformada para julgar a ação julgada totalmente improcedente. Recurso fazendário e *ex officio* providos e recurso dos particulares prejudicado. (TJSP; Apelação/Remessa Necessária 1011563-28.2019.8.26.0577; Relator: Marcelo Berthe; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro de São José dos Campos - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 29/04/2021; Data de Registro: 29/04/2021)

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – Suicídio de detento falecido em unidade prisional – Pedido de indenização moral – Imputação de omissão estatal – Nenhuma evidência de negligência administrativa – Evento voluntário e premeditado pelo detento, atestado na prova pericial – Agentes penitenciários cumpriram suas atribuições de vigilância – Ausência do dever de reparar O Estado não é segurador universal – Ação julgada improcedente – Apelação não provida. (TJSP; Apelação Cível 1000373-33.2016.8.26.0655; Relator: Fermino Magnani Filho; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro de Várzea Paulista - 1ª Vara; Data do Julgamento: 03/02/2020; Data de Registro: 06/02/2020)

APELAÇÃO CÍVEL. Indenização por danos materiais e morais. Morte de preso na Unidade Prisional "Valentim Alves da Silva", no município de Marília. Suicídio. Sentença de improcedência do pedido mantida. 1. Responsabilidade Civil do Estado. Morte genitor do autor. Detento que cumpria prisão em regime fechado e estava só na cela. Laudo necroscópico que concluiu que sua morte se deu por enforcamento mecânico – suicídio. Conjunto probatório hábil a demonstrar a ausência do nexo de causalidade entre a omissão do Estado e o evento morte. O Estado somente pode ser responsabilizado pela morte ou suicídio de detentos se comprovada a inobservância de seu dever específico de proteção à integridade física e moral dos presos – Tema 592 do STF no RE 841.526/RS. 3. Honorários Advocatícios. Majoração em observância ao art. 85, § 11 do

Acesso ao Sumário

CPC. 4. Negado provimento ao recurso. (TJSP; Apelação Cível 1000236-52.2022.8.26.0037; Relator: Oswaldo Luiz Palu; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro de Araraquara - 1º Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 14/03/2023; Data de Registro: 14/03/2023)

Diante todo o exposto, o pedido inicial não merece ser acolhido, por ausência de responsabilidade do Estado, devendo a sentença ser reformada. Em consequência, considero prejudicado o recurso de apelação interposto pelo particular.

Honorários advocatícios fixados no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, nos termos do art. 85 do CPC, observada a gratuidade de justiça deferida a parte autora (fls. 550).

Posto isso, voto no sentido de dar **provimento** ao recurso da Fazenda Pública para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido formulado na inicial.

Eventuais recursos que sejam apresentados em decorrência deste julgado estarão sujeitos a julgamento virtual, nos termos da resolução nº 772/2017. No caso de discordância, deverá ela ser manifestada no momento de apresentação do novo recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Cível nº 1028958-28.2021.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante/apelado FUNDO DE PROMOÇÃO E DE PROPAGANDA DO BOULEVARD SHOPPING BAURU, é apelado/apelante FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - PROCON.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U. (Sustentou oralmente o Dr. Patrick Nunes Battaiola, OAB/SP nº 459.1490).", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.268)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO DIP (Presidente sem voto), OSCILD DE LIMA JÚNIOR e AFONSO FARO JR..

São Paulo, 25 de julho de 2023.

JARBAS GOMES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: ATO ADMINISTRATIVO. Pedido de anulação ou redução da multa aplicada pelo PROCON.

Procedência parcial. Violação aos artigos 31, *caput*, e 37, parágrafo 1.º, do CDC. Ato configurado como propaganda enganosa. Conduta infracional praticada por não informar no material publicitário de forma ostensiva, mas utilizando caracteres diminutos e imperceptíveis, os limitadores de direitos no resgate de brindes. Campanha publicitária que veiculou os dizeres "*COMPROU GANHOU – R$300,00 EM COMPRAS = 1 CHOCOTTONE*". Alegação do autor de que a promoção estava condicionada a apenas uma sobremesa por CPF. Existência de mensagem ambígua se a cada R$300,00 o consumidor teria direito a um brinde a mais. Limites que foram impressos de forma imperceptível, em outra direção, ou até foram ausentes. Legitimidade e veracidade do ato administrativo. Sentença recorrida que reduziu o valor da multa pela metade. Manutenção. PROCON que estabeleceu balizas objetivas para a graduação do valor da sanção, mas deve-se observar o equilíbrio entre a punição e sua função educativa. Sentença mantida.

RECURSOS NÃO PROVIDOS.

VOTO

Trata-se de ação proposta por *FUNDO DE PROMOÇÃO E DE PROPAGANDA DO BOULEVARD SHOPPING BAURU, em face da FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR DO ESTADO DE SÃO PAULO – PROCON/SP*, em que pede que seja declarado nulo ou insubsistente o auto de infração nº 51508-D8 lavrado contra si ou, subsidiariamente, seja reduzida a multa aplicada.

A r. sentença, cujo relatório se adota, julgou parcialmente procedente o pedido para o fim de redimensionar a multa, diminuindo-a para R$50.678,18. Condenou as partes com custas e honorários advocatícios ao patrono da parte contrária, fixados em 10% do valor da condenação.

O autor interpôs apelação, em que requer a reforma do julgado, e que seja afastada a sucumbência. Sustenta, em síntese, a nulidade ou insubsistência do auto de infração, diante da ausência de circunstância ensejadora da sanção.

O réu também apresentou recurso, em que pede que seja julgada totalmente improcedente a demanda. Defende que a multa foi aplicada em valor correto.

Foram apresentadas contrarrazões pelo réu, e o autor não se manifestou.

Acesso ao Sumário

É o breve relato.

Os recursos não comportam provimento.

Pondera-se, de plano, que, embora não seja dado ao Judiciário pronunciar-se sobre o mérito administrativo, vale dizer, sobre a conveniência, a oportunidade, a eficiência ou a justiça do ato, é possível o exame de seus motivos determinantes.

Tem-se que "*os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade devem nortear a Administração Pública como parâmetros de valoração de seus atos sancionatórios, por isso que a não observância dessas balizas justifica a possibilidade de o Poder Judiciário sindicar decisões administrativas*" (RMS nº 28.208, 1ª T., rel. Min. LUIZ FUX, j. em 25.2.2014).

No caso, depreende-se que o autor foi autuado pelo PROCON por violação aos artigos 31, *caput*, e 37, parágrafo 1.º, do Código de Defesa, diante de ato configurado como propaganda enganosa.

Restou averiguado que o fornecedor incorreu na conduta infracional de não informar no material publicitário de forma ostensiva, mas utilizando caracteres diminutos e imperceptíveis, os limitadores de direitos no resgate de brindes, qual seja, o limite para o consumidor ganhar o brinde do *Chocottone Bauducco* para compra no valor de R$300,00 (fl. 133).

A multa foi aplicada em R$101.356,36 (fl. 155).

Busca o autor anular a multa ou reduzi-la, sob a alegação de que houve correta exposição das informações de consumo (CDC, art. 31, *caput*), e que não ocorreu de propaganda enganosa (CDC, art. 37, § 1.º).

Em que pese as alegações do autor, verifica-se que a aplicação da multa é hígida, sobretudo porque os fatos tratados na autuação são capazes de afrontar os direitos do consumidos defendidos pela instituição.

Neste contexto, nota-se que o autor realizou campanha publicitária denominada "*TODO NATAL TEM UM LADO BOULEVARD 2019*" e veiculou os dizeres "*COMPROU GANHOU R$300,00 EM COMPRAS = 1 CHOCOTTONE BAUDUCCO*", conforme as imagens encartadas às fls. 317/324.

Por meio destas, é possível verificar a existência de mensagem ambígua se a cada R$300,00 o consumidor teria direito a um brinde a mais.

O autor aduz que a promoção estava condicionada a apenas uma sobremensa por CPF.

Mas, conforme assentado no auto de infração, esta informação não foi prestada de forma suficiente, mas em caracteres diminutos e imperceptíveis.

Não merece guarida as suposições do autor no sentido de que a imputação incorreu em ampliação do sentido léxico, gramatical e interpretativo da frase original. Ainda que não se inferisse literalmente que "*a cada R$300,00 em*

Acesso ao Sumário

compras ganhe 1 Chocottone da Casa Bauducco", a frase original em fontes grandes e ilustrações não estabelece a limitação que regeria a campanha.

Aliás, os apontados limites foram impressos de forma imperceptível, em outra direção, ou até foram ausentes. Faltaram, então, informações suficientes para o consumidor entender que poderia resgatar somente um produto por CPF.

Deste modo, é possível sim ocorrer interpretação ampliativa pelo consumidor da campanha veiculada única e exclusivamente pelo fornecedor.

Observa-se, neste ponto, que é dever deste, em sua publicidade, veiculá-la de forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal, conforme regra expressa no art. 36 do CDC.

A conduta tratada aqui, sem dúvida, configura prática abusiva, ao ofertar produtos com informações inseguras, e induzir o consumidor em erro quanto às características e quantidade do produto.

Com efeito, há ofensa ao Código de Defesa do Consumidor, no tocante aos art. 31, *caput*, e 37, §1º, que ditam:

> *"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. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.*
>
> § 1° É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços."

Assim, diante da presunção de legitimidade e veracidade do ato administrativo, o qual restou considerado válido, deve prevalecer a autuação e aplicação de multa.

Acesso ao Sumário

Quanto ao valor desta, verifica-se que originalmente foi aplicada em R$101.356,36. A r. sentença reduziu- a para R$50.678,18.

Ambas as partes recorrem nesse ponto. O réu pretende manter o valor original, já o autor busca reduzir ainda mais a penalidade para R$1.506,22.

Com efeito, para aplicar o valor da multa, deve- se considerar a natureza da infração e o porte econômico do autor, conforme os artigos 56, *caput* e inciso I, e 57 da Lei federal nº 8.078/1990. Confira-se o teor destes:

> **Lei federal nº 8.078/1990**
>
> *"Artigo 56. As infrações das normas de defesa do consumidor fi-*

cam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:

I - multa; (...)"

"Artigo 57. A pena de multa, graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor, será aplicada mediante procedimento administrativo, revertendo para o Fundo de que trata a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, os valores cabíveis à União, ou para os Fundos estaduais ou municipais de proteção ao consumidor nos demais casos.

Parágrafo único. A multa será em montante não inferior a duzentas e não superior a três milhões de vezes o valor da Unidade Fiscal de Referência (Ufir), ou índice equivalente que venha a substituí-lo."

Além disso, o PROCON estabeleceu balizas objetivas para a graduação do valor da sanção, o que se depreende da Resolução n. 57/2019, citada na r. sentença.

No que concerne à impugnação da estimativa econômica realizada pelo PROCON, a redação do art. 33 da Portaria Normativa n. 57/2019-PROCON/SP é clara ao estabelecer que esta poderá ser feita no prazo para apresentação de defesa. Ocorre que, quando da apresentação da defesa, o autor não apresentou impugnação à estimativa, mas apenas defesa genérica quanto à desproporcionalidade do valor arbitrado (fls. 69/74 e 90/101).

Apenas em sede de recurso e judicialmente, quando a matéria já se encontrava preclusa, o auto ampliou o conteúdo de sua defesa, e passou a sustentar a incorreção da estimativa econômica realizada pelo PROCON.

Destarte, ao contrário do que aduz o autor apelante, assiste razão ao MM. Juiz sentenciante, sobre a inexistência de qualquer desproporcionalidade ou irrazoabilidade no procedimento.

Por outro lado, ressalta-se que a multa aplicada pelo PROCON tem um caráter educativo ao promover a conscientização dos fornecedores sobre práticas abusivas e infrações relacionadas aos direitos do consumidor. Além de punir o infrator, busca-se incentivar a adoção de medidas corretivas e prevenir reincidências.

As penalidades financeiras funcionam como um estímulo para práticas comerciais mais éticas, transparentes e em conformidade com a legislação, contribuindo para a proteção dos direitos do consumidor e a disseminação de um ambiente de respeito e responsabilidade no mercado de consumo.

Nesse passo, considerando as premissas postas em juízo, revela-se pudente a redução aplicada na r. sentença, que mantém o caráter educativo da multa, sem onerar demasiadamente o fornecedor.

Pois, é importante que a multa seja proporcional à conduta capaz de gerar

Acesso ao Sumário

dano coletivo ao consumidor, garantindo assim um equilíbrio entre a punição e sua função educativa.

Sendo assim, era mesmo o caso de parcial procedência do pedido formulado pela parte autora.

Nota-se que cada parte foi condenada ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, segundo a própria sucumbência, em consonância aos artigos 86 e 87, do Código de Processo Civil, o que deve ser confirmado.

Mantém-se, portanto, a r. sentença.

Em função da interposição do recurso de apelação, são devidos honorários recursais (artigo 85, §1º e 11 do Código de Processo Civil), de modo que se acresce à verba honorária já estabelecida em Primeiro Grau, o montante de 2% (dois por cento), em desfavor de cada apelante.

Isto posto, nega-se provimento aos recursos, nos termos retro especificados.

Eventual insurgência apresentada em face deste acórdão estará sujeita a julgamento virtual, nos termos da Resolução nº 549/2011 do Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça, ressaltando-se que as partes poderão, no momento da apresentação do recurso, opor-se à forma do julgamento ou manifestar interesse no preparo de memoriais. No silêncio, privilegiando-se o princípio da celeridade processual, prosseguir-se-á o julgamento virtual, na forma dos §§ 1º a 3º do artigo 1º da referida Resolução.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1056142-76.2022.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes VIX LOGÍSTICA S/A, VIAÇÃO SALUTARIS E TURISMO S/A, VIAÇÃO SALUTARIS E TURISMO S/A, AUTOPORT TRANSPORTES E LOGÍSTICA LTDA., AUTOPORT TRANSPORTES E LOGÍSTICA LTDA., VIX LOGÍSTICA S/A, VIX TRANSPORTES DEDICADOS LTDA., VIX TRANSPORTES DEDICADOS LTDA., VIX LOGÍSTICA S/A, VIX LOGÍSTICA S/A e AUTO PORT TRANSPORTES E LOGÍSTICA LTDA., é apelado 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: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.293)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente sem voto), DANILO PANIZZA e LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 31 de julho de 2023.

VICENTE DE ABREU AMADEI, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Ação declaratória – ICMS – Diferencial de Alíquota – **Pretensão com o escopo de afastar a cobrança do ICMS/DIFAL para o exercício de 2022, em razão dos princípios da anterioridade anual e nonagesimal, diante da publicação da Lei Federal Complementar 190/2022 e da Lei Estadual 17.470/2021, posteriores ao julgamento, pelo E. STF, do tema de repercussão geral 1.093, relativo ao RE 1.287.019, rel. Min. Marco Aurélio, conjuntamente com a ADI 5464, em que se fixou o entendimento de que depois da EC 87/2015, a cobrança do diferencial de alíquota do ICMS exige lei complementar – Previsão expressa tanto na Lei Complementar Federal 190/2022, que veicula normas gerais sobre o tributo, quanto na Lei Estadual 17.470/2021, de observância da anterioridade nonagesimal Lei Estadual 17.470/2021, que efetivamente institui o tributo (publicada no exercício de 2021) e respeita a anterioridade anual (com relação ao exercício de 2022) – Ausência de ato formal, concreto e específico de fiscalização tributária, em sentido contrário às disposições legais expressas – Lei Complementar Federal 190/2022, que veicula somente normas gerais sobre o tributo, configura apenas implemento de condição de eficácia para exação do tributo, sem instituir o imposto ou aumentar a carga tributária – Analogia ao enunciado do Tema 1.094/STF – Ausência de afronta ao art. 150, III, "b", da Constituição Federal – Sentença de improcedência mantida – RECURSO DESPROVIDO.**

VOTO

Trata-se de apelação (fls. 167/178) interposta por **Vix Logística S/A e outros**, em ação declaratória ajuizada contra **Estado de São Paulo**, em face da r. sentença (fls. 141/143), que julgou improcedente a demanda, condenando os

Acesso ao Sumário

autores ao pagamento das despesas processuais e da verba honorária de 10% sobre o valor atualizado da causa.

Os embargos de declaração opostos pela impetrante foram rejeitados.

A apelante pretende a reforma da r. sentença, sustentando, em resumo, que: **(a)** para a regular cobrança do ICMS-DIFAL em foco (exercício de 2022), não basta observar a anterioridade nonagesimal, mas também é preciso respeitar a anterioridade anual; **(b)** com a declaração da inconstitucionalidade do Convênio Confaz nº 93/2015, que previa a cobrança do ICMS-DIFAL, qualquer norma posterior configurará nova hipótese de incidência e, portanto, devem ser respeitados os princípios da anterioridade anual e nonagesimal contidos no art. 150, III, "b" e "c" da CF/88; **(c)** diante da inexistência de uma norma válida e eficaz, no ordenamento jurídico, prevendo a cobrança do ICMS-DIFAL, qualquer norma superveniente ensejará a criação de nova hipótese de incidência; **(d)** sobrevindo a Lei Complementar após o prazo da modulação dos efeitos no RE nº 1.287.019, a nova norma deverá guardar pertinência e obediência aos ditames do ordenamento jurídico vigente, especialmente em relação aos limites constitucionais ao poder de tributar; **(e)** o princípio da anterioridade do exercício financeiro disposto no art. 150, III, "b" da CF/88 é reconhecido pela jurisprudência; **(f)** não é facultada outra interpretação, a não ser a de que o princípio constitucional da anterioridade de exercício deve ser resguardado.

O recurso foi processado, contrariado (fls. 190/214), e os autos subiram a este E. Tribunal de Justiça.

É o relatório, em acréscimo ao da r. decisão recorrida.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade do recurso.

Trata-se de ação declaratória com o escopo de declarar a exigibilidade do crédito tributário devido ao Estado de São Paulo relativo às operações interestaduais, nas aquisições de bens de uso e consumo, realizadas por contribuinte consumidor final, sujeitas ao diferencial de alíquota de ICMS, até a promulgação de estadual válida ou, subsidiariamente, para o exercício de 2022.

Acesso ao Sumário

Inicialmente, observe-se que, diante do julgamento pelo E. STF do tema de repercussão geral 1.093, relativo ao RE 1.287.019, rel. **Min. Marco Aurélio**, conjuntamente com a ADI 5464, fixou-se o entendimento de que, depois da EC 87/2015, a cobrança do diferencial de alíquota do ICMS exige lei complementar. Houve modulação de efeitos, para que tal entendimento fosse aplicável a partir do exercício financeiro de 2022, salvo limitadas exceções. Como exceção à modulação de efeitos, estão os casos do SIMPLES NACIONAL, em operações realizadas após 18.02.2016 (Cláusula nona do Convênio Confaz 93/2015, na data de concessão da medida cautela na ADI 5464), bem como as ações judiciais em curso.

Nesse passo da lide, então, a discussão passa pela evidência de que essa

lei complementar já está em vigor, mas, porque publicada apenas em 2022, fica o debate pertinente à sua exigibilidade apenas para o ano de 2023, em atenção ao princípio da anterioridade anual.

Então, nesse ponto, a lide gira em torno da Lei Estadual nº 17.470/2021 e da Lei Complementar Federal nº 190/2022, com pretensão de fixar a possibilidade da cobrança do ICMS, nos termos do Convênio 51/2000, tal como o ICMS-DIFAL apenas a partir do exercício do financeiro de 2023, entendendo-se inviável a exação para o ano de 2022 por ofensa aos princípios da anterioridade nonagesimal e anual, sobretudo este último (inserto no art. 150, III, "b", da CF).

Respeitado o entendimento diverso, penso inexistir afronta aos princípios da anterioridade que comprometa a exação tributária, inclusive no exercício de 2022.

De fato, neste novo cenário legal, foi promulgada, em 4 de janeiro de 2022, a Lei Complementar Federal 190 de 2022, veiculando normas gerais sobre o ICMS-DIFAL.

E, no Estado de São Paulo, foi promulgada, em 13 de dezembro de 2021, a Lei Estadual 17.470/2021, que altera a Lei 6.374/1989 (que dispõe sobre a instituição do ICMS), a respeito do ICMS-DIFAL.

A argumentação nuclear é a de que, em razão de a Lei Complementar Federal ter sido publicada em 2022, somente a partir de 2023 poder-se-á cobrar o ICMS-DIFAL, em razão da anterioridade anual, e a promulgação de uma lei estadual de São Paulo, publicada com base nas previsões trazidas pela LC nº 190/2022, observando-se o princípio da anterioridade.

Ora, até o momento, não há jurisprudência sedimentada sobre a questão, tampouco decisão específica de efeitos vinculantes.

Não se desconhece que foram ajuizadas as ADIs nº 7066, 7070 e 7078, porém, elas ainda encontram-se pendentes de julgamento e não houve qualquer determinação do STF para suspensão dos processos em andamento a respeito do tema.

E, ainda, não se pode deixar de observar, *prima facie*, que há dispositivos expressos nas leis mencionadas, a respeito da anterioridade nonagesimal.

Neste sentido, a Lei Complementar Federal 190/2022, que trata de normas gerais sobre a matéria, traz o seguinte enunciado normativo em seu art. 3°: *Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação, observado, quanto à produção de efeitos, o disposto na alínea "c" do inciso III do caput do art. 150 da Constituição Federal*, certo que a menção ao art. 150, III, "c", da CF trata da anterioridade nonagesimal.

Por sua vez, a Lei Estadual 17.470/2021 que, a rigor, institui o ICMS-DIFAL no Estado de São Paulo, publicada em 2021, prescreve em seu art. 4°: *Esta lei entra em vigor em 90 (noventa) dias a contar da data de sua publica-*

Acesso ao Sumário

ção, observado o disposto no art. 150, inciso III, alínea "b", da Constituição Federal, certo que a menção ao art. 150, III, "b", da Constituição Federal trata da anterioridade anual.

Há, portanto, tanto na Lei Complementar Federal, a respeito de normas gerais sobre o ICMS-DIFAL, como na Lei Estadual, que efetivamente institui o ICMS-DIFAL, no Estado de São Paulo, previsão expressa de observância da anterioridade nonagesimal.

Assim, para a anterioridade nonagesimal, dúvida inexiste quanto à necessidade de sua observância, no molde acima regrado. E não há nenhum ato administrativo indicativo de que o Fisco não irá observar tal anterioridade.

Logo, neste cenário, uma vez que há lei expressa no sentido de observância da anterioridade nonagesimal, somente ato formal, concreto e específico de fiscalização ou cobrança tributária, em sentido contrário à previsão legal, poderia ensejar ilegalidade ou violação de direito evidente, aptos a autorizar tutela jurisdicional provisória, para afastar a exigibilidade do tributo.

Sem este ato formal, concreto e específico, mas somente por argumentação abstrata a respeito da legislação tributária pertinente, não se vê fundamentação jurídica relevante na judicialização, ainda que de forma preventiva, diante de lei expressa a respeito, à qual a fiscalização tributária está vinculada.

Fica, pois, a questão reduzida à anterioridade anual.

Nesse passo, na Lei do Estado de São Paulo há previsão expressa também da anterioridade anual, e essa lei foi publicada ainda no exercício de 2021, a indicar a viabilidade da exação tributária para o ano de 2022, sem desrespeito ao princípio da anterioridade anual.

Entretanto, não se pode negar que a Lei Complementar Federal, vigente apenas em 2022, poderia, em princípio, por atração do art. 150, III, "b", da Constituição Federal, justificar o entendimento de que, em respeito à anterioridade anual, a exação do ICMS-DIFAL apenas poderia ocorrer a partir de 2023.

Contudo, *data venia*, essa não é a melhor interpretação.

Acesso ao Sumário

De fato, é preciso observar que a lei que efetivamente institui o ICMS-DIFAL é a lei estadual, publicada no exercício de 2021, para a qual a anterioridade anual é, portanto, respeitada. A instituição, ou seja, a existência e a validade da regular exação tributária, se opera por essa lei estadual, e não pela referida lei complementar federal, que apenas lhe agrega fator de eficácia.

A lei complementar federal (de 2022), portanto, que não institui o tributo, apenas veicula normas gerais sobre o imposto instituído (pela lei estadual de 2021), e, expressamente, apenas contém previsão de observância da anterioridade nonagesimal, fazendo tábula rasa da necessidade de atender à anterioridade anual em relação à ela (lei complementar), também indica a suficiência da lei estadual anterior (de 2021) para observância do prescrito no art. 150, III, "b",

da Constituição Federal.

E mais, não se olvide que a Lei Complementar 190/2022, não apenas estabelece normas gerais, mas apresenta conjunto normativo (geral) que está em sintonia com os comandos da Lei Estadual 17.470/2021 (ICMS-DIFAL), sem importar em instituição de tributo ou impor algum aumento de carga tributária. Isso, pois, confirma e revela cuidar-se de pura disciplina normativa geral, que teve a única função de conferir eficácia à referida lei estadual (e, daí, à exação do tributo por ela moldado e instituído em 2021, sem aumento de imposto).

Em outras palavras, a norma do art. 150 III, "b", da Constituição Federal veda tão somente a cobrança do tributo "*no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou*" (*sic*), e, no caso, a Lei Complementar Federal 190/2022 não instituiu nem aumentou o ICMS-DIFAL.

À interpretação referida – que informa, no caso, a suficiência do respeito à anterioridade anual pela vigência da lei estadual, a permitir a regular exação do ICMS-DIFAL já em 2022, considerando a superveniência da lei completar apenas como implemento de condição de eficácia, antes suspensa –, também se pode agregar, por analogia, o enunciado do Tema 1094/STF (RE 1.221.330-SP), que, para a hipótese do ICMS-Importação reconheceu a legitimidade da exação do imposto, nada obstante a antecedência da lei estadual em relação à lei complementar federal, na medida em que essa lei apenas atuou com implemento de condição de eficácia daquela:

> *"I - Após a Emenda Constitucional 33/2001, é constitucional a incidência de ICMS sobre operações de importação efetuadas por pessoa, física ou jurídica, que não se dedica habitualmente ao comércio ou à prestação de serviços, devendo tal tributação estar prevista em lei complementar federal. II - As leis estaduais editadas após a EC 33/2001 e antes da entrada em vigor da Lei Complementar 114/2002, com o propósito de impor o ICMS sobre a referida operação, são válidas, mas produzem efeitos somente a partir da vigência da LC 114/2002".*

Não se olvide que, no caso do Tema 1094/STF, a lei estadual (promulgada antes da lei complementar federal) em exame era a Lei Estadual 11.001/01, e a lei complementar correlata era a Lei Complementar Federal 114/02, ou seja, aquela de 2001 e a última de 2002; e, mesmo assim, aquela (a lei estadual e as exações tributárias nela fundadas) foram consideradas válidas, sem vício algum, a incluir, portanto, ainda que implicitamente, a nota de ausência de ofensa ao princípio da anterioridade anual. Entendeu-se, pois, inicialmente, que era "*válida a incidência do imposto sobre importação com base na Lei Estadual 11.001/2001, uma vez que a norma foi editada após a EC 33/2001, estando apenas a sua eficácia suspensa até a edição da LC 114/2002, conforme se depreende do julgamento do RE 1.219.103-ED-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 12/12/2019*" (RE 1.221.330-SP), e, depois, ante a divergência

Acesso ao Sumário

de entendimentos, o Plenário do E. STF acolheu essa linha de entendimento, fixando aquela tese jurídica vinculante (Tema 1094/STF).

Neste rumo, embora ainda em sede de agravo de instrumento, mas com fundamentos de fundo no mesmo norte deste voto, confira: AI 2033487-58.2022.8.26.0000, rel. **Des. Claudio Augusto Pedrassi**, j. 15/03/22; AI 2032294-08.2022.8.26.0000, rel. **Desª. Maria Laura Tavares**, j. 20/03/22.

Com essas razões, forçoso reconhecer a inexistência do direito invocado pelos autos a não exação tributária no exercício de 2022.

Por fim registra-se o expediente SFP-EXP-2022/10883 da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, em que foi aprovada a postura administrativa de não se cobrar o DIFAL em relação às operações ocorridas no período de 01.01.2022 a 31.03.2022.

Com essas razões, forçoso reconhecer a inexistência de ilegalidade, de afronta ao art. 150, III, "b", da Constituição Federal, bem como do direito invocado pelos autores neste feito.

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 óbice recursal, dou por prequestionados todos os artigos de lei referidos neste voto e, pelas partes, nesta fase recursal.

Pelo exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso dos autores, elevando o valor da verba honorária a que foram condenados em 1% (um por cento) ante o acréscimo da fase recursal (art. 85, § 8º, do CPC).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1033999-18.2018.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante AUFER CONSTRUTORA E ENGENHARIA LTDA. (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL), é apelado MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO.

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, em julgamento estendido, deram parcial provimento ao recurso, sendo contrário o 3º juiz, que declara voto", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.762)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente), GERALDO XAVIER, JOÃO ALBERTO

Acesso ao Sumário

PEZARINI e WALTER BARONE.

São Paulo, 3 de agosto de 2023.

REZENDE SILVEIRA, Relator

Ementa: APELAÇÃO – EMBARGOS À EXECUÇÃO – IPTU – Exercícios de 2007 a 2010 – Recuperação judicial da executada que não constitui óbice ao prosseguimento da execução fiscal – Tema repetitivo 987 cancelado pelo Superior Tribunal de Justiça – Não obstante, há necessidade de submeter os atos constritivos ao juízo da recuperação – Aplicação da nova redação do artigo 6º da Lei nº 11.1101/2005 e entendimento adotado pelo STJ no julgamento do REsp. n. 1.694.261/SP – Irrelevância da ausência de dois melhoramentos públicos nos imóveis tributados – Imóvel oriundo de loteamento regular, situado em área considerada urbana pela legislação local – Legalidade da tributação, à luz do artigo 32 , § 2º, do CTN e Súmula 626 do STJ – Alegação de recolhimento de ITR – Irrelevância – Necessidade de se comprovar a destinação à exploração agrícola ou pecuária – Ausência de comprovação nesse sentido – Lei Complementar Municipal nº 492/2015 que concedeu isenção aos imóveis situados nos loteamentos Auferville I, II, III, IV e V, vigente somente a partir de 01 de janeiro de 2016, não alcançando os exercícios anteriores e que não permite interpretação extensiva, com efeitos retroativos – Sentença reformada em parte – Recurso provido em parte apenas para determinar a submissão de atos constritivos ao Juízo da Recuperação Judicial.

VOTO

Vistos.

Trata-se de tempestivo recurso de apelação interposto por **AUFER CONSTRUTORA E ENGENHARIA LTDA.**, por meio do qual objetiva a reforma da sentença de fls. 314/316, integrada pela decisão de fls. 325, que julgou improcedentes os embargos, impondo-lhe o pagamento da sucumbência, fixada a verba honorária em 15 % (quinze por cento) sobre o valor da execução fiscal (R$ 2.044,96 para agosto de 2018).

Acesso ao Sumário

Sustenta, em suma, que é caso de suspensão do processo para viabilizar sua recuperação; que a área foi incluída em perímetro urbano, não sendo urbanizável ou de expansão urbana; que no local inexistem melhoramentos previstos no art. 32, § 1º, do Código Tributário Nacional; que o loteamento foi regularmente aprovado por órgãos administrativos; que goza da isenção prevista na Lei Complementar Municipal n. 492/15; que há excesso de penhora, pois o valor do imóvel penhorado supera o débito e que deve ser observado o art. 805 do Código de Processo Civil;

Contrarrazões a fls. 349/362.

É o relatório.

Ao contrário do que alegado pela apelante, não é caso de suspensão.

A Lei n. 11.101/05, dispõe em seu artigo 6º que: "**A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial implica: I - suspensão do curso da prescrição das obrigações do devedor sujeitas ao regime desta Lei; II - suspensão das execuções ajuizadas contra o devedor, inclusive daquelas dos credores particulares do sócio solidário, relativas a créditos ou obrigações sujeitos à recuperação judicial ou à falência; III - proibição de qualquer forma de retenção, arresto, penhora, sequestro, busca e apreensão e constrição judicial ou extrajudicial sobre os bens do devedor, oriunda de demandas judiciais ou extrajudiciais cujos créditos ou obrigações sujeitem-se à recuperação judicial ou à falência. [...] § 7º-B. O disposto nos incisos I, II e III do *caput* deste artigo não se aplica às execuções fiscais, admitida, todavia, a competência do juízo da recuperação judicial para determinar a substituição dos atos de constrição que recaiam sobre bens de capital essenciais à manutenção da atividade empresarial até o encerramento da recuperação judicial, a qual será implementada mediante a cooperação jurisdicional, na forma do art. 69 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), observado o disposto no art. 805 do referido Código**".

No dia 26 de junho de 2022, o Superior Tribunal de Justiça cancelou o Tema repetitivo 987, por votação unânime.

Acesso ao Sumário

O Ministro Relator Mauro Campbell Marques: "**Na verdade, cabe ao juízo da recuperação judicial verificar a viabilidade da constrição efetuada em sede de execução fiscal, observando as regras do pedido de cooperação jurisdicional (art. 69 do CPC/2015), podendo determinar eventual substituição, a fim de que não fique inviabilizado o plano de recuperação judicial. Constatado que não há tal pronunciamento, impõe-se a devolução dos autos ao juízo da execução fiscal, para que adote as providências cabíveis. Isso deve ocorrer inclusive em relação aos feitos que hoje encontram-se sobrestados em razão da afetação do Tema 987**" (REsp. n. 1.694.261/SP, 1ª Seção, rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES).

Assim, não há óbice ao prosseguimento de execuções fiscais é possível a

penhora ou arresto.

No entanto, atos constritivos devem ser submetidos ao Juízo da Recuperação.

Esse vem sendo o entendimento adotado pelas Câmaras Especializadas em tributos municipais, como se vê das ementas a seguir transcritas:

> **"TRIBUTÁRIO – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – IPTU – EXERCÍCIO DE 2019 – MUNICÍPIO DE JANDIRA. Decisão que rejeitou a exceção de pré-executividade. Recurso interposto pela executada. ILEGITIMIDADE PASSIVA – INOCORRÊNCIA – Executada, compromissária vendedora, que não juntou a matrícula atualizada do imóvel aos autos – Presunção de veracidade da Certidão de Dívida Ativa não elidida – Legitimidade concomitante do compromissário vendedor e do promitente comprador para figurar no polo passivo da execução fiscal – Inteligência do artigo 34 do Código Tributário Nacional – Precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça e dessa C. 15ª Câmara de Direito Público. RECUPERAÇÃO JUDICIAL – O deferimento do pedido de recuperação judicial não ocasiona a suspensão do andamento de ação de execução fiscal de créditos tributários ou não tributários, conforme disposição expressa do artigo 6º, § 7º da Lei Federal nº 11.101 de 2005 e do artigo 29 da Lei Federal nº 6.830 de 1980 – Hipótese de suspensão do andamento da execução não verificada – Precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça e desse E. Tribunal de Justiça – Decisão mantida – Recurso desprovido"** (Agravo de Instrumento n. 2030069-15.2022.8.26.0000, 15ª Câmara de Direito Público, j. 11/04/2022, rel. Desembargador EURÍPEDES FAIM)"

> **"Execução fiscal. IPTU. A exceção de pré-executividade foi rejeitada. A irresignação do agravante não comporta provimento. O pedido de inclusão dos demais coproprietários do imóvel atrelado à exação no polo passivo da execução não procede. Trata-se de solidariedade passiva, situação em que a municipalidade pode exigir a integralidade da dívida contra um só coobrigado. Inteligência do artigo 124, I do CTN. O pleito de suspensão da execução fiscal tampouco merece acolhida, na medida em que a Lei nº 11.101/05, alterada pela Lei nº 14.112/20, não impede a continuidade da demanda. Ficou estabelecido, entretanto, a competência do Juízo da Recuperação Judicial para analisar eventuais medidas constritivas sobre os bens da empresa. Nega-se provimento ao recurso"** (Agravo de Instrumento n. 2017492-05.2022.8.26.0000, 18ª Câmara de Direito Público, j. 14/02/2022, rel. Desembargadora BEATRIZ BRAGA).

Superada a questão preliminar, passa-se ao exame do mérito.

O IPTU tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem móvel, localizado na zona urbana do Município e para que ela seja assim

Acesso ao Sumário

considerada, de rigor que estejam presentes pelo menos dois dos melhoramentos mencionados nos incisos do § 1º do artigo 32 do Código Tributário Nacional.

Por outro lado, nos termos do contido no § 2º do referido artigo verificamos que no caso dos loteamentos, o imposto poderá ser exigido, independentemente dos melhoramentos.

Não bastasse isso, adota-se o entendimento consolidado na Súmula 626 do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual "*A incidência do IPTU sobre imóvel situado em área considerada pela lei local como urbanizável ou de expansão urbana não está condicionada à existência dos melhoramentos elencados no art. 32, § 1º, do CTN*", o que espanca qualquer dúvida quanto a dispensabilidade de tal exigência.

No caso concreto, o imóvel tributado é parte de um loteamento aprovado pela Municipalidade e cuja infraestrutura é de responsabilidade da loteadora, que no caso é a própria embargante, ora apelada.

Portanto, a Fazenda Municipal embargada, ora apelante, está desobrigada de equipar o empreendimento com os melhoramentos previstos nos incisos do § 1º do artigo 32 do Código Tributário Nacional, sendo tal ônus a cargo do loteador.

Esse é o entendimento desta Corte:

"IPTU – Município de São José do Rio Preto – Embargos à execução fiscal julgados improcedentes – Imóvel situado em loteamento aprovado pela Municipalidade – Obrigação, *in casu*, do loteador no tocante à implantação de infra-estrutura – Dispensabilidade da prova de existência dos melhoramentos previstos no § 1º do art. 32 do CTN – Precedente do Superior Tribunal de Justiça. Recurso não provido". (TJSP – 15ª Câmara de Direito Público, Apelação nº 0021401-88.2014.8.26.0576, Rel. Desembargador Erbetta Filho, j. em 12.04.2018);

"TRIBUTÁRIO – APELAÇÃO – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – IPTU –EXERCÍCIOS DE 2003 A 2006 – MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO. Sentença que deu procedência ao pedido da autora, extinguindo a execução fiscal correlata. Apelo do município. LOTEAMENTO APROVADO – IPTU – INCIDÊNCIA. Imóvel situado no perímetro urbano do Município – Quando se tratar de loteamento aprovado pela Administração Municipal, nos termos do § 2º do artigo 32 do CTN, não há necessidade de que o imóvel disponha dos melhoramentos urbanos indicados pelo § 1º deste mesmo artigo – Precedentes do STJ e do TJSP. IPTU OU ITR – O STJ pacificou o entendimento de que não incide IPTU, mas ITR, sobre imóvel localizado na área urbana do Município, desde que comprovadamente utilizado em exploração extrativa, vegetal, agrícola, pecuária ou

agroindustrial (REsp. 1.112.646/SP Recurso Repetitivo) – Apelante que não logrou êxito em demonstrar a destinação rural da propriedade – Precedente deste E. Tribunal de Justiça – Sentença reformada – ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA – PESSOA JURÍDICA – Necessária comprovação dos requisitos de precariedade e miserabilidade – Diferimento das custas – ausência de comprovação da situação de hipossuficiência nos termos do art. 5º da Lei Estadual nº 11.608/2003. Precedentes do STF e STJ – Recurso provido." (TJSP – 15ª Câmara de Direito Público – Apelação nº 1008274-32.2015.8.26.0576, Rel. Desembargador Eurípedes Faim, j. 07.06.2016);

"APELAÇÃO CÍVEL – Embargos à execução fiscal – IPTU – Alegação de não incidência do tributo por ausência de melhoramentos urbanos – Imóvel situado no perímetro urbano do Município – Para fins de incidência do IPTU não há necessidade de que o imóvel disponha dos melhoramentos urbanos indicados pelo § 1º do art. 32 do CTN, quando tratar-se de loteamento aprovado, consoante norma expressa no § 2º , deste mesmo artigo – Precedentes do STJ – Sentença reformada – Recurso provido" (Relator: Eutálio Porto; Comarca: São José do Rio Preto; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 29/01/2015; Data de registro: 04/02/2015);

"APELAÇÃO CÍVEL – Embargos à Execução – IPTU dos exercícios de 2007 a 2010 – Norma Municipal que considera a área integrante do perímetro urbano – Precedentes do E. STJ – Incidência do IPTU reconhecida – Isenção – Lei tributária posterior que não retroage – Penhora do próprio imóvel como garantia do pagamento do débito tributário – Tributo devido – Sentença de improcedência mantida – Recurso não provido. (TJSP; Apelação Cível 0023820-81.2014.8.26.0576; Relatora: Silvana Malandrino Mollo; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Foro de São José do Rio Preto - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 07/10/2020; Data de Registro: 07/10/2020);

Assim, não há dúvida quanto à legalidade de cobrança do IPTU, tal como lançado, sendo irrelevante a inexistência de melhoramentos públicos mínimos, uma vez que a responsabilidade da implementação de infraestrutura corre a cargo do loteador a partir do registro e aprovação do loteamento.

No mais, não prospera a alegação da apelada de que sobre o imóvel incide ITR e, também por essa razão, não poderia incidir o IPTU.

Isso porque, já se encontra pacificada jurisprudência que se firmou no sentido de que prevalece o critério da exploração em detrimento do critério da localização, quando a controvérsia envolver a capacidade tributária para co-

Acesso ao Sumário

brança de IPTU ou ITR, quando se tratar de área localizada no perímetro urbano ou de expansão urbana, que tenha exploração vegetal, agrícola, pecuária ou agroindustrial. Da mesma forma, conquanto o imóvel esteja situado em zona rural, deve prevalecer a sua destinação econômica, para definição do tributo que recairá sobre a propriedade.

Embora conste declaração de ITR, não há qualquer comprovação da exploração da atividade agrícola. A mera comprovação de recolhimento do ITR não indica que este seja o imposto certo a ser recolhido.

Por sua vez, de fato, a Lei Complementar Municipal nº 492/2015, vigente a partir de 01 de janeiro de 2016, concedeu isenção aos imóveis situados nos loteamentos Auferville I, II, III ,IV e V, sendo considerada constitucional pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por força da improcedência da ação direta de inconstitucionalidade nº 2265346-55.2015.8.26.0000.

No entanto, tal lei não alcança os exercícios anteriores à sua vigência, ou seja, não alcança o débito discutido nesta ação, pois se refere aos exercícios de 2007 a 2010, não se permitindo interpretação extensiva em matéria de isenção.

Por fim, não há que se falar em excesso de penhora, pois em caso de venda em hasta pública do imóvel, eventual sobra será restituída à apelada.

Digno de menção que a execução tramita no interesse do credor (art. 797 do CPC) e o princípio da menor onerosidade (art. 805 do CPC), não pode impedir a efetividade dos atos executivos.

Portanto, o recurso deve ser provido em parte, apenas para determinar a submissão de atos constritivos ao Juízo da Recuperação.

Em razão da sucumbência mínima do Município, ora apelado, é caso de manutenção da verba de sucumbência imposta na sentença, conforme dispõe o artigo 86, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Diante do exposto, meu voto dá parcial provimento ao recurso apenas para determinar a submissão de atos constritivos ao Juízo da Recuperação, mantida no mais a sentença, inclusive quanto à condenação da autora, ora apelante, nas verbas de sucumbência.

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 41.691)

Divirjo da maioria.

A área do loteamento em questão, tributada pelo IPTU, foi integrada ao perímetro urbano pela Lei 7.032/98.

O fato gerador do IPTU, de acordo com o artigo 32, *caput*, do CTN, é a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel, **localizado na zona urbana do Município**.

Por sua vez, o § 1º do dispositivo supra, estabelece caber à lei municipal a definição de zona urbana. Essa liberdade conferida ao legislador municipal não é absoluta, pois o CTN exige, para que determinada área seja considerada urbana para fins de tributação, a presença de, no mínimo, dois dos melhoramentos relacionados naquele parágrafo.

Todavia, aduz a embargante, e não contesta o Município, que o loteamento em questão não está dotado de tais melhoramentos, sustentando apenas que o lançamento está fundamentado no § 2º do art. 32 do Código Tributário Nacional, por se tratar de loteamento irregular.

Na verdade, tal exceção se aplica aos imóveis localizados **fora do perímetro urbano**, mas que poderão ser considerados urbanos para fim de cobrança do imposto por constituírem área urbanizável ou de expansão urbana, independentemente da existência dos melhoramentos mínimos exigidos por lei:

> "Art. 32. O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.
>
> § 1º Para os efeitos deste imposto, **entende-se como zona urbana a definida em lei municipal**; observado o requisito mínimo da existência de melhoramentos indicados em pelo menos 2 (dois) dos incisos seguintes, construídos ou mantidos pelo Poder Público:
>
> (...)
>
> § 2º **A lei municipal pode considerar urbanas** as áreas urbanizáveis, ou de expansão urbana, constantes de loteamentos aprovados pelos órgãos competentes, destinados à habitação, à indústria ou ao comércio, **mesmo que localizados fora das zonas definidas nos termos do parágrafo anterior**" (destacamos).

Assim, inaplicável, na hipótese, tal dispositivo, vez que o loteamento foi inserido no perímetro urbano pela Lei Municipal nº 7.032/98, conforme destacado anteriormente.

Portanto, ausente fato gerador a legitimar cobrança do imposto, de rigor a procedência dos embargos para extinguir a execução fiscal.

Posto isso, pelo meu voto, **dá-se provimento** ao recurso, invertida a condenação ao pagamento da verba honorária de 15% sobre o valor da causa.

JOÃO ALBERTO PEZARINI, Desembargador

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1029864-38.2022.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MATHEUS FERREIRA DE LACERDA, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Em julgamento estendido, por maioria, negaram provimento ao recurso, vencidos o Relator sorteado, que declara, e o 5º Juiz", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.192)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores J. M. RIBEIRO DE PAULA, vencedor, SOUZA NERY, vencido, EDSON FERREIRA (Presidente), OSVALDO DE OLIVEIRA e SOUZA MEIRELLES.

São Paulo, 17 de julho de 2023.

J. M. RIBEIRO DE PAULA, Relator designado

Ementa: AÇÃO ANULATÓRIA – Concurso Público para o cargo de soldado-PM – Candidato que se autodeclarou pardo – Autodeclaração não ratificada pela comissão do concurso – Legitimidade do controle externo realizado pelo Estado Política pública que deve atingir seus efetivos destinatários – Critério fenotípico adotado pelo certame – Pontuação diferenciada destinada à população vítima de racismo – Inaplicável ao autor – Sentença de improcedência mantida – Recurso de apelação desprovido.

VOTO

Relatório

Ação ajuizada por Matheus Ferreira de Lacerda contra a Fazenda do Estado de São Paulo, objetivando a anulação do ato que o reprovou do certame para o cargo de Soldado PM 2ª classe, em razão da não ratificação de sua declaração de etnia, bem como à condenação ao pagamento de danos morais.

A r. sentença, de relatório adotado, rejeitou o pedido.[1]

Recorre o autor, pela reforma da sentença; recurso processado e contra-arrazoado.[2]

Fundamentação

Vencidos os ilustres Des. Souza Nery e Souza Meirelles; votos vencedores deste 3º Juiz e dos Des. Osvaldo de Oliveira e Edson Ferreira, que negaram provimento ao recurso de apelação. Assumo, por designação, a redação do acór-

1 Sentença, fls. 188/191.

2 Recurso, fls. 198/208, contrarrazões, fls. 213/230.

Acesso ao Sumário

dão.

Sustenta o autor que, quando se inscreveu no concurso público para o cargo de soldado da PM, conforme edital DP 2/321/21, declarou-se pardo, de modo a fazer jus aos benefícios da pontuação diferenciada.

Realizada a prova objetiva, foi convocado a comparecer perante a Banca de Constatação para verificação da veracidade da autodeclaração de etnia, contudo, foi excluído do certame por sua autodeclaração não ter sido ratificada.

A pontuação diferenciada em concursos públicos, autorizada pela Lei Complementar Estadual 1.259/15, prevê que:

> **Artigo 4º** - Para fazer jus aos benefícios de que trata esta lei complementar, os candidatos deverão declarar, no ato da inscrição para o concurso público, que são pretos, pardos ou indígenas.
>
> **Parágrafo único** - Constatada a falsidade da autodeclaração a que alude o "caput" deste artigo, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido nomeado ou admitido, sujeitar-se-á à anulação do respectivo ato mediante procedimento de invalidação, na forma dos artigos 58 e seguintes da Lei nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998.

No mesmo sentido, o Decreto Estadual 63.679/18 consignou que a veracidade da declaração realizada pelo candidato no ato da inscrição será objeto de verificação por parte da Administração, nos termos do § 2º, do art. 2º.

Dessa forma, é legítimo o controle externo exercido pelo Estado, de modo a garantir a correta execução da política pública, assegurando a utilização da pontuação diferenciada a quem dela é mesmo destinatário.

No julgamento da ADC 41/DF, ao declarar a constitucionalidade da Lei 12.990/14, que trata da reserva de vagas aos candidatos negros no âmbito federal, o C. STF entendeu que "*a fim de garantir a efetividade da política em questão, também é constitucional a instituição de mecanismos para evitar fraudes pelos candidatos. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação (*e.g.*, a exigência de autodeclaração presencial perante a comissão do concurso), desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa* ".

O edital do concurso privilegiou o critério fenotípico para verificar se o candidato se classifica como negro, pardo ou indígena, no seguinte sentido (fl. 51):

> 10.9. para aferição da veracidade da autodeclaração será verificada a fenotipia (aparência) por meio da análise das características abaixo e, caso subsistam dúvidas, será considerado o critério da ascendência;
>
> 10.9.1. pigmentação da pele e dos olhos;
>
> 10.9.2. tipo de cabelo;
>
> 10.9.3. forma do nariz e dos lábios.

Acesso ao Sumário

> 10.10. para comprovação da ascendência, caso necessária, será exigido do candidato, na mesma data de verificação da autodeclaração, a apresentação de documento idôneo, com foto, de pelo menos um de seus genitores, em que seja possível a verificação do preenchimento do requisito para obtenção do benefício;

Portanto, o critério fenotípico é o determinante, sendo os outros, como ascendência, subsidiário, apenas se restarem dúvidas. Tal critério reside na percepção social do candidato como negro, pardo ou indígena, enquanto alvo de discriminação.

Em que pese sua autopercepção, as fotografias juntadas aos autos (fls. 3, 16, 19) mostram aparência diversa; não há, pois, como invalidar, senão confirmar, a autonomia da banca de avaliação sobre as características fenotípicas, que não indicam o candidato como potencial destinatário do sistema, razão pela qual não pode ser incluído dentro do campo de proteção da lei. Nesse sentido:

> APELAÇÃO. ADMINISTRATIVO. ATO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. Candidato ao cargo de Aluno Oficial da Polícia Militar do Estado de São Paulo, regido pelo Edital nº DP-2/321/20. Ação anulatória de ato de exclusão do certame por falsidade na autodeclaração de pessoa parda, para fins de obtenção de pontuação diferenciada. Sentença que julgou improcedente o feito, Insurgência do requerente. Descabimento. Possibilidade de controle judicial do ato de exclusão reconhecida. Procedimento de verificação realizado por comissão de avaliação voltada especificamente para esse fim. Legitimidade do controle sobre a autodeclaração. Previsão no edital e respaldo na lei. Inteligência do art. 4º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 12.159/15, regulamentada pelo Decreto nº 63.679/18. Análise primordialmente fenotípica. Legitimidade. Previsão no edital e compatibilidade com a razão de existência e a finalidade do sistema de pontuação diferenciada. Contagem de pontuação especialmente direcionada às pessoas potencialmente vítimas do racismo estrutural que marca a sociedade brasileira. Hipótese inaplicável ao autor, cujo fenótipo não é de negro. Sentença de improcedência mantida, ainda que por outros fundamentos. Recurso não provido. **(Apelação Cível 1044669-30.2021.8.26.0053; Relatora: Heloísa Mimessi; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro Central - 1ª VFP; Datado Julgamento: 06/03/2023).**

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso, mantendo a r. sentença do eminente Juiz Medeiros Grisolia, por seus e pelos sobreditos fundamentos; honorários advocatícios majorados de 20 para 25% do valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 11, do CPC, observada a gratuidade.

Dispositivo

RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 56.933)

O recurso comportava, a meu aviso, parcial provimento.

Primeiramente, resta preclusa qualquer manifestação acerca da parte da sentença que julgou improcedente o pedido de indenização por danos morais, visto que não houve insurgência recursal específica da parte autora, sendo prescindível tecer novos comentários a respeito.

Dito isso, o mérito recursal cinge-se ao pleito de anulação do ato que desclassificou o autor do concurso soldado PM 2ª Classe, edital DP nº 2/321/21, por falta de ratificação de sua autodeclaração de candidato pardo.

O autor relata que, após a realização da prova objetiva, os candidatos que se declararam pretos, pardos ou indígenas foram convocados para se submeterem a uma entrevista pessoal perante uma Comissão Especializada em aferir a veracidade da autodeclaração apresentada no momento da inscrição, devendo portar uma foto nítida e atualizada, cópia colorida do RG e cópia colorida do RG dos ascendentes.

Aduz que sua entrevista durou cerca de apenas 3 minutos, na qual teria sido indagado a razão de se autodeclarar pardo, e que foi surpreendido ao se deparar com sua desclassificação do certame, pela falta de ratificação de sua autodeclaração, sem que ao menos tenha tomado ciência das razões que justificaram o seu não enquadramento no fenótipo de pessoa parda. Acrescenta que não foram sequer analisados os documentos e fotografias apresentados, invocando ofensa aos princípios da publicidade e motivação que regem os atos administrativos.

Por seu turno, o ente estadual rechaça as alegações iniciais, defendendo a higidez e a presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos, sob o argumento de que o edital faz lei entre as partes e previu de forma objetiva e pormenorizada os critérios utilizados na aferição das autodeclarações dos candidatos que optaram por concorrer às vagas com pontuação especial.

Pois bem.

A legislação mencionada no edital do concurso, basicamente, diz a mesma coisa a respeito do sistema de pontuação diferenciada: o candidato deve se autodeclarar preto, pardo ou indígena, de acordo com seu fenótipo. O fenótipo, nada mais é, do que a junção de "genética com fatores ambientais". Fator ambiental, por sua vez, é entendido como aparência de preto ou pardo.

Assim, é válida tanto a análise do tipo de pele dos genitores do candidato (genética), quanto das fotografias juntadas pelo autor e sua autodeclaração, que diz sobre como ele se vê (fatores ambientais) para se chegar ao seu fenótipo.

Veja-se que o edital é expresso em considerar o sistema de pontuação diferenciada para pretos pardos e indígenas, de que trata a Lei Complementar

Acesso ao Sumário

Estadual nº 1.259/2015, regulamentada pelo Decreto Estadual nº 63.979/2018, que, por sua vez, estabelece como meta para a Administração Pública Estadual elevar a porcentagem de pretos, pardos e indígenas nos quadros de pessoal da Administração Pública Estadual Direta e Indireta, de modo a atingir parâmetros deste grupo na população total do Estado de São Paulo, de acordo com os dados constantes da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios - PNAD, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE (art. 1º, par. 1º).

E aí chegamos ao ponto crucial dessa lide: para o IBGE basta que a pessoa se entenda como preta ou parda para que assim seja considerada.

Sim. Ao responder a pesquisa do IBGE se a pessoa se define como preta ou parda assim ela deve ser considerada, em total harmonia com a liberdade de escolha e expressão que vem sendo cada vez mais forte neste século. Lembrando que tal escolha ou "entendimento sobre si" também é utilizado para considerar uma pessoa como sendo do sexo feminino ou masculino. Desta forma, nada mais coerente que em relação à cor da pele também baste uma autodeclaração, uma autoanálise, um autoconhecimento e reconhecimento de si mesmo.

Mesmo que fosse considerado válido o julgamento pela Comissão de Avaliação, única e exclusivamente em razão de constar em edital, camuflando o próprio critério adotado pelo IBGE, temos que o edital e as resoluções por ele seguidas não trazem critérios objetivos e bem detalhados, não sendo possível entender a metodologia adotada pelos integrantes da comissão. A conclusão a que se chega é que os critérios de enquadramento dos candidatos são subjetivos, baseados em avaliação parcial, sem observância dos princípios da transparência, igualdade, impessoalidade, contraditório e ampla defesa.

Ademais, sobre esses últimos aspectos diga-se que a ausência de critérios objetivos claros no edital impede a defesa ampla dos candidatos que passam pela análise da Comissão e ao final são desclassificados, como no presente caso.

Veja-se que o autor não sabe por que não foi considerado pardo. Cor do cabelo? Tipo de cabelo? Tamanho dos olhos ou nariz? Predominância de um tipo ósseo retangular ou oval em seu rosto? Aliás, os componentes dessa comissão são médicos especialistas em pele, em genética? Não se sabe. A total ausência de critérios objetivos para tal avaliação permite que tais perguntas fiquem sem respostas, e que os candidatos avaliados fiquem sem defesa.

Arrisco dizer que a própria existência de uma Comissão Avaliadora de cor de pele é, por si só, preconceituosa, retrógada e desrespeitosa.

Ainda, somando ao que foi dito, no caso dos autos, o autor acostou cópia da certidão de óbito de seu pai, atestando sua cor "parda" (fl. 92). Ademais, as fotografias juntadas aos autos demonstram que tal conclusão é acertada (fls. 3, 147-149).

Finalizo lembrando que se autodeclarar preto ou pardo em um país pre-

Acesso ao Sumário

conceituoso, apesar da miscigenação presente na grande maioria das famílias, é algo difícil, que requer coragem, não podendo ser visto apenas como um ato de benefício para concorrer à vaga em universidade ou concursos.

Destarte, de rigor a parcial reforma da sentença, devendo-se anular o ato que desclassificou o autor do certame, devendo ser reconduzido às fases seguintes.

Pelos motivos expendidos, propunha a meus ilustres pares se *desse parcial provimento* ao recurso do autor, nos termos da fundamentação acima.

A douta maioria, como sempre, decidiu superiormente.

José Orestes de **SOUZA NERY**, Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003023-53.2020.8.26.0157, da Comarca de Cubatão, em que é apelante OGRÁCIO COSME DOS SANTOS, é apelado COMPANHIA MUNICIPAL DE TRÂNSITO - CMT- SUC. DE ECTC - CUBATÃO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.395)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BANDEIRA LINS (Presidente) e ANTONIO CELSO FARIA.

São Paulo, 10 de agosto de 2023.

LEONEL COSTA, Relator

Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM – RECLAMAÇÃO TRABALHISTA – COMPANHIA MUNICIPAL DE TRÂNSITO DE CUBATÃO, CMT – MUNICÍPIO DE CUBATÃO.

Pleito da parte objetivando a reforma da sentença que julgou parcialmente procedentes seus pedidos para que seja acolhida a pretensão de recebimento de pagamento por diárias de viagens, de horas extras quando superada a jornada de 40 hora semanais e, ainda, do pagamento de valores pelos lanches que não foram fornecidos.

Acesso ao Sumário

Sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos.

MÉRITO – Autor que comprovou ter sido motorista em regime estatutário da autarquia municipal ré durante o período de 1991 e 2017 – Decreto Municipal 6.981, de 09/12/93, que em seu artigo 2º e 3º prevê o pagamento de diárias de viagens da ordem de 6% por viagem – Jornada de trabalho de 40 horas semanas que possui previsão no artigo 9º, da Lei 1.898 de 26/12/90, do Município de Cubatão – Fornecimento de lanches para servidores que trabalhavam no período noturno que é previsto na Lei Municipal 1.822/89 – Autor que demonstrou ser funcionário da autarquia ré e a ele se aplicar a legislação municipal, reconhecendo seus direitos – Ré que não comprovou fatos impeditivos do direito do autor sendo necessária sua condenação.

Necessidade de se observar a prescrição quinquenal nos termos do artigo 1º do Decreto 20.910/32 – Verbas referentes a período superior aos cinco anos da propositura da demanda que estão prescritas.

Sentença reformada. Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de RECURSO DE APELAÇÃO oriundo de ação de procedimento comum, de autoria de OGRÁCIO COSME DOS SANTOS, em face da COMPANHIA MUNICIPAL DE TRÂNSITO DE CUBATÃO - CMT, objetivando recálculo de sexta-parte, do "Descanso Semanal Remunerado", de horas-extras e do adicional noturno, abono de permanência, insalubridade e periculosidade, bem como indenização por danos morais, tudo por ter exercido a função de motorista na empresa ré entre 1991 e 2017.

Apesar de citada, a ré não contestou a demanda conforme certificado às fls. 400.

Por decisão de fls. 412 foram deferidos os benefícios da justiça gratuita ao autor.

Inicialmente julgada parcialmente procedente a demanda por sentença de fls. 426/428, a sentença foi anulada por este Tribunal de Justiça por ser omissa, conforme acórdão de fls. 493/496.

Retornado à instância originária, foi oportunizada a produção de provas

Acesso ao Sumário

(fls. 500).

O autor informou não ter provas a produzir (fls. 505).

A sentença de fls. 507/510, julgou parcialmente procedentes os pedidos, nos termos do artigo 487, inciso I, do CPC, para *"(...) reconhecer que os valores de anuênio e sexta-parte devem fazer parte da base de cálculo de outros benefícios, para condenar a autarquia a pagar as diferenças de horas extras conforme descrito na inicial, bem como o adicional noturno e finalmente pagar a diferença de 30% do DSR, tudo com correção pelo IPCA-e e com juros com os mesmos índices da caderneta de poupança*." Ante a sucumbência recíproca, condenou o autor ao pagamento de metade das custas processuais e aos honorários de seu advogado, ressalvada a gratuidade de justiça.

Inconformado com o mencionado *decisum*, apela o autor com razões recursais às fls. 516/528, sustentando, em síntese, que era da ré o ônus probatório quanto aos pedidos de diárias de viagens, da aplicação do divisor 200ª horas mensais e 40 semanais e indenização por danos materiais. Aduz que por dez vezes ao mês ia até o Município de São Paulo a trabalho, fazendo jus à diária de 6% por viagem prevista no Decreto Municipal 6.981/93, o que deveria ser provado com os cartões de ponto não fornecidos pela ré.

Alega quanto às horas extras e do divisor 200ª hora mensal que a ré não cumpriu o disposto na Lei Municipal 1898/90, a qual estabelece jornada de trabalho de 40 horas semanais, perfazendo jornada mensal de 200 horas de trabalho, sendo este pedido que deveria ser comprovado com o cartão de ponto, não entregue pela ré (fls. 403/405). Argumenta que deve ser indenizado por danos materiais decorrentes da não entrega de lanche matinal e noturno conforme Lei 1.822/89 e Decreto Municipal 6.053/90, sendo a prova dessas questões o cartão de ponto para comprovação da jornada de trabalho.

Nesses termos, requer o provimento do recurso para que seja julgada procedente a demanda.

Recurso tempestivo, isento de preparo em razão da gratuidade de justiça concedida ao autor na origem (fls. 412) e não respondido conforme certificado às fls. 541.

Por decisão de fls. 544/546 foi determinado que o apelante comprovasse o direito municipal alegado nos termos do artigo 376, do CPC.

Manifestação do apelante às fls. 549.

É o relato do necessário.

VOTO.

Consta dos autos que o autor, aqui apelante, exerceu as funções de motorista na autarquia ré entre 1991 e 2017.

Pleiteia o autor a reforma da sentença no que se refere ao indeferimento

Acesso ao Sumário

dos pedidos de pagamento das diárias de viagens no total de 10 mensais, horas-extras por ter ultrapassado a jornada de 40 horas semanais ou 200 horas mensais e ainda pagamento de valores referentes aos lanches matinal e noturno.

Pois bem.

O recurso merece provimento.

Estabelece o artigo 373, do CPC:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

No caso dos autos o autor fez prova dos fatos constitutivos de seu direito.

Por outro lado, o réu sequer se defendeu nos autos.

Com relação às diárias de viagem, o Decreto Municipal 6.981, de 09/12/93, do Município de Cubatão estabelece em seu artigo 2° e 3° (fls. 334/335):

Art. 2° A diária corresponde a uma ajuda de custo para indenização de despesas com alimentação e estadia, quando ao Servidor for determinada a execução de serviços fora do Município e exija o seu deslocamento temporário.

Parágrafo único. Não serão pagas diárias quando o deslocamento se der par os Municípios de Santos, São Vicente, Guarujá, Praia Grande, Mongaguá, Itanhaém, Peruíbe e Bertioga.

Art. 3º O valor da diária corresponderá a 6% (seis por cento) do piso salarial estabelecido na Tabela Salarial decorrente da Lei n° 1.986 de 25 de

Acesso ao Sumário

outubro de 1991, vigente na data da viagem, para todos os servidores. (...)

Conforme norma acima transcrita, havia previsão legal de pagamento de diárias por deslocamento para fora da região denominada de Baixada Santista.

A questão do pagamento das diárias ou do próprio direito ao recebimento somente poderia ser comprovada com o registro de ponto do autor, documento que está em poder da ré e não foi por ela apresentado.

Havendo previsão legal e ausência de comprovação de fato impeditivo do direito, necessário acolhimento do pedido para que a ré seja condenada a pagar o valor correspondente a 6% do salário do autor por cada viagem, ao total de dez viagens mensais.

Quanto às horas extras, a conclusão não é diferente.

Estabelece a Lei 1.898 de 26/12/90, do Município de Cubatão (fls. 404):

> Art. 9º A jornada de trabalho para todos os servidores passará a ser de 40 (quarenta) horas semanais. Parágrafo único. RM RA Os servidores que cumprem atualmente jornada mais reduzida poderão optar pela nova situação até 15 de abril de 1992, ficando-lhes assegurado, nesse caso, aumento no seu padrão básico de vencimento, correspondente à jornada efetivamente cumprida, majorada proporcionalmente, quando for o caso.

Conforme disposição legal acima transcrita, a jornada máxima de trabalho é de 40 horas semanais, devendo ser indenizado com o pagamento de horas extras o servidor que laborar acima do limite estabelecido.

Novamente a prova do direito deveria ser realizada pelo registo de jornada do autor, documento que está em poder da ré e não foi apresentado nos autos.

Havendo previsão legal do limite da jornada e inexistindo comprovação de já ter ocorrido eventual pagamento a esse título, necessária a condenação da ré no pagamento dos valores a serem apurados em liquidação de sentença.

Sobre o recebimento de lanches matinais e noturnos, a Lei 1.822/89 do Município de Cubatão assim dispõe (fls. 329):

> Art. 1° Esta Lei institui para os Servidores Municipais, independentemente do seu regime jurídico, os seguintes benefícios: (...)
>
> II – lanches matinal e noturno (...)
>
> § 1º O lanche matinal será concedido observadas, alternativamente, duas condições:
>
> a) todos os servidores de menor nível salarial ou função; e
>
> b) todos os servidores cuja função exija desgaste físico maior na forma que dispuser o regulamento.
>
> § 2º O lanche noturno será concedido aos servidores que trabalham em regime de revezamento, ou cuja jornada mediar entre às 22:00h e 05:00h, ainda que parcialmente. (...)

Acesso ao Sumário

Alega o autor que trabalhava em jornadas noturnas e conforme lei municipal acima transcrita, há previsão legal de que os trabalhadores que possuem jornadas noturnas, entre as 22h00 e 05h00 devem receber lanches noturnos.

Inexistindo comprovação de entrega dos referidos lanches ou mesmo comprovação de que o benefício tenha sido substituído por outro que proporcionasse alimentação aos trabalhadores, necessária a condenação da ré no pagamento.

Por fim, ainda que não tenha havido menção, nos termos do artigo 1º, do Decreto 20.910/32, deve ser respeitado o prazo prescricional quinquenal. Nesse sentido, consideram-se prescritas toda e qualquer verba referente a período anterior aos cinco anos contados da propositura desta ação de procedimento comum.

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso, nos termos desta fundamentação, respeitada a prescrição quinquenal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1036195-70.2021.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado CENTRAL ENERGÉTICA MORENO AÇÚCAR E ÁLCOOL LTDA. – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Em julgamento estendido, por maioria dos votos, readequaram o Acórdão para negar provimento ao recurso da Fazenda do Estado. Acórdão com o 2º juiz. Vencida a Relatora que declara.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.898)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARREY UINT, vencedor, PAOLA LORENA, vencida, KLEBER LEYSER DE AQUINO (Presidente), CAMARGO PEREIRA e JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA.

São Paulo, 10 de agosto de 2023.

MARREY UINT, Relator designado

Acesso ao Sumário

Ementa: Anulatória – ICMS – Honorários de sucumbência – Observância do decidido no RE nº 1.850.512/SP (Tema 1076 do STJ) – Decisão da Corte Superior no sentido de que "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 (...)" – Fixação em percentual sobre o proveito econômico, observada as faixas de escalonamento dispostas no artigo 85, §3º do CPC – Readequação do Acórdão para negar provimento ao recurso da Fazenda do Estado.

VOTO

Trata-se de ação declaratória cumulada com repetição de indébito, com pedido de tutela de urgência, manejada por Central Energética Moreno Açúcar e Álcool Ltda. objetivando o recálculo dos créditos tributários relativos ao Programa Especial de Parcelamento de ICMS. Alega haver os juros cobrados em excesso, superiores à Taxa Selic.

A tutela provisória foi deferida (fls. 80/82).

A sentença de fls. 138/145 prolatada pela MMa. Juíza Renata Barros Souto Maior Baião, julgou procedente a ação, arcando a Ré com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, esses fixados no importe no patamar mínimo sobre o proveito econômico, nos termos previstos no artigo 85, §3º do CPC.

O Acórdão de fls. 201/209 proferido pelo Relator Sorteado deu parcial provimento ao recurso da FESP para fixar os honorários por equidade em R$ 25.000,00, com base no art. 85, § 8º, do CPC, por se enquadrar em uma das situações excepcionais.

A Central Energética Moreno Açúcar e Álcool Ltda. e a FESP manejaram Recurso Especial (fls. 260/268 e fls. 286/300

Os autos retornaram para reanálise desta Câmara diante do julgamento de mérito do REsp nº 1.850.512/SP, Tema nº 1076, STJ, DJe 31/05/2022 (fl. 576).

É o relatório.

De fato, o arbitramento por equidade somente seria possível se o proveito econômico fosse irrisório ou se o valor da causa fosse muito baixo (artigo 85, §8 do CPC) hipótese não verificada no caso presente.

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

Portanto, sendo a Fazenda Pública parte no processo e não se verificando as hipóteses previstas no citado artigo, os honorários devem ser fixados no patamar mínimo fixado no artigo 85, §3º e incisos do CPC.

> *"§ 3º - Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais:*

Acesso ao Sumário

I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;

II - mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos;

III - mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos;

IV - mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos;

V - mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos.

Vale lembrar que em recente julgado, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.850.512/SP, pela sistemática dos recursos repetitivos (Tema nº 1.076) fixou a seguinte tese:

"1) A fixação dos honorários por apreciação equitativa não é permitida quando os valores da condenação ou da causa, ou o proveito econômico da demanda, forem elevados. É obrigatória, nesses casos, a observância dos percentuais previstos nos parágrafos 2º ou 3º do artigo 85 do Código de Processo Civil (CPC), a depender da presença da Fazenda Pública na lide, os quais serão subsequentemente calculados sobre o valor: (a) da condenação; ou (b) do proveito econômico obtido; ou (c) do valor atualizado da causa.

2) Apenas se admite o arbitramento de honorários por equidade quando, havendo ou não condenação: (a) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (b) o valor da causa for muito baixo."

Assim, a verba honorária deve observar as faixas de escalonamento dispostas no artigo 85, §3º do CPC, sobre o proveito econômico obtido, como determinado em sentença.

Em face do exposto, adequa-se parcialmente o Acórdão de fls. 233/239, para negar provimento ao recurso da Fazenda do Estado.

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 10.063)

Cuida-se de recurso de apelação interposto pelo **Estado de São Paulo** contra sentença de fls. 138/145 pela qual, em ação declaratória c.c. repetição de indébito, julgou procedente o pedido formulado para: a) determinar a aplicação

nos débitos descritos na inicial, objetos de parcelamento, a título de juros de mora, o índice estabelecido pela SELIC, afastando-se o índice fixado pela Lei Estadual nº 13.918/09 (0,13% ao dia), anulando os juros aplicados; b) determinar a aplicação nos débitos descritos na inicial, objetos de parcelamento, a título encargos financeiros, o índice estabelecido pela SELIC, afastando- se o índice fixado pela Lei Estadual nº 13.918/09.

Esta Colenda 3ª Câmara de Direito Público (fls. 233/239) deu provimento parcial ao apelo da FESP apena para arbitrar honorários advocatícios, nos termos do art. 85, §8º, CPC, em R$ 25.000,00.

Publicado o acórdão, a FESP interpôs recurso extraordinário e recurso especial, e a Central Energética Moreno Açúcar e Álcool Ltda. – Em Recuperação Judicial interpôs recurso especial.

Após, tendo em vista o julgamento do **RE nº 754.917-RS**, **Tema nº 475, STF**, DJe 06.10.2020, e do **REsp nº 1.850.512/SP**, **Tema nº 1076, STJ**, em DJe 31.5.2022, a Egrégia Presidência da Seção de Direito Público, em cumprimento ao artigo 1.040, II, do CPC, promoveu a devolução dos autos à Turma Julgadora, para o juízo de retratação

É o relatório.

Em que pese o entendimento da Douta maioria, com a devida vênia, ouso divergir, nos termos que seguem:

No tocante aos **honorários advocatícios**, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do **REsp nº 1.850.512/SP**, ao sustentar a inviabilidade da fixação de honorários por equidade em causas de grande valor, optou por observar a estrita literalidade do Código de Processo Civil, que em seu artigo 85, §8º, indica a aplicação do referido instituto apenas em causas com valor irrisório ou inestimável, quando não for possível atribuição de estimação patrimonial à lide.

Nestes termos, como definiu a Corte, não caberia ao Poder Judiciário, ainda que sob o manto da proporcionalidade e razoabilidade, reduzir a aplicabilidade do dispositivo legal.

Assim sendo, foram fixadas as teses que seguem transcritas:

i) A fixação dos honorários por **apreciação equitativa não é permitida quando os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados**. É obrigatória nesses casos a observância dos percentuais previstos nos §§ 2º ou 3º do artigo 85 do CPC – a depender da presença da Fazenda Pública na lide –, os quais serão subsequentemente calculados sobre o valor: (a) da condenação; ou (b) do proveito econômico obtido; ou (c) do valor atualizado da causa.

ii) **Apenas se admite arbitramento de honorários por equidade quando, havendo ou não condenação: (a) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (b) o valor da causa for muito baixo.**

Acesso ao Sumário

Seguindo a mesma linha, em 02 de junho de 2022, o Congresso Nacional publicou a Lei nº 14.365 que, dentre outros, modificou o Código de Processo Civil para incluir ao artigo 85 os seguintes parágrafos:

> § 6º-A. Quando o valor da condenação ou do proveito econômico obtido ou o valor atualizado da causa for líquido ou liquidável, para fins de fixação dos honorários advocatícios, nos termos dos §§ 2º e 3º, é proibida a apreciação equitativa, salvo nas hipóteses expressamente previstas no § 8º deste artigo.
>
> § 8º-A. Na hipótese do § 8º deste artigo, 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.

Ocorre que, inobstante o Supremo Tribunal Federal reconheça a necessidade de observância dos critérios previstos no artigo 85 do diploma processual, na ordem de preferência estabelecida nos parágrafos desse artigo[1]; em recente julgado, o Ministro Alexandre de Moraes acolheu os embargos de declaração opostos na Rcl 51496[2] pelo Município de Igarassu, contra decisão monocrática que negou seguimento a Reclamação ajuizada pela União, para condenar a parte sucumbente na Reclamação ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em R$ 20.000,00 (vinte mil reais), por critério de equidade, afastando-se a incidência do § 6º do artigo 85 do Código de Processo Civil. De acordo com o Excelentíssimo Senhor Ministro, a regra do artigo 85, § 2º, do já mencionado codex, tem comportado *relativização* quando, diante das circunstâncias da causa, *o arbitramento dos honorários sucumbenciais vinculados a percentual do valor da causa, notadamente em casos de improcedência, gera à parte sucumbente condenação desproporcional e injusta*. (*sic*.)

Posteriormente, em sede de agravo regimental interposto pelo Município de Igarassu-PE contra mencionada decisão monocrática de lavra do Ministro Alexandre de Moraes, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal manteve a aplicação do §8º do artigo 85 do Código de Processo Civil, conforme ementa

Acesso ao Sumário

1 Ementa: AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SENTENÇA RESTABELECIDA. INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. LIDE COM VALOR CERTO E DETERMINADO. VERBA HONORÁRIA RAZOÁVEL E PROPORCIONAL AO VALOR DA CAUSA. 1. A lide em que se postulou a anulação do Auto de Infração e da imposição da multa tem valor certo e determinado. Assim, não há razão para que verba honorária seja fixada por apreciação equitativa. 2. O CPC/2015 tornou mais objetivo o processo de determinação da verba sucumbencial, restringindo a subjetividade do julgador e remetendo-o aos critérios previstos no art. 85 do diploma processual, aos quais deve se submeter o caso concreto, na ordem de preferência estabelecida nos parágrafos desse artigo. 3. Com o provimento do RE, restauraram-se os honorários advocatícios, fixados na sentença em total conformidade com o CPC. Desse modo, não cabe qualquer alteração da verba honorária, a qual também se revela razoável e proporcional à complexidade da causa. 4. Agravo interno a que se nega provimento.
(ARE 1367266 ED-AgR, Relator: ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 22/04/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 27-04-2022 PUBLIC 28-04-2022)

2 Rcl 51496 ED. Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES. Julgamento: 02/08/2022. Publicação: 04/08/2022.

transcrita a seguir:

> EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. ARBITRAMENTO POR EQUIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.
>
> 1. Não se desconhece que o artigo 85, § 2º, do CPC preceitua que os honorários advocatícios sejam fixados sobre o valor da condenação, do proveito econômico ou sobre o valor atualizado da causa quando não for possível mensurá-lo.
>
> 2. No caso, afasta-se a incidência do mencionado § 6º do artigo 85 do Código de Processo Civil, incidindo a autorização do § 8º do mesmo dispositivo que, em regra excepcional e de aplicação subsidiária, permite a fixação dos honorários sucumbenciais por critério de equidade, nas causas em que o proveito econômico for irrisório ou inestimável, ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo (ACO 3.254 AgR-terceiro, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, j. 2/3/2022).
>
> 3. Agravo Regimental a que se nega provimento.
>
> (Rcl 51496 AgR, Relator: ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 05/09/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 05-09-2022 PUBLIC 08-09-2022)

Vale acrescentar que a hipótese da Rcl 51496 envolvia execução cujo valor da causa era de R$ 34.555.887,34, tendo o Excelentíssimo Relator Ministro Alexandre de Moraes consignado em seu voto do agravo regimental o que segue em destaque:

> [...]
>
> Como enfatizei em decisão anterior, diante do elevado valor atribuído à causa (R$ 34.555.887,34), os honorários advocatícios em questão devem ser arbitrados por apreciação equitativa.
>
> Não se desconhece que o artigo 85, § 2º, do CPC preceitua que os honorários advocatícios sejam fixados sobre o valor da condenação, do proveito econômico ou sobre o valor atualizado da causa quando não for possível mensurá-lo.
>
> No entanto, visto que, aplicando-se o percentual mínimo previsto no § 3° do art. 85 do CPC, o resultado seria uma quantia injusta e desproporcional à baixa complexidade da causa, foi afastada a incidência do mencionado § 6º do artigo 85 do CPC de 2015 para se invocar o § 8º do mesmo dispositivo, que, por sua vez, estipula regra excepcional, de aplicação subsidiária, em que se permite a fixação dos honorários sucumbenciais por critério de equidade nas causas em que o proveito econômico for irrisório ou inestimável, ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, desde que sejam analisados de maneira correta e justa os **incisos** do § 2°, como é exigido pela lei processual civil.

Acesso ao Sumário

Assim sendo, em se considerando o **posicionamento do Supremo Tribunal Federal**, no sentido de que, nos casos em que a aplicação do percentual

mínimo previsto no parágrafo 3º, do artigo 85, do Código de Processo Civil, a ser calculado sobre o proveito econômico obtido, resulte em uma **quantia injusta e desproporcional à baixa complexidade da causa, é admissível a fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais por equidade.**

É o que ocorreu no caso em apreço, no qual a simples subsunção direta do caso concreto à lei ocasionaria em ônus excessivo à parte sucumbente.

Nessa linha, dada a baixa complexidade da demanda de primeiro grau, e o posicionamento do STF supramencionado, devem ser mantidos os honorários advocatícios por fixação equitativa.

Assim sendo, quanto ao critério adotado pelo v. acórdão, deve ser mantida a fixação dos honorários advocatícios por equidade (art. 85, §8º, CPC).

Ante o exposto, pelo meu voto, em reexame da matéria, nos termos do art. 1.040, II, do CPC, **mantinha** o resultado do acórdão.

PAOLA LORENA, Relatora sorteada vencida

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1021407-51.2021.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, é apelado SÃO PAULO PREVIDÊNCIA - SPPREV.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.530)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCELO BERTHE (Presidente), ISABEL COGAN, TORRES DE CARVALHO, RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO e NOGUEIRA DIEFENTHALER.

São Paulo, 15 de agosto de 2023.

MARCELO MARTINS BERTHE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO EM AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM. MEIO AMBIENTE. 1. PRESCRIÇÃO DO DÉBITO FISCAL. Ocorrência. Inscrição da dívida ativa que mais de 05 anos após a inscrição em dívida ativa, nos termos do Decreto Lei n° 20.910/32. 2. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Aplicável a fixação dos honorários advocatícios em percentual do valor do proveito econômico, pois, no

caso concreto, ausente a hipótese legal de valor inestimável ou irrisório o proveito econômico obtido. Julgamento do REsp nº 1.850.512/SP - Tema nº 1.076 do Superior Tribunal de Justiça o qual exarou entendimento no sentido que a fixação dos honorários por apreciação equitativa não é permitida quando os valores da condenação, da causa ou proveito econômico da demanda forem elevados. No caso concreto, os honorários foram fixados corretamente em percentual, de modo que deve ser mantido. Precedentes. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Tratam os autos de recurso de apelação extraído de Ação de Procedimento Comum, interposto contra a r. sentença de fls. 854/857, proferida pela **MM. Juíza da 12ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital**, que reconheceu a prescrição intercorrente. Pela sucumbência, condenou a requerida ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor do proveito econômico.

A Fazenda Pública interpôs recurso de apelação sustentando, que inaplicável o Decreto nº 6.514/2008 que dispõe sobre infrações e sanções administrativas em âmbito federal. Requereu o arbitramento dos honorários por equidade (fls. 862/870).

Não foram oferecidas contrarrazões (fl. 875).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Compulsando os autos, constata-se que houve a lavratura de Auto de Infração Ambiental nº 67-000.660-2, em face da Spprev, em razão de ter feito depósito irregular de resíduos sólidos.

De fato, de rigor reconhecer a ocorrência da prescrição, pois não há dúvidas da natureza administrativa do débito fiscal.

Neste passo, consolidado o entendimento acerca do prazo quinquenal disposto no Decreto nº 20.910/32, aplicável à prescrição na C. 5ª Câmara de Direito Público:

EXCEÇÃO DE PREEXECUTIVIDADE – EXECUÇÃO FISCAL – PROCON – PRAZO PRESCRICIONAL – DECRETO FEDERAL Nº 20.910/32. É quinquenal o prazo prescricional para a cobrança de dívidas oriundas de multa administrativa. Aplicação dos ditames do Decreto Federal nº 20.910/32 – Precedentes desta Corte e do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Manutenção da sentença que extinguiu a execução. Recurso

Acesso ao Sumário

desprovido. (Apelação n° 0242805-25.2012.8.26.0014, São Paulo, Rel. Des. Nogueira Diëfenthaler, 5ª Câmara de Direito Público, j. 19.12.2017).

De outro lado, o art. 2º, §3º, da Lei de Execuções Fiscais dispõe:

A inscrição, que se constitui no ato de controle administrativo da legalidade, será feita pelo órgão competente para apurar a liquidez e certeza do crédito e suspenderá a prescrição, para todos os efeitos de direito, por 180 dias, ou até a distribuição da execução fiscal, se esta ocorrer antes de findo aquele prazo.

Tal disposição deve ser aplicada na contagem do prazo prescricional, conforme entendimento firmado pelo E. Superior Tribunal de Justiça em caso análogo:

ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO FISCAL. MULTA AMBIENTAL. ART. 174/CTN. INAPLICABILIDADE. CRÉDITO NÃO TRIBUTÁRIO. INCIDÊNCIA DAS DISPOSIÇÕES DA LEF. INSCRIÇÃO DA DÍVIDA. SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO. 180 DIAS. OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ. 1. Na execução fiscal decorrente de crédito não tributário, incide as disposições da LEF atinentes à suspensão e à interrupção da prescrição. EREsp 981480/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 12.8.2009, DJe 21.8.2009. 2. Com efeito, legítima a suspensão do prazo prescricional por 180 dias em decorrência da inscrição do débito em dívida ativa, conforme delineado no art. 2º, § 3º, da Lei n. 8.630/80. Súmula 83/STJ. 3. No caso dos autos, é incontroverso que se trata de multa administrativa decorrente de infração à legislação ambiental, cujo o termo final seria 21.12.2009. Efetivada a inscrição do débito em dívida ativa antes do referido prazo, em 16.12.2009, o termo final passou a ser 21.6.2010. Proposta a execução fiscal - não tributário, repisa-se - em 26.1.2010, não há prescrição a ser declarada. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 497.580/SE, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe. 02.06.2014).

Deste modo, forçoso reconhecer que com a suspensão do prazo prescricional, que ocorre com a inscrição na dívida ativa, tem a Fazenda Pública o prazo de 05 anos mais 180 dias para propor o executivo fiscal.

Acesso ao Sumário

No caso concreto, a inscrição da dívida ativa ocorreu em 2011 e a execução fiscal não foi proposta.

Quanto à adoção da equidade para fixação dos honorários advocatícios, forçoso reconhecer que visam remunerar dignamente o patrono da parte e o Código de Processo Civil resolve a questão quando o parâmetro é "*inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo*".

Nestas hipóteses, prevê o diploma processual a possibilidade de fixação dos honorários por apreciação equitativa, *ex vi* §8º do art. 85 do Código de Processo Civil.

Neste passo, a equidade é o critério levado pelo julgador, diante do trabalho exercido, no momento da fixação.

De outro lado, no julgamento do REsp n° 1.850.512/SP ficou consignado que fixação de honorários advocatícios por equidade é hipótese excepcional, aplicável somente quando o proveito econômico obtido for inestimável ou irrisório, o que não é o caso dos autos.

Sobre o tema, o C. Superior Tribunal e Justiça, no julgamento do Resp nº 1.255.986/PR pacificou entendimento segundo o qual as regras de fixação de sucumbência devem seguir a legislação vigente na época da prolação da sentença.

No caso concreto, a r. sentença foi prolatada após a entrada em vigor do Código de Processo Civil atual e a fixação dos honorários por apreciação equitativa não é permitida, pois os valores da condenação, da causa ou proveito econômico da demanda são elevados.

Portanto, no momento da fixação dos honorários advocatícios, deve ser levando em conta o fixado no Tema nº 1.076 pelo E. STJ, de modo que os honorários advocatícios devem ser fixados nos percentuais mínimos previstos no art. 85, §3º, do Código de Processo Civil, respeitando-se eventual escalonamento na forma da lei.

Por tais razões, a r. sentença não comporta reparos, devendo ser integralmente mantida, mas por outros fundamentos.

Pelo exposto, **nega-se provimento** ao recurso.

Os honorários advocatícios devem ser acrescidos de 1% do valor fixado na r. sentença, observado o trabalho adicional realizado no âmbito recursal, nos termos do art. 85, §11, do Código de Processo Civil.

A fim de evitar a oposição de Recurso Embargos de Declaração visando apenas o prequestionamento, e para viabilizar o acesso às vias extraordinária e especial, considera-se prequestionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional deduzida nos autos, sendo desnecessária a citação numérica de todos os dispositivos mencionados (STJ – EDcl no Resp 1662728/RS, Rel. Min. Herman Benjamim, Segunda Turma, DJe 02.08.2018).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000651-96.2019.8.26.0374, da Comarca de Morro Agudo, em que é apelante JOSÉ ALEXANDRE GRAÇA DA SILVA, são apelados MUNICÍPIO DE MORRO AGUDO e 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: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.096)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores KLEBER LEYSER DE AQUINO (Presidente), JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA e MARREY UINT.

São Paulo, 17 de agosto de 2023

KLEBER LEYSER DE AQUINO, Relator

Ementa: APELAÇÃO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS – Pretensão de obter reparação de danos materiais e morais causados por enchentes que inundaram o imóvel do apelante – Sentença de improcedência – Pleito de reforma da sentença – Não cabimento – PRELIMINAR – Cerceamento de defesa, alegado pelo apelante – Afastamento – Desnecessidade de produção de outras provas – Prova pericial requerida pelo apelante que se prestava apenas a apurar a extensão dos danos materiais – Incumbe ao julgador o exame das provas necessárias e pertinentes ao julgamento da ação, nos termos dos arts. 355, I, e 370, ambos do CPC – Omissão do Poder Público não demonstrada – Fortes chuvas, excepcionais e imprevisíveis, que configuram evento de força maior – Não demonstrada falha na prestação do serviço público supostamente motivadora do evento – Responsabilidade subjetiva dos apelados não configurada – **Sentença mantida – APELAÇÃO não provida – Majoração dos honorários advocatícios, em segunda instância, em 2% (dois por cento), além dos 10% (dez por cento) já fixados em sentença, sobre o valor da causa, em desfavor do apelante, nos termos do art. 85, §11, do CPC, observando-se a gratuidade de justiça já concedida.**

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de **apelação** interposta por **José Alexandre Graça da Silva** contra a r. **sentença** (fls. 107/111), proferida nos autos da **AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS**, ajuizada pelo apelante em

face do **Município de Morro Agudo e da Fazenda Pública do Estado de São Paulo - FPESP**, que **julgou improcedente a ação**. Pela sucumbência, o apelante foi condenado ao pagamento de custas/despesas processuais e dos honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) do valor da causa, observada a gratuidade de justiça.

Alega o apelante no presente recurso (fls. 116/126), em síntese e em preliminar, que o Juízo "a quo" indeferiu a produção de prova testemunhal e material, o que seria determinante para comprovar a existência de nexo de causalidade entre a omissão estatal e os danos causados ao apelante, razão pela qual requer seja declarada a nulidade da sentença. No mérito, discorre que o apelado MUN. DE MORRO AGUDO negligenciou a limpeza e manutenção do Córrego Ribeirão do Agudo, o que restou reconhecido pelo próprio apelado, quanto à não manutenção e desassoreamento do leito do córrego, em virtude da negativa da prestação de serviço pela autarquia estadual DAEE (Departamento de Águas e Energia Elétrica do Estado), o que basta por caracterizar a falha na prestação do serviço público. Sustenta que o centro da discussão passa por ações preventivas e de preservação eficazes que integram o fato de se tratar de área com risco de inundação, haja vista as sucessivas enchentes ocorridas ao longo dos anos, bem como a reconhecida falta de política de infraestrutura e urbanismo, limpeza e manutenção dos córregos. Pede a reforma da r. sentença.

Em contrarrazões, alega a apelada FPESP (fls. 131/137) que não foi demonstrada a existência de nexo de causalidade entre os danos suportados pelo apelante e a atuação dos apelados MUN. DE MORRO AGUDO e FPESP. Aduz que, como foi amplamente divulgado pela imprensa, na data da inundação da casa do apelante ocorreu uma precipitação anormal de chuvas na região, de sorte a indicar a presença de fortuito externo, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir, rompendo referido liame de causalidade. Pede a manutenção da r. sentença.

Em contrarrazões, alega o apelado MUN. DE MORRO AGUDO (141/149), por sua vez, que não há que se falar em cerceamento de defesa do apelante, pois a prova seria inútil ao caso em apreço, pois visava apenas aferir os danos materiais relacionados com as enchentes. Aduz que dados do INMET (Instituto Nacional de Meteorologia) revelam que, no ano de 2.018, a precipitação na região foi a maior se comparada ao ano anterior e posterior, tanto em periodicidade, quanto em volume, tendo sido ainda superior ao dobro do que normalmente ocorria nos anos anteriores, evidenciando a situação de imprevisibilidade. Sustenta, por fim, que nos anos que se seguiram (2.019 a 2.021), durante todo o período de chuvas, não há registro de novas enchentes, o que comprova a suficiência das obras e política de manutenção executada pelo apelado MUN. DE MORRO AGUDO. Pede a manutenção da r. sentença.

Recurso tempestivo e recebido, nesta ocasião, no duplo efeito, nos termos

Acesso ao Sumário

do artigo 1.012, "caput", do Código de Processo Civil.

Relatado de forma sintética, passo a fundamentar e decidir.

Inicialmente, quanto à **preliminar** de **cerceamento de defesa**, alegada pelo apelante, esta não comporta acolhimento.

Restou consignado na r. sentença do Juízo "a quo" que a produção de prova testemunhal foi indeferida em razão dos fatos estarem documentalmente comprovados.

A prova pericial requerida pelo apelante, por sua vez, prestava-se a apurar a extensão dos danos materiais, não tendo assim utilidade para o deslinde da controvérsia quanto à eventual responsabilidade civil dos apelados.

E, ainda, pelo princípio do "livre convencimento racional ou motivado", o magistrado tem liberdade de apreciação das provas. Logo, formada sua convicção pelo conjunto probatório existente, o Código de Processo Civil, em seu artigo 355, inciso I, autoriza o julgamento antecipado da lide.

Ademais, a instrução probatória destina-se a formar o convencimento do juiz, que é seu destinatário, cabendo-lhe decidir sobre a pertinência ou não de sua produção, conforme dispõe o artigo 370 do Código de Processo Civil.

Portanto, não há que se falar em cerceamento de defesa.

Superada a preliminar, passo ao mérito.

Extrai-se dos autos que o imóvel de propriedade do apelante, em que residia, situado na Rua José França, nº 50, no Município de Morro Agudo/SP, sofreu inundações, em razão de enchentes provocadas pelo transbordamento do córrego Ribeirão do Agudo, durante vários dias do mês de janeiro de 2.018, causando danos ao imóvel e aos bens móveis que lá se encontravam.

Alega o apelante que as enchentes ocorreram sobretudo por falta de obras nos córregos, de planejamento urbano e infraestrutura de urbanismo, de responsabilidade dos apelados MUN. DE MORRO AGUDO e FPESP.

A questão debatida nos autos cinge-se à responsabilidade extracontratual dos apelados, por eventuais danos materiais e morais causados ao apelante, na medida em que seu imóvel foi diversas vezes inundado durante o período de fortes chuvas registradas no mês de janeiro de 2.018.

Quanto ao tema, prescreve o artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal[1], que a responsabilidade civil do Estado, ou de quem lhe faça as vezes, em regra, sustenta-se em três requisitos cumulativos e indispensáveis: **a)** identificação da conduta do Poder Público; **b)** aferição do dano, seja este material ou moral; **c)** existência de nexo causal entre a conduta e o dano.

Acesso ao Sumário

1 Art. 37. (...)
§ 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

No entanto, em casos como o ora analisado, em que se discute "falha na prestação de serviço público", deve-se acrescentar, ainda, os elementos caracterizadores da **responsabilidade subjetiva**, quais sejam, **culpa** ou **dolo**, a fim de se alcançar a ocorrência de ilícito capaz de ensejar o pagamento de indenização ao particular que do serviço público usufruiu.

Sobre o assunto, Celso Antônio Bandeira de Mello[2] ensina:

"**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 responsabiliza-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabiliza-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". (negritei)

Tratando-se, no caso em tela, de omissão do Poder Público, entendo que a análise deva ser feita sob a ótica da responsabilidade subjetiva do Estado.

Como se depreende dos autos, ocorreu excepcional precipitação pluviométrica durante o mês de janeiro de 2.018 na região de Morro Agudo, onde reside o apelante. Vale destacar a informação registrada na matéria jornalística trazida pelo apelado MUN. DE MORRO AGUDO (fls. 144), que afirma que no Município vizinho, São Joaquim da Barra, registrou-se na primeira semana de 2.018 o índice pluviométrico de 102,86 milímetros, o que corresponde a 72% (setenta e dois por cento) a mais do que o registrado no mesmo período do ano anterior.

No mesmo sentido, como bem demonstrou o apelado MUN. DE MORRO AGUDO (144/145), dados do INMET (Instituto Nacional de Meteorologia) revelam que, nos primeiros dez dias do ano de 2.018, a precipitação na região foi a maior se comparada ao ano anterior e posterior, tanto em periodicidade, quanto em volume, sendo ainda maior que o dobro do que normalmente ocorria nos anos anteriores, o que basta para indicar situação de imprevisibilidade.

A doutrina diverge sobre os conceitos de caso fortuito e força maior.

Há quem considere expressões sinônimas, podendo ser utilizado uma

Acesso ao Sumário

2 Curso de Direito Administrativo; 32ª ed.; São Paulo; Edit. Malheiros; 2015; p. 1041.

pela outra, mas há também quem veja diferença entre tais eventos.

Ao tratar das excludentes e atenuantes da responsabilidade civil do Estado, Maria Silvia Zanella Di Pietro[3] assevera que:

> "Existe toda uma controvérsia sobre as diferenças entre força maior e caso fortuito. O Código Civil parece identificar os dois conceitos, no artigo 393, parágrafo único, ao estabelecer que "o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir".
>
> Sem maiores aprofundamentos sobre a controvérsia, temos entendido, desde a primeira edição deste livro, que **força maior é acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes, como uma tempestade, um terremoto, um raio. Não sendo imputável à Administração, não pode incidir a responsabilidade do Estado; não há nexo de causalidade entre o dano e o comportamento da Administração**. Já o **caso fortuito** – que **não constitui causa excludente da responsabilidade do Estado – ocorre nos casos em que o dano seja decorrente de ato humano ou de falha da Administração, quando se rompe, por exemplo, uma adutora ou um cabo elétrico, causando dano a terceiros**, não se pode falar em força maior, de modo a excluir a responsabilidade do Estado. No entanto, mesmo ocorrendo motivo de força maior, a responsabilidade do Estado poderá ocorrer se, aliada à força maior, ocorrer omissão do Poder Público na realização de um serviço. Por exemplo, quando as chuvas provocam enchentes na cidade, inundando casas e destruindo objetos, o Estado responderá se ficar demonstrado que a realização de determinados serviços de limpeza dos rios ou dos bueiros e galerias de águas pluviais teria sido suficiente para impedir a enchente. Porém, neste caso, entende-se que a responsabilidade não é objetiva, porque decorrente do mau funcionamento do serviço público; a omissão na prestação do serviço tem levado à aplicação da teoria da culpa do serviço público ("faute du servisse"); é a culpa anônima, não individualizada; o dano não decorreu de atuação de agente público, mas de omissão do poder público". (negritei)

Na hipótese dos autos, perfilhando o entendimento acima, resta evidenciado que as fortes chuvas que acarretaram as enchentes configuram evento de **força maior**, bem como que não ficou demonstrada qualquer falha na prestação do serviço público que justificasse o ocorrido, ficando, portanto, afastada a responsabilidade civil dos apelados.

Vale consignar que o apelante não comprovou a habitualidade das enchentes que acometiam seu imóvel, tampouco logrou demonstrar que a realização de obras de desassoreamento no leito do Ribeirão do Agudo pudesse impedir as enchentes supostamente habituais, ônus que lhe incumbia, não tendo requerido a produção de prova com esta finalidade.

Acesso ao Sumário

3 Direito Administrativo, 29ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 798/799.

Assim sendo, não há como responsabilizar os apelados MUN. DE MORRO AGUDO e FPESP pelas fortes chuvas que caíram nos dias dos fatos, causando os danos descritos na inicial.

Desta forma, o dever de indenizar deve ser afastado, uma vez que a forte chuva que acarretou a enchente configura causa excludente da responsabilidade dos apelados.

Insta por fim registrar que, em casos idênticos ao presente, tendo por objeto inundações causadas por chuvas no Município de Morro Agudo, no mesmo período em exame, este C. Tribunal de Justiça já decidiu:

> RESPONSABILIDADE CIVIL – MUNICÍPIO DE MORRO AGUDO – Chuvas – Enchente – Imóvel – Nexo de causalidade – Não configuração – Danos materiais e morais – Impossibilidade: – Independentemente da natureza da responsabilidade estatal, é indispensável a prova do nexo de causalidade, sem o qual não há dever de indenizar. **(Apelação Cível 1000631-08.2019.8.26.0374; Rel.: Teresa Ramos Marques; Órgão Julg.: 10ª Câm. de Dir. Púb.; Foro de Morro Agudo - Vara Única; Data do Julg.: 04/03/2.022; Data de Reg.: 04/03/2.022)**
>
> APELAÇÃO. MUNICÍPIO DE MORRO AGUDO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MATERIAIS E MORAIS. Grande volume de chuvas que ocasionou aumento no volume de água no Córrego Ribeirão do Agudo que atingiu imóvel de propriedade da autora. Fato incontroverso. Caso fortuito e força maior. Chuva intensa e anormal que atingiu a região. Alegação de que a região enfrenta enchente recorrente não comprovada. Sentença mantida. RECURSO NÃO PROVIDO. **(Apelação Cível 1000426-76.2019.8.26.0374; Rel.: Souza Nery; Órgão Julg.: 12ª Câm. de Dir. Púb.; Foro de Morro Agudo - Vara Única; Data do Julg.: 10/03/2.022; Data de Reg.: 10/03/2.022)**
>
> RESPONSABILIDADE CIVIL – INDENIZAÇÃO POR DANOS CAUSADOS POR ENCHENTE – CULPA DA ADMINISTRAÇÃO NÃO DEMONSTRADA – AÇÃO IMPROCEDENTE – SENTENÇA CONFIRMADA. **(Apelação Cível 1000427-61.2019.8.26.0374; Rel.: Ricardo Feitosa; Órgão Julg.: 4ª Câm. de Dir. Púb.; Foro de Morro Agudo Vara Única; Data do Julg.: 06/06/2.022; Data de Reg.: 09/06/2.022)**

Portanto, deve ser mantida a r. **sentença**.

Em razão da sucumbência também em segunda instância, majoro a verba honorária em 2% (cinco por cento), além dos 10% (dez por cento) já fixados na r. sentença, sobre o valor causa, em desfavor do apelante, de acordo com o artigo 85, parágrafo 11, do **Código de Processo Civil**, observada a gratuidade de justiça.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à **apelação**, **mantendo-se** a r. **sentença** questionada, por seus próprios fundamentos, acrescidos dos aqui expostos, majorando-se a verba honorária nos termos supra.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0000769-68.2008.8.26.0538, da Comarca de Santa Cruz das Palmeiras, em que é apelante MUNICÍPIO DE SANTA CRUZ DAS PALMEIRAS, é apelado LOURENÇO NOGUEIRA DOS SANTOS.

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, vencidos o Relator sorteado, que declara, e o 2º Desembargador", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.728)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WALTER BARONE, vencedor, GERALDO XAVIER, vencido, OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente), JOÃO ALBERTO PEZARINI e REZENDE SILVEIRA.

São Paulo, 17 de agosto de 2023.

WALTER BARONE, Relator designado

Ementa: EXECUÇÃO FISCAL. Santa Cruz das Palmeiras. Extinção da execução em razão do reconhecimento da ilegitimidade passiva. Irresignação da parte exequente. Descabimento. Falecimento do devedor antes da constituição do crédito tributário. Alteração do polo passivo. Impertinência. Impossibilidade da substituição da CDA. A alteração do devedor equivale, no caso concreto, à alteração do próprio lançamento. Súmula 392 do C. STJ. Sentença de extinção mantida. Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença que reconheceu a ilegitimidade passiva da parte executada e julgou extinto o feito, nos termos do art. 485, VI, do Código de Processo Civil, sem condenação em honorários advocatícios.

A parte exequente, ora apelante, sustenta, em síntese, que: 1) desconhecia o óbito do executado; 2) não foi cumprida a obrigação acessória dos herdeiros de comunicar ao Município o falecimento do executado para que o cadastro municipal pudesse ser atualizado; 3) a alteração na CDA é mero erro formal,

possibilitando o prosseguimento da execução face aos sucessores.

Dispensada a apresentação de resposta, pois a parte executada não está representada nos autos.

Iniciado o julgamento virtual, o E. Relator Sorteado, Desembargador Geraldo Xavier, propôs, em seu voto, o parcial provimento do recurso.

Ousei discordar, propondo o não provimento do apelo, e, realizado o julgamento em continuação, nos termos do artigo 942, §1º, do Código de Processo Civil, a Turma Julgadora, por maioria de votos, acompanhou a divergência, ocasião em que fui designado Relator.

É o relatório.

Cuida-se de execução fiscal derivada de crédito proveniente da incidência de IPTU e tarifas de água e esgoto referentes aos exercícios de 2003 a 2005.

As Certidões de Dívida Ativa que aparelham a execução fiscal, proposta em **25/01/2008** em face de Lourenço Nogueira dos Santos, contemplam créditos tributários lançados em 17/10/2007 (fls.03/08).

Em abril de 2008, foi noticiado nos autos o falecimento do executado, ocorrido em **24/11/1998** (fls.55).

Oportunizada a manifestação da Municipalidade exequente (fls.106/107), a qual apenas requereu a dilação do prazo para se pronunciar nos autos (fls.112), sobreveio a r. sentença apelada, que julgou extinto o feito por carência de ação.

Correto, *in casu*, o reconhecimento da ilegitimidade passiva do contribuinte indicado na Certidão de Dívida Ativa – Lourenço Nogueira dos Santos, em face do seu falecimento, que ocorreu antes da constituição do crédito tributário em execução.

Incabível, por outro lado, a substituição processual, nos termos do art. 110 do CPC, porque não se cuida de morte da parte no decorrer do processo, quando, em princípio, poderia ser permitido o redirecionamento em desfavor da sucessão.

Não há que se falar, também, na substituição da CDA em virtude de erro material ou formal. A alteração do devedor equivale, no caso concreto, à alteração do próprio lançamento.

A propósito, discorre a Súmula 392 do E. STJ:

> "A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, **vedada a modificação do sujeito passivo da execução**." (g.n.)

Tal questão, ademais, restou assentada em sede de Recurso Repetitivo:

> PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSO JUDICIAL TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATI-

VA (CDA). SUBSTITUIÇÃO, ANTES DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA, PARA INCLUSÃO DO NOVEL PROPRIETÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CARACTERIZAÇÃO ERRO FORMAL OU MATERIAL. SÚMULA 392/STJ. 1. A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução (Súmula 392/STJ). 2. É que: "Quando haja equívocos no próprio lançamento ou na inscrição em dívida, fazendo-se necessária alteração de fundamento legal ou do sujeito passivo, nova apuração do tributo com aferição de base de cálculo por outros critérios, imputação de pagamento anterior à inscrição etc., será indispensável que o próprio lançamento seja revisado, se ainda viável em face do prazo decadencial, oportunizando-se ao contribuinte o direito à impugnação, e que seja revisada a inscrição, de modo que não se viabilizará a correção do vício apenas na certidão de dívida. A certidão é um espelho da inscrição que, por sua vez, reproduz os termos do lançamento. Não é possível corrigir, na certidão, vícios do lançamento e/ou da inscrição. Nestes casos, será inviável simplesmente substituir-se a CDA." (Leandro Paulsen, René Bergmann Ávila e Ingrid Schroder Sliwka, in "Direito Processual Tributário: Processo Administrativo Fiscal e Execução Fiscal à luz da Doutrina e da Jurisprudência", Livraria do Advogado, 5ª ed., Porto Alegre, 2009, pág. 205). (...). **(REsp 1045472/BA, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2009, DJe 18/12/2009)**

Ressalte-se, por fim, que constitui dever do credor direcionar a cobrança contra o sujeito passivo correto, diligenciando no sentido de verificar o efetivo responsável pelo pagamento do tributo.

Nessas circunstâncias, somente mediante lavratura de nova CDA e ajuizamento de outra execução pode o exequente, em tese, demandar o alegado crédito.

Nesse sentido é a jurisprudência desta C. Câmara:

1500816-29.2016.8.26.0136

Classe/Assunto: Apelação Cível/Municipais

Relator: Octavio Machado de Barros

Comarca: Cerqueira César

Órgão julgador: 14ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 16/06/2023

Data de publicação: 19/06/2023

Ementa: APELAÇÃO – EXECUÇÃO FISCAL – IPTU – Exercícios de 2012 a 2015 – Ilegitimidade passiva – Falecimento do executado antes do ajuizamento – Impossibilidade de alteração da CDA – Súmula 392 do STJ – Extinção do feito mantida, com majoração da verba honorária para 15% sobre o valor atualizado da execução de R$1.395,64 em dezembro de 2016 CPC, art. 85, §11. Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

1508149-53.2018.8.26.0268

Classe/Assunto: Apelação Cível/IPTU/Imposto Predial e Territorial Urbano

Relator: Rezende Silveira

Comarca: Itapecerica da Serra

Órgão julgador: 14ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 02/12/2022

Data de publicação: 05/12/2022

Ementa: APELAÇÃO – EXECUÇÃO FISCAL – IPTU, taxa de limpeza e taxa de conservação – Exercícios de 2015 e 2016 – Devedor constante da CDA falecido antes do ajuizamento da execução – Impossibilidade de prosseguimento da execução ante a ilegitimidade passiva – Inteligência da Súmula nº 392 do STJ – Sentença mantida – Recurso improvido.

Destarte, deve ser mantida a r. sentença de extinção do feito.

Inaplicável 'in casu' a majoração de honorários prevista pelo art.85, §11, do CPC, ante a ausência de fixação de tal verba na origem.

Consideram-se prequestionadas e reputadas não violadas as matérias constitucionais e legais aqui discutidas e fundamentadamente decididas.

Ante o exposto, pelo meu voto vencedor, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 53.887)

Ementa: Apelação. Execução fiscal. Imposto predial e territorial urbano. Tarifa de fornecimento de água e de coleta de esgoto. Exercícios de 2003 a 2005. Extinção do feito com fulcro no artigo 485, VI, do Código de Processo Civil. Parcial acerto. Hipótese de sucessão tributária. Falecimento do executado não informado ao Fisco. Sujeição passiva do espólio ou dos herdeiros, a depender da fase do inventário. Inteligência do estatuído nos artigos 34 e 131, II e III, do Código Tributário Nacional. Descumprimento de obrigação acessória. Prosseguimento da exação contra o responsável tributário. Precedente do Superior Tribunal de Justiça.

Tarifa de fornecimento de água e de coleta de esgoto. Exercícios de 2003 a 2005. Falecimento do executado

Acesso ao Sumário

em 1998, antes da prestação dos serviços. Sucessores do "de cujus" que não respondem pela dívida. Recurso parcialmente provido.

Peço licença à ínclita maioria para dela dissentir.

Cuida-se de execução fiscal promovida pelo município de Santa Cruz das Palmeiras em face de Lourenço Nogueira dos Santos, com vistas a cobrança de imposto predial e territorial urbano, bem como de tarifa de fornecimento de água e de coleta de esgoto, dos exercícios de 2003 a 2005[1].

Reconhecida, de ofício, carência de ação por ilegitimidade de parte, extinguiu-se a cobrança (artigo 485, VI, do Código de Processo Civil). Daí por que apela tempestivamente o município: sustenta cabível a substituição do polo passivo do feito, pois descumprida obrigação tributária acessória, já que não foi informado do falecimento do executado; pleiteia prosseguimento da cobrança contra o espólio ou os sucessores deste último.

Recebido e processado o recurso, deixou-se de intimar o executado a ofertar contrarrazões, pois não houve citação.

Eis, sucinto, o relatório.

O recurso comporta parcial provimento.

Com efeito.

Da análise dos autos, extrai-se que o executado faleceu em novembro de 1998 (folhas 55), antes da propositura da demanda, porém seus sucessores deixaram de informar o fato ao exequente, impedindo que este atualizasse seus cadastros. Portanto, não é justo nem razoável que o município suporte os ônus do descumprimento da obrigação acessória pelos atuais proprietários do imóvel (artigo 113, § 2º, do Código Tributário Nacional).

Na hipótese "sub examine" é indispensável que o ente político apresente certidão de abertura de inventário dos bens do executado e de quem é o inventariante. Só assim se poderá citar o espólio (artigo 12, V, do Código de Processo Civil e artigo 131, III, do Código Tributário Nacional). Caso findo o inventário, a responsabilidade pelo pagamento dos tributos é de ser atribuída aos herdeiros do falecido (artigo 131, II, do Código Tributário Nacional), os quais deverão integrar o polo passivo da execução.

Veja-se comentário de Luiz Alberto Gurgel de Faria sobre o artigo 131 do Código Tributário Nacional:

"Os incisos II e III disciplinam as hipóteses em que a pessoa venha a falecer devendo tributos. A redação dos preceitos não auxilia muito na interpretação (...).

Acesso ao Sumário

1 Valor da causa em 17 de outubro de 2007: R$ 3.024,77.

"Na verdade, há de se fazer uma análise sistemática e teleológica dos dispositivos. Cabe ao espólio, por transferência, arcar com o pagamento de todos os tributos devidos pelo falecido até o evento sinistro. Eventuais obrigações tributárias surgidas após tal fato não corresponderão mais a tributos 'devidos pelo *de cujus*', mas sim pelo próprio espólio, enquanto não houver a partilha, de maneira que ele deve responder pelos ônus. Já a responsabilidade dos sucessores e do cônjuge meeiro se restringirá às hipóteses em que não houver quitação dos tributos pelo espólio, sejam de débitos do *de cujus* ou do próprio espólio, tendo como limite de pagamento o montante recebido, obviamente após efetuada a partilha, seja a título de quinhão (no caso de herdeiro), legado (legatário) ou meação (cônjuge meeiro)." (*in* "Código Tributário Nacional Comentado", coordenador Vladimir Passos de Freitas, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 3ª edição, páginas 594 e 595).

A hipótese é de responsabilidade por sucessão: os sucessores passam a ocupar a posição do antigo sujeito passivo da obrigação tributária (modificação subjetiva passiva) e devem arcar com o pagamento reclamado pelo município.

Em suma: diante do descumprimento de obrigação acessória, a Fazenda Pública tem o direito de prosseguir a cobrança contra os responsáveis tributários, em relação ao imposto predial e territorial urbano, mesmo sem emendar ou substituir a certidão de dívida ativa.

Eis a tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, segundo a sistemática do artigo 1.036 do Código de Processo Civil (tema 1049), acerca da possibilidade de redirecionamento da execução fiscal, em caso de extinção de personalidade jurídica não informada ao Fisco, mesmo sem alteração da certidão de dívida ativa:

"A execução fiscal pode ser redirecionada em desfavor da empresa sucessora para cobrança de crédito tributário relativo a fato gerador ocorrido posteriormente à incorporação empresarial e ainda lançado em nome da sucedida, sem a necessidade de modificação da Certidão de Dívida Ativa, quando verificado que esse negócio jurídico não foi informado oportunamente ao fisco."

Inegável, outrossim, que o entendimento da Corte Superior deve ser estendido aos casos de falecimento de pessoa natural não informado ao Fisco, pois "Ubi eadem ratio ibi eadem jus".

Sem embargo do suso aduzido, de rigor reconhecer intransponível óbice ao prosseguimento de parte da execução. Se não, vejamos.

Quanto aos serviços de fornecimento de água e de coleta de esgoto, o executado não os consumiu, pois faleceu antes de sua prestação (folhas 55). Por conseguinte, não se pode responsabilizar seus herdeiros ou o espólio por dívida que não foi contraída pelo "de cujus". A extinção do feito, nesse quadro, é de rigor.

Acesso ao Sumário

Em epítome: inadmissível se afigura o prosseguimento da cobrança de tarifa de fornecimento de água e de coleta de esgoto, tendo em conta o ajuizamento da demanda contra quem não consumiu o serviço e a inexistência de responsabilidade de seus sucessores pelo adimplemento da obrigação.

Posto isso, pelo meu voto dar-se-ia parcial provimento ao apelo e determinar-se-ia prosseguimento da execução fiscal contra o espólio ou os sucessores do executado, apenas no que toca ao imposto predial e territorial urbano.

GERALDO XAVIER, Relator Sorteado

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001899-56.2022.8.26.0483, da Comarca de Presidente Venceslau, em que é apelante Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual - IAMSPE, é apelada D.D.B.J.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Nos termos do art. 942 do Código de Processo Civil, em julgamento prolongado, por maioria, negaram provimento ao recurso. Vencido o Relator sorteado, que declara, e o 2º Juiz. Acórdão com a Desembargadora Mônica Serrano." , de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.045)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MÔNICA SERRANO, vencedor, COIMBRA SCHMIDT, vencido, EDUARDO GOUVÊA (Presidente), LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA e MAGALHÃES COELHO.

São Paulo, 21 de agosto de 2023.

MÔNICA SERRANO, Relatora designada

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação – Direito à saúde – IAMSPE – Pretensão ao fornecimento de serviço de *home care* – Sentença parcialmente procedente – Pretensão de reforma – Impossibilidade – Perícia Médica realizada que comprova a necessidade de cuidados médicos no domicílio – Direito fundamental amparado pelos artigos 6º e 196 da CF/88 – DL nº 257/70 que deve ser interpretado de forma a garantir o serviço médico pleiteado pela autora – Sentença mantida – RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de ação de tutela antecipada requerida em caráter antecedente proposta por D.D.B.J. em face do Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual - IAMSPE, pela qual, diante do seu delicado estado de saúde, idade avançada e da alta hospitalar recebida, pleiteia o direito do atendimento médico em *home care*.

Após a instrução processual, sobreveio a sentença dando parcial provimento aos pedidos autorais para: *A) condenar o requerido na obrigação de fazer consistente em contratar cuidadoras para que auxiliam nos cuidados da autora nas vinte e quatro horas do dia, diariamente, sendo uma para o turno do dia e outro para o da noite; B) condenar o requerido na obrigação de fazer consistente em contratar fisioterapeuta para continuidade do tratamento da autora, reservando se a atuação deste último às visitas que se fizerem necessárias para as atividades específicas de seu mister, o qual deverá apresentar laudo nesse sentido, especificando a periodicidade e duração do tratamento fisioterápico necessário*. (fls. 249/260).

Inconformado, apela o IAMSPE alegando, em suma que:

a) há ilegitimidade passiva e falta interesse de agir; b) o serviço de *home care* é prestado gratuitamente pelo SUS; c) O IAMSPE não está legalmente obrigado ao fornecimento de serviço de assistência domiciliar; d) O serviço de *home care* não está incluído na finalidade da autarquia; e) não há provas da necessidade de cuidados com profissionais da saúde (fls. 317/331).

Contrarrazões às fls. 336/347.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento parcial do recurso (fls. 355/359).

Recurso tempestivo e isento de preparo.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Preliminarmente, não há ilegitimidade da apelante para figurar no polo passivo da presente ação. A autora é contribuinte do IAMSPE como se observa pelo documento constante à fl. 16, desta forma, é inegável a existência de relação de prestação de serviço de assistência médica em plena vigência.

A responsabilidade do Estado em relação à garantia universal da saúde é solidária, configurando situação de litisconsórcio facultativo, logo, não necessário, sendo aplicável ao caso o enunciado de Súmula nº 37 deste Tribunal de Justiça:

> A ação para fornecimento de medicamento e afins pode ser proposta em face de qualquer pessoa jurídica de Direito Público Interno.

Pois bem.

Acesso ao Sumário

A autora possui 94 anos de idade e sofreu uma queda no dia 22/02/2022, que causou fratura de bacia e clavícula no lado esquerdo corpo. Durante o repouso decorrente das fraturas sofridas, houve significativa piora em sua saúde, com delírios, desúria, edema de MMII assimétrico, dopler venoso confirmado "TVP bilateral", com início de recanalização à direita e à esquerda, apresentando hemiparesia, disfalgia, broncoaspiração e dessaturação. Apesar da delicada situação de saúde, a autora recebeu alta hospitalar, tendo em vista a inexistência de tratamento capaz de curar a paciente, restando apenas a necessidade de cuidados médicos paliativos para a manutenção de sua vida.

Ora, é do art. 196 da CF/88 que "*a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação", e do art. 230 do mesmo diploma que "a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida*".

O direito à saúde, ademais, encontra previsão expressa no rol dos direitos sociais previsto no artigo 6º, da Constituição Federal:

> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

O direito à saúde, portanto, é direito fundamental de aplicação imediata (art. 5º, §1º, da CF/88) intimamente unido ao direito à vida, sendo dever do Estado, que se submete à dupla vertente dos direitos sociais: *a) natureza negativa: o Estado ou o particular devem abster-se de praticar atos que prejudiquem terceiros; b) natureza positiva: fomenta-se um Estado prestacionista para implementar o direito social.* (LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 22ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 1339).

In casu, foi realizada perícia médica pelo Dr. F.V.D.B. (CRM/SP (...)), que, após a realização da perícia colacionou o respectivo laudo pericial com a seguinte conclusão (fls. 210/222):

> *Nesta perícia, restou constatado que a pericianda D.D.B.J. obteve pontuação necessária para caso de baixa complexidade de assistência domiciliar, sendo que há necessidade de acréscimo de serviços específicos de assistência domiciliar aos da unidade ambulatorial ou de internação domiciliar; em outras palavras, há sim necessidade de atenção domiciliar tipo "HOME CARE".*

Deste modo, na linha das conclusões do Perito Médico Judicial, é inegável que as condições de saúde da autora demandam a prestação do serviço

Acesso ao Sumário

denominado *home care*, ou seja, a autora necessita de verdadeiro tratamento médico domiciliar.

O Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual - IAMSPE é entidade autárquica autônoma, com patrimônio próprio, tendo por finalidade prestar assistência médica e hospitalar aos seus contribuintes e beneficiários. A Finalidade do IAMSPE é prevista pelo artigo 2º do Decreto-Lei 257/1970:

> **Artigo 2.º** - O IAMSPE tem por finalidade precípua prestar assistência médica e hospitalar, **de elevado padrão**, aos seus contribuintes e beneficiários.
>
> **Parágrafo único** - Para a conservação de seus fins, o IAMSPE poderá:
>
> **1** - incentivar o ensino, a pesquisa e o aperfeiçoamento no campo da Medicina a fim de manter elevado o seu padrão assistencial;
>
> **2** - criar e organizar cursos ligados ao ensino de todas as suas atividades desde que conte com subvenção ou auxílios especiais;
>
> **3** - propiciar condições de aperfeiçoamento técnico científico aos seus servidores, a fim de elevar o nível de ensino a ser ministrado pelo IAMSPE.
>
> **4** - promover campanhas de Saúde Pública que beneficiem diretamente os servidores públicos estaduais e facultativamente participar de outras que beneficiem a população em geral.

Vê-se, assim, que está expressamente prevista a assistência médica e hospitalar de "elevado padrão", portanto, a interpretação de tal dispositivo deve ser feita no sentido de abranger a oferta de *home care* quando comprovada a necessidade médica pelos seus contribuintes e beneficiários.

Não se admite a tese no sentido de que inexiste autorização legal para o fornecimento do *home care*, afinal, se o IAMSPE possui a finalidade de oferecer serviço médico e hospitalar de elevado padrão (art. 2º, do DL n. 257/70), não se pode esquivar de oferecer determinado tratamento médico sob a justificava da inexistência da autorização normativa específica. Ademais, soma-se a isso o fato de o IAMSPE também ser pessoa jurídica de direito público e, nos termos do artigo 196 da Constituição Federal, também é responsável pela promoção da saúde, mesmo que direcionada aos seus contribuintes específicos.

Deste modo, considerando que inexiste indicativos de que as enfermidades da autora não sejam cobertas pela assistência de saúde dada pelo IAMSPE, a cobertura deverá ser realizada da forma indicada pelos laudos médicos constantes nos autos.

Ademais, feitas as adaptações para o presente caso, é aplicável o enunciado de Súmula 90 deste Tribunal de Justiça:

Havendo expressa indicação médica para a utilização dos serviços de

Acesso ao Sumário

'home care', revela-se abusiva a cláusula de exclusão inserida na avença, que não pode prevalecer.

No mesmo sentido, apesar de certa divergência, caminha este Tribunal de Justiça:

> APELAÇÃO e REEXAME NECESSÁRIO – Ação de Obrigação de Fazer – Saúde – IAMSPE – Pretensão ao fornecimento de serviço "home care" 24 horas, medicamentos e insumos – Sentença de procedência – Pretensão de reforma – Possibilidade em parte – Cerceamento de defesa – Inocorrência – Necessidade de tratamento satisfatoriamente demonstrada nos autos – Direito fundamental, amparado nos artigos 1º, III; 6º e 196 da Constituição Federal – Atendimento cujo fornecimento, no caso específico dos autos, mostra-se indispensável, diante do quadro de saúde da autora e dos princípios constitucionais do acesso à saúde e da dignidade da pessoa humana – Existência de justificativa médica demonstrada por meio de relatório, receituário, exames – Autora com quadro de saúde gravíssimo que necessita de atendimento multiprofissional – Cabimento de limitação do atendimento de enfermagem domiciliar – Precedentes – Possibilidade de fornecimento de tratamento sem marca específica – Rejeitada a matéria preliminar, parcial provimento do recurso e do reexame necessário. (TJSP; Apelação/Remessa Necessária 1001930-56.2019.8.26.0168; Relatora: Maria Olívia Alves; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro de Dracena - 2ª Vara; Data do Julgamento: 31/07/2023; Data de Registro: 31/07/2023)

> Agravo de Instrumento – IAMSPE – Agravado acometido de enfermidade grave – Necessidade de tratamento chamado "home care", com profissionais e aparelhos apropriados – Agravante é pessoa jurídica de direito público – Obrigação na promoção da saúde – Inteligência do artigo 196 da Constituição Federal – Presença dos requisitos para a concessão da tutela de urgência requerida nos autos principais – Decisão mantida – Agravo desprovido. (TJSP; Agravo de Instrumento 3002536-30.2023.8.26.0000; Relator: Marrey Uint; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro de Piedade - 2ª Vara; Data do Julgamento: 25/07/2023; Data de Registro: 26/07/2023)

Consigna-se, também, que a disponibilidade de tratamento pela rede pública de saúde não exime a responsabilidade em relação aos seus contribuintes e beneficiários, *mutatis mutandis*:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. IAMSPE. Assistência à saúde. Transtorno do Espectro Autista-TEA. Tratamento prescrito por médico da rede de atendimento da autarquia estadual. Disponibilidade do tratamento pela rede pública de saúde não exime a autarquia estadual em relação aos seus

Acesso ao Sumário

contribuintes e beneficiários. Dever de fornecer o tratamento prescrito. Decreto-lei 257/1970, artigo 2º. Precedentes desta Corte. Presentes os requisitos da tutela de urgência, concedida pela decisão agravada. Código de Processo Civil, artigo 300. Probabilidade do direito e risco ao resultado útil do processo. Recurso não provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 3001197-36.2023.8.26.0000; Relator: Edson Ferreira; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 10ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 10/05/2023; Data de Registro: 10/05/2023)

Majoram-se os honorários sucumbenciais devidos pelo apelante à apelada para R$ 2.500,00, nos termos do artigo 85, §11, do CPC, mantendo-se as custas processuais como decidido na r. sentença.

Por derradeiro, considera-se prequestionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional deduzida no recurso, ressaltando-se, consoante entendimento do Col. Superior Tribunal de Justiça, que para tal finalidade é desnecessária a citação expressa a todos os dispositivos legais que tiveram seu conteúdo enfrentado (STJ, EDcl no RMS nº 18.205/SP, Quinta Turma, Relator Min. Felix Fischer, j. em 18.04.2006).

Desta feita, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 46.482)

Ementa: OBRIGAÇÃO DE FAZER. Pessoa idosa, com fratura de bacia e clavícula decorrentes de queda em sua residência. Disponibilização de assistência domiciliar (*Home care*) pelo IAMSPE. Inadmissibilidade, no caso. Ausência de previsão do serviço no regulamento da autarquia. Não demonstrada, ademais, a indicação do serviço técnico domiciliar de enfermagem e/ou de outra especialidade da área da saúde. Tratamento que não deve ser confundido com dever de assistência recíproca e de solidariedade humana. Recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

Ação de obrigação de fazer julgada parcialmente procedente pela sentença de f. 249/60, cujo relatório adoto.

Apela o vencido alegando ilegitimidade passiva e falta de interesse de

agir. Afirma que o serviço de *home care* é prestado gratuitamente pelo SUS àqueles que necessitem de reabilitação motora, idosos, pacientes crônicos com agravamento ou em situação pós-cirúrgica. Aduz que o IAMSPE, por tratar-se de autarquia componente da Administração Pública Indireta, não está legalmente obrigado ao fornecimento de serviço de assistência domiciliar; ou seja, por não ser participante do SUS não possui as incumbências próprias dos entes da Administração Pública Direta. Aduz que referido serviço não está incluído na finalidade do IAMSPE, que somente prevê a assistência hospitalar e médica, nos termos do artigo 2º do Decreto Lei, e não há provas da necessidade de cuidados com profissionais da saúde. Pede, a improcedência da ação (f. 317/31).

Contrarrazões a f. 336/47.

A Procuradoria Geral de Justiça é pelo parcial provimento do recurso (f. 355/9).

A autora manifestou-se pedindo o não conhecimento do recurso por intempestividade (f. 361/4).

É o relatório.

1. O recurso é tempestivo, eis que o IAMSPE, ora apelante, foi intimado por meio do portal eletrônico da sentença de f. 249/60, em 15.12.2022. O prazo para leitura transcorreu em 27.12.2021, considerado o início do ato em 30.1.2023 (f. 308). O recurso foi protocolado em 14.3.2023 (f. 317) Dentro do prazo legal, portanto.

Vê-se que a certidão de f. 315 foi lançada em evidente equívoco.

2. A preliminares de ilegitimidade passiva e falta de interesse processual foram decididas a f. 178/82, nos seguintes termos:

> *Estreme de dúvida que o requerido possui legitimidade para figurar no polo passivo da lide, não havendo que se falar em falta de interesse processual da autora na espécie.*
>
> *A requerente é inscrita como contribuinte do requerido, conforme documento de fls. 16, evidenciando que possuem relação de prestação de serviço de assistência médica em plena vigência, o que basta para que o requerido figure no polo passivo da ação, não se olvidando que a questão atinente à obrigatoriedade do fornecimento do tratamento/serviço postulado na inicial é matéria concernente ao mérito, devendo com ele ser apreciada.*
>
> *Então, não há que se falar em ilegitimidade passiva do requerido, mormente ao argumento de que a responsabilidade pelo dever garantidor da saúde deva recair sobre o Estado, cuja responsabilidade, em relação à garantia universal da saúde, é solidária, o que configuraria o litisconsórcio facultativo e não necessário, legitimando o requerido a compor o polo passivo da ação, sendo flagrante o interesse processual da autora na espécie, pelo mesmo motivo, pois postula o fornecimento do trata-*

Acesso ao Sumário

mento/atendimento médico do instituto de que é segurada/contribuinte.

Com acerto: a ação foi dirigida contra o apelante, com base nos fundamentos expendidos na inicial, que apontam para pretensão juridicamente possível. Definição de obrigações adentra o campo do mérito da lide, matéria a ser examinada na sequência.

3. A apelada, pessoa com noventa e quatro anos de idade, com sequelas decorrentes de queda em sua residência, ajuizou obrigação de fazer objetivando compelir o IAMSPE a fornecer-lhe *cama hospitalar, acompanhamento integral de fisioterapeuta e profissional de enfermagem, este último durante 24h por dia, conforme necessidade demonstrada em laudo médico e documentos juntados, possibilitando à requerida o direito à vida e existência digna* (f. 1/15).

Seu pedido foi julgado parcialmente procedente para condenar o réu *na obrigação de fazer consistente em contratar cuidadoras para que auxiliam nos cuidados da autora nas vinte e quatro horas do dia, diariamente, sendo uma para o turno do dia e outro para o da noite; B) condenar o requerido na obrigação de fazer consistente em contratar fisioterapeuta para continuidade do tratamento da autora, reservando-se a atuação deste último às visitas que se fizerem necessárias para as atividades específicas de seu mister, o qual deverá apresentar laudo nesse sentido, especificando a periodicidade e duração do tratamento fisioterápico necessário*.

Pois bem.

Inicialmente, consigno que não se trata aqui de demanda movida contra o Estado ou Município para obtenção de assistência à saúde fundada no direito universal a ele constitucionalmente previsto (art. 196 CF), mas de ação contra a autarquia IAMSPE, objetivando a condenação desta na prestação do serviço de assistência médica na modalidade *home care* (fisioterapeuta e profissional de enfermagem 24h por dia).

Em relação ao *home care*, assevero que não há na legislação de regência, previsão desse tipo de atendimento pela autarquia IAMSPE.

É vazia, a propósito, a remissão feita ao art. 72 do Decreto 13.420/79, ato este que foi revogado no ano seguinte pelo Decreto nº 14.744, restabelecendo seu regulamento anterior, de modo que, segundo a autarquia, não há norma que lhe obrigue a fazê-lo.

Vale ressaltar que a autarquia em questão não está obrigada a custear todo e qualquer tratamento, mas tão somente aqueles expressamente previstos na legislação de regência.

Ora, é intuitivo que as fontes de custeio da Autarquia apelante contemplam as necessidades próprias da concessão e manutenção das prestações previstas em seu regulamento. Não sendo compulsória a associação, aquele que se filia deve bem analisar esse regulamento, avaliar se contempla suas necessida-

Acesso ao Sumário

des e, se for o caso, contratar cobertura suplementar.

Onerar o instituto de assistência médica do servidor com obrigações não previstas tem o grave condão de comprometer sua saúde financeira, em prejuízo do universo dos atendidos e, a depender da multiplicação de situações que tais, podem até mesmo inviabilizá-la.

De mais a mais, a modalidade de atendimento em questão é concedida em caráter excepcional, justificando-se pela absoluta necessidade de cuidados qualificados, a serem desempenhados por equipe especializada, os quais não se confundem com a atenção de um cuidador nas tarefas básicas do cotidiano, estranha à finalidade do *home care*, e passível de ser suprida pela própria família.

Não se ignora a fragilidade física da autora, nem os aspectos socioeconômicos do respectivo núcleo familiar. A situação é grave e existem dificuldades objetivas e subjetivas para o bom tratamento ambulatorial.

Contudo, o direito universal à saúde não pode ser invocado para exigir-se a disponibilização de profissionais da saúde aos cidadãos da maneira como eles, individualmente, ou em geral suas famílias, preferirem.

O IAMSPE, como autarquia, sujeita-se às balizas legais, não podendo disponibilizar cuidadores especializados por 24 horas, para atender pedidos genéricos de atendimento domiciliar.

O conceito de *home care* é mal compreendido: envolve atendimento ambulatorial permanente. Não se confunde com cuidados paliativos, de menor complexidade, como o recomendado na perícia e no estudo social.

Assentei ao conceder a tutela recursal de urgência no agravo nº 3004949-50.2022.8.26.0000:

> *A decisão calca-se em sumaríssimo relatório médico que dá conta da idade da paciente, da queda sofrida e de seu estado de saúde, para concluir necessitar de "acompanhamento de enfermeiro e fisioterapeuta por 24 hr. ao dia."*
>
> *Não indica os motivos pelos quais deve ser prestado o concurso de profissionais de formação superior em período integral, quando a necessidade, em princípio, indica para profissionais de nível técnico.*

Também foi realizada a perícia médica domiciliar, para constatar a necessidade de atendimento domiciliar, e estudo social a fim de verificar a possibilidade da ajuda familiar.

O laudo médico a f. 210/222 concluiu que *a pericianda D.D.B.J. obteve pontuação necessária para caso de baixa complexidade de assistência domiciliar, sendo que há necessidade de acréscimo de serviços específicos de assistência domiciliar aos da unidade ambulatorial ou de internação domiciliar; em outras palavras, há sim necessidade de atenção domiciliar tipo "HOME CARE"* (f. 221).

Acesso ao Sumário

O estudo social a f. 166/77 concluiu que a família oferece proteção social *via convivência, dignidade, afeto e respeito, por meio de ações realizadas no cotidiano como, por exemplo, fazer as compras e a comida, lavar e passar roupas; estar constantemente presente na vida da idosa; administrar os valores advindos de pensão por morte; complementar valores para os gastos excedentes na proporção de suas possibilidades; buscar recursos no âmbito público e privado para ofertar qualidade de vida à idosa. Entende-se que tais aspectos estão sendo realizados de modo satisfatório pelos familiares, porém, conforme análise apresentada, pondera-se que essa proteção social familiar deve ter a complementação da proteção social pública e/ou privada* (f. 176/7).

Conforme informado no laudo social:

> (...) até que se tenha o desfecho processual, foi necessário agir e estabelecer um cuidador que tivesse tempo, disponibilidade e condições para, por exemplo, realizar os cuidados de higiene, mover a Sra. D. da cama para a cadeira de rodas e/ou banho, pernoitar na casa. Os filhos e os netos possuem limitações para tal exercício:
>
> Nas atividades relacionadas à higiene, além da ausência de manejo, os três filhos homens disseram que trocar fraldas ou dar banho na mãe seria um desrespeito a ela;
>
> os filhos G. e G., conforme já exposto, apresentam limitações físicas e de saúde para tais atividades;
>
> o filho J.M. compartilha cuidados de seu neto de 04 anos, portanto, já tem uma responsabilidade diária;
>
> o filho J.R. e os netos da Sra. D. realizam atividades remuneradas, não podendo desfazê-las, pois são suas fontes de subsistência.
>
> Em razão disso, a opção foi contratar cuidadoras. Há uma cuidadora que trabalha durante o dia (das 7h00 às 19h00) e outra durante a noite (das 19h00 às 7h00) de segunda à sexta. Durante os finais de semana precisam de outras profissionais.
>
> (...)
>
> Informaram que os gastos fixos mensais da Sra. D. com cuidadoras, faxineira (que presta serviço 01 vez por semana), medicamentos, plano de saúde e fisioterapia tem sido em torno de R$5.400,00. Quem administra tais contas é o filho G.
>
> Foi dito que o valor líquido da pensão da Sra. D. está em R$2.800,00. Logo, os gastos acima mencionados ultrapassam sua renda, isso sem considerar despesas básicas como água, luz, telefone, alimentação. Os filhos, na medida em que conseguem, estão complementando tais valores.
>
> (...)
>
> Sra. D. recebe em sua casa, 03 vezes na semana, uma fisioterapeuta. Ela disse gostar bastante e se mostrou entusiasmada com os re-

Acesso ao Sumário

sultados até agora alcançados (ela está recuperando – ainda com dificuldades – o movimento do braço, podendo levar a sua comida até a boca).

(...)

Portanto, **entende-se que a proteção social ofertada pela família aos idosos deve ter a retaguarda do Estado assim como da rede privada quando o cidadão opta por ela, como no caso em tela.** (f. 171, 172 e 176; grifos no original)

(...)

No caso, não há indicação à paciente de acompanhamento contínuo por profissional qualificado, mas *cuidadores 24:00 horas*. Ou seja, não foi demonstrada a imprescindibilidade de profissionais da saúde dedicados – não se extraindo inequívoca a real necessidade da enferma a partir dos documentos que acompanharam a petição inicial.

É bom que se diga que o tratamento *home care* pretendido não pode ser confundido com dever de assistência recíproca e de solidariedade humana.

O entendimento é sufragado nesta E. Corte em casos semelhantes:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. Pleito de concessão de instalação e fornecimento domiciliar de equipamento médico de suporte vital, sessões de fisioterapia, insumos, medicamentos e transporte ambulatorial. Autora que necessita de extensos cuidados de terceiros, vinte e quatro horas por dia, e de equipamentos médicos de suporte vital para a sua sobrevivência. Pretensão de ter o atendimento concedido domiciliarmente. **Situação que está além do dever do Poder Público em dar cumprimento ao artigo 196 da CF. Documentos que não atestam de maneira inequívoca a imprescindibilidade do atendimento domiciliar específico para o caso da autora.** Concessão que deve se dar em internação hospitalar. Decisão reformada. Recurso provido[1].

CONSTITUCIONAL – DIREITO À SAÚDE – OBRIGAÇÃO DE FAZER – *HOME CARE* – FORNECIMENTO PELO ESTADO ATENDIMENTO DE NECESSIDADES BÁSICAS – DESCABIMENTO – OBRIGAÇÃO DOS FAMILIARES – DEVER DE ASSISTÊNCIA RECÍPROCA E DE SOLIDARIEDADE HUMANA.

1. O direito à vida e à saúde qualifica-se como atributo inerente à dignidade da pessoa humana, conceito erigido pela Constituição Federal em fundamento do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF).

2. **Serviço de enfermagem domiciliar (*home care*). Fornecimento pelo Poder Público. Atendimento de necessidades básicas. Descabimento. Obrigação dos familiares em razão do parentesco e dos deveres de assistência recíproca e de solidariedade humana**. Pedido procedente, em parte. Reexame necessário, considerado interposto, e

1 Agravo nº 3002571-63.2018.8.26.0000; Des.: Marcelo Semer; j. 12/11/2018; g.m.

Acesso ao Sumário

recurso providos, em parte[2].

Acrescento, ainda, que assim julguei as apelações 1000612-48.2018.8.26.0370 e 1004732-43.2017.8.26.0541 e o agravo nº 2250273-96.2022.8.26.0000.

Quanto ao servido de fisioterapia, assim dispus ao despachar o agravo supramencionado:

> (...)
>
> Já ao fisioterapeuta compete *o desenvolvimento de atividades e métodos focados na prevenção, tratamento, restabelecimento, movimento, saúde funcional do corpo e manutenção da saúde de todos,* segundo apontamento colhido em "https://www.nucleodoconhecimento.com.br/saude/atribuicoes-do-fisioterapeuta".
>
> Não há dúvida de que a paciente necessita de acompanhamento de fisioterapeuta. Mas não de forma integral, é óbvio, a não ser que o tratamento que se lhe é exigido deva ser executado materialmente nas vinte e quatro horas do dia. Parece-me isso algo absurdo.
>
> Sequer em hospitais vê-se cuidados tão extremados!
>
> Aliás, segundo o documento de f. 85 dos principais, os cuidados permanentes bem podem, em princípio, ser realizados por cuidador, reservando-se a atuação do fisioterapeuta às visitas que se fizerem necessárias para as atividades específicas de seu mister. (f. 27/9).

Nesse senda, deve ser providenciado o serviço de fisioterapeuta, reservando-se a atuação às visitas que se fizerem necessárias para as atividades específicas de seu mister, sem a necessidade de *home care*, pois a apelada, na qualidade de pensionista de servidor público estadual, contribui mensalmente para receber assistência à saúde e o IAMSPE tem obrigação contratual de prestar-lhe atendimento, conforme estabelece o inc. I do art. 3º do Decreto Estadual nº 52.474/70, que aprovou seu regulamento, *verbis*:

> **Artigo 3.º** - Compete ao IAMSPE:
>
> **I** – Prestar assistência médica e hospitalar, de elevado padrão, aos seus usuários.

Neste sentido:

> Obrigação de Fazer Fornecimento de insumos, medicamentos, tratamentos e serviços médicos (home care) Comprovada a necessidade da disponibilização dos insumos, medicamentos e atendimentos de fisioterapia, fonoaudiologia e nutrição Impossibilidade, no entanto, de condenação do réu ao oferecimento de apoio médico especializado (e efetivamente caracterizado como home care) já que a perícia médica foi no sentido de que a prestação da assistência à autora pode ser feita por cuidador Presença dos requisitos necessários à concessão tutela de

2 Apelação nº 3001429-95.2013.8.26.0615; Des.: Décio Notarangeli; j. 13.2.2017; v.u.; g.m.

Acesso ao Sumário

urgência Recurso parcialmente provido[3].

Por fim, no âmbito da assistência integral e universal à saúde preconizada na Constituição, em tese, a pretensão haveria de ser deduzida contra o Estado, que disponibiliza através do Sistema Único de Saúde o atendimento domiciliar (arts. 19-I e 19-M da Lei nº 8.080 de 19904).

4. Dou parcial provimento ao recurso, com observação.

COIMBRA SCHMIDT, Relator sorteado, vencido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0508404-67.2005.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante MUNICÍPIO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO, é apelado FUSETÉCNICA ADMINISTRAÇÃO DE BENS IMÓVEIS SA.

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, DERAM provimento ao recurso, vencido o 2º Juiz, Des. JOÃO ALBERTO PEZARINI. Adotou-se a técnica de julgamento do artigo 942, *caput*, e §1º do CPC, sendo chamados a integrar a turma julgadora os Desembargadores WALTER BARONE e REZEN DE SILVEIRA. Por maioria de votos, DERAM provimento ao recurso, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão, vencido o Desembargador JOÃO ALBERTO PEZARINI que dava parcial provimento", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 53.571)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente), JOÃO ALBERTO PEZARINI, WALTER BARONE e REZENDE SILVEIRA.

São Paulo, 23 de agosto de 2023.

GERALDO XAVIER, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação. Execução fiscal. Imposto predial e territorial urbano. Taxas de conservação de vias e logradouros públicos, de limpeza pública (coleta de lixo) e de prevenção e extinção de incêndios. Exercício de 2004. Reconhecimento de nulidade da certidão de dívida ativa. Extinção do processo. Inadmissibilidade. Título executivo que não menciona o fundamento

3 Apelação nº 1000631-88.2022.8.26.0572; Rel. Des. Aliende Ribeiro, j. 15/05/2023.

legal das cobranças e o termo inicial dos encargos incidentes sobre as dívidas. Erros formais passíveis de emenda. Possibilidade de substituição da certidão. Inteligência do artigo 2º, § 8º, da Lei 6.830/80 e do artigo 317 do Código de Processo Civil. Recurso provido.

Taxas de conservação de vias e logradouros públicos e de prevenção e extinção de incêndios. Exercício de 2004. Descabimento das respectivas cobranças. Serviços que beneficiam toda a comunidade, não um contribuinte individualmente considerado. Inteligência dos artigos 145 da Constituição Federal e 77 e 79 do Código Tributário Nacional. Matéria de ordem pública. Reconhecimento "ex officio". Possibilidade de prosseguir em relação ao imposto e à taxa de limpeza pública (lixo).

VOTO

Cuida-se de execução fiscal promovida pelo município de São Bernardo do Campo em face de Fusetécnica Administração de Bens Imóveis Limitada com vistas a cobrança de imposto predial e territorial urbano, bem como de taxas de conservação de vias e logradouros públicos, de limpeza pública (coleta de lixo) e de prevenção e extinção de incêndios do exercício de 2004[1].

Reconhecida, de ofício, nulidade da certidão de dívida ativa, extinguiu-se o feito (folhas 73/77). Daí por que apela tempestivamente o município: sustenta hígido o título executivo; argui possível a emenda para sanar eventuais vícios e requer prosseguimento da cobrança.

Recebido e processado, o recurso foi contrariado.

Eis, sucinto, o relatório.

O apelo comporta provimento.

Com efeito.

O título executivo não menciona, por erro formal, o fundamento legal dos tributos e o termo inicial dos encargos sobre eles incidentes (artigo 2º, § 5º, II e III, da Lei 6.830/80). Tais omissões impossibilitam o controle da legalidade da exação, tanto pelo juiz como pelo contribuinte; cuidam-se de vícios que impedem o exercício da defesa em toda a sua plenitude.

De admitir, porém, assistir à Fazenda Pública o direito, nos termos do estatuído no artigo 2º, § 8º, da Lei 6.830/80, de emendar ou substituir, até a sentença dos embargos, a certidão de dívida ativa.

Eis o que proclama o Superior Tribunal de Justiça:

1 Valor da causa em julho de 2005: R$ 17.790,26.

Acesso ao Sumário

"PROCESSO CIVIL – EXECUÇÃO FISCAL – CDA – POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO OU EMENDA ATÉ A PROLAÇÃO DA SENTENÇA. 1. A Fazenda Pública pode substituir ou emendar a Certidão de Dívida Ativa até a prolação da sentença, a teor do disposto no § 8º do art. 2º da Lei 6.830/80. 2. Não é possível o indeferimento da inicial do processo executivo, por nulidade da CDA, antes de se possibilitar à exeqüente a oportunidade de emenda ou substituição do título. 3. Recurso especial provido." (Recurso Especial 755993/SP, relatora Ministra Eliana Calmon).

O artigo 317 do Código de Processo Civil estabelece a necessidade de o juiz permitir o saneamento dos vícios processuais com vistas ao proferimento de sentença de mérito, "in verbis":

"Art. 317. Antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício."

Força é, portanto, conceder ao exequente, antes de levar a cabo a extinção do feito, oportunidade de emendar ou substituir o título executivo.

Sem embargo do suso aduzido, mister reconhecer a ilegitimidade da cobrança das taxas de conservação de vias e logradouros públicos e de prevenção e extinção de incêndios, conforme a seguir se explicita.

Taxas são, nos termos do artigo 77, "caput", do Código Tributário Nacional, tributos vinculados, correspondentes a serviços específicos e divisíveis, prestados ou postos à disposição do contribuinte. Bem por isso, descabida a cobrança daquelas referentes à conservação de vias e logradouros públicos e à prevenção e extinção de incêndios, que tais serviços beneficiam toda a comunidade, não apenas a executada. Houve desrespeito ao estatuído no artigo 145, II, da Magna Carta. A propósito, ensina ROQUE ANTONIO CARRAZZA, "in" "Curso de Direito Constitucional Tributário", 6ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, página 282:

"Já os serviços públicos específicos, também chamados singulares, são os prestados 'uti singuli'. Referem-se a uma pessoa ou a um número determinado (ou, pelo menos, determinável) de pessoas. São de utilização individual e mensurável. Gozam, portanto, de divisibilidade, é dizer, da possibilidade de avaliar-se a utilização efetiva ou potencial, individualmente considerada. É o caso dos serviços de telefone, de transporte coletivo, de fornecimento domiciliar de água potável, de gás, de energia elétrica etc. Estes, sim, podem ser custeados por meio de taxas de serviços."

Registre-se que a conservação de vias e logradouros públicos atinge a população em sua integralidade; não é possível a divisão desse serviço entre os contribuintes, individualmente considerados, pois trata-se de todas as ruas, avenidas, parques, praças etc. Não há como atribuir o respectivo custeio somente a proprietários de imóveis. Eis o entendimento da corte sobre o assunto:

Acesso ao Sumário

"Ação anulatória de débito fiscal. Revisão da base de cálculo do IPTU. Possibilidade. Valor venal adotado pelo Município que não corresponde ao valor de mercado do bem. Prova pericial criteriosa e coerente que deve ser acolhida. Taxa de prevenção e extinção de incêndios. Fato gerador consistente na prestação de serviço inespecífico, não mensurável, indivisível e insuscetível de ser referido a determinado contribuinte, beneficiando toda a coletividade. Incompetência do Município, ademais, para instituição. Ônus do combate a sinistros atribuído ao Estado. Taxa de conservação de vias e logradouros. Ausência de prestação de serviço público específico e divisível. Taxa de coleta de lixo. Atendimento aos requisitos constitucionais da divisibilidade e especificidade. Majoração dos honorários advocatícios de sucumbência. Inadmissibilidade. Fixação baseada nos critérios do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC/73, aplicável ao caso. Sentença de parcial procedência. Recursos das partes não providos." (Apelação 0001125-14.2010.8.26.0564, Décima Oitava Câmara de Direito Público, relator Desembargador Carlos Violante);

"Ação Declaratória de Inexistência de Relação Jurídico-tributária c.c. Repetição de Indébito. Taxa de limpeza pública, taxa de conservação de logradouros públicos e taxa de bombeiros. Tributos pagos nos últimos cinco anos, contados retroativamente à distribuição da ação, em 27.05.2015. Sentença que julgou procedentes os pedidos. Pretensão à reforma. Ilegitimidade dos co-autores Matheus e Pedro Paulo. Preliminar que resta afastada, ante a emenda à petição inicial. Taxa de limpeza pública. Manifesta ilegalidade constatada, uma vez que referida taxa não observa os requisitos da especificidade e divisibilidade, na medida em que tem como fato gerador não só a remoção de lixo domiciliar, mas também a limpeza de vias, logradouros e galerias pluviais. Exegese da Súmula Vinculante nº 19. Taxa de Conservação de Logradouros Públicos. Inexistência, também, da prestação de serviços públicos específicos e divisíveis, porquanto sua execução beneficia toda a sociedade. Ilegalidade da exigência. Taxa de combate a incêndio e sinistros. Precedentes da Câmara julgadora e do C. STF no sentido de que o serviço não é divisível e de que a competência para o serviço de bombeiros é exclusiva do Estado. Interpretação que respeita o disposto no art. 926 do NCPC, ante o entendimento majoritário do colegiado. Observância da necessidade de se uniformizar a jurisprudência do Tribunal e manter a sua coerência (art. 926 do NCPC). Honorários advocatícios que ficam majorados para 15% do valor da condenação. Recurso não provido." (Apelação 0002249-44.2015.8.26.0180, Décima Oitava Câmara de Direito Público, relator Desembargador Ricardo Chimenti);

"REEXAME NECESSÁRIO – Ação de Declaratória de Inexistência de Relação Jurídico-Tributária cumulada com pedido de repetição do indébito – Taxa de limpeza pública, conservação de vias e logradouros públicos e Taxas de serviço de bombeiro. Sentença Ilíquida – Reexame – Necessário obrigatório

Acesso ao Sumário

– Aplicação da Súmula n.490 do STJ. Taxa de limpeza pública e Taxa de conservação de vias e logradouros públicos – Ilegalidade – Inteligência do artigo 145 da Constituição Federal e dos artigos 77 e 79 do CTN. Taxa de salvamento, prevenção e extinção de incêndios – Constitucionalidade – Contraprestação por serviço público específico e divisível – Precedentes do STF. Pretensão à restituição do débito – Admissibilidade – Aplicação do prazo quinquenal previsto no art. 168, I, do CTN. Juros de mora – Incidência de 1% ao mês, a contar do trânsito em julgado – Art. 161, §1º, art. 167, § único, ambos do CTN e súmula n. 188 do STJ. Correção monetária – Observada a variação da Tabela Prática expedida pela Corregedoria-Geral da Justiça de São Paulo (INPC), a partir do pagamento de cada parcela, de acordo com a súmula 162 do STJ. Reexame necessário, parcialmente provido." (Remessa Necessária 1003973-88.2015.8.26.0302, Décima Quarta Câmara de Direito Público, relator Desembargador Cláudio Marques) (grifos inexistentes nos originais).

O mesmo caminho tem sido trilhado pelo Supremo Tribunal Federal:

"Agravo regimental no agravo de instrumento. Tributário. Taxa de conservação de vias e logradouros públicos. Inconstitucionalidade. Taxas de limpeza pública domiciliar e de manutenção da rede de água e esgoto. Impossibilidade da análise da legislação local e do reexame de fatos e provas (súmulas 279 e 280 do supremo tribunal federal). Agravo regimental ao qual se nega provimento." (Agravo Regimental no agravo de instrumento 653.547/SP, Primeira Turma, relatora Ministra Carmen Lúcia);

"Recurso extraordinário. Mandado de segurança. Taxa de Conservação e Manutenção das Vias Públicas. Inconstitucionalidade incidental. 2. Acórdão que declarou a inconstitucionalidade de lei que instituiu a cobrança de Taxa de Conservação e Manutenção das Vias Públicas, por afronta ao disposto no art. 145, II, da CF. 3. Entendimento firmado pelo STF no sentido de que a base de cálculo é "própria de imposto e não de taxa por serviços específicos e divisíveis postos à disposição do seu contribuinte" e "não tendo o município – uma vez que, em matéria de impostos, a competência é da União – competência para criar tributos outros que não os que a Constituição lhe atribui, o imposto dissimulado pela taxa é inconstitucional" (RE 121.617). 4. Recurso não conhecido. Lei Complementar n.º 37, de 29 de dezembro de 1998, do Município de Aracaju, declarada inconstitucional." (Recurso Extraordinário 293.536/SE, Tribunal Pleno, relator Néri da Silveira). (grifos inexistentes nos originais).

Quanto à taxa de prevenção e extinção de incêndios, além de a ela ser aplicável o que antes se expendeu, cumpre lembrar que o serviço respectivo não o presta o município de São Bernardo do Campo, mas antes o Estado de São Paulo, por meio do Corpo de Bombeiros da Polícia Militar.

Veja-se, a respeito do tema, decisão proferida pelo Supremo Tribunal Fe-

Acesso ao Sumário

deral, tema 16 da lista das questões constitucionais com repercussão geral:

"TAXA DE COMBATE A INCÊNDIO – INADEQUAÇÃO – CONSTITUCIONAL. Descabe introduzir no cenário tributário, como obrigação do contribuinte, taxa visando a prevenção e o combate a incêndios, sendo imprópria a atuação do Município em tal campo" (Recurso Extraordinário 643.247, Plenário, relator Ministro Marco Aurélio).

Convém citar, por oportuno, o seguinte trecho do acórdão cuja ementa transcreveu-se no precedente parágrafo:

"(...) A segurança pública, presentes a prevenção e o combate a incêndios, faz-se no campo da atividade precípua, pela unidade da Federação, e, porque serviço essencial, tem como a viabilizá-la a arrecadação de impostos, não cabendo ao Município a criação de taxa para tal fim (...)".

Registre-se: o decisório do Supremo Tribunal Federal dantes aludido é claro ao "modular prospectivamente os efeitos da tese, a partir da data da publicação da ata de julgamento – 1º de agosto de 2017 –, ressalvadas as ações anteriormente ajuizadas". Mas a limitação temporal nele consubstanciada não impede que se proclame, em quaisquer execuções fiscais, a inconstitucionalidade da cobrança da taxa de prevenção e extinção de incêndios; apenas visa a salvaguardar os cofres públicos, evitando novas demandas com vistas a repetir valores pagos antes da data referida.

Frise-se: inconstitucionalidade da cobrança de taxas é matéria de ordem pública, suscetível de conhecimento de ofício, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição. Vejam-se, a respeito, os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

"DIREITO CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LOCAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. OFENSA AO ART. 535, I E II, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282/STF E 211/STJ. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. INCONSTITUCIONALIDADE. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. POSSIBILIDADE. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRECEDENTE DO STJ. COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL. EXAME DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL PREJUDICADO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. Os embargos de declaração têm como objetivo sanear eventual obscuridade, contradição ou omissão existentes na decisão recorrida. Não há falar em afronta ao art. 535, I e II, do CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão, como ocorrido na espécie. 2. Para abertura da via especial, requer-se o prequestionamento, ainda que implícito, da matéria infraconstitucional. Hipótese em que o

Acesso ao Sumário

Tribunal 'a quo' não emitiu nenhum juízo de valor acerca dos arts. 505, 512, 513 e 514 do CPC, restando ausente seu necessário prequestionamento. Incidência das Súmulas 282/STF e 211/STJ. 3. Importa em deficiência de fundamentação a indicação genérica de afronta aos arts. 505, 512, 513 e 514 do CPC, sem particularizar em que consistiria o alegado malferimento, a teor do disposto na Súmula 284/STF. 4. Por se tratar de matéria de ordem pública, pode o Tribunal de origem conhecer de ofício de questão envolvendo a existência de inconstitucionalidade de decisão judicial anteriormente proferida no curso do processo. Precedente do STJ. 5. Tendo o Tribunal 'a quo' firmado a compreensão no sentido de que a decisão judicial anteriormente proferida em sede de embargos do devedor seria inconstitucional, por se chocar com o princípio da razoabilidade por sua falta, e com o da proporcionalidade por sua inobservância, torna-se inviável o exame dessa matéria em sede de recurso especial, voltado apenas para uniformização da interpretação de matéria federal infraconstitucional. 6. Dissídio jurisprudencial prejudicado. 7. Recurso especial conhecido e improvido." (Recurso Especial 875.653/PR, relator Ministro Arnaldo Esteves Lima);

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IPTU. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE TRIBUTO INVOCADA ORIGINARIAMENTE NA APELAÇÃO DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRECLUSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. MATÉRIA COGNOSCÍVEL DE OFÍCIO. 1. Embargos de divergência manejados com o escopo de dirimir dissenso jurisprudencial acerca da não ocorrência de preclusão para se argüir inconstitucionalidade de tributo em sede de apelação ainda que tal matéria não tenha sido ventilada no processamento dos embargos à execução. 2. As matérias de ordem pública não estão sujeitas à preclusão, motivo pelo qual podem ser originariamente argüidas e apreciadas em sede de apelação. 3. A inconstitucionalidade de tributo inscrito na Dívida Ativa fulmina pressuposto de validade da correspondente execução fiscal e deve ser conhecida de ofício, nos termos do art. 267, § 3º, do CPC. 4. Se é possível apreciar inconstitucionalidade de tributo em sede de exceção de pré-executividade (AgRg no Ag 1.086.746/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 19/3/2009; AgRg no Ag 1.051.126/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 12/2/2009; AgRg no Ag 888.176/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 18/6/2008; AgRg no REsp 600.986/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 17/3/2008), não há razão para obstar o conhecimento dessa mesma matéria, de ofício, pelo Tribunal de apelação. 5. Embargos de divergência providos." (Embargos de Divergência 724.888/MG, relator Ministro Benedito Gonçalves).

Em resumo: inadmissível se afigura, pelas razões dantes aduzidas, a cobrança das taxas de conservação de vias e logradouros públicos e de prevenção e extinção de incêndios.

Posto isso, dá-se provimento ao apelo: determina-se prossiga a cobrança,

Acesso ao Sumário

após concessão de prazo, pelo juízo de origem, para substituição ou emenda da certidão de dívida ativa, excluídas as cobranças das taxas de conservação de vias e logradouros públicos e de prevenção e extinção de incêndios, cuja ilegitimidade proclama-se de ofício. Outrossim, condena-se o município a pagar honorários advocatícios de R$ 500,00 (quinhentos reais).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1052511-54.2020.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante W.J.G., é apelado (...).

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U. Consignando a presença para sustentação oral da Doutora Maira Calidone Recchia Bayod", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.348)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS FERNANDO NISHI (Presidente sem voto), ROBERTO MAIA e PAULO AYROSA.

São Paulo, 17 de agosto de 2023.

MIGUEL PETRONI NETO, Relator

Ementa: Ação de produção antecipada de provas – Indeferimento do pedido – Cautelar que vem fundamentada na necessidade de se conhecer os contratos de venda mediante financiamento por "antecipa de safra" e de barter, modalidades financeira e física, feitas junto aos produtores rurais (pessoas físicas e jurídicas), cooperativas agrícolas e distribuidoras de insumos sediados nos municípios de Catanduva, Pindorama, Itajobi, Santa Adélia, Catiguá, Palmares Paulista, Ariranha, Novais, Marapoama, Elisiário, Embaúba, Paraíso, Borborema, Fernando Prestes, Novo Horizonte, Guariba, Pitangueiras, Jaboticabal, Taiúva, Tabapuã, Irapuã, Sales, Taquaral e Monte Alto (doc. 02), no período compreendido entre 1º de janeiro de 2015 até 30 de junho de 2020, dos produtos formulados com base no princípio ativo TIAMETO-

Acesso ao Sumário

XAM e cujos nomes comerciais seguem relacionados: a.) Actara 250 WG; b.) Actara 750 SG; c.) Alika; d.) Centric; e.) Eforia; f.) Memory; g.) Platinum Neo; h.) Voliam Flexi; i.) Engeo; j.) Engeo pleno; k.) Adante XTRA; l.) Durivo; m.) Natera; e Verdadero 600 WG – Causa de pedir aceitável e necessária ao conhecimento de contaminação do solo e ar das áreas indicadas – Interesse púbico maior do que o particular – Reforma da r. sentença, com o acolhimento do recurso para que sejam apresentados os documentos e provas indicadas na inicial – Recurso provido.

VOTO

1:- Cuida-se de PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS ajuizada por W.J.G. em face de (...), pugnando, em apertada síntese, sejam os requeridos compelidos a exibirem judicialmente os contratos de venda mediante financiamento por "antecipa de safra" (financiamento da aquisição de agrotóxicos pelos produtores rurais com recursos privados da ré) e de barter (contratos que o produtor paga os insumos com a entrega do valor equivalente em mercadorias ou em dinheiro), feitas junto aos produtores rurais, cooperativas agrícolas e distribuidoras de insumos sediados em alguns municípios elencados nas fls. 36, no período entre 1 de janeiro de 2015 até 30 de junho de 2020, dos produtos formulados com base no princípio ativo TIAMETOXAM, a oitiva do Diretor Regional da requerida Sr. V.L.F. e seu gerente F.B.J., deferida a produção de prova técnica simplificada. Aduz que é apicultor, com apiários situados em diversos municípios das microrregiões de Catanduva e outros, conforme fls. 2 da inicial, com centenas de colmeias para a produção melífera (mel, pólen, própolis e geléia real). Trata-se de uma região com alta atividade agrícola, com uma utilização intensiva de agroquímicos, que são agrotóxicos e que prejudicam o desenvolvimento das lavouras, utilizando esses produtos pela via terrestre e via aérea. Informa que esses agrotóxicos produzem efeitos positivos para a produtividade das culturas, contudo, também atinge negativamente as áreas cultivadas, com a contaminação da água, solo e ar, bem como outras culturas e criações de animais, como a do próprio autor, com a contaminação do mel e morte das abelhas, gerando uma significativa redução de sua produção e de seus ganhos. Esclarece que um laudo do Instituto de Criminalística da Polícia Civil do Estado de São Paulo constatou que a morte das abelhas se deu pela substancia TIAMETOXAM. Informa que a comunidade europeia restringe seu uso apenas em estufas, sendo vedada a aplicação aérea. Aduz que, no Brasil, a fabricação e a comercialização dos produtos com base neste princípio é de duas empresas: a ré e a empresa (...) (comercializa apenas no tratamento de sementes). Requer a

Acesso ao Sumário

busca de elementos de prova que caracterizem a responsabilidade da requerida por dano ambiental que afetou o patrimônio do autor e redução da produção melífera.

Com a inicial, juntaram os documentos (fls.35/1005).

Emenda à inicial (fls. 1017-1026), em que o autor desistiu da produção antecipada de provas com relação à perícia simplificada, inicialmente requerida, juntando novos documentos (fls. 1029-1041).

Citada, a requerida (...), apresentou a contestação de fls.1074/1090, arguindo, em sede preliminar, ilegitimidade ativa do autor, pois não comprovou ser "apicultor", não há prova nos autos disso. Alega que os danos não foram comprovados. Informa que o prazo da prescrição é trienal, assim diante dos fatos ocorridos nos anos de 2015/2016 os danos materiais ou morais estariam prescritos. Alega que a pretensão do autor é ilícita, sendo que suas operações de venda são segredos de negócios da ré, seu modo de atuação, seu perfil de concessão de crédito. Aduz que o produto foi avaliado pelas autoridades nacionais e comprovaram sua segurança ao meio ambiente, como Ibama, Anvisa e Mapa. Requer, por final, o indeferimento da produção de prova pretendida pelo autor.

Houve réplica (fls. 1222/1234)

Manifestação dos autores em fls.1268/1270, apresentando os documentos de fls.1271/1307.

Instadas à produção de provas, as partes requereram o julgamento antecipado do mérito (fls.443 e 444/446).

A r. sentença de fls. 1316/1319 indeferiu o pedido de produção antecipada de provas da forma como proposta e deu por encerrado o feito. Em razão da natureza preparatória da ação, condenou a parte autora ao pagamento das custas e despesas do processo, assim como dos honorários de seu patrono. Sem condenação em verbas de sucumbência.

Embargos de declaração foram rejeitados (fls. 1332).

O autor interpôs recurso de apelação (fls. 1335/1351), com pedido de reforma integral da sentença. Assevera ter ficado comprovada a qualidade de apicultor pelo apelante; ter ficado demonstrado o interesse e a necessidade na documentação cuja apresentação se pretende, ante a inviabilidade de se processar a demanda em face de mais de 1500 fazendas que potencialmente utilizaram TIAMETOXAM na região e que as colmeias do apelante se encontram situadas dentro do raio de deriva dos defensivos agrícolas lançados; ter ficado demonstrado o risco de perecimento da prova. Assim, entende preenchidos os requisitos do artigo 381 do CPC, que exige apenas a descrição precisa do fato e da prova que se requer que seja produzida, portanto, exigir-se outros requisitos que não os constantes na legislação invocada extrapolam os limites da produção antecipada de provas. Pugna pela reforma da sentença a fim de que seja admitido

Acesso ao Sumário

o processamento da produção antecipada de provas, com a apresentação dos documentos e oitiva de testemunhas arroladas.

A ré apresentou suas contrarrazões às fls. 1360/1364 e o autor manifestou oposição ao julgamento virtual (fls. 1368/1369).

Inicialmente distribuídos à Exma. Desembargadora Angela Lopes, integrante da C. 28ª Câmara de Direito Privado deste E. Tribunal, que não conheceu do recurso e determinou a redistribuição dos autos a uma das Câmaras Reservadas de Direito Ambiental.

É o relatório.

2:- O recurso propõe nova análise da r. sentença que nos autos da ação de produção antecipada de provas promovida em face da apelada e consistente na exibição de documentos e oitiva de testemunhas, atos preparatórios para futura ação indenizatória, indeferiu o pedido entendendo que não há demonstração de interesse real na obtenção das documentações solicitadas, como forma de prevenir litígio futuro ou evitar perecimento de prova, pretendendo o autor, na verdade, ter acesso a cinco anos e meio de vendas da requerida a produtores das vinte e quatro cidades indicadas, sem elementos concretos que denotem interesse legítimo na obtenção de tais informações, que podem causar dano potencial à ré, inclusive pela publicidade de sua cartela de clientes e faturamento.

O recurso comporta provimento.

O fato de o autor ser ou não apicultor não interfere no pedido, porquanto o que se traz à discussão é contaminação causada por produto agrícola que tem em sua fórmula a substância *Tiametoxam*, que contamina o solo, o ar e a água. Tem-se que em matéria ambiental não se pode negar informações de interesse público, onde se busca conhecer possíveis área de contaminação.

O art. 225 da Constituição Federal impõe que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Um dos princípios do campo ambiental é o da precaução, ou seja, se buscam medidas protetivas. Não se pode criar obstáculos ao conhecimento de dados acerca de substâncias contaminantes, seus produtores e usuários, quando o bem maior é o meio ambiente.

O uso que o apelante fará dos documentos é conduta a ser analisada posteriormente, não se podendo obstar direito com previsão de fato futuro. Vale dizer, não se pode retirar do apelado e da sociedade, o direito de saber o quão intensiva foi a contaminação do solo e do ar pelo uso da substância *Tiametoxam*.

O pedido está devidamente justificado na inicial, onde o apelante expõe que é apicultor, atuando há vinte anos em sua atividade, sendo reconhecido no meio como uma dos principais especialistas em sua área de atuação e que possui

seus apiários situados nas áreas de preservação permanente, públicas ou privadas, em diversos municípios das microrregiões de Catanduva, Novo Horizonte e Jaboticabal, composta pelos municípios de Catanduva, Pindorama, Itajobi, Santa Adélia, Catiguá, Palmares Paulista, Ariranha, Novais, Marapoama, Elisiário, Embaúba, Paraíso, Borborema, Fernando Prestes, Novo Horizonte, Guariba, Pitangueiras, Jaboticabal, Taiúva, Tabapuã, Irapuã, Sales, Taquaral e Monte Alto.

Argumentou também que no desenvolvimento de sua atividade possui centenas de colmeias para a produção melífera (mel, pólen, geleia real e própolis), todas em pleno estágio de produção e cuja genética foi aprimorada em árdua pesquisa e grande dispenso de recursos materiais, notadamente da espécie "*apis mellífera*".

Expôs, ainda, que as microrregiões de Catanduva, Novo Horizonte e Jaboticabal é marcada por forte presença da atividade agrícola, com destaque para o setor sucroalcooleiro e cítrus, além de soja, milho, café, amendoim, tomate e cebola, demonstrando que existe realmente uma preocupação na preservação das áreas.

Posto isso, tem-se que é desnecessário tecer largas considerações, como o fez o apelante, acerca dos efeitos deletérios da utilização dos agrotóxicos e como são potencializados quando aplicados por meio da pulverização aérea, seja pela deriva, seja em razão de eventuais nuvens tóxicas que atingem áreas distantes do local da pulverização em razão dos fenômenos meteorológicos da turbulência dos ventos, evaporação, inversão térmica, absolutamente incontroláveis, além da observância de fatores climáticos como temperatura, umidade do ar, e velocidade do vento.

A substância *Tiametoxan* é tóxica, conforme apurado no laudo do Instituto de Criminalística a fls. 137 a 141.

Em suma, considerando que o dano ambiental é imprescritível e que há o interesse processual e a legitimidade de parte, fica anulada a r. sentença para que o feito tenha regular processamento. Sem verba honorária.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso.

Apelações/Remessas Necessárias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1018077-50.2020.8.26.0451, da Comarca de Piracicaba, em que é ape-

Acesso ao Sumário

lante SERVIÇO MUNICIPAL DE ÁGUA E ESGOTO DE PIRACICABA - SEMAE e Recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado STILUS CONSTRUTORA INCORPORADORA E IMOBILIÁRIA LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45.440)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EUTÁLIO PORTO (Presidente) e SILVA RUSSO.

São Paulo, 3 de julho de 2023.

ERBETTA FILHO, Relator

Ementa: PRESCRIÇÃO – Ação de repetição de indébito – Ocorrência – Hipótese de pagamento indevido – Aplicabilidade à espécie do art. 168, I c.c. o art. 165, I do CTN – Inaplicabilidade, por outro lado, dos prazos previstos no Código Civil – Princípio da especialidade – Irresignação parcialmente acolhida, para esse fim.

TAXA – VERTICALIZAÇÃO DE ÁGUA E CONTRIBUIÇÃO PARA AMPLIAÇÃO DA REDE DE ESGOTO – Município de Piracicaba – Ação declaratória c.c. repetição de indébito julgada procedente – Ilegitimidade da cobrança fundada no reconhecimento da inconstitucionalidade da exação declarada pelo C. Órgão Especial desta Corte de Justiça (0310787-35.2011.8.26.0000) – Legislação posterior que reprisou os termos da anterior declarada inconstitucional (Decreto Municipal 7.088/95 e Resoluções ARES/PCJ nº 75/2015 e 126/2016) – Recurso não provido.

CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS – Sentença não destoante do decidido pelo STJ e STF, respectivamente, no âmbito do REsp. nº 1.492.221/PR (Tema 905/STJ) e do RE 870.947/SE (Tema 810/STF) – Caso em que a manutenção do *decisum* por este Tribunal é de rigor – Decisão mantida.

VOTO

Vistos.

Acesso ao Sumário

Ação declaratória c.c. repetição de indébito, relativa a taxa de verticalização de água e contribuição para ampliação da rede de esgoto, instituída e cobrada pela autarquia, julgada procedente pela sentença de fls. 273/280, prolatada pelo Meritíssimo Juiz de Direito Felippe Rosa Pereira

Apela a autarquia-ré almejando o decreto de improcedência do pedido, para tanto apresentando os seguintes argumentos, em resumo: a base de cálculo da taxa de verticalização e ampliação do sistema de tratamento de esgoto não está embasada na Lei e no Decreto, que foram declarados inconstitucionais pelo Tribunal de Justiça, mas sim, na Lei Municipal nº 7.317/12 e Resolução nº 126/2016, no âmbito das quais ocorreu a ratificação do protocolo de intenções e delegação das funções regulatórias dos serviços de saneamento básico à ARES -PCJ, com total reformulação do sistema de cobrança, ficando a fixação, reajuste e revisão da contraprestação dos serviços públicos de saneamento prestados pela Autarquia a cargo exclusivo da Agência Reguladora (ARES-PCJ); demais disso, a competência da ARES-PCJ para definição e revisão dos valores de tarifa e preços públicos praticados pela SEMAE foi ratificada pelo v. acórdão proferido pela C. 35ª Câmara de Direito Privado deste E. Tribunal de Justiça no bojo da ação civil distribuída sob nº 1011931-66.2015.8.26.0451; ademais, por se tratar de preço público, a cobrança somente é feita quando acionada a autarquia pelo interessado; a natureza da cobrança relativa a serviços de água e esgoto, bem por isso, não se subsume ao regramento constitucional e infraconstitucional relativo aos tributos, nos termos do que ficou decidido pelo Pretório Excelso quando do julgamento do RE 1117903; demais disso, deve ser observada, se mantida a sentença, a despeito da natureza da cobrança, a regra estabelecida no Decreto nº 20.910/32, para fins de restituição dos valores pagos; de outra banda, em relação ao juros, comporta modificação a sentença para fins de se limitar ao estabelecido no art. 1º F, da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/2009.

Regularmente processados, seguindo-se resposta.

É o relatório.

Comporta parcial acolhida a irresignação.

Cuida-se de ação declaratória c.c. repetição de indébito relativa à cobrança de taxa de verticalização (demanda de água) e contribuição para ampliação da rede de esgoto.

Por proêmio, tem-se que a natureza da exação, como bem colocado pela empresa-apelada, trata-se não de tarifa/preço público, mas sim de taxa, diante da manifesta compulsoriedade, intrínseca à regra matriz de incidência tributária que disciplina as taxas.

Feita essa primeira colocação, comporta acolhida a irresignação da recorrente relacionada a prescrição do crédito aqui questionado.

Diante da natureza da obrigação, deve ter lugar a aplicação do Decreto

Acesso ao Sumário

20.910/32, com a sujeição do lustro prescricional a partir do desembolso devidamente comprovado dos últimos cinco anos anteriores ao ajuizamento do feito.

No caso de repetição de indébito, o prazo tem início a partir da data do pagamento, consoante expressa disposição dos arts. 156, I, 165, I e 168, I, todos do CTN.

Não existe mais dissenso no seio do Egrégio Superior Tribunal de Justiça no tocante à aplicação dos mencionados dispositivos, segundo o decidido por essa mesma Corte Superior no âmbito do REsp 1.110.578/SP (1ª Seção, Relator Ministro Luiz Fux, v.u., em 12/05/2010), cujo acórdão respectivo foi submetido ao regime do art. 543-C do CPC, e de cuja ementa extrai-se:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART.543-C, DO CPC. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. TRIBUTO DECLARADO INCONSTITUCIONAL. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO DE OFÍCIO. 1. O prazo de prescrição quinquenal para pleitear a repetição tributária, nos tributos sujeitos ao lançamento de ofício, é contado da data em que se considera extinto o crédito tributário, qual seja, a data do efetivo pagamento do tributo, a teor do disposto no artigo 168, inciso I, c.c artigo 156, inciso I, do CTN. (Precedentes: REsp 947.233/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 10/08/2009; AgRg no REsp 759.776/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/03/2009, DJe 20/04/2009; REsp 857.464/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2009, DJe 02/03/2009; AgRg no REsp 1072339/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/02/2009, DJe 17/02/2009; AgRg no REsp. 404.073/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJU 31.05.07; AgRg no REsp. 732.726/RJ, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, Primeira Turma, DJU 21.11.05) 2. A declaração de inconstitucionalidade da lei instituidora do tributo em controle concentrado, pelo STF, ou a Resolução do Senado (declaração de inconstitucionalidade em controle difuso) é despicienda para fins de contagem do prazo prescricional tanto em relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, quanto em relação aos tributos sujeitos ao lançamento de ofício. (Precedentes: EREsp 435835/SC, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Rel. p/ Acórdão Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/03/2004, DJ 04/06/2007; AgRg no Ag 803.662/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/02/2007, DJ 19/12/2007) 3. In casu, os autores, ora recorrentes, ajuizaram ação em 04/04/2000, pleiteando a repetição de tributo indevidamente recolhido referente aos exercícios de 1990 a 1994, ressoando inequívoca a ocorrência da prescrição, porquanto transcorrido o lapso temporal quinquenal entre a data do efetivo pagamento do tributo e a da propositura da ação. 4. Recurso

Acesso ao Sumário

especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.".

Como se observa do importante precedente supramencionado, não há que se falar em aplicação, ao caso, dos prazos prescricionais previstos no Código Civil, pois que o Código Tributário Nacional é lei especial especificamente editada para o fim de disciplinar as cobranças de natureza tributária e, em particular, para disciplinar os prazos para repetição de valores indevidamente pagos como tributos. Prevalece, pois, sobre as disposições gerais de Direito Civil, ante o princípio da especialidade.

Pois bem, segundo se observa no texto legal – art. 17 da Lei Complementar Municipal nº 2007, que disciplina o parcelamento do solo em Piracicaba:

"Nos loteamentos e condomínios a serem implantados em solo urbano no Município será obrigatória a execução dos equipamentos e serviços a seguir descritos, por parte dos proprietários ou interessados, sempre às suas expensas: (...) III – sistema de coleta de esgoto; IV – sistema de abastecimento de água". (*sic*. fls. 8 da exordial).

A cobrança, portanto, enquadra-se especificamente na natureza jurídica de taxa, nos termos do que dispõe o art. 3º do CTN

Esse, aliás, o entendimento desta C. Turma Julgadora, face ao decidido no âmbito da apelação de nº 1013206-11.2019.8.26.0451, distribuída ao Excelentíssimo Desembargador Eurípedes Faim, v.u., julg. em 15/10/2021, da qual se extrai a seguinte ementa:

"APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO DECLARATÓRIA C.C. REPETIÇÃO DE INDÉBITO – "DEMANDA DE ÁGUA" E "CONTRIBUIÇÃO PARA O TRATAMENTO DE ESGOTO" – MUNICÍPIO DE PIRACICABA. Sentença que julgou improcedente a ação. Apelo do Município.

NATUREZA DA COBRANÇA – Contrapartidas financeiras aos investimentos que a autarquia deverá fazer para atendimento do aumento da demanda de fornecimento de água e coleta de esgoto – Cobranças que têm natureza de taxa e não de preço público, tendo em vista que não decorrem de prestação contratual, tampouco voluntária – A ligação do imóvel às redes de água e esgoto constitui requisito para a implantação de loteamentos e condomínios em solo urbano, nos termos do artigo 17 da Lei Complementar Municipal nº 207/2007, vigente à época dos fatos – Exação que de amolda ao artigo 3º do Código Tributário Nacional – Natureza tributária reconhecida – Precedentes deste E. Tribunal de Justiça – Sentença mantida neste ponto."

Com efeito, em que pese a arguição da autarquia no intuito de afastar a inconstitucionalidade da exação fundada na Lei Municipal nº 7.371/12 e Resolução nº 126/2016, no âmbito das quais ocorreu a ratificação do protocolo de intenções e delegação das funções regulatórias dos serviços de saneamento

Acesso ao Sumário

básico à ARES-PCJ, com total reformulação do sistema de cobrança, ficando a fixação, reajuste e revisão da contraprestação dos serviços públicos de saneamento prestados pela Autarquia a cargo exclusivo da Agência Reguladora (ARES- PCJ), não há como afastar invalidade da instituição e cobrança com base na Lei Complementar Municipal nº 207/2007, em razão de ter sido reconhecida inconstitucionalidade pelo C. Órgão Especial desta Corte de Justiça, no âmbito da Arguição de Inconstitucionalidade distribuída sob nº 0310787-35.2011.8.26.0000 (Relator, Excelentíssimo Desembargador Roberto Mac Craken, julg. 29/02/2012).

Segundo se observa, o reconhecimento se deveu justamente à natureza da obrigação, ou seja, tratar-se de taxa e não de tarifa/preço público, como insiste a recorrente, diante do pronunciamento da Câmara de Direito Privado, referida nas razões do inconformismo.

Pois bem, como salientado alhures, a questão envolve a cobrança compulsória de demanda de água e contribuição para tratamento e materiais, nos valores referidos, nos seguintes empreendimentos de propriedade da autora: "Ilha Cozumel" e "Condomínio Santa Helena" totalizando um valor de R$ 253.100,00. Ou seja, não se trata da potencialidade de uso do serviço posto à disposição do usuário, mas sim de compulsoriedade do pagamento para fins de utilização do serviço, necessário para garantir o fornecimento de água e coleta de esgoto.

Ou seja, não se enxerga aqui a aventada natureza de tarifa/preço público para validar a instituição e cobrança, com fulcro na reformulação do atendimento às funções regulatórias do serviços de saneamento básico adstritas à ARES-PCJ, com a promulgação da Lei Municipal nº 7.371/2012, por certo que trata-se de lei que limita a atribuição ao proprietário ou interessado da responsabilidade de implantação dos sistemas de água e esgoto nos loteamentos e condomínios, sem estabelecer quaisquer parâmetros para base de cálculo como contrapartida à ligação do imóvel às redes de água e esgoto.

Restrita, pois, ao custeio das atividades legalmente nominadas, fácil se torna divisar na "taxa" de que se cuida, a inexistência do requisito da especificidade do serviço, apresentando-se, demais disso, nítida a impossibilidade de individuação daqueles a quem são direcionados os serviços, revestindo-se a mesma, daí, do caráter *uti universi* por referir-se à coletividade, globalmente considerada, indistinta a todos os condôminos, no caso, sendo insuscetível de ser relacionada a contribuintes determinados, razão pela qual se conclua pela afronta ao estatuído na Constituição da República (art. 97, I e II e art. 150 I).

Assim, escorreita a sentença no acolhimento da repetição dos valores indevidamente recolhidos a este título.

Igualmente desmerece acolhida a irresignação voltada à aplicação da Lei

nº 11.960/09, na incidência de juros e da correção monetária.

Não há dúvidas acerca da não aplicação em relação ao crédito de que se cuida, diante da natureza da obrigação, devendo ter lugar o entendimento firmado no seito do Pretório Excelso, quando do julgamento do RE 870.947/SE (PLENO, Relator Ministro LUIZ FUX, m.v., j. em 20.09.2017, DJe 20.11.2017) e do REsp 1.495.146/MG (PRIMEIRA SEÇÃO, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, j. em 22/02/2018, DJe 02/03/2018). Deste último precedente destaca-se (grifos do relator):

"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.

(...)

5. Em se tratando de dívida de natureza tributária, não é possível a incidência 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".

Em suma, com essas decisões, as Cortes Superiores buscam excepcionar a aplicação da Lei nº 11.960, de 29.06.2009, nos casos de débitos de natureza tributária no tocante aos juros de mora.

Tal entendimento consta expressamente do referido precedente:

"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" (grifos deste Relator).

E em relação à correção monetária a tese firmada aplica-se a qualquer que seja a espécie do crédito:

"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" (grifos do Relator).

Impunha-se, pois, ante o exposto, fosse a ação julgada parcialmente procedente, com observância somente do prazo prescricional, diante do que ora se decide, por aplicação, ao caso, do Decreto nº 20.910/32.

Ante todo o exposto, em suma, e para o fim enunciado, meu voto propõe

Acesso ao Sumário

dar parcial provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1012368-45.2022.8.26.0554, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO e Recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado TWFER INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MOLDES E PRODUTOS INJETADOS LTDA. - ME.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao apelo e ao reexame necessário. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 61.334)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AROLDO VIOTTI (Presidente sem voto), JARBAS GOMES e OSCILD DE LIMA JÚNIOR.

São Paulo, 2 de junho de 2023.

RICARDO DIP, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. EMISSÃO DE NOTA FISCAL ELETRÔNICA. BLOQUEIO. AUSÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. VULNERAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA.

Proibir a emissão de notas fiscais – que o Código tributário nacional alberga sob o modo de obrigação acessória – consiste, no fim e ao cabo, em inibir, para logo, a observância de um dever legal e, mais ao largo, vulnerar o direito de exercício de atividade lícita, nos termos do que dispõe o parágrafo único do art. 170 da Constituição federal de 1988.

Não provimento da apelação e da remessa obrigatória, que se tem por interposta.

Acesso ao Sumário

VOTO

RELATÓRIO:

Impetrou Twfer Indústria e Comércio de Moldes e Produtos Injetados Ltda. mandado de segurança contra ato do Delegado Regional Tributário do

ABCD (DRT-12) que, por meio do aviso nº IC/A/FIS/000661608/2022, bloqueou a emissão de Nota Fiscal Eletrônica em razão de aparente incompatibilidade entre o valor total de operações de aquisição de mercadorias e o valor de mercadorias vendidas desde 1º de junho de 2021.

A Promotoria pública da Comarca manifestou sua falta de interesse em intervir no feito (*e*-págs. 85-6).

A r. sentença de origem concedeu a segurança para determinar o restabelecimento da inscrição estadual da impetrante, enquanto não esgotado processo administrativo no qual a medida fora imposta (*e*-pág. 104-5).

Do decidido, ao par de remessa obrigatória, apelou a Fazenda pública paulista sustentando, *ad summam*, (*i*) que o objetivo da medida é o combate à fraude tributária; (*ii*) que a impetrante teve suspensa a emissão de notas fiscais eletrônicas, uma vez que apresentou valor de vendas incompatível com as compras; (*iii*) que se ofertou ao contribuinte a oportunidade de autorregularização e (*v*) a situação da apelada obsta a emissão de notas fiscais, nos termos da legislação de regência (*e*-págs. 111-5).

Respondeu- se ao recurso (*e*-págs. 121-30).

É o relatório em acréscimo ao da r. sentença, conclusos os autos recursais em 26 de maio de 2023 (*e*-pág. 136).

VOTO:

1. Considera-se interposta a remessa obrigatória, a teor do §1º do art. 14 da Lei 12.016/2009 (de 7-8).

2. A impetrante visa a afastar o ato da autoridade coatora que determinou o bloqueio da emissão de notas fiscais eletrônicas, em razão de suposta incompatibilidade entre o valor total de operações de aquisição de mercadorias e o valor de mercadorias vendidas.

3. Aos 25 de maio de 2022, a impetrante recebeu o Aviso n° IC/A/FIS/000661608/2022, emitido pela Diretoria de fiscalização da Secretaria estadual da Fazenda, informando que "a análise das informações dos documentos fiscais emitidos pela empresa e por seus fornecedores, disponíveis nos bancos de dados da SEFAZ/SP, demonstrou aparente incompatibilidade entre o valor total de operações de aquisição de mercadorias (R$ 0,00) e o valor total de mercadorias vendidas (R$ 784.644,15) desde 01/06/2021", **bem como impondo restrições às suas atividades, com o bloqueio de emissão de notas fiscais eletrônicas** (*e*-págs. 21-3).

4. A Lei complementar paulista 1.320/2018 (de 6-4) dispõe em seu art. 14 que

> "A Secretaria da Fazenda incentivará os contribuintes do ICMS a se autorregularizarem por meio dos seguintes procedimentos, sem prejuízo de

Acesso ao Sumário

outras formas previstas na legislação:

I - Análise Informatizada de Dados - AID, consistente no cruzamento eletrônico de informações fiscais realizado pela Administração Tributária;

II - Análise Fiscal Prévia - AFP, consistente na realização de trabalhos analíticos ou de campo por Agente Fiscal de Rendas, sem objetivo de lavratura de auto de infração e imposição de multa.

§ 1º **- A critério da Secretaria da Fazenda, o contribuinte poderá ser notificado sobre a constatação de indício de irregularidade, hipótese em que ficará a salvo das penalidades previstas no artigo 85 da Lei nº 6.374, de 1º de março de 1989, desde que sane a irregularidade no prazo indicado na notificação.**

§ 2º - Os procedimentos previstos neste artigo não configuram início de ação fiscal e não afastam os efeitos da espontaneidade de que trata o artigo 88 da **Lei nº 6.374, de 1º de março de 1989.**

§ 3º **- Decorrido o prazo indicado na notificação prevista no § 1º deste artigo sem a devida regularização, o contribuinte estará sujeito ao início de ação fiscal e às penalidades previstas na legislação.**

§ 4º - Fica excluída a utilização dos procedimentos previstos no " caput" deste artigo nos casos de ação fiscal decorrente de ordem judicial ou fraude devidamente caracterizada.

§ 5º - A autorregularização não exclui a possibilidade de parcelamento dos débitos tributários, nos termos da legislação aplicável.

§ 6º - A autorregularização do contribuinte em recuperação judicial ou falido será objeto de tratamento diferenciado, conforme dispuser o regulamento.

§ 7º - Os contribuintes classificados nos grupos " A+ " e "A" poderão pleitear a Análise Fiscal Prévia, cabendo ao regulamento definir condições, alcance e prazos para a realização dos trabalhos.

Artigo 15 - Para incentivar a autorregularização, a Secretaria da Fazenda deverá:

I - manter serviço gratuito e permanente de orientação e informação ao contribuinte;

II - realizar periodicamente campanhas educativas sobre direitos, garantias e obrigações do contribuinte, inclusive no que se refere à existência de eventuais pendências sobre obrigações tributárias;

III - manter constantemente programa de educação tributária;

IV - oferecer treinamento a servidores da Administração Tributária" (a ênfase gráfica não é do original).

Verifica-se da mencionada Lei complementar paulista 1.320/2018 que so-

Acesso ao Sumário

mente após decorrido o prazo sem a devida regularização, o contribuinte estará sujeito ao início de ação fiscal e às penalidades previstas na legislação.

Ocorre que, conforme o Aviso n. IC/A/FIS/000661608/2022, emitido aos 18 de maio de 2022, já se impôs à impetrante restrições às suas atividades, sem aguardar esse prazo de regularização, em vulneração aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa (*e*-págs. 21-3).

5. Com efeito, vedar a emissão de notas fiscais – que o Código tributário nacional alberga sob o modo de obrigação acessória – consiste, no fim e ao cabo, em inibir, para logo, a observância de um dever legal e, mais ao largo, vulnerar o direito de exercício de atividade lícita, nos termos do que dispõe o parágrafo único do art. 170 da Constituição federal de 1988.

Em situação de todo assemelhada à da espécie, o STJ, julgando o REsp 789.781 decidiu que

> "O Poder Público atua com desvio de poder negando ao comerciante em débito de tributos a autorização para impressão de documentos fiscais, necessários ao livre exercício das suas atividades (artigo 170, parágrafo único, da Carta Magna)", empolgando o objetivo de pagamento de tributo – assim averba esse precedente – em cuja derradeira ementa se lê:
>
> "É defeso à administração impedir ou cercear a atividade profissional do contribuinte, para compeli-lo ao pagamento de débito, uma vez que este procedimento redundaria no bloqueio de atividades lícitas, mercê de representar hipótese da autotutela, medida excepcional ante o monopólio da jurisdição nas mãos do Estado-Juiz."

6. Averbe-se que a proibição de emissão de nota fiscal eletrônica constitui patente via sancionatória oblíqua voltada ao pagamento dos tributos, impondo-se a recolha fontal do imposto.

Nesse sentido, cabe invocar, versando caso semelhante ao destes autos, acórdão deste Tribunal de Justiça, na AC 1031138-18.2014, de que foi Relatora, em sua 2ª Câmara de Direito Público, a Des. Vera Angrisani, cuja ementa é a seguinte

> "MANDADO DE SEGURANÇA. Proibição de emissão de notas fiscais eletrônicas em virtude da existência de débitos de ICMS. Meio coativo indireto do qual se vale o Estado para a cobrança de tributos. Concessão da ordem que se impõe. Aplicação das Súmulas n.ºs 547, 323 e 70 do C. STF. Precedentes. Sentença mantida. Recursos conhecidos e desprovidos."

7. Invocam-se, na mesma linha, precedentes cônsonos deste Tribunal de Justiça:

> - "REMESSA NECESSÁRIA. MANDADO DE SEGURANÇA. Impetrante que teve bloqueado seu acesso para emissão de Notas Fiscais pela

Acesso ao Sumário

Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, por ser alvo de processo de fiscalização. Sentença que concedeu a ordem para determinar à autoridade coatora que se abstenha de impedir a impetrante de expedir de Notas Fiscais, sem o devido processo legal prévio. Manutenção. Impossibilidade de impedir, de forma automática, a expedição de NFs, sendo necessário observar-se o devido processo legal administrativo, bem como as garantias constitucionais de contraditório e ampla defesa. Precedentes do C. STJ e desta E. Corte. Sentença mantida. Remessa Necessária desprovida" (RN 1034841-10.2021 – Des. Heloísa Martins Mimessi, j. 2-3-2022).

- "MANDADO DE SEGURANÇA – TRIBUTÁRIO – BLOQUEIO DA EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS – Inadmissibilidade – Ausência de procedimento administrativo – Necessidade de garantia ao livre exercício da atividade econômica – Precedentes deste Tribunal – Segurança concedida – Sentença mantida. NEGA-SE PROVIMENTO AOS RECURSOS OFICIAL E VOLUNTÁRIO" (AC 1048173-44.2021 – Des. Afonso Faro Jr., j. 23-2-2022).

- "Apelação Cível – Administrativo – Mandado de Segurança – Emissão de notas fiscais eletrônicas bloqueada em razão de incompatibilidade entre o valor expressivo do faturamento e as informações no PGDAS – Equívoco no preenchimento das notas que causou imprecisão na apuração do faturamento – Sentença que concede a segurança – Remessa necessária e recurso voluntário do Estado de São Paulo – Desprovimento de rigor – Vedação que caracteriza limitação ao exercício da atividade empresarial – Medida aplicada sem prévio procedimento administrativo em que fosse assegurado à contribuinte o amplo exercício do direito de defesa – Violação ao devido processo legal e à garantia do livre exercício da atividade econômica (CF, arts. 5º, LV e 170, parágrafo único) – Direito líquido e certo caracterizado – Precedentes – R. Sentença mantida – Recurso desprovido" (AC 1032755-66.2021 – Des. Sidney Romano dos Reis, j. 26-1-2022).

Acesso ao Sumário

8. Observa-se, por fim, em ordem ao prequestionamento indispensável ao recurso especial e ao recurso extraordinário, que todos os preceitos referidos nos autos se encontram, *quodammodo*, albergados nas questões decididas.

POSTO ISSO, meu voto nega provimento à apelação e à remessa obrigatória, que se tem por interposta, mantendo-se a r. sentença prolatada nos autos de origem 1012368-45.2022 da digna 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Bernardo do Campo.

Eventual inconformismo em relação ao decidido será objeto de julgamento virtual, cabendo às partes, no caso de objeção quanto a essa modalidade de julgamento, manifestar sua discordância no momento da interposição de recur-

sos.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1004781-65.2021.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante MUNICÍPIO DE CAMPINAS e Recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado MAPFRE VERA CRUZ SEGURADORA S/A.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.838)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente) e MARCELO L THEODÓSIO.

São Paulo, 13 de julho de 2023.

RICARDO CHIMENTI, Relator

Ementa: Apelação e Reexame Necessário. Embargos à Execução Fiscal. ISS dos exercícios de 2016 a 2020. Serviços de rastreamento de veículos e instalação de equipamentos enquadrados pelo fisco nos subitens 11.02 e 14.06 da LC 116/03. Sentença que reconheceu a ilegalidade do arbitramento do imposto realizado pelo Município e julgou procedente o pedido, extinguindo o processo executivo fiscal embargado. Pretensão à reforma. Acolhimento apenas quanto aos honorários. Preliminares arguidas pelo Município apelante que restam afastadas. Matéria de fundo. Embora seja, de fato, questionável a legalidade do procedimento de arbitramento realizado pelo Município, ante as comprovadas discrepâncias de valores demonstradas mediante os contratos de prestação de serviços acostados aos autos, verifica-se, por outro lado, que há manifesta incompetência do Município de Campinas para a exigência do ISS em questão, (matéria apreciada à luz do art. 1.013, § 2º, do CPC), circunstância que igualmente inquina de nulidade as autuações e torna

Acesso ao Sumário

inexigível a cobrança executiva vergastada. Distinção entre serviços de vigilância e monitoramento de bens (subitem 11.02) e serviços de rastreamento de bens à distância (subitem 11.05, incluído pela LC 183/21). Serviços de rastreamento de veículos à distância que, até a edição da LC 183/21, não constavam da lista de serviços anexa à LC 116/03 e, portanto, não poderiam sofrer a incidência do ISS. Impossibilidade de retroação da Lei que estipula nova hipótese de incidência tributária. Município de Campinas que, de toda maneira, seria incompetente para a exigência do imposto, tendo em vista que o subitem 11.05 não consta das exceções previstas nos incisos I a XXV do art. 3º da LC 116/03. Serviços descritos no subitem 14.06 (instalação e montagem de aparelhos) cujo ISS deve ser exigido pelo ente em que localizado o estabelecimento prestador, e não no local da situação do bem. Artigo 3º da LC 116/03. Município que não comprovou a existência de estabelecimento prestador nos limites de seu território. Serviços previstos no subitem 14.06 da LC 116/03 que, ademais, exigem que a instalação e montagem dos aparelhos seja realizada com materiais fornecidos exclusivamente pelo usuário final, o que não é o caso dos autos. Procedência dos Embargos à Execução mantida, embora por fundamento diverso. Acolhimento, todavia, do pedido subsidiário recursal. Honorários sucumbenciais que devem ser calculados à luz do artigo 85, §§ 3º e 5º do CPC. Descabimento da fixação equitativa, conforme tese fixada no tema 1.076 pelo C. STJ. Sentença parcialmente reformada, apenas quanto à forma de cálculo dos honorários. Recurso voluntário e reexame necessário providos em parte.

Acesso ao Sumário

VOTO

I – Relatório

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo **Município de Campinas** em face da r. sentença de p. 2.421/2.432, a qual julgou procedentes os Embargos à Execução Fiscal opostos por **Mapfre Vera Cruz Seguradora S/A**, por entender que o arbitramento foi realizado pelo fisco de forma indevida, bem como que os serviços de instalação de aparelhos, previstos no subitem 14.06 da LC 116/03, não comportam tributação no caso concreto, haja vista tratarem-se de

atividades-meio. Pela sucumbência, a municipalidade embargada foi condenada ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% do valor atualizado da causa.

Os Embargos de Declaração opostos pela embargante foram acolhidos para retificar o erro material constante do dispositivo da sentença e explicitar que a extinção dos Embargos à Execução se dá com resolução do mérito (art. 487, I, do CPC).

Em seu recurso, a apelante sustenta, em síntese, que (i) deve ser reconhecida a irregularidade da representação processual da apelada, uma vez que os poderes "ad judicia et extra" outorgados pela procuração apresentada às p. 69/74 não poderiam ser objeto de substabelecimento, consoante previsão contida na própria procuração (p. 73); (ii) a apelada carece de interesse processual quanto à arguição de não incidência do ISS sobre os serviços autuados, uma vez que ela própria reconheceu a legitimidade da tributação ao afirmar que recolheu o imposto para o Município de São Paulo, além de existirem previsões contratuais sobre a incidência do ISS; (iii) a embargante, ora apelada, é parte ilegítima para ajuizar os presentes Embargos à Execução, uma vez que a execução fiscal foi proposta contra a filial, que possui CNPJ diverso da matriz, devendo o processo ser extinto sem resolução do mérito, ao menos, com relação à matriz; (iv) o depósito não contemplou a integralidade do crédito atualizado exigido e sequer incluiu honorários advocatícios, custas e emolumentos, de sorte que o processo deve ser extinto por ausência de pressuposto processual; (v) os documentos de p. 508/1.237 foram apresentados de forma intempestiva, após o prazo de 30 dias previsto no art. 16 da LEF, devendo ser reconhecida a preclusão e, consequentemente, determinado o desentranhamento de tais documentos; (vi) a apelada, quando solicitada, deixou de apresentar alguns documentos, dentre os quais a planilha detalhada dos veículos monitorados no Município de Campinas, razão pela qual o arbitramento restou justificado; (vii) não há nenhuma irregularidade no fato de terem sido considerados, para fins de arbitramento, os valores relativos a contratos celebrados por seguradora distinta da apelada, uma vez que os serviços são equivalentes; (viii) o arbitramento foi precedido de regular processo administrativo e decorreu da não apresentação, pela empresa, dos documentos que haviam sido solicitados pelo fisco; (ix) os contratos apresentados às fls. 155/241 não se referem ao período fiscalizado, de 11/2011 a 10/2015; (x) o AIIM 002987/2016 foi lavrado em desfavor da filial da Mapfre, localizada em Campinas, de modo que todos os contratos celebrados pela matriz não servem para comprovar a inexatidão da base de cálculo do ISS em exame; (xi) as notas fiscais de fls. 243/253 se referem a serviços prestados por terceiros, sem a identificação do local de execução ou da vinculação com os serviços considerados na autuação; (xii) os demais documentos, juntados às p. 245/491 e 508/1.237 foram produzidos unilateralmente e trazem apenas dados isolados; (xiii) confor-

Acesso ao Sumário

me a manifestação fiscal de p. 1377/1386, os valores contratuais apresentados pela embargante são preços mínimos da prestação de serviços, sem a inclusão de custos extras; (xiv) o ônus da prova quanto à eventual equívoco nos valores arbitrados pertence à embargante e não foi por ela satisfeito, mormente diante das presunções de certeza e liquidez de que gozam a dívida regularmente inscrita; (xv) subsidiariamente, caso se entenda pela existência de excesso no arbitramento, deve ser fixado, judicialmente, o valor que se entende devido; (xvi) a atividade de instalação dos equipamentos não pode ser considerado serviço-meio, pois é remunerado de maneira autônoma, havendo, inclusive, contratos em que o objeto é exclusivamente a instalação do equipamento de rastreamento (fls. 175/182); (xvii) a empresa seguradora, tomadora dos serviços de instalação, é a principal usuária e beneficiária do serviço, não havendo que se falar em violação à parte final do subitem 14.06 da LC 116/03; (xviii) o valor cobrado é exclusivamente para o serviço de instalação, não compreendendo o comodato do aparelho; (xix) mesmo que se admita a existência de comodato, este se dá entre prestadora dos serviços e o proprietário do veículo, e, embora exista mais de um modelo de rastreador, o valor da instalação se mantém o mesmo, demonstrando que o preço se refere ao serviço de instalação apenas; (xx) a decisão proferida pelo STF no RE 1.167.509/SP não se aplica ao caso, uma vez que a responsabilidade da seguradora não advém de eventual descumprimento, pelo prestador, do dever instrumental de se cadastrar perante a Administração Municipal; (xxi) a LC 183/2021 somente explicitou a possibilidade de incidência do ISS sobre serviços de rastreamento de veículos, não afastando a legitimidade da incidência do imposto com base no subitem 11.02, pois a lista de serviços admite interpretação extensiva. Subsidiariamente, requer a redução dos honorários sucumbenciais, mediante o arbitramento previsto no § 8º do artigo 85 do CPC ou, sucessivamente, a fixação dos percentuais com base no artigo 85, § 3º, do CPC. Nestes termos, requer o provimento do recurso para anular ou reformar a r. sentença apelada (p. 2.439/2.484).

Em suas contrarrazões, a apelada sustenta, em suma, que (i) o item I da procuração pública prevê poderes ad judicia et extra, enquanto o item II prevê a possibilidade de concessão de poderes aos advogados, de onde conclui-se que houve equívoco interpretativo por parte do Município; (ii) ainda que existente, o defeito de representação é sanável; (iii) os contratos obedecem formalidades que fogem dos interesses da apelada, muitas vezes seguindo textos padronizados, devendo ser observado, ainda, que as convenções particulares não podem ser opostas à Fazenda Pública para modificar a definição legal do sujeito passivo da exação; (iv) a preliminar de ilegitimidade passiva deve ser rejeitada, porquanto também consta no polo ativo dos Embargos a filial executada, sendo que, independentemente disto, deve ser observado o princípio da unicidade da pessoa jurídica; (v) o valor depositado (atualmente em R$ 2.276.938,44) supera o

Acesso ao Sumário

valor do débito exequendo (R$ 2.188.603,78), sendo que eventual insuficiência pode ser suprida mediante depósito complementar; (vi) é admissível a juntada de documentos a qualquer tempo, especialmente na hipótese do caso concreto, em que sequer havia sido proferido o despacho ordenando a citação; (vii) o arbitramento não observou os reais preços dos serviços autuados, desconsiderando os documentos apresentados e fixando valor excessivamente superior ao que foi cobrado; (viii) somente seria possível a cobrança do tributo com base no subitem 14.06 caso o serviço fosse prestado ao usuário final, exclusivamente com material por ele fornecido, o que não é o caso dos autos; (ix) a instalação do rastreador visa à realização da atividade de rastreamento, unicamente, caracterizando-se como serviço-meio; (x) deve ser mantida a condenação honorária sucumbencial, tal como estabelecida pela sentença, haja vista a inadmissibilidade de apreciação equitativa quando o valor do proveito econômico for elevado (p. 2.499/2.522).

II – Fundamentação

O recurso, tempestivo e preparado, comporta provimento em parte. Reexame necessário que deve ser provido na mesma extensão.

Inicialmente, há de ser rejeitada a preliminar de ausência de interesse de agir da autora, arguida pelo Município apelante e suas razões.

Com efeito, reputa-se presente o interesse processual quando a parte, diante de uma pretensão legítima e resistida, tem seu direito ameaçado ou lesionado e busca o Poder Judiciário para a solução do conflito.

Segundo a doutrina de Cândido Rangel Dinamarco, **"o interesse de agir é o núcleo do direito de ação. Está presente quando o provimento jurisdicional postulado for capaz de efetivamente ser útil ao demandante, operando uma melhora em sua situação de vida comum [...].**

Há dois fatores sistemáticos muito úteis para a aferição do interesse de agir, como indicadores de sua presença em casos concretos: a necessidade da realização do processo e a adequação do provimento jurisdicional postulado. Só há o interesse-necessidade quando sem o processo e sem o exercício da jurisdição o sujeito seria incapaz de obter o bem desejado. [...] O interesse-adequação liga-se à existência de múltiplas espécies de provimentos e tutelas instituídos pela legislação do país, cada um deles integrando uma técnica e sendo destinado à solução de certas situações da vida indicadas pelo legislador." (Dinamarco, Cândido Rangel; Teoria Geral do Novo Processo Civil, 2 ed.; São Paulo: Malheiros, 2017, p. 117)

A municipalidade afirma que a apelada carece de interesse processual, porquanto teria ela própria reconhecido, em momentos anteriores, a incidência do ISS sobre os serviços descritos nos itens 11.02 e 14.06 da LC 116/03, uma vez que recolheu os tributos para o Município de São Paulo e fez constar, em

Acesso ao Sumário

alguns contratos de prestação dos serviços tributados, a previsão quanto à incidência do imposto.

Sem razão contudo.

Isto porque o mero recolhimento anterior do tributo, quer seja para o ente competente ou para o ente incompetente, é incapaz de obstar a posterior discussão judicial quanto à legitimidade da dívida, tendo em vista que o próprio sistema tributário nacional prevê a possibilidade de restituição total ou parcial do tributo pago nos casos em que o pagamento for tido como indevido (art. 165, I do CTN), tudo a demonstrar que eventual quitação espontânea da dívida não importa em reconhecimento do direito nem acarreta perda do interesse processual para futuras discussões jurídicas.

Ademais, é importante salientar que sequer a confissão dos débitos, decorrente de parcelamento, é capaz de impedir a discussão judicial quanto aos aspectos jurídicos da dívida, consoante jurisprudência sólida do C. STJ (REsp n. 1.133.027/SP, relator Ministro Luiz Fux, relator para acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 13/10/2010, DJe de 16/3/2011), o que nos leva à inevitável conclusão de que o interesse processual não pode ser afastado pela simples existência de anterior pagamento do imposto discutido a outro ente político.

Do mesmo modo, se as previsões contratuais sequer podem ser opostas à Fazenda para modificar o sujeito passivo da exação (art. 123 do CTN), certamente não são capazes de criar fato gerador inexistente ou impedir a discussão judicial acerca da legalidade da tributação, caracterizando-se apenas como meras hipóteses negociais tendentes a conferir previsibilidade às relações jurídicas.

Reputa-se, portanto, presentes a utilidade e a necessidade do provimento, bem como a adequação da via eleita, motivo pelo qual afasta-se a arguição de carência de ação.

Com relação à preliminar de ilegitimidade passiva, há de se reconhecer que os presentes Embargos à Execução foram devidamente opostos por Mapfre Seguros Gerais S.A (CNPJ/MF 61.074.175/0001-38 matriz) e pela sua filial de Campinas, com a mesma nomenclatura, inscrita no CNPJ/MF 61.074.175/0040-44, conforme consta no primeiro parágrafo da petição inicial (p. 01).

Assim, embora somente o nome da matriz tenha sido expressamente indicado e destacado na petição inicial (p. 01), não se pode desconsiderar que foram mencionados todos os dados qualificadores e processualmente relevantes, seja da filial ou da matriz, não havendo que se falar em ilegitimidade passiva.

Não obstante, o C. STJ já decidiu que **"3. As filiais são estabelecimentos secundários da mesma pessoa jurídica, desprovidas de personalidade jurídica e patrimônio próprio, apesar de poderem possuir domicílios em lugares diferentes (art. 75, § 1º, do CC) e inscrições distintas no CNPJ"**,

Acesso ao Sumário

bem como que **"4. O fato de as filiais possuírem CNPJ próprio confere a elas somente autonomia administrativa e operacional para fins fiscalizatórios, não abarcando a autonomia jurídica, já que existe a relação de dependência entre o CNPJ das filiais e o da matriz."** (AREsp n. 1.273.046/RJ, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 8/6/2021, DJe de 30/6/2021.).

Ainda, não procede a alegação de insuficiência do depósito para fins de garantia da execução, uma vez que, muito embora não haja necessidade de inclusão dos valores atinentes a honorários advocatícios, emolumentos e custas processuais no montante garantidor da execução (cf. inteligência do art. 9º da LEF), verifica-se que a parte autora/executada realizou, em 31.08.2021, a complementação do depósito nos autos da execução fiscal (p. 93/96 daqueles autos), em conformidade com os valores indicados pela própria municipalidade, tornando prejudicada, assim, a alegação de ausência de integralidade do depósito e de inadmissibilidade dos Embargos à Execução Fiscal.

No mais, não há que se falar em extemporaneidade da juntada dos documentos de p. 506/1.237, tendo em vista que (i) foram apresentados antes mesmo da citação do Município, ou seja, não houve prejuízo ao contraditório; (ii) a justificativa apresentada pela embargante (de falha no envio do documento junto à inicial) foi idônea e não se vislumbra má-fé no caso concreto.

Por fim, a preliminar de irregularidade da representação processual da autora resta prejudicada, ante o superveniente saneamento da inexatidão apontada, mediante a apresentação, pela autora, de novo instrumento de procuração (p. 2.546) onde consta a outorga de poderes sem a limitação anteriormente verificada (cf. decisão de p. 2.529/2.533).

Portanto, superadas as questões preliminares, passa-se ao exame da questão de fundo.

Da leitura dos autos, infere-se que a municipalidade de Campinas lavrou, contra a embargante, o Auto de Infração e Imposição de Multa n. 2987/2016 (p. 84 e ss), em razão da ausência de recolhimento do ISS dos exercícios de 2016 a 2020, incidente sobre serviços tomados e que foram enquadrados nos subitens 11.02 e 14.06 da LC 116/03, a seguir reproduzidos:

> **"11.02 – Vigilância, segurança ou monitoramento de bens, pessoas e semoventes. (Redação dada pela Lei Complementar nº 157, de 2016)"**
>
> **"14.06 – Instalação e montagem de aparelhos, máquinas e equipamentos, inclusive montagem industrial, prestados ao usuário final, exclusivamente com material por ele fornecido."**

Consta do documento de p. 1.408/1.411, que a fiscalização havia requerido ao contribuinte, em 27.10.2015, a apresentação de planilha contendo

Acesso ao Sumário

a relação de todos os veículos monitorados pela seguradora no Município de Campinas e, ao obter resposta no sentido de que os valores de ISS já haviam sido retidos pela matriz da empresa em São Paulo, realizou o arbitramento da base de cálculo tomando por parâmetro valores obtidos junto a outra seguradora (seguradora Indiana) e circularização junto a corretoras de seguro do Município (a fim de aferir aproximadamente a quantidade de apólices).

Embora seja, de fato, questionável a legalidade do procedimento de arbitramento realizado pelo Município, ante as comprovadas discrepâncias de valores demonstradas mediante os contratos de prestação de serviços acostados aos autos, verifica-se, por outro lado, que há evidente incompetência do Município de Campinas para a exigência do ISS em questão, (matéria apreciada à luz do art. 1.013, § 2º, do CPC), circunstância que igualmente inquina de nulidade as autuações e torna inexigível a cobrança executiva vergastada.

Com efeito, infere-se que os serviços autuados são complexos e compreendem (i) a instalação e ativação do rastreador veicular (cedido geralmente em regime de comodato pela empresa prestadora); (ii) o rastreamento do veículo em caso de roubo ou furto; e (iii) a desativação, desinstalação e assistência técnica dos rastreadores veiculares (cf. contratos juntados pela embargante, a exemplo dos instrumentos de p. 155/174 e 175/182).

Diante disto, podemos concluir que o núcleo dos serviços em questão é o rastreamento de veículos segurados, quando roubados ou furtados, e a sua posterior restituição ao proprietário.

Conforme leciona Kiyohshi Harada ao analisar o subitem 11.02 da lista de serviços da LC 116/03, atinente aos serviços de vigilância, segurança ou monitoramento de bens e pessoas, **"vigilância vem de vigiar, que significa observar, espreitar, estar atento, estar de sentinela. Monitoramento vem de monitorar ou monitorizar, que significa acompanhar e avaliar os dados fornecidos por aparelhagem técnica. Serviços de vigilância e monitoramento implicam, pois, atividades de observação atenta dos acontecimentos ocorridos nas proximidades do ambiente sob proteção, seguidas de avaliação e de interpretação desses fatos observados (ruídos, imagens, movimento de pessoas e de veículos etc.), para aumentar o grau de segurança das pessoas ou dos bens protegidos."** (Harada, Kiyoshi; ISS: doutrina e prática; São Paulo, Atlas, 2008, p. 145).

No caso dos autos, analisando-se os contratos de prestação de serviços e a evolução legislativa pertinente, conclui-se que as atividades que deram origem aos débitos ora executados assemelham-se, na verdade, ao rastreamento de veículos à distância, distintas, portanto, daquelas de simples monitoramento previstos no subitem 11.02 (cuja competência ativa pertence ao Município em que situado o bem – cf. artigo 3º, XVI da LC 116/03).

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, Marcelo Kiyoshi Harada, em artigo publicado na *internet*[1], explicita de forma clara e precisa a distinção entre monitoramento e rastreamento:

> **"Convém, desde logo, conceituar o que seja rastreamento frequentemente confundido com monitoramento. Enquanto o monitoramento caracteriza-se por ser um processo de acompanhamento passo a passo de determinada pessoa, bem ou mercadoria envolvendo atividade de vigilância, o rastreamento consiste na busca de sinais para encontrar determinado bem ou pessoa. Para encontrar objetos roubados ou furtados, por exemplo, utilizam-se da radiofrequência. Quando rastreado um determinado míssil que está sendo lançado, seguido de acompanhamento da trajetória desse míssil em tempo real on-line estará havendo serviço de monitoramento. Monitoramento exige prévio rastreamento, mas este pode existir sem que exista o monitoramento."**

A fim de dirimir qualquer dúvida, vale salientar que, em 22.09.2021, foi publicada a LC 183/21 que incluiu, na lista de serviços anexa à LC 116/03, o subitem 11.05, que descreve exatamente os serviços de rastreamento e monitoramento à distância, distinguindo-os, portanto, daqueles previstos no subitem 11.02 (cuja vigência permanece), conforme a seguir reproduzido:

> **"11.05 - Serviços relacionados ao monitoramento e rastreamento a distância, em qualquer via ou local, de veículos, cargas, pessoas e semoventes em circulação ou movimento, realizados por meio de telefonia móvel, transmissão de satélites, rádio ou qualquer outro meio, inclusive pelas empresas de Tecnologia da Informação Veicular, independentemente de o prestador de serviços ser proprietário ou não da infraestrutura de telecomunicações que utiliza."**

Ao analisarmos as razões legislativas que levaram à edição de tal norma, verificamos que a preocupação do legislador foi de explicitar que os referidos serviços de rastreamento e monitoramento à distância de bens, semoventes e pessoas estavam sujeitos ao ISS, e não ao ICMS, já que muitas vezes há a utilização de canais de comunicação para a transmissão de informações nesses serviços. Ou seja, instituiu nova hipótese de incidência que, até então, não estava prevista na lista de serviços.

Conforme se extrai do parecer 183/2021 do Senador Izalci Lucas[2], ademais, a inclusão dos referidos serviços em um novo subitem da LC 116/03, separado do subitem 11.02, foi necessária **"porque o inciso XVI do *caput* do art.**

Acesso ao Sumário

1 Disponível em https://haradaadvogados.com.br/tributacao-do-servico-de-rastreamento/, acesso em 01.02.2023.

2 Disponível em https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/107770?sequencia=72, acesso em 01.02.2023.

3º da LCP nº 116, de 2003, determina que, no caso dos serviços descritos no subitem 11.02 da lista, entre outros, o imposto seja devido no local dos bens e dos semoventes ou do domicílio das pessoas vigiadas ou monitoradas, o que, no entanto, não é desejável no caso dos serviços de monitoramento e rastreamento realizados à distância, dado que os objetos monitorados ou rastreados estarão em movimento pelo território nacional."

Portanto, conclui-se que o enquadramento dos serviços de rastreamento de veículos no subitem 11.02, realizado pelo Município de Campinas, não foi correto, tendo em vista que, até 22.09.2021, não havia previsão em Lei Complementar Federal acerca da possibilidade de tributação de tais atividades (prestadas no período de 2016 a 2020), e o enquadramento da atividade no subitem 11.02, por analogia (e no caso não se trata de interpretação extensiva), acarretaria dificuldades para a definição da competência tributária ativa, haja vista que a competência para exigir o ISS sobre os serviços descritos no subitem 11.02 pertence ao Município da situação do bem e os veículos monitorados estão constantemente se deslocando por todo o território nacional.

No mais, o Município também exige da embargante o ISS incidente sobre os serviços de instalação e montagem dos equipamentos de rastreamento, previstos no subitem 14.06 da LC 116/03, serviço este que deriva dos mesmos contratos e que é realizado mediante instalação e ativação do sistema de localização de veículos no automóvel do segurado, por lojas credenciadas pela prestadora dos serviços de monitoramento.

Não obstante a discussão sobre a caracterização destas atividades como serviço-meio do rastreamento, verifica-se que o subitem 14.06 não está dentre as hipóteses excepcionais de competência previstas nos incisos I a XXV, de modo que incide, nesse caso, a regra geral segundo a qual o ISS é devido no local do estabelecimento prestador e não no local em que executados os serviços ou em que situados os bens. Os contratos de p. 155 e seguintes revelam que a empresa prestadora de tais serviços possui sede na cidade de São Paulo e o Município apelante não demonstrou a existência de estabelecimento prestador no seu território.

Acesso ao Sumário

Ainda, o serviço previsto no subitem 14.06 da LC 116/03 exige que o serviço de instalação seja prestado diretamente ao usuário final e exclusivamente com material por ele fornecido, e, no caso em comento, as disposições contratuais não deixam dúvidas de que as Unidades Veiculares de rastreamento são disponibilizadas aos segurados mediante regime de comodato, ou seja, os equipamentos são fornecidos pela própria prestadora, a afastar a possibilidade de enquadramento no subitem 14.06.

Em síntese, no caso concreto conclui-se que os lançamentos impugnados são mesmo inexigíveis, eis que (i) o Município de Campinas não possuía

competência ativa para a exigência do ISS incidente sobre os serviços de rastreamento à distância (11.05 da LC 116/03); (ii) os fatos geradores ora analisados são anteriores à promulgação da LC 183/21, que passou a prever tal hipótese de incidência; (iii) os serviços de instalação e montagem de aparelhos (14.06 da LC 116/03) foram prestados mediante o fornecimento, pela prestadora, em regime de comodato, dos equipamentos a serem instalados, circunstância que afasta a possibilidade de enquadramento do serviço no referido subitem; (iv) não restou demonstrada a existência de estabelecimento prestador, tal como definido pelo artigo 4º da LC 116/03, para os serviços de instalação e ativação de equipamentos de rastreamento. Assim, fica mantida a procedência da presente demanda e a extinção do processo executivo embargado, embora por fundamentos diversos (art. 1.013, § 2º, do CPC).

O pedido subsidiário recursal, contudo, comporta acolhimento, posto que o valor atribuído à causa (que é a base de cálculo dos honorários fixada pela r. sentença) perfaz o vultuoso montante de R$ 1.873.669,67 (p. 30), circunstância que atrai para o caso a aplicação da regra prevista no artigo 85, §§ 3º e 5º do CPC. Assim, reforma-se a r. sentença tão somente para determinar que os honorários sejam calculados com base no percentual de 10% – para o valor de até 200 salários-mínimos (inc. I) – e, na quantia que exceder, com base no percentual de 9% (inc. II), ficando afastada, desde logo, a pretensão de aplicação do juízo de equidade, eis que expressamente refutado pelo C. STJ no tema 1.076 (REsp n. 1.850.512/SP). A aplicação do percentual de 9% justifica-se em razão da complexidade da matéria, alto número de documentos trazidos aos autos e da grande extensão da matéria debatida (mérito e preliminares).

A fim de evitar o ritual de passagem estabelecido no artigo 1025 do CPC/2015, a multiplicação dos embargos de declaração prequestionadores e os prejuízos dele decorrentes, nos termos dos artigos 8º (em especial dos princípios da razoabilidade e da eficiência) e do art. 139, II (princípio da duração razoável do processo), ambos do CPC/2015, para fins de "prequestionamento ficto" desde logo considero incluídos neste acórdão os elementos que cada uma das partes suscitou nas suas razões e nas suas contrarrazões de recurso.

III – Conclusão

Diante do exposto, **dá-se provimento em parte ao recurso de apelação e ao reexame necessário, tão somente para determinar que os honorários sucumbenciais sejam calculados conforme a sistemática do artigo 85, §§ 3º e 5º do CPC. No mais, fica mantida a r. sentença apelada.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1016554-41.2019.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO* e Apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelada MARIA APARECIDA DE SOUZA MIELE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria, deram provimento ao recurso, vencido o segundo juiz que declara. Estenderam o julgamento nos termos do artigo 942 do CPC com a participação do Desembargador Antonio Carlos Villen que acompanha o relator e Desembargador Antonio Celso Aguilar Cortez que acompanha a divergência.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.123)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores TORRES DE CARVALHO (Presidente), TERESA RAMOS MARQUES, PAULO GALIZIA, ANTONIO CARLOS VILLEN e ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 7 de junho de 2023.

TORRES DE CARVALHO, Relator

Ementa: APOSENTADORIA ESPECIAL. Enfermeiro. CF, art. 40, § 4º. Súmula Vinculante nº 33. LF nº 8.213/91, art. 57 e 58. Integralidade. Paridade.

1. Aposentadoria especial. O art. 40, § 4º da CF permite a concessão de aposentadoria especial, nos termos definidos em leis complementares, aos servidores portadores de deficiência (inciso I), que exerçam atividades de risco (inciso II) ou cujas atividades sejam exercidas em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física (inciso III). O parágrafo único do art. 5º da LF nº 9.717/98 veda a concessão da aposentadoria especial pelos regimes administrativos de previdência social enquanto não editada a respectiva lei complementar federal; no mesmo sentido é o art. 69, III da Orientação Normativa nº 107 do Ministério da Previdência Social.

2. Aposentadoria especial. Requisitos. Os art. 40, § 4º (regimes próprios) e 201, § 1º (regime geral) da Constituição Federal permitem a aposentadoria especial (com tempo inferior de contribuição) no caso de servidores e empregados que exerçam atividade

Acesso ao Sumário

em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidas em lei complementar. Os art. 57 e 58 da LF nº 8.213/91, aplicáveis ao caso por determinação do STF, igualmente permitem a aposentadoria especial em caso de atividades que prejudiquem a saúde ou a integridade física, indicadas em regulamento e comprovadas em laudo pericial. O regulamento lista as atividades profissionais que dão margem à aposentadoria especial.

3. Enfermeiro. Condições de trabalho. A simples insalubridade não é suficiente para a contagem do tempo especial; é preciso que a atividade esteja enquadrada nos anexos do regulamento. A atividade de enfermeiro está no rol de atividades que podem dar direito à aposentadoria especial, nos termos do DF nº 83.080/79; o contato com agentes biológicos no exercício da enfermagem foi incluído no regulamento pelos DF nº 3.048/99 e 2.172/97. A atividade está inserida no regulamento, mas a autora não demonstrou inequivocamente o exercício do tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente com as condições que lhe conferem o direito. Nada se sabe sobre o período superior a sete anos em que a autora prestou serviços no Hospital Estadual "Dr. Odilo Antunes de Siqueira", nem sobre o período de quase seis anos em que prestou serviços para diversos empregadores da iniciativa privada e Prefeitura Municipal de Presidente Prudente; e, sem o cômputo dos referidos períodos, a autora não possui o tempo necessário para aposentadoria especial. Procedência. Recurso oficial e do Estado providos.

VOTO

1. A sentença de fls. 275/279, declarada a fls. 292/293, julgou procedente a ação para conceder à autora aposentadoria especial, com paridade e integralidade de vencimentos, nos termos do art. 57 da LF nº 8.213/91; em razão da sucumbência, condenou a ré no pagamento das custas, despesas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 10% do valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 3º, I do CPC. Recorreu de ofício.

Apela o Estado (fls. 297/306); preliminarmente, alega falta de interesse

Acesso ao Sumário

de agir diante da ausência de prévio requerimento administrativo. No mérito, diz que a Súmula Vinculante nº 33 não ampara a pretensão da autora; a LCE nº 1.534/20, editada com fundamento na EC nº 103/19 e ECE nº 49/20, disciplina a aposentadoria especial pelo exercício de atividades prejudiciais à saúde; somente com o preenchimento cumulativo dos requisitos previstos no art. 5º, 'caput' da LCE nº 1.534/20 é que o servidor poderá ser agraciado com a aposentadoria especial; os proventos não são pagos com integralidade e paridade, mas de acordo com a forma de cálculo estabelecida no art. 7º; as regras de transição estão previstas no art. 13 da nova legislação, que afasta nos §§ 2º e 3º o direito a proventos pagos com paridade e integralidade. Não é possível pagar proventos com termo inicial anterior à concessão da aposentadoria, conforme parágrafo único do art. 9º. Pede o provimento do recurso.

Recurso tempestivo e isento de preparo.

Contrarrazões a fls. 311/316.

É o relatório.

2. A autora MARIA APARECIDA DE SOUZA MIELE é servidora pública pertencente aos quadros do ESTADO DE SÃO PAULO. Iniciou seu vínculo com o Estado em 6-8-1992, quando contratada pelo regime celetista para a função de Auxiliar de Enfermagem; entre 7-8-1993 e 1-8-1996 exerceu o cargo de Auxiliar de Enfermagem; e a partir de 19-11-2001 passou a exercer a função-atividade de Enfermeiro (fls. 12/15). A Certidão de Tempo de Serviço nº 022/2018-NRH dá conta de que até 31-8-2018 contava com tempo de serviço líquido de 19 anos, 10 meses e 23 dias (fls. 18/19); e a Certidão expedida pelo INSS indica tempo correspondente de 5 anos, 9 meses e 25 dias (fls. 20/23). Pede, com fundamento na Súmula Vinculante nº 33 e no art. 40, § 4º da CF, alegando contar com mais de 25 anos de exercício de atividades especiais que lhe prejudicam a saúde, a concessão de aposentadoria especial com paridade e integralidade dos proventos.

3. Aposentadoria especial. O art. 40, III da CF, na redação vigente à época em que a autora afirma ter adimplido os requisitos necessários à concessão da aposentadoria especial, previu a aposentadoria voluntária, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, se mulher aos cinquenta e cinco anos de idade e trinta anos de contribuição; permitiu a aposentadoria aos sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição; no § 4º vedou a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime próprios dos servidores públicos, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores portadores de deficiência (inciso I), que exerçam atividades de risco (inciso II) ou cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais

Acesso ao Sumário

que prejudiquem a saúde ou a integridade física (inciso III). O art. 126, § 4º da Constituição Estadual (com a redação dada pela ECE nº 21/06 de 14-2-2006) igualmente previu a necessidade de lei complementar para regulamentação das exceções, mas até março de 2020, quando entrou em vigor a LCE nº 1.354/20 de 6-3-2020, aludida lei não havia sido editada.

A LF nº 9.717/98, que regulamenta os regimes próprios de previdência, veda no parágrafo único do art. 5º a concessão da aposentadoria especial pelos regimes administrativos de previdência social enquanto não editada a respectiva lei complementar federal. No mesmo sentido é o art. 69, III da Orientação Normativa nº 107 do Ministério da Previdência Social.

A falta da lei complementar, no entanto, ficou ultrapassada pelas reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal, que desde o MI nº 758, julgado em 2007, vem determinando, até que sanada a mora legislativa, que tais casos sejam apreciados nos termos do art. 57 da LF nº 8.213/91; nesse sentido a Súmula Vinculante nº 33 estabelece que "aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica". Também foi o entendimento do Órgão Especial deste tribunal na ADI nº 164.104.0/2-00, 18-2-2009, Rel. Oscarlino Moeller, ao julgar improcedente a ação que versava o art. 92. A declaração do STF se limita a isso: à consideração de que as atividades especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física devem ser definidas em lei (inciso III) e à aplicação do regulamento da previdência geral ao servidor público enquanto não editada lei complementar prevista no art. 40, III da CF; não reconhece que a autora faça jus à contagem diferenciada.

4. Aposentadoria especial. Prejuízo à saúde ou à integridade física. Na falta da lei complementar, o pedido deve ser apreciado nos termos dos art. 57 e 58 da LF nº 8.213/91, aplicáveis ao caso por determinação do STF, que no regime geral permitem a aposentadoria especial em caso de atividades que prejudiquem a saúde ou a integridade física, indicadas em regulamento e comprovadas em laudo pericial.

Insalubridade e aposentadoria especial não são sinônimos, nem uma decorre automaticamente da outra; isso fica claro da comparação da redação original do § 1º do art. 40 da Constituição Federal ('exercício de atividades penosas, insalubres ou perigosas') com a redação dada pela EC nº 20/98 e pela EC nº 47/05 ao § 4º do mesmo artigo ('atividades exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidas em lei complementar'). Nem toda atividade insalubre dá direito à aposentadoria especial, mas apenas aquelas atividades listadas nos anexos do regulamento, nos termos dos art. 57 e 58 da LF nº 8.213/91, art. 60, I do DF nº 83.080/79 e art. 68 do DF nº 3.048/99.

Acesso ao Sumário

A enfermagem se encontra no rol das atividades que podem ser consideradas como insalubres, nos termos do item 2.1.3 do Anexo II do DF nº 83.080/79 (tempo de exposição de 25 anos); pode ser considerada como uma atividade que gera a exposição a agentes biológicos nocivos à saúde nos termos do art. 68 do DF nº 3.048/99, Anexo IV. Mas o regulamento exige mais; nos termos do art. 62 do DF nº 2.172/97 de 5-3-1997 é preciso que a autora tenha trabalhado durante 25 anos sujeita às condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, se comprovados o trabalho permanente, não ocasional nem intermitente durante o período indicado. Além do tempo de trabalho, há que comprovar a exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou a associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física pelo período necessário à concessão do benefício.

5. Enfermeiro. Condições de trabalho. A autora prestou serviços de 6-8-1992 a 2-8-1996 no Hospital Estadual "Dr. Odilo Antunes de Siqueira", em Presidente Prudente, na função de Auxiliar de Enfermagem (fls. 13); de 19-11-2001 a 10-12-2006 nesse mesmo nosocômio, como Enfermeira Assistencial (fls. 15); e a partir de então no Ambulatório Regional de Saúde Mental de Presidente Prudente, na função de Enfermeira (fls. 15). Nestes autos, realizou-se perícia no Ambulatório Regional de Saúde Mental, situado na Avenida Manoel Goulart, nº 2139, Centro Educacional, em Presidente Prudente, sobrevindo a conclusão de que a autora está exposta a agentes biológicos nocivos de forma não ocasional nem intermitente e indissociável de suas atividades, o que permite o enquadramento das atividades laborais como especiais para fins de concessão de aposentadoria especial nos termos do art. 57, § 3º da LF nº 8.213/91 (fls. 251/264, especialmente fls. 261).

Admite-se que o período laborado no Ambulatório Regional de Saúde Mental seja computado para fins de aposentadoria especial, pois o Estado sequer impugnou a conclusão do 'expert' (fls. 265, 271). No entanto, há outros períodos laborados para os quais inexiste comprovação da exposição a agentes nocivos: mais de sete anos de serviços foram prestados no Hospital Estadual "Dr. Odilo Antunes de Siqueira", sem que se saiba quais eram as atividades regularmente realizadas pela autora; e outros 5 anos, 9 meses e 25 dias de serviços prestados para diversos empregadores da iniciativa privada e Prefeitura Municipal de Presidente Prudente, o que implica necessidade de comprovação pelo INSS, para quem a autora contribuiu nesses períodos, da referida exposição para fins de aposentadoria especial (fls. 20/23). Sem o cômputo desses períodos, a autora não possui o tempo necessário para obter a aposentadoria especial, que não pode ser concedida com base apenas em uma fração do período laborado. A ação é improcedente.

Acesso ao Sumário

O voto é pelo **provimento do recurso oficial e do Estado** para julgar improcedente a ação; em razão da sucumbência, condeno a autora no pagamento

das custas, despesas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 10% do valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, §§ 3º, I e 4º, III do CPC.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 31.177)

Ementa: SERVIDOR ESTADUAL
Enfermeira – Aposentadoria especial – Vínculos anteriores –Cômputo – Possibilidade:
– Indissociável das funções de enfermagem a exposição não ocasional nem intermitente a agentes nocivos e provado o seu exercício em todos os vínculos, devido o cômputo para aposentadoria especial.

Ouso divergir da douta maioria.

A apelada prestou serviços de 6.8.92 a 2.8.96 no Hospital Estadual "Dr. Odilo Antunes de Siqueira", em Presidente Prudente, na função de Auxiliar de Enfermagem (fls.13); de 19.11.01 a 10.12.06 nesse mesmo nosocômio, como Enfermeira Assistencial (fls.15); e a partir de então no Ambulatório Regional de Saúde Mental de Presidente Prudente, na função de Enfermeira (fls.15).

Perícia judicial realizada no Ambulatório Regional de Saúde Mental, situado na Avenida Manoel Goulart, nº 2139, Centro Educacional, em Presidente Prudente, concluiu o quanto segue:

"No que tange a atividades insalubres, a análise das condições ambientais das atividades laborais da Requerente, por todo o período laborado para a Requerida, resulta no enquadramento das atividades da Requerente como atividades insalubres de grau máximo → 40%, nos termos do Anexo 14 da NR – 15 Portaria nº 3.214/78 c/c Lei 6.514/77 e Lei Complementar nº 432, de 18 de dezembro de 1985.

Considerando a exposição da Requerente aos agentes biológicos nocivos de forma não ocasional nem intermitente e indissociável de suas atividades, o art. 57 e 58 da LF nº 8.213/91, art. 68 e o Cód. 3.0.1, alínea "a" do Anexo IV do Decreto nº 3.048/99 de 6/5/1999, Cód. 1.3.2 do Quadro anexo ao Decreto 53.831 de 25/3/1964, combinados com a NR15, as atividades laborais desenvolvidas pela Requerente autor junto ao Município de Presidente Prudente se enquadram para o benefício da Aposentadoria especial por todo o tempo laborado para a Requerida na função de Enfermeira, desde sua admissão até o momento da diligência dos trabalhos periciais." (fls.261/262)

E nas respostas aos quesitos da Fazenda, afirmou:

"...

8) Qual o grau do adicional a que faz jus, considerando-se a legislação aplicável ao caso?

RESPOSTA: atividades laborais da Requerente, por todo o período laborado para a Requerida, resulta no enquadramento destas atividades como atividades insalubres de grau máximo 40%, nos termos do Anexo 14 da NR – 15 Portaria nº 3.214/78 c/c Lei 6.514/77.

...

13) Finalmente, pode o Senhor Perito informar se a Requerente, em seu trabalho, está ou estava (a) sujeita a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física (b) de forma permanente, e não ocasional nem intermitente (art. 57, §3º, da Lei Federal nº 8.213/91), mediante a (c) efetiva exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais (§4º)1, (d) pelo período de 25 anos?

RESPOSTA: Sim. A Requerente no desempenho de suas atividades laborais está exposta a agentes biológicos nocivos de forma não ocasional nem intermitente e indissociável de suas atividades, o que permite o enquadramento de suas atividades laborais como especiais para o fim de concessão de aposentadoria especial nos termos do art. 57, §3º, da Lei Federal nº 8.213/91).”
(fls.260/261, destaques do original)

A exposição a agentes biológicos nocivos de forma não ocasional nem intermitente indissociável das atividades laborais do cargo de enfermeiro e, provado o exercício das mesmas funções de enfermagem nos períodos em que a apelada trabalhou para outros empregadores, todo o tempo de trabalho prestado como enfermeira pode ser aproveitado para a aposentadoria especial.

E, como bem decidido, considerando que a apelada ingressou anteriormente à entrada em vigor das Emendas Constitucionais 20/1998, 41/2003 e 49/2020, impõe-se o reconhecimento do respectivo direito à integralidade e à paridade de proventos.

Destarte, pelo meu voto, negava provimento aos recursos, majorados em 1% os honorários fixados no Primeiro Grau.

TERESA RAMOS MARQUES, Desembargadora

Acesso ao Sumário

Remessas Necessárias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária Cível

nº 1005482-40.2021.8.26.0562, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, são recorridos CLÁUDIA CUNHA GUIMARÃES GONÇALVES, FLAVIA GUEDES DA CUNHA, ADRIANA GUEDES DA CUNHA JARUSSI, OTAVIO GUEDES DA CUNHA, FERNANDO JORGE GUEDES DA CUNHA, OSIRIS PERES DA CUNHA JUNIOR e RENATA CUNHA CORREIA BOTELHO.

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 reexame necessário. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.964)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO FEITOSA (Presidente) e OSVALDO MAGALHÃES.

São Paulo, 27 de julho de 2023.

MAURÍCIO FIORITO, Relator

Ementa: REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – Pretensão de liberação de veículo e limitação de cobrança de diárias por 30 dias – Comprovação de regularização do veículo e qualidade de herdeiros dos impetrantes – Cobrança que deve ser limitada a 30 diárias – Artigo 262 do CTB e Resolução do CONTRAN nº 53/98 – Precedente do Superior Tribunal de Justiça – Sentença mantida – Reexame necessário improvido.

VOTO

Trata-se de reexame necessário em face da r. sentença de fls. 107/108 que, nos autos de mandado de segurança[1] impetrado por **Claudia Cunha Guimarães Gonçalves e outros** objetivando a liberação do veículo descrito na inicial, com pagamento de diárias limitado a 30 dias, **concedeu a segurança** para "*determinar a liberação à parte ora impetrante do veículo MOTONETA – HONDA LEAD 110, Cor Vermelha, Ano 2016, Placa GJI 8640, Renavam 01098704751, Chassi 9C2JF2500FR505872, sendo que a cobrança das estadias do veículo seja limitada aos primeiros 30 dias*". Sem condenação em honorários advocatícios e com determinação de remessa dos autos para análise do reexame necessário.

Sem recurso voluntário das partes, subiram os autos ao E. Tribunal de Justiça.

É O RELATÓRIO.

1 Valor da causa de R$ 6.969,00 em 10/03/2021.

FUNDAMENTO.

A sentença não comporta reparos.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Claudia Cunha Guimarães Gonçalves e outros objetivando a liberação do veículo descrito na inicial, com pagamento de diárias limitado a 30 dias.

Conforme se denota de leitura da exordial (fls. 01/04), a MOTONETA – HONDA LEAD 110, Cor Vermelha, Ano 2016, Placas GJI8640, Renavam 01098704751, Chassi 9C2JF2500FR505872, foi apreendida em fiscalização de trânsito por não ter sido licenciada junto ao Detran.

Alegam que em razão do falecimento da proprietária Dilceia Guedes da Cunha, os herdeiros, ora impetrantes, ingressaram com ação para expedição de Alvará Judicial, requerendo liminarmente a liberação do veículo e a transferência da titularidade do bem. No entanto, o pedido foi indeferido.

Ato contínuo, houve a regularização do veículo, mas, não obstante, o Detran requereu autorização judicial para que pudessem retirar o veículo, razão pela qual impetraram o presente mandado de segurança.

Pois bem.

Consta dos autos que, apesar de o veículo em questão ter sido apreendido por ausência de licenciamento, não foi possível a liberação deste mesmo após a regularização do pagamento de impostos e taxas, em razão de a proprietária ter falecido.

Levando-se em consideração que os impetrantes comprovaram que são herdeiros da falecida proprietária (fls. 06/20), bem como o pagamento dos impostos e taxas, era caso de autorização judicial para liberação do veículo.

Além do mais, conforme consta do documento de fls. 117/118, "*o veículo em tela foi liberado por esta UAJUR em 17 de março de 2021 às 09h05 e do pátio desta CET-Santos em às ao Sr. Osiris Peres da Cunha Junior*".

Com relação à limitação de cobrança de 30 diárias, também deve ser mantida a sentença.

Acesso ao Sumário

Sobre o tema disciplina o artigo 262 do Código de Trânsito Brasileiro:

> Artigo 262. O veículo apreendido em decorrência de penalidade aplicada será recolhido ao depósito e nele permanecerá sob custódia e responsabilidade do órgão ou entidade apreendedora, com ônus para o seu proprietário, pelo prazo de até 30 (trinta) dias, conforme critério a ser estabelecido pelo CONTRAN.

A Resolução nº 53, de 21 de maio de 1998, do CONTRAN complementa o referido dispositivo do Código de Trânsito. Seu artigo 3º, III, dispõe:

> Art. 3º O órgão ou entidade responsável pela apreensão do veículo fixará o prazo de custódia, tendo em vista as circunstâncias da infração e obedecidos os critérios abaixo:

I - de 01 (um) a 10 (dez) dias, para penalidade aplicada em razão de infração para a qual não seja prevista multa agravada;

II - de 11 (onze) a 20 (vinte) dias, para penalidade aplicada em razão de infração para a qual seja prevista multa agravada com fator multiplicador de três vezes;

III - de 21 (vinte e um) a 30 (trinta) dias, para penalidade aplicada em razão de infração para a qual seja prevista multa agravada com fator multiplicador de cinco.

Conforme entendimento adotado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, não é possível a exigência de pagamento de estadia em período superior a 30 diárias:

CÓDIGO DE TRÂNSITO. APREENSÃO DE VEÍCULO. RESTITUIÇÃO CONDICIONADA AO PAGAMENTO DAS MULTAS ADVINDAS DA INFRAÇÃO E DAS TAXAS DE ESTADA E REMOÇÃO. LEGALIDADE. LIMITE MÁXIMO DE COBRANÇA DAS TAXAS DE ESTADA: 30 DIAS. PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO. INTELIGÊNCIA DO ART. 262, caput, DA LEI 9.503/97.

I - A liberação do veículo é condicionada à prévia satisfação das multas e demais despesas de remoção e depósito, desde que as infrações tenham sido aplicadas regularmente. Precedentes: REsp n° 843.972/RS, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 07/11/2006; REsp n° 593.458/RJ, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 22/03/2004; AgRg no REsp n° 872.775/DF, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJ de 15.08.2007.

II - De acordo com o art. 262, em seu caput, o veículo apreendido em decorrência de penalidade aplicada será recolhido ao depósito e nele permanecerá sob custódia e responsabilidade do órgão ou entidade apreendedora, com ônus para o seu proprietário, pelo prazo de até trinta dias, conforme critério a ser estabelecido pelo CONTRAN. (g.n.)

III - As despesas de estada possuem natureza jurídica de taxas e não de multa sancionatória, pois presentes a compulsoriedade e a prestação de uma atividade estatal específica, consubstanciada na guarda do veículo e no uso do depósito público.

IV - Logo, o prazo de 30 dias estipulado pelo legislador é uma garantia do contribuinte, em atenção ao princípio do não confisco, princípio tributário insculpido no art. 150, inciso IV, da nossa Carta Magna. Agasalhado por esta garantia, o proprietário do veículo não pode ser taxado indefinidamente, sob pena de se verificar com frequência a ultrapassagem do valor do veículo pelas taxas, ocorrendo praticamente o confisco deste bem.

V - Nesse diapasão, não há limites para o tempo de apreensão do veículo, contudo, o Estado apenas poderá cobrar as taxas de estada até os 30 primeiros dias.

VI - Saliente-se, ademais, que há possibilidade da realização de leilão do veículo após o nonagésimo dia, a teor do que determina o art. 5º da

Acesso ao Sumário

Lei 6.575/78.

VII - Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1.057.419/RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 13.10.2008).

Ante o exposto, era mesmo de rigor a concessão da segurança, razão pela qual resta mantida a sentença na íntegra.

DECIDO.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária Cível nº 1040429-72.2022.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é recorrido SOCIEDADE BENEFICENTE DE SENHORAS - HOSPITAL SÍRIO-LIBANÊS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.023)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente), ISABEL COGAN e DJALMA LOFRANO FILHO.

São Paulo, 31 de julho de 2023.

FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA, Relatora

Ementa: REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. IMPORTAÇÃO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. Sociedade Beneficente de Senhoras - Hospital Sírio-Libanês. Associação de caráter beneficente e assistencial. Pretensão à inexigibilidade da cobrança de ICMS referente à importação de equipamento hospitalar.

CABIMENTO DA PRETENSÃO. Imunidade tributária prevista no art. 150, VI, "c", da Constituição Federal, condicionada ao preenchimento dos pressupostos estabelecidos no art. 14 do Código Tributário Nacional.

Acesso ao Sumário

Requisitos preenchidos no caso concreto. Impetrante que detinha Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS) até o ano de 2017, tendo interposto, tempestivamente, recurso administrativo, o qual ainda se encontra pendente de julgamento. CEBAS que permanece válido até o julgamento do requerimento de renovação, tendo o recurso administrativo efeito suspensivo, nos termos dos arts. 24, § 2º e 35, "caput" e § 2º, da Lei nº 12.101/2009. Certificado que comprova a regularidade fiscal e contábil da associação, atendendo ao requisito previsto no art. 14, III, do Código Tributário Nacional. Inteligência do art. 3º, do Decreto nº 8.242/2011. De rigor o reconhecimento da inexigibilidade de cobrança do ICMS, no tocante à importação dos bens indicados na inicial. Precedentes desta E. Corte.

R. sentença que concedeu a segurança mantida.
REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDO

VOTO

Vistos.

Trata-se de mandado de segurança com pedido liminar impetrado por **SOCIEDADE BENEFICENTE DE SENHORAS - HOSPITAL SÍRIO-LIBANÊS** contra ato tido como coator atribuído ao **DELEGADO REGIONAL TRIBUTÁRIO DE CAMPINAS DRT 05**. A fim de evitar repetições, transcrevo relatório e dispositivo da r. sentença de fls. 242/247, *verbis*:

" Vistos.

SOCIEDADE BENEFICENTE DE SENHORAS HOSPITAL SÍRIO LIBANÊS impetrou MANDADO DE SEGURANÇA em face do DELEGADO DA DELEGACIA REGIONAL TRIBUTÁRIA DE CAMPINAS/SP DRT/05, alegando, em síntese, ser entidade beneficente de assistência social sem fins lucrativos e que, por conta disso, goza da imunidade tributária prevista no artigo 150, inciso VI, alínea "c", da Constituição Federal. Sendo assim, no regular exercício das suas atividades, importou medicamentos e equipamentos hospitalares da empresa Illumina. Ocorre, porém, que ao tentar efetuar o desembaraço aduaneiro das mercadorias importadas foi surpreendida com a cobrança de ICMS. Todavia, justamente por gozar da indigitada imunidade tributária, referida exação é indevida. Citando a legislação e a jurisprudência, requereu a concessão de medida liminar para que a autoridade impetrada seja compelida a se abster de impor restrições ao desembaraço aduaneiro dos equipamentos

Acesso ao Sumário

hospitalares importados discriminados na Proforma Invoice n.º 4455158, bem como, ao final, a concessão da segurança para tornar definitiva a liminar pleiteada.

Decisão às fls. 296/298 deferindo a liminar.

Notificada, a autoridade impetrada prestou informações (fls. 233/237), aduzindo que a imunidade invocada na inicial somente atinge o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com as atividades essenciais das entidades beneficiadas, o que não se verifica no caso. Ademais disso, sustentou que a imunidade não atinge o ICMS. Requereu, assim, a denegação da segurança pleiteada.

O DD. Representante do Ministério Público se manifestou nos autos às fls. 241.

É O RELATÓRIO.

FUNDAMENTO E DECIDO.

(...)

Diante do exposto e de tudo o mais que dos autos consta, CONCEDO A SEGURANÇA requerida por SOCIEDADE BENEFICENTE DE SENHORAS HOSPITAL SÍRIO LIBANÊS em face do DELEGADO DA DELEGACIA REGIONAL TRIBUTÁRIA DE CAMPINAS/SP DRT/05 para declarar a inexigibilidade do ICMS-importação incidente sobre os bens adquiridos pela impetrante (Proforma Invoice n.º 4455158), ficando determinado à autoridade que se abstenha de impor restrições ao desembaraço aduaneiro das mercadorias ou praticar atos de cobrança fiscal sobre os bens importados, tornando definitiva a liminar concedida.

Servirá esta sentença como MANDADO à autoridade impetrada, dando-lhe conhecimento desta decisão para as providências necessárias.

Sem condenação em honorários de sucumbência, nos termos do artigo 25 da Lei n.º 12.016/09, da Súmula n.º 512 do C. Supremo Tribunal Federal e da Súmula n.º 105 do C. Superior Tribunal de Justiça.

Condeno, no entanto, a Fazenda Pública do Estado de São Paulo ao pagamento das custas processuais remanescentes e em restituição ao desembolso do impetrante.

Oportunamente, remetam-se os autos ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo Seção de Direito Público, para conhecimento da remessa necessária, nos termos do artigo 14, § 1.º, da Lei n.º 12.016/09.

No momento oportuno e feitas as anotações necessárias, arquivem-se os autos.

P.R.I.C."

Não foram interpostos recursos voluntários pelas partes.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

A r. sentença foi proferida e publicada na vigência do Código de Pro-

Acesso ao Sumário

cesso Civil de 2015, e é sob a ótica desse diploma processual que será analisada sua correção ou não.

Aponto, também, que, em virtude da concessão da segurança pleiteada, **considera-se interposto o reexame necessário**, nos termos do art. 14, § 1º, da Lei nº 12.016/2009.

O saudoso mestre Hely Lopes Meirelles conceitua o remédio heroico da seguinte forma, *verbis*:

> *"o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça."* (MEIRELLES, Hely Lopes e outros (Wald, Arnoldo e MENDES, Gilmar Ferreira). Mandado de segurança e Ações Constitucionais. 36. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 25/27)

Para concessão de mandado de segurança há necessidade de existência de direito líquido e certo. Ainda segundo 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."* (MEIRELLES, Hely Lopes e outros (Wald, Arnoldo e MENDES, Gilmar Ferreira). Mandado de segurança e Ações Constitucionais. 36. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 36/37)

E neste sentido pontuam Theotonio Negrão, José Roberto F. Gouvêa, Luis Guilherme A. Bondioli e João Francisco Naves da Fonseca, em sua obra Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 46ª ed., Saraiva, 2014, pág. 1823, nota 10a:

> *"**Direito Líquido e certo é o que resulta de fato certo, e fato certo é aquele capaz de ser comprovado de plano** (RSTJ 4/1.427, 27/140, 147/386), **por documento inequívoco** (RTJ 83/130, 83/855, RSTJ 27/169, 55/325, 129/72), **e independente de exame técnico** (RTFR). É necessário que o pedido esteja **apoiado 'em fatos incontroversos, e não em fatos complexos, que reclamam produção e cotejo de provas'** (RTJ 124/948). No mesmo sentido: RSTJ 154/150; STJ-RT 676/187. S/ recurso especial, nessa hipótese, v. RISTJ 255, nota 4-Mandado de*

Segurança."

Ainda sobre o tema, são válidas as considerações de Sérgio Cruz Arenhart em seus comentários à Carta Magna, *verbis*:

> *"A expressão 'direito líquido e certo', portanto, liga-se à forma de cognição desenvolvida no mandado de segurança, que exige prova pré-constituída das alegações postas pela parte impetrante. Não há, então, qualquer relação com espécie particular de direito subjetivo. Em conta disso, vem-se exigindo que as afirmações de fato trazidas pelo autor na petição inicial sejam demonstradas de pronto, por meio da prova documental"* (ARENHART, Sergio Cruz in Comentários à Constituição do Brasil, Coord J.J Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Lenio Luiz Streck. Ed. Saraiva. 2014. P. 478)

No caso concreto, a impetrante logrou demonstrar o seu direito líquido e certo ao provimento pleiteado, devendo ser integralmente mantida a r. sentença que concedeu a segurança pleiteada, pelos motivos que passo a expor.

Infere-se dos autos que a impetrante é entidade beneficente de assistência social, sem fins lucrativos. Sustenta que goza da imunidade tributária prevista no art. 150, VI, "c" e § 4º da Constituição Federal, consoante seu certificado de entidade de utilidade pública, sendo impossível a imposição de recolhimento de tributo na importação dos bens diretamente relacionados aos fins específicos da sua atividade.

Pois bem.

No tocante à imunidade tributária, a Constituição Federal, no seu artigo 150, VI, "c", veda expressamente a instituição de impostos sobre as instituições de assistência social, sem fins lucrativos, desde que atendidos os requisitos legais:

> *"Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*
>
> *(...)*
>
> *VI - instituir impostos sobre:*
>
> *(...)*
>
> *c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei."*

Acesso ao Sumário

O Código Tributário Nacional, por sua vez, dispõe, em seus artigos 9º e 14, quais requisitos as entidades de assistência social, sem fins lucrativos, devem preencher para fazer jus à imunidade tributária:

> *"Art. 9º. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*

(...)

IV - cobrar imposto sobre:

(...)

c) o patrimônio, a renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, observados os requisitos fixados na Seção II deste Capítulo."

Assim, a imunidade tributária somente é concedida se dentre outras exigências, tratar a postulante de entidade de assistência social, sem fins lucrativos, e observar os requisitos do art. 14, do CTN, quais sejam:

"Art. 14. O disposto na alínea c do inciso IV do artigo 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:

I - não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título;

II - aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;

III - manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

§ 1º Na falta de cumprimento do disposto neste artigo, ou no § 1º do artigo 9º, a autoridade competente pode suspender a aplicação do benefício.

§ 2º Os serviços a que se refere a alínea c do inciso IV do artigo 9º são exclusivamente, os diretamente relacionados com os objetivos institucionais das entidades de que trata este artigo, previstos nos respectivos estatutos ou atos *constitutivos."*

No caso em tela, a impetrante juntou seu estatuto social, no qual consta que se trata de associação sem fins lucrativos de caráter beneficente (fls. 26/66).

Ainda, de acordo com a documentação acostada pela impetrante, verifica-se que teve deferidos seus pedidos de certificação de Entidade Beneficente de Assistência Social - CEBAS, com validade de 01.01.2018 a 31.12.2020 e conforme se depreende da declaração apresentada pelo Ministério da Saúde (fls. 73), o pedido de renovação do Certificado de Entidade Beneficente de Entidade de Assistência Social - CEBAS foi tempestivamente protocolado. Contudo, ainda se encontra pendente de julgamento.

E, considerando que "***a certificação da entidade permanecerá válida até a data da decisão sobre o requerimento de renovação tempestivamente apresentado***" (artigo 24, § 2º, da Lei nº 12.101/2009), **tem-se como válida a certificação enquanto se aguarda o julgamento administrativo.**

Ora, entendo que a obtenção do Certificado de Entidade Beneficente de Entidade de Assistência Social - CEBAS configura elemento suficientemente capaz de comprovar a exatidão da escrituração de suas receitas e despesas.

Isto porque, conforme prevê o art. 3º, do Decreto nº 8.242/2014, o qual

regulamenta a Lei nº 12.101/2009, a apresentação de demonstrações financeiras elaboradas a partir de escrituração contábil é requisito necessário para a obtenção do certificado, conforme se verifica:

> *"Art. 3º A certificação ou sua renovação será concedida à entidade que demonstre, no exercício fiscal anterior ao do requerimento, o cumprimento do disposto nos Capítulos I a IV deste Título, isolada ou cumulativamente, conforme sua área de atuação, e que apresente os seguintes documentos:*
>
> *I - comprovante de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ;*
>
> *II - cópia da ata de eleição dos dirigentes e do instrumento comprobatório de representação legal, quando for o caso;*
>
> *III - cópia do ato constitutivo registrado, que demonstre o cumprimento dos requisitos previstos no art. 3º da Lei nº 12.101, de 2009;*
>
> *IV - relatório de atividades desempenhadas no exercício fiscal anterior ao requerimento, destacando informações sobre o público atendido e os recursos envolvidos;*
>
> *V - balanço patrimonial;*
>
> *VI - demonstração das mutações do patrimônio líquido;*
>
> *VII - demonstração dos fluxos de caixa; e*
>
> *VIII - demonstração do resultado do exercício e notas explicativas, com receitas e despesas segregadas por área de atuação da entidade, se for o caso."*

Diante dessa previsão legal, tem-se que o Certificado de Entidade Beneficente de Entidade de Assistência Social - CEBAS somente é concedido às sociedades que cumprirem tais requisitos. A autoridade administrativa competente (Ministério da Saúde), ao expedir o certificado à impetrante, constatou haver comprovação financeira e contábil por esta.

Assim sendo, uma vez obtida a certidão, não somente se presume que a impetrante mantém a escrituração de suas receitas contábeis, mas se considera cumprido o requisito disposto no art. 14, III, do CTN.

Acesso ao Sumário

Dessa forma, considerando que os documentos trazidos aos autos demonstram a natureza assistencial da impetrante, a ausência de distribuição de lucros, a escrituração em conformidade com a legislação vigente e a aplicação de seus recursos integralmente no país e em prol de seu objetivo institucional, é possível concluir pela existência de direito líquido e certo à imunidade tributária prevista no art. 150, VI, "c", da CF, de sorte que não deve recolher o ICMS relativo aos equipamentos hospitalares de caráter estritamente hospitalar, indicados na "*invoice*" n.º 4455158 (fls. 92/96).

Neste sentido, encontram-se julgados desta C. 13ª Câmara de Direito Público e de outras C. Câmaras de Direito Público deste E. TJSP em casos análo-

gos, nos quais ficou reconhecida a imunidade prevista no art. 150, VI, "c", da Constituição Federal:

"MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. ICMS. Incidente sobre equipamentos hospitalares importados. Sociedade Beneficente de Senhoras - Hospital Sírio Libanês. Imunidade configurada. Preenchimento dos requisitos do art. 14 do CTN. Art. 150, IV, "c" e § 4º da CF/88. Precedentes envolvendo a mesma impetrante. Sentença mantida. Remessa necessária conhecida e não provida." (TJSP; Remessa Necessária Cível 1027559-92.2022.8.26.0114; Relatora: Vera Angrisani; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de Campinas - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 20/07/2023; Data de Registro: 20/07/2023)

"Reexame necessário. Mandado de segurança. Imunidade.Sociedade Beneficente de Senhoras Hospital Sírio Libanês. Entidade assistencial sem fins lucrativos. Importação de bens destinados às finalidades essenciais da instituição. Imunidade constitucional prevista no artigo 150, VI, 'c' que abrange o ICMS sobre mercadorias importadas ou produzidas por entidades de assistência social que integrem o patrimônio fixo da entidade e se prestem à realização de suas finalidades essenciais. Precedentes. Sentença mantida. Reexame improvido." (TJSP; Remessa Necessária Cível 1016862-12.2022.8.26.0114; Relator: Fernão Borba Franco; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Foro de Campinas - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 10/10/2022; Data de Registro: 10/10/2022)

"APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. IMPORTAÇÃO DE BENS. ASSOCIAÇÃO DE CARÁTER BENEFICENTE E ASSISTENCIAL. Sociedade Beneficente de Senhoras Hospital Sírio Libanês. Possibilidade de reconhecimento da imunidade prevista no art. 150, inciso VI, alínea 'c', da Constituição Federal, condicionada ao preenchimento dos requisitos previstos no art. 14 do CTN. Requisitos preenchidos na espécie. Equipamento hospitalar que guarda relação de essencialidade com as finalidades assistenciais da autora. Imunidade que alcança o ICMS. Hipótese, ademais, na qual a importação foi realizada após o advento da EC nº 33/2001, por contribuinte não habitual. Necessidade de lei estadual posterior ao advento da EC nº 33/2001 e da LC nº 114/2002. Impossibilidade de aplicação da Lei Estadual nº 11.001/2001, porque foi editada antes da LC nº 114/2002, consoante decidido pelo STF no julgamento do RE 439.795/PR. Sentença reformada para conceder a segurança. Recurso provido." (TJSP; Apelação Cível 1011407-60.2019.8.26.0053; Relator: Djalma Lofrano Filho; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 12ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 14/07/2020; Data de Registro: 14/07/2020)

"MANDADO DE SEGURANÇA – IMUNIDADE TRIBUTÁRIA – ICMS –

Acesso ao Sumário

IMPORTAÇÃO DE EQUIPAMENTOS HOSPITALARES – Hospital Sírio Libanês – Reconhecimento de caráter beneficente da entidade hospitalar e de que as mercadorias importadas serão utilizadas na consecução de sua finalidade – Imunidade garantida pela alínea "c", inciso I, do artigo 150 da CF – Demonstração do preenchimento dos requisitos estabelecidos no art. 14 do CTN para a concessão de dita imunidade tributária – Precedentes deste E. Tribunal de Justiça – Sentença reformada para conceder a ordem – Recurso provido." (TJSP; Apelação Cível 1035291-21.2019.8.26.0053; Relator: Percival Nogueira; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 16ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 29/07/2020; Data de Registro: 03/08/2020)

"REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. ICMS. IMPORTAÇÃO DE EQUIPAMENTOS HOSPITALARES. Hospital Sírio Libanês. Reconhecimento do caráter beneficente da entidade hospitalar e de que as mercadorias importadas serão utilizadas na consecução de sua finalidade. Imunidade garantida pela alínea "c", inciso I, do artigo 150 da CF. Segurança concedida em 1º grau. Sentença mantida. RECURSO NÃO PROVIDO." (TJSP; Remessa Necessária Cível 1037285-21.2018.8.26.0053; Relator: Souza Nery; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 10ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 13/07/2020; Data de Registro: 13/07/2020)

"REEXAME NECESSÁRIO – Mandado de Segurança – ICMS – Importação – Hospital Sírio-Libanês – Instituição de assistência social sem fins lucrativos – Imunidade – Inteligência do artigo 150, inciso VI, letra 'c', da Constituição Federal – Imunidade que abrange o ICMS incidente na importação de bens utilizados na prestação de serviços específicos das entidades de assistência social sem fins lucrativos – Sentença mantida – Reexame necessário improvido." (TJSP; Remessa Necessária Cível 1057430-64.2019.8.26.0053; Relatora: Maria Laura Tavares; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 8ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 22/06/2020; Data de Registro: 22/06/2020)

"MANDADO DE SEGURANÇA – ICMS – Importação – IMUNIDADE TRIBUTÁRIA – Hospital Sírio Libanês – Pretensão de reconhecimento de imunidade em relação à importação de bens essenciais ao cumprimento de seus objetivos sociais – Imunidade prevista no art. 150, VI, c, da CF e art. 9°, IV, c, do CTN – Preenchimento dos requisitos previstos no art. 14 do CTN para sua concessão – Comprovação de inscrição nos Conselhos Nacional e Municipal de Assistência Social, bem como de ser portadora de título de Utilidade Pública Federal – Precedentes do STF e deste Egrégio Tribunal – Sentença concessiva da segurança mantida. Reexa-

Acesso ao Sumário

me necessário desprovido." (TJSP; Remessa Necessária Cível 1010048-75.2019.8.26.0053; Relator: Oscild de Lima Júnior; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 5ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 04/02/2020; Data de Registro: 11/02/2020)

Assim sendo, correta a r. sentença que concedeu a segurança, devendo ser integralmente mantida.

Sem honorários advocatícios, em virtude do art. 25, da Lei 12.016/2009 e do entendimento cristalizado na Súmula 512

Em relação ao prequestionamento, basta que as questões tenham sido enfrentadas e solucionadas no voto, como ocorreu, pois "*desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais*" (STJ EDCL. No RMS 18.205/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 18.04.), mas, para que não se diga haver cerceamento de direito de recorrer, dou por prequestionados todos os dispositivos legais referidos na fase recursal.

Observa-se, ainda, que eventuais embargos de declaração serão julgados em ambiente virtual (Resolução 549/2011, deste E. Tribunal de Justiça, com a redação dada pela Resolução 772/2017).

Diante do exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO ao reexame necessário**, mantendo-se integralmente a r. sentença que concedeu a segurança, por seus próprios fundamentos e pelos aqui acrescidos.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL

Agravos em Execução Penal

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0001510-59.2023.8.26.0158, da Comarca de Santos, em que é agravante RAFAEL RODRIGUES DE NORONHA, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "deram parcial provimento ao recurso de Rafael Rodrigues de Noronha para, por analogia, conceder a detração, devendo o cálculo correspondente ser efetuado pelo Juízo das Execuções no PEC nº 0003649-52.2021.8.26.0158 (feito nº 0015660-44.2012.8.26.0477), com posterior elaboração de novo cálculo de liquidação de penas. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.368)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO MAZINA MARTINS (Presidente sem voto), PAULO ROSSI e AMABLE LOPEZ SOTO.

São Paulo, 15 de agosto de 2023.

VICO MAÑAS, Relator

Ementa: Agravo em execução penal – Recurso defensivo.

Indeferimento de pedido de detração por falta de previsão legal – Argumento inválido – **Cômputo de período em que o condenado estava em liberdade provisória, sujeito a medidas cautelares – Possibilidade – Entendimento do C. STJ de que possível abater do total da sanção o tempo de recolhimento domiciliar noturno por se tratar de forma de restrição à liberdade de locomoção.**

Parcial provimento ao agravo para conceder a detração, relegado o cálculo correspondente ao juízo de origem.

Acesso ao Sumário

VOTO

Rafael Rodrigues de Noronha interpõe recurso de agravo contra a decisão do MM. Juiz de Direito do DEECRIM UR 7, Comarca de Santos, que indeferiu pedido de detração.

Inconformado, alega que autorizado pela jurisprudência das Cortes Superiores o desconto do tempo em que permaneceu submetido a medidas cautelares diversas da prisão. Assim, configurado excesso de execução, pretende a reforma da decisão, computando-se como pena efetivamente cumprida o período de recolhimento domiciliar noturno.

Oferecidas as contrarrazões (fls. 38/41) e mantida a decisão combatida (fl. 43), a D. Procuradoria da Justiça opina pelo *não* provimento do recurso.

É o relatório.

O agravante, preso em flagrante por tráfico de drogas e associação para o tráfico em 12 de julho de 2012, foi colocado em liberdade provisória no dia 06.02.2013. Revogado o benefício, retornou ao cárcere em 22 de outubro do mesmo ano, sendo novamente solto no dia 12.02.2014 em razão de absolvição por falta de provas proferida na ação penal nº 0015660-44.2012.8.26.0477, da 2ª Vara Criminal da Comarca de Praia Grande/SP (fls. 13/18 e 32/33).

Apelou o MP e, em outubro de 2015, este E. Tribunal deu provimento ao recurso para condenar Rafael a 09 anos e 06 meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 1416 dias-multa, como incurso nos arts. 33 e 35 da Lei 11.343/06 (fl. 23). A condenação transitou em julgado para as partes em abril de 2018 (fl. 33), com expedição de mandado de prisão no dia 26.07.2019 (fl. 21).

Em agosto de 2021, embora pendente de cumprimento a ordem, confeccionou-se guia de recolhimento definitiva para que o respectivo processo executivo pudesse ter início (fl. 33).

Em maio de 2023, a defesa postulou ao Juízo das Execuções que o tempo compreendido entre "05/02/2013 a 21/10/2013" fosse detraído do total da condenação, já que "o REEDUCANDO teve que cumprir medidas cautelares diversas da prisão" (fl. 28). Naquele período, cerceada sua liberdade em razão de recolhimento domiciliar noturno (art. 319, V, do CPP) sempre respeitado das 22h às 6h e nos dias de folga (fls. 174/180 do PEC nº 0003649-52.2021.8.26.0158).

O MP se opôs à pretensão, argumentando que "não é possível equiparar a prisão preventiva às medidas cautelares diversas da prisão cujo escopo é justamente evitar a imposição da prisão cautelar" (fls. 184/185).

O Magistrado, citando precedentes do E. STF, indeferiu o pedido. "Malgrado [Rafael] tivesse o dever de cumprir certas condições para permanecer usufruindo o benefício da liberdade provisória, forçoso reconhecer que não expiava efetivamente a prisão imposta, porquanto as medidas cautelares não com-

Acesso ao Sumário

prometem a plena liberdade do réu". Ademais, "a detração apenas pode ocorrer entre penas da mesma espécie, certo que, na ausência de uma disciplina legal expressa, não é cabível que medidas cautelares que não acarretem privação da liberdade possam implicar abatimento da pena de prisão imposta ao réu condenado" (fls. 11/12).

De acordo com consulta a extrato de movimentação carcerária e a FA pelo SIVEC, efetuada pela serventia em 26.07.2023, o sentenciado ainda não está sob custódia do Estado.

É certo que, como pontuado no r. parecer, "o artigo 42[1] do Código Penal, que dispõe sobre as hipóteses em que haverá a detração penal, não contempla o recolhimento domiciliar noturno".

Por conseguinte, agraciado com liberdade provisória, ainda que mediante condições, Rafael não faria jus ao benefício.

No entanto, em face da omissão legal, compartilha-se do entendimento já externado pelas 5ª e 6ª Turmas do C. Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a medida cautelar de recolhimento domiciliar noturno caracteriza forma de restrição de liberdade de locomoção e, portanto, deve ser considerada para fins de detração:

> "EXECUÇÂO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DETRAÇÃO DO PERÍODO DE CUMPRIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR ALTERNATIVA À PRISÃO. RECOLHIMENTO DOMICILIAR NOTURNO. POSSIBILIDADE. MATÉRIA PACIFICADA NO ÂMBITO DA QUINTA TURMA DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.
>
> 1. Consolidou-se na Quinta Turma deste Tribunal entendimento no sentido de que, a despeito da inexistência de previsão legal para a detração penal na hipótese de submissão do sentenciado a medidas cautelares diversas da prisão, o período de recolhimento domiciliar noturno, por ensejar a privação de liberdade do apenado, deve ser detraído da pena, em observância aos princípios da proporcionalidade e do *non bis in idem*.
>
> 2. Agravo regimental não provido (AgRg no HC 612.328/DF, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 09/03/2021, DJe 15/03/2021).
>
> RECURSO DE AGRAVO – EXECUÇÃO PENAL – 1. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO – RECOLHIMENTO DOMICILIAR NOTURNO E NOS DIAS DE FOLGA – DETRAÇÃO PENAL – POSSIBILIDADE – 2. PLEITO DE EXTINÇÃO DA PENA PELO CUMPRIMENTO – DESCABIMENTO – CÁLCULO DO PERÍODO A SER DETRAÍDO QUE DEVERÁ SER REALIZADO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO – TEMPO A SER DETRAÍDO QUE SE LIMITA AOS INTERVALOS EM QUE O

1 Art. 42 - Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior.

Acesso ao Sumário

ACUSADO PERMANECEU EM RECOLHIMENTO DOMICILIAR – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O período de recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga, por comprometer a liberdade do acusado, deve ser reconhecido, na execução penal, como período detraído.

2. Com efeito, é correta a conclusão de que o tempo a ser computado como pena cumprida, para fins de detração penal, limita-se aos intervalos em que o constrito permaneceu compulsoriamente recolhido em seu domicílio. Ou seja, os períodos em que lhe foi permitido sair, ou em que se encontrava voluntariamente em casa, não devem ser descontados (AgRg no HC 652.810/SC, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 14/09/2021, DJe 24/09/2021).

É o que se vê também na doutrina. Conforme referido pela defesa, Rodrigo Duque Estrada Roig ensina que a detração tem a "qualidade de instituto benéfico ao acusado", logo, "todo seu conteúdo dever ser interpretado de maneira extensiva e ampliativa de direitos» (Execução Penal: Teoria Crítica. 4.ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 521).

Vale lembrar que "o fundamento da detração é evitar-se que o condenado seja punido duas vezes pelo mesmo crime, pois, se o tempo de restrição da liberdade durante o período de prisão provisória não pudesse ser computado, o Estado estaria abusando de seu poder-dever de punir e excedendo-se no prazo de restrição da liberdade do condenado. Seria sujeitar o condenado a uma fração desnecessária de pena" (Dotti, René Ariel. Curso de Direito Penal Parte Geral, p. 604, *in* Brito, Alexis Couto de. Execução Penal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 459). Idêntico raciocínio, sem dúvida, é aplicável às situações em que impostas medidas cautelares alternativas à prisão, desde que limitem, mesmo parcialmente, o direito de ir e vir, como no caso.

Aliás, o melhor seria referir-se à detração como espécie de direito subjetivo à redução da pena, uma vez que o vocábulo "benefício" pode levar a crer que se cuide de simples prêmio arbitrariamente concedido ou negado.

Em conclusão, de rigor que o período de recolhimento domiciliar noturno e em dias de folga, se o caso, verificado entre 06 de fevereiro e 21 de outubro de 2013, seja reconhecido como pena efetivamente cumprida e abatido do total da sanção reclusiva estipulada nos autos nº 0015660-44.2012.8.26.0477 (PEC nº 0003649-52.2021.8.26.0158).

Quanto ao número de dias a serem deduzidos, tem-se que "a soma das horas de recolhimento domiciliar a que o AGRAVANTE foi submetido devem ser convertidas em dias para contagem da detração da pena. E se no cômputo total remanescer período menor que vinte e quatro horas, esse tempo deverá ser desconsiderado, em atenção à regra do art. 11 do Código Penal, segundo a qual devem ser desprezadas, nas penas privativas de liberdade e nas restritivas

Acesso ao Sumário

de direitos, as frações de dia" (HC 455.097 - STJ). Além disso, só serão levados em conta os "intervalos em que o constrito permaneceu compulsoriamente recolhido em seu domicílio. Ou seja, os períodos em que lhe foi permitido sair, ou em que se encontrava voluntariamente em casa, não devem ser descontados" (AgRg no HC 652.810 STJ).

Todavia, ante a ausência de informações precisas para subsidiar o cálculo, mais apropriado que o juízo das execuções o efetue.

Frente o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso de Rafael Rodrigues de Noronha para, por analogia, conceder a detração, devendo o cálculo correspondente ser efetuado pelo Juízo das Execuções no PEC nº 0003649-52.2021.8.26.0158 (feito nº 0015660-44.2012.8.26.0477), com posterior elaboração de novo cálculo de liquidação de penas.

Agravos Internos

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Criminal nº 2105335-71.2023.8.26.0000/50000, da Comarca de Atibaia, em que é agravante FABIO DONIZETI VISENTIN, é agravado EXMA SENHORA DESEMBARGADORA RELATORA.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "MANTIVERAM O INDEFERIMENTO LIMINAR do habeas corpus e NEGARAM PROVIMENTO ao agravo regimental. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29176)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MENS DE MELLO (Presidente) e FREITAS FILHO.

São Paulo, 2 de agosto de 2023.

IVANA DAVID, Relatora

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL – INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE INDEFERIU LIMINARMENTE PEDIDO DE HABEAS CORPUS, IMPETRADO COM VISTAS À DECLARAÇÃO DE NULIDADE DO V. ACÓRDÃO PROFERIDO POR ESTA CORTE

Acesso ao Sumário

DE JUSTIÇA PARA A APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI 13.964/19, OPORTUNIZANDO-SE O OFERECIMENTO DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – HABEAS CORPUS QUE NÃO DEVE SER UTILIZADO COMO VIA SUBSTITUTIVA DE MANIFESTAÇÕES INTRÍNSECAS ÀS FASES PROCESSUAIS OU COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL – VIA ELEITA INADEQUADA, NÃO SE CONSTITUINDO O REFERIDO NEGÓCIO JURÍDICO PRÉ-PROCESSUAL EM UM DIREITO SUBJETIVO DO INVESTIGADO – TRIBUNAL QUE, AO MANTER A SENTENÇA CONDENATÓRIA, TORNOU-SE A AUTORIDADE COATORA, NÃO POSSUINDO COMPETÊNCIA PARA A ANÁLISE DA IMPETRAÇÃO (CPP, ART. 650, § 1º) – MANUTENÇÃO DO INDEFERIMENTO LIMINAR – AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo regimental interposto contra a decisão desta Relatora (v. fls. 551/554) que indeferiu liminarmente o pedido de *Habeas Corpus* impetrado em favor de FABIO DONIZETI VISENTIN, no qual pleiteava a retroatividade da aplicação do artigo 28-A do Código de Processo Penal, oportunizando-se à acusação o oferecimento do benefício do acordo de não persecução penal.

Argumenta ser possível a impetração do *writ* para inibir condenação manifestamente nula, por constituir instrumento célere, ainda que como substitutivo de revisão criminal, desde que demonstrada a ilegalidade, a prova seja pré-constituída e os fatos incontroversos. Afirma, ainda, que o próprio Tribunal pode rever seus atos manifestamente ilegais, aduzindo que a impetração também visa evitar a alegação futura pelo Tribunal Superior de supressão de instância. Requer, portanto, que seja concedida a suspensão do cumprimento da pena até o julgamento do mérito do *writ* e, no mérito, que seja declarada a nulidade do acórdão a fim de permitir a retroatividade da aplicação da Lei nº 13.964/19, bem como para oportunizar o oferecimento de acordo de não persecução penal pela acusação (fls. 1/12).

É o relatório.

A irresignação não merece acolhida, impondo-se não obstante breve relato e alguma digressão.

Acesso ao Sumário

Conforme delineado em sede de indeferimento liminar, no dia 16 de março de 2019, por volta das 20 horas, na Avenida Gerônimo de Camargo, nº 13.753 – Sítio Beija-Flor, bairro Morumbi, em Atibaia, DIEGO tentou matar, por motivo fútil, usando recurso que dificultou sua defesa, Ideli Correia Visentin, que apenas não veio a óbito por circunstâncias alheias à vontade do acusado.

Consta ainda que, no dia 16 de março de 2019, por volta das 20 horas, na Avenida Gerônimo de Camargo, nº 13.753 Sítio Beija-Flor, bairro Morumbi, em Atibaia, FÁBIO efetuou diversos disparos de arma de fogo em lugar habitado.

Após a audiência de instrução e julgamento, o Ministério Público requereu a desclassificação do crime para disparo de arma de fogo em local habitado.

Ao final, DIEGO ROBERTO ESCUDERO e FABIO DONIZETI VISENTIN foram condenados por incursos no artigo 15, *caput*, da Lei nº 10.826/03, às penas de 2 anos de reclusão, em regime aberto, mais 10 dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, facultando-se o apelo em liberdade (fls. 247/266 autos digitais).

Os réus recorreram da sentença e em 13 de julho de 2022 foi proferido por esta C. 7ª Câmara de Direito Criminal o v. acórdão às fls. 337/344, que negou provimento aos recursos, à unanimidade, **transitado em julgado o aresto em 5 de agosto de 2022**.

Em sede de *habeas corpus*, postulou a aplicação retroativa da Lei nº 13.964/19, que passou a prever o Acordo de Não Persecução Penal, benesse sequer pleiteada por ocasião da interposição da apelação.

Vale ressaltar que, como reiteradamente decidido nos Tribunais Superiores, o *habeas corpus* não se presta para substituição de manifestações intrínsecas às fases processuais, e tampouco poderia ser utilizado como sucedâneo de recursos já disciplinados na lei ou de revisão criminal.

E, despeito da argumentação defensiva, a análise do cabimento de acordo de não persecução penal não pode ser apreciada pela via do *writ*, notadamente quando já condenado o paciente e esgotados os recursos cabíveis, anotando-se que em sede de apelação a Defesa sequer formulou pedido nesse sentido, já transitado em julgado o aresto.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, o entendimento deste e. Tribunal de Justiça:

"Habeas Corpus – Paciente definitivamente condenado por estelionato – Pretensão de reconhecimento de 'ilegalidade' em sua condenação – Requerimento de devolução de prazo – Via eleita inadequada – Questão a ser discutida em sede de Revisão Criminal – Writ se volta contra ato praticado neste E. Tribunal de Justiça – O habeas corpus não se presta a corrigir constrangimento ilegal eventualmente praticado nesta mesma Instância. ***ANPP – Ausência de requisito legal para a concessão do que***

se pretende – A proposta de acordo de não persecução penal não é direito subjetivo do réu, mas ato discricionário do Promotor de Justiça – No atual momento não se cogita de aplicação do acordo de não persecução penal, pois a própria persecução penal já foi encerrada, sendo definida a responsabilidade criminal do réu, inclusive com o trânsito em julgado. *Devolução de prazo – Impossibilidade – Trânsito em julgado – O novo Advogado recebe o processo no estado em que se encontra, não havendo previsão legal para devolução, suspensão ou interrupção de qualquer prazo – Tendo em vista que não foram interpostos pelo antigo Patrono os recursos ora almejados, não se verifica qualquer irregularidade a ser sanada. Impetração não conhecida."* (*Habeas Corpus Criminal* 2002382-29.2023.8.26.0000; Relatora. Ely Amioka, 8ª Câmara de Direito Criminal, j. em 9 de fevereiro de 2023).

Aliás, não há falar em *"manifesta ilegalidade, prova pré-constituída e fatos incontroversos"*, como faz crer o impetrante, porquanto **não se constitui o referido negócio jurídico pré-processual em um direito subjetivo do investigado como já anotou a c. Suprema Corte** (AgReg no HC nº 217.015/RS, rel. Minª Cármen Lúcia, DJe 23.8.2022; AgReg no HC n. 195.327/SP, rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 13.4.2021.

Ademais, conforme já salientado, o inconformismo se maneja, em tese, contra decisão proferida por este e. Tribunal de Justiça, que manteve a sentença condenatória, tornando-se autoridade coatora e não possuindo competência para análise da pretensão, a teor do artigo 650, § 1º, do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, o entendimento desta Corte de Justiça:

"*HABEAS CORPUS* – ***Insurgência contra decisão proferida por este Relator que não pode ser analisada, diante da impossibilidade de se rever ato próprio – Atos praticados pelos Tribunais dos Estados e por seus Desembargadores estão sujeitos à apreciação do Superior Tribunal de Justiça – Não conhecimento*** (...)" *(Habeas Corpus Criminal 2002201-62.2022.8.26.0000; Relator Edison Brandão, 4ª Câmara de Direito Criminal, j. em 08 de março de 2022).*

Vale dizer, não pode tomar conhecimento de um pedido de *habeas corpus* o Juiz ou Tribunal que **praticou ou confirmou expressa ou implicitamente o ato considerado ofensivo à liberdade física do paciente**, porque o Juiz não pode conceder *mandamus* contra si próprio, tampouco o Tribunal contra alguma de suas Câmaras ou Turmas.

De resto, infundados os argumentos deduzidos na impetração quanto a esse ponto, uma vez que há previsão constitucional expressa da competência do Superior Tribunal de Justiça no presente caso (CF, art. 105, "c").

Enfim, manejada a impetração inadequadamente e com vistas a instaurar

Acesso ao Sumário

discussão de matéria, quando menos, controversa, o pedido não era mesmo de ser examinado.

Ante o exposto, MANTENHO O INDEFERIMENTO LIMINAR do *habeas corpus* e NEGO PROVIMENTO ao agravo regimental.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0011908-64.2018.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados RENATO ROSIN VIDAL, KLAUS PHILIPP LODOLI e GUSTAVO CAROPRESO SOARES DE OLIVEIRA.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por v.u., negaram provimento ao recurso. Presente a advogada Aline de Carvalho Giacon.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 54.152)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente), GRASSI NETO e ALCIDES MALOSSI JUNIOR.

São Paulo, 29 de junho de 2023.

SÉRGIO COELHO, Relator

Ementa: Apelação. Réus denunciados por infração ao artigo 171, do Código Penal. Sentença absolutória por atipicidade da conduta. Recurso ministerial buscando a condenação dos acusados nos termos da denúncia. Não acolhimento. Conduta dos acusados que se identifica com o denominado "estelionato judicial". Precedentes jurisprudenciais reconhecendo a atipicidade da conduta. Sentença absolutória mantida. Recurso ministerial não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Pela r. sentença de fls. 1777/1808, cujo relatório fica adotado, **RENATO ROSIN VIDAL, KLAUS PHILIPP LODOLI** e **GUSTAVO CAROPRESO SOARES DE OLIVEIRA** foram absolvidos da imputação de infração ao arti-

go 171, *caput*, do Código Penal, por 03 vezes, nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Inconformado, apela o representante do *Parquet* buscando a condenação dos apelados nos termos da denúncia ou, subsidiariamente, o reconhecimento da nulidade da sentença, aplicando-se o artigo 384 do CPP ("mutatio libelli"), com o aditamento da denúncia (fls. 1814/1836).

O recurso foi regularmente processado, com contrarrazões (fls. 1845/1860, 1861/1877 e 1991/1994), manifestando-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo provimento do apelo ministerial ou o reconhecimento da nulidade da sentença e posterior aditamento da denúncia (fls. 2105/2117).

Este é o relatório.

Não obstante o dedicado esforço da culta e combativa Promotoria de Justiça oficiante, a meu juízo, a r. sentença absolutória não merece reparo.

Os apelados Renato Rosin Vidal, Klaus Philipp Lodoli e Gustavo Caropreso Soares de Oliveira foram denunciados como incursos no artigo 171, "caput", por três vezes, c.c. o artigo 69, "caput", ambos do Código Penal, porque, segundo consta da peça acusatória e seu aditamento, teriam, nos dias 21/10/2015 e 31/07/2017, na Rua Alice Além Saad nº 1010, no interior da agência do Banco do Brasil situada dentro do Fórum de Ribeirão Preto, na cidade e comarca de Ribeirão Preto, obtido para eles vantagem ilícita nos valores de R$1.238,90, R$3.701,77, em prejuízo de Ketulla Andrade Silva e da empresa BV Financeira S/A, Crédito e Financiamento, e no valor de R$1.023,50 em prejuízo do Banco Santander S/A, induzindo-os em erro, mediante fraude.

Segundo se apurou, e conforme demonstrado nos autos nº 0018870-74.2016.8.26.0506 da 4ª Vara Criminal de Ribeirão Preto, os apelados Renato, Klaus e Gustavo e seus comparsas previamente se associaram e integraram organização criminosa, que tinha por objetivo obter, direta e indiretamente, vantagem pecuniária, mediante a prática de crimes de estelionato, falsificação de documentos, falsidade ideológica, fraude processual e violação de sigilo bancário.

Consta da denúncia que os apelados resolveram obter ganhos fáceis com a propositura de demandas judiciais que visavam quase que exclusivamente a obtenção de honorários sucumbenciais, se valendo da captação ilegal de clientes realizada pelas empresas de fachada "Neo Price", "Khuri Recuperação de Ativos" e "Associação Pode Mais". E, assim, iludiam pessoas simples e levavam-nas a assinarem vários documentos, que a maioria das pessoas não lia, pois, além de pouco letradas, acreditavam que eram os documentos necessários para a consecução do serviço prometido, no caso dos autos a redução das parcelas de um contrato de financiamento de veículo, ocultando-se que outras demandas seriam propostas e os valores recebidos seriam destinados aos apelados.

No caso em tela, no início do ano de 2012, a vítima Ketulla procurou o

Acesso ao Sumário

escritório de advocacia dos apelados visando à propositura de ação revisional de financiamento de veículo contratado com a empresa BV Financeira S/A.

A vítima assinou uma procuração e, em 02/03/2012, os apelados ajuizaram a ação buscando a revisão contratual prometida.

Ocorre, porém, que, sem o conhecimento e consentimento da vítima, os apelados ingressaram com outras duas demandas contra a BV Financeira S/A (processo nº 0900453-87.2012.8.26.0506, proposto em 13/02/2012, visando à exibição do contrato de financiamento, e processo nº 0036038-89.2016.8.26.0506, proposto em 21/02/2013, pleiteando a nulidade do contrato no tocante à cobrança da taxa denominada "Serviço de Terceiros") e uma terceira ação contra o Banco Santander S/A (processo nº 1027610-72.2014.8.26.0506, proposto em 21/08/2014, pleiteando a exibição de um contrato).

As referidas demandas foram julgadas procedentes, a primeira integralmente e a segunda em parte, condenando-se a empresa BV Financeira ao pagamento de honorários sucumbenciais aos apelados e a restituição da referida taxa devidamente corrigida para a vítima Ketulla, assim como a ação movida em face do Banco Santander S/A, que condenou o banco ao pagamento de honorários sucumbenciais aos apelados.

Posteriormente, em 21/10/2015, os apelados efetuaram o levantamento do valor depositado pela empresa BV Financeira S/A no processo nº 0900453-87.2012.8.26.0506, no valor de R$1.238,90, e em 31/07/2017 efetuaram o levantamento do valor depositado no processo nº 0036038-89.2016.8.26.0506, no total de R$3.701,77. Ambos os valores foram recebidos pelos apelados sem conhecimento e consentimento da vítima Ketulla. Em 05/06/2015, da mesma forma, os apelados efetuaram o levantamento do valor de R$1.023,50, referente ao processo nº 1027610-72.2014.8.26.0506, ajuizado contra o Banco Santander S/A.

A denúncia descreve que a fraude dos apelados consistiu em omitir à vítima Ketulla que outras duas demandas seriam propostas em seu nome contra a empresa BV Financeira S/A e uma contra o Banco Santander S/A, portanto sem o seu conhecimento e consentimento, para obtenção de valores que eram devidos à vítima e não aos apelados, obtendo assim indevidamente vantagem econômica, bem como ao promover ações contra as empresas BV Financeira S/A e Banco Santander S/A visando apenas à obtenção de honorários sucumbenciais, usando o Poder Judiciário para tanto, cujos funcionários também foram enganados mediante fraude, pois desconheciam o objetivo ilícito dos apelados, que apenas em Ribeirão Preto distribuíram mais de 53.300 processos (fls. 249/252 e 437/442).

Acesso ao Sumário

Assim resumidos os fatos, releva notar que o réu Renato Rosin Vidal, sob o crivo do contraditório, confirmou o teor da delação premiada e declarou

que era sócio do escritório de advocacia do qual eram sócios também os corréus Gustavo Caropreso e Klaus Phillip, e que a estratégia consistia no ajuizamento de três ações (cautelar de exibição de contrato, cautelar inominada solicitando planilha de evolução do débito e a ação principal, no caso dos autos a revisional de financiamento de veículo), posteriormente ajuizavam duas ações versando sobre tarifas cobradas pelo banco do cliente, as quais eram propostas sem o conhecimento do cliente, com o objetivo de o escritório ficar com os valores a título de custos do escritório (mídia).

O acusado Klaus Philipp Lodoli, em pretório, negou a acusação e, em síntese, disse que era sócio do escritório de advocacia e que a vítima contratou o escritório de forma regular e que todos os valores a ela devidos, foram repassados, bem como que os valores devidos ao escritório foram retidos, de acordo com previsão contratual, a título de pagamento pelo atendimento relativo ao processo revisional do financiamento do veículo e valores de sucumbência. Afirmou que era estratégia do escritório o ajuizamento de diversas ações para compelir as instituições financeiras a realizarem acordo com os clientes (mídia).

O réu Gustavo Caropreso Soares de Oliveira, em pretório, confirmou a estratégia do escritório quanto ao ajuizamento de diversas ações e afirmou que era responsável pelo atendimento dos clientes, mas não se recordava de ter feito o atendimento da vítima Ketulla. Disse que, provavelmente, os valores não repassados à cliente Ketulla eram referentes às verbas sucumbenciais e acrescentou que Ketulla tinha ciência de que seria ajuizada mais de uma ação em nome dela (mídia).

A vítima Ketulla Andrade Silva, sob o crivo do contraditório, declarou que contratou os acusados, objetivando o ajuizamento de ação de revisão de financiamento de veículo, sendo que os apelados cobraram, a título de honorários advocatícios, aproximadamente R$450,00. Disse que assinou uma procuração para o ajuizamento da ação revisional do financiamento e que não se recordava de ter assinado outros documentos, confirmando, todavia, como sendo sua a assinatura exarada no contrato de honorários advocatícios firmado no escritório dos acusados às fls. 341. Disse que procurou os serviços dos acusados apenas para o ajuizamento da ação revisional de financiamento de veículo e não foi informada de que outras ações seriam propostas em seu nome, tampouco que outros valores seriam cobrados e que tais valores seriam retidos pelo escritório. Disse que levou apenas os boletos referentes ao financiamento do veículo e que não levou o contrato do financiamento. Afirmou que procurou outro advogado para ajuizar ação de alimentos para sua filha e, nessa oportunidade, soube que havia um processo no qual teria recebido valores do banco BV Financeira (mídia).

Os representantes das instituições financeiras não foram ouvidos.

Acesso ao Sumário

A r. sentença monocrática absolveu os apelados, por entender o MM. Juiz "a quo" que os fatos são atípicos, na medida em que não se admite a prática do crime de estelionato por meio do ajuizamento de ações judiciais o chamado "estelionato judicial" -, sendo inviável a desclassificação para a conduta de apropriação indébita, por falta de aderência à descrição trazida na denúncia.

De fato, constou do r. *decisum*:

A par dos relatos trazidos pelo colaborador e acusado Renato, pelo advogado Penati e por Ângelo, o conteúdo acima reunido de casos semelhantes ao aqui apurado condiz com a ideia de, realmente, a vítima Ketulla, muito embora subscritos os contratos de honorários no ano de 2012 (págs. 338/341) e 2014 (págs. 1774/1776), as procurações de 2012 (pág. 324), de 2014 (pág. 776) e apresentado, por exemplo, o comprovante de residência da Vivo (pág. 781), não mantinha ciência que outras demandas judiciais (afora a pretendida revisão de seu financiamento veicular) seriam ajuizadas, tais como o foram (repetição da cobrança de serviços de terceiros, seu correlato cumprimento de sentença e a exibição de documentos em face do Banco Santander, com indicativo de relacionar-se esta última às pesquisas promovidas perante o SCPC trazidas no acordo de colaboração premiada de Renato - págs. 483/486).

Até porque, ao ser indagada em audiência, Ketulla, não obstante tenha reconhecido sua assinatura no documento de pág. 783, disse que o endereço residencial ali informado já não era mais o mesmo na primeira oportunidade quando procurou o escritório dos acusados, a coincidir com o expediente apontado nas decisões acima transcritas adotado pelos acusados como estratégia a burlar a recepção do documento original do contrato e ser, em contrapartida, intentada a ação cautelar de exibição correspondente que, segundo Ângelo, já teria se deparado com situação em que o próprio escritório, quando alguém ali chegasse para esse fim, ter se negado a receber o documento (pág. 42 da cópia do acordo de colaboração premiada juntado como peça sigiloso nestes autos).

De fato, deparam-se irregularidades, não apenas por força do vício de consentimento verificado, mas também pela circunstância de o mandato ser utilizado para uma ampla gama de demandas individualizadas.

Renato esclareceu ser prática comum do escritório "quando o objeto discutido era um contrato de financiamento de veículos, o escritório tinha por estratégia ajuizar primeiro uma cautelar de exibição de contrato, onde era solicitado apenas um contrato, depois era ajuizada uma ação cautelar inominada, onde era solicitada uma planilha de evolução do débito e, por fim, era ajuizada uma terceira ação, a ação principal, ação revisional de financiamento, onde se discutia a questão dos juros relativo àquele empréstimo, e o escritório então tinha por prática deixar para o momento posterior ao acordo na ação revisional o ajuizamento de outras duas ações, uma delas visando, exclusivamente,

Acesso ao Sumário

sobre a taxa de abertura, né, tarifa de abertura de crédito, Tac, e a outra ação versava exclusivamente sobre serviço de terceiro ou algum outro tipo de tarifa que tivesse sido cobrada no contrato daquele cliente, e essas duas ações finais eram ações que eram ajuizadas sem o conhecimento do cliente, com o objetivo de que o escritório ficasse com os valores advindos de eventual condenação" (pág. 1426).

O Código de Processo Civil, no artigo 105, parágrafo 4º, preceitua que "salvo disposição expressa em sentido contrário constante do próprio instrumento, a procuração outorgada na fase de conhecimento é eficaz para todas as fases do processo, inclusive para o cumprimento de sentença".

Por sua vez, o Código Civil, nos artigos 660 e 661, estatui que "o mandato pode ser especial a um ou mais negócios determinadamente, ou geral a todos os do mandante", mas, em se tratando desta última cláusula final a negócios gerais, "o mandato em termos gerais só confere poderes de administração", de tal forma que o artigo 682, inciso IV, estabelece dentre as causas de cessão do mandato "o término do prazo ou pela conclusão do negócio".

Contudo, o debate, nessa linha, não exime a premissa subjacente para a qual deflagrado a presente persecução penal, de constatar se efetivamente a hipótese aqui vertida encontra subsunção na imputação delineada na denúncia.

Para a situação particularizada de Ketulla, nos limites estritos destes autos, sem que isso promova qualquer nível de influência ou repercussão naquele feito principal da 4ª Vara Criminal, pois há observar-se o princípio da correlação ou da congruência com a denúncia, não revelou exata tipicidade com as elementares dispostas na conduta capitulada na peça acusatória.

(...)

O nó górdio narrado na denúncia como a vantagem ilícita teria sido que, em 21/10/2015, os acusados efetuaram o levantamento do valor depositado pela empresa BV Financeira S/A no processo nº 0900453-87.2012.8.26.0506, no valor de R$ 1.238,90, e em 31/07/2017 efetuaram o levantamento do valor depositado no processo nº 0036038-89.2016.8.26.0506, no total de R$ 3.701,77. Ambos os valores foram recebidos pelos acusados sem conhecimento e consentimento da vítima Ketula. Em 05/06/2015, da mesma forma, os acusados efetuaram o levantamento do valor de R$ 1.023,50, referente ao Processo nº 1027610-72.2014.8.26.0506, distribuído contra o Banco Santander S/A.

A questão assim posta remete à ideia de que os ajuizamentos das referidas ações judiciais em nome da vítima teriam sido o catalizador das vantagens indevidas, o que colide com o "posicionamento doutrinário e jurisprudencial, inclusive desta Corte Superior de Justiça, que não admite a prática do delito de estelionato por meio do ajuizamento de ações judiciais" (STJ, RHC n. 53.471/RJ, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 4/12/2014, DJe de

Acesso ao Sumário

15/12/2014).

Traduz-se no chamado "estelionato judiciário", sobre o qual a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (acórdão mencionado) ressalvou a hipótese "de que quando não é possível ao magistrado, durante o curso do processo, ter acesso às informações que caracterizam a fraude, é viável a configuração do crime de estelionato", não sendo tal exceção aplicável na espécie, porque, por conclusões fornecidas no mesmo acórdão, "a suposta fraude por ele perpetrada era passível de ser descoberta pelas vias ordinárias no curso do processo, o que enseja a atipicidade da conduta a ele imputada, no ponto".

Mas não significa com isso dizer que a conduta praticada tenha sido no exercício legítimo de direito.

Muito se debateu, no percurso dos autos, sobre a existência de cláusula expressa no contrato de honorários autorizativa da retenção de valores, pelo escritório, de quaisquer outras ações judiciais por meio das quais se tenha obtido benefício financeiro que não o da demanda principal de revisional de parcelas do financiamento.

Tratou-se do item 6, introduzido, no tópico "IV HONORÁRIOS PROFISSIONAIS/REMUNERAÇÃO e FORMA DE PAGAMENTO" (pág. 340), em função do qual ficou estabelecido que "A título de consulta inicial, análise de documentação e pagamento de despesas de custeio do escritório contratado, o contratante concorda que o valor integral a ser ressarcido com a devolução de 'TAC', 'lamina' 'Serviços de Terceiro' e assemelhados, que poderão ser pleiteados conjuntamente com outros pedidos, ou em ação própria, será integralmente destinado ao pagamento dos honorários advocatícios, além dos honorários acima especificados. Esta parcela dos honorários, especificamente, não será devida no caso de improcedência da ação".

Segundo a prova oral, a cláusula foi inserida por sugestão de Ângelo, pois antes a prática adotada era a de manter o dinheiro das demandas depositado em conta bancária do escritório pelo período de cinco anos e, acaso nenhum cliente reclamasse o valor, seria incorporado, em definitivo, no patrimônio dos acusados.

(...)

Cabe frisar que a prova oral aqui produzida indicou que a retenção promovida pelo escritório deveu-se à falta de pagamento pela vítima de honorários da própria ação principal, ao que consta, "a título de êxito, o CONTRATADO receberá do CONTRATANTE 40% (quarenta por cento) do montante dos benefícios auferidos [...] nas ações revisionais de valores", além de "honorários correspondente à diferença entre o valor que for apurado em laudo pericial a ser depositado em juízo e o valor pago atualmente à financeira, durante as 6 próximas parcelas" (item "1" de pág. 340), sem prejuízo ainda, do que se viu,

Acesso ao Sumário

daquelas retenções integrais para todos os demais valores eventualmente conseguidos no outro universo de ações ajuizadas, o que, inegavelmente, contrasta com os entendimentos acima declinados.

Apesar de tais ponderações, reconhecer, ainda que incidentalmente, a abusividade dos valores retidos pelo escritório implicaria em inapropriado alargamento dos termos da denúncia, eis que, como já dito, não partiu a inicial da premissa de que a vantagem ilícita teria decorrido da infringência da retenção e sim dos valores sacados das ações ajuizadas sob o desconhecimento da vítima Ketulla.

Da maneira que o curso foi tomado no processamento da ação penal, a hipótese que melhor se acomodaria na espécie seria a de apropriação indébita, mas a oportuna desclassificação também aqui esbarra em óbice, diante da narrativa da peça acusatória carecer em descrever elementos que deem margem ao aprofundamento do tema acerca da abusividade da cláusula contratual firmada e também porque não se colhe dos autos a ação cível propriamente dita envolvendo a revisão do financiamento veicular e seus desdobramentos para que, em seu conjunto, interpretado com o contrato de honorários e nas diretrizes reconhecidas pelas instâncias superiores do exercício abusivo pelo escritório do direito de demandar, se possa perscrutar, em precisão, sobre os termos exatos do alcance da abusividade do pacto negocial.

(...)

Deste modo, por prejuízos relacionados ao juízo de subsunção dos fatos à norma do crime de estelionato e sendo inviável a desclassificação para a conduta de apropriação indébita, por falta de aderência à descrição trazida na denúncia, impõe-se a improcedência do pedido. (fls. 1800/1807).

Ora, examinando-se os autos percebe-se que os acusados ingressaram com ações judiciais, sem o conhecimento e consentimento da vítima, visando à obtenção de valores devidos a Ketulla, mantendo em erro o Poder Judiciário, na medida em que informaram erroneamente o endereço da vítima (cliente do banco), o que possibilitou a procedência da ação de exibição de documentos e recebimento de honorários de sucumbência, bem como deixaram de repassar à vítima os valores obtidos com a procedência da ação de nulidade de tarifas bancárias e serviços de terceiros cobradas pela instituição financeira, os quais, segundo os acusados, foram retidos pelo escritório a título de honorários advocatícios não pagos pela vítima.

A propósito, nas razões do recurso o digno Promotor de Justiça menciona que os apelados *"resolveram obter ganhos fáceis com a propositura de demandas judiciais que visavam quase que exclusivamente a obtenção de honorários sucumbenciais"*, se valendo, para tanto, da captação ilegal de clientes realizada por empresas de fachada (fls. 1816).

Acesso ao Sumário

Ora, importa ressaltar, desde logo, que a obtenção de verba honorária mercê do ajuizamento de ações judiciais advém do regular exercício da advocacia, sendo certo que eventual falta de ética, abuso ou prática irregular desse mister é passível de condenação na esfera cível por litigância de má-fé e multa, além de ação de indenização e punição disciplinar do advogado, conforme prevê o Estatuto da Advocacia.

De fato, o acionamento do Poder Judiciário com o objetivo de obter lucro ou vantagem indevidos, mantendo em erro o órgão julgador, mediante fraude, ardil ou engodo, conquanto claramente reprovável, não configura infração penal, mas meramente civil e administrativa, sujeita à punição correlata, sob pena de restringir a amplitude do mandamento constitucional que assegura à parte o acesso ao Poder Judiciário (artigo 5º, inciso XXXV da CF). Como já acentuado, a conduta mencionada acima é atípica, encontrando resposta na esfera cível, que prevê a condenação por litigância de má-fé e aplicação de multa, além de ação de indenização, sendo ainda passível de punição disciplinar o advogado, conforme dispõe o Estatuto da Advocacia.

Nessa mesma linha, o entendimento sufragado pelo c. Superior Tribunal de Justiça:

"O estelionato judicial consiste no uso do processo judicial para auferir lucros ou vantagens indevidas, mediante fraude, ardil ou engodo, ludibriando a Justiça, com ciência da inidoneidade da demanda. Percebe- se que a leitura das elementares do art. 171, caput, do Código Penal deve estar em consonância com a garantia constitucional da inafastabilidade jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV), do que decorre o entendimento segundo o qual o direito de ação é subjetivo público e abstrato, em relação ao direito material. Desse modo, verifica-se atipicidade penal da conduta de invocar causa de pedir remota inexistente para alcançar consequências jurídicas pretendidas, mesmo que a parte ou seu procurador tenham ciência da ilegitimidade da demanda. 4. A conduta constitui infração civil aos deveres processuais das partes, nos termos do art. 77, II, do Código de Processo Civil, e pode sujeitar a parte ao pagamento de multa e indenizar a parte contrária pelos danos processuais, consoante arts. 79, 80 e 81 do Código de Processo Civil ilícito processual. Outrossim, conforme art. 34, XIV, da Lei n. 8.906/1994, verifica-se infração profissional do advogado deturpar a situação fática com o objetivo de iludir o juízo. Conclui-se, pois, que a conduta descrita não configura infração penal, mas meramente civil e administrativa, sujeita à punição correlata.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para absolver a paciente quanto ao delito de estelionato tentado (Ação Penal n. 023634-39.2011.8.26.0196). (*Habeas Corpus* nº 435818/SP, 5ª Turma, Relator Ministro Ribeiro Dantas, j. 03/05/2018). Ainda: *A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou- se no sentido de que o denominado "estelionato judi-*

cial" - o manejo de processos judiciais para, mediante fraude ou ardil, ludibriar a Justiça e auferir lucros ou vantagens indevidas, a despeito da ciência do Advogado sobre a inidoneidade da demanda - é conduta atípica. É certo ainda que tal ato, evidentemente reprovável, encontra resposta na esfera cível, que prevê a condenação por litigância de má-fé e aplicação de multa, além das possibilidades de ação de indenização e, conforme disciplina do Estatuto da Advocacia, de punição disciplinar. (RHC nº 126006/MG, 6ª Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, j. 20/09/2022).

Nesse sentido também os seguintes julgados deste E. Sodalício:

"O 'estelionato judiciário', em síntese, trata da conduta de induzir a erro o Judiciário, buscando eventual provimento judicial favorável, mediante utilização de ardil, artifício ou outro meio fraudulento, consistente, em regra, na utilização de informações falsas. No entanto, consolidou-se o entendimento no C. Superior Tribunal de Justiça, assim como o é defendido por parte da doutrina, de que a figura mencionada cuida, em verdade, de fato atípico. (...) Nesse sentido: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. INTEMPESTIVIDADE E FALTA DE REPRESENTAÇÃO. INQUÉRITO POLICIAL. INVESTIGAÇÃO SOBRE O CRIME DE "ESTELIONATO JUDICIÁRIO." CONDUTA ATÍPICA. MANIFESTA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. TRANCAMENTO. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS PROVIDO. RECONHECIMENTO DOS DEFEITOS PROCESSUAIS APONTADOS. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO ORDINÁRIO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. 1. Este Superior Tribunal de Justiça, na linha dos precedentes da Suprema Corte, entende que, mesmo diante da intempestividade do recurso ordinário em habeas corpus ou da falta de procuração do subscritor da petição recursal, em homenagem ao princípio maior da ampla defesa, deve o Tribunal examinar o mérito da controvérsia, notadamente quando verificado manifesto constrangimento ilegal, como no caso, pronunciável de ofício. Precedentes. 2. Conforme assentado na decisão singular agravada, a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça se consolidou no sentido de que o chamado "estelionato judicial" - o uso de processo judicial para, mediante fraude ou ardil, ludibriar a Justiça e auferir lucros ou vantagens indevidas, mesmo sabendo da inidoneidade da demanda - é conduta atípica. Precedentes. 3. Agravo regimental parcialmente provido, tão somente para não conhecer do recurso ordinário em habeas corpus, pelos defeitos acima referidos. Contudo, concedida a ordem, de ofício, para, mantendo a conclusão da decisão agravada, trancar o Inquérito Policial n.º 0000903.72.2018.8.26.0400, em razão da manifesta atipicidade da conduta sob investigação. (AgRg no RHC 101.804/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/03/2020, DJe 16/03/2020). (...) Assim leciona Guilherme de Souza Nucci: "Denomina-se como tal a manobra, o ardil ou o engodo, utilizado no processo, de forma a ludibriar o juízo ou

Acesso ao Sumário

a parte contrária, podendo alcançar provimento favorável à sua pretensão. Entretanto, não nos parece possa subsistir tal figura em plena demanda, quando provas podem ser produzidas e há contraditório, justamente para evitar esse tipo de fraude. Ademais, se houver uso de documento falso, há crime específico para isso; o mesmo se pode dizer de eventual falso testemunho ou patrocínio infiel. No mais, quando a parte não litigar com ética, configura-se infração profissional, a ser apurada pelo seu órgão de classe." (grifo nosso) (...) Por outras palavras, impossível se falar em crime de "estelionato judiciário" quando a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXV, garante a todos o acesso ao Poder Judiciário e a inafastabilidade da jurisdição. Ainda, por sua natureza dialética, os argumentos aventados por uma parte são submetidos ao crivo do contraditório, passando por um processo de questionamento e verificação de sua validade. Desse modo, inviável falar em induzimento de magistrados a erro, mediante ardil ou outro meio fraudulento, ainda que com a utilização de documentos falsos (possível, apenas, a responsabilização em outras esferas, conforme acima mencionado). No entanto, tal circunstância, ainda que insuficiente para configurar crime, é apta à verificação da ocorrência de delitos autônomos, como o de uso de documento falso. (Apelação Criminal nº 0027255-29.2015.8.26.0576, 2ª Câmara Criminal, Relator Des. Luiz Fernando Vaggione, j. 14/04/2021). Ainda: *"No caso em tela, temos que o recorrido ajuizava demandas judiciais, valendo-se de instrumentos assinados pelos clientes, sem que estes tivessem anuência do conteúdo de tais docs. ou das ações propostas. Registre-se, aliás, que, segundo consta neste feito, os papéis rubricados não foram falsificados, existindo apenas informações inverídicas sobre as suas finalidades. De acordo com o ensinamento do e. Des. Guilherme de Souza Nucci, "O estelionato judicial é uma expressão criada para designar particular situação, envolvendo o uso do processo para auferir lucros ou vantagens indevidas, mediante fraude, ardil ou engodo. O agente procura a via processual para conseguir alguma vantagem, ludibriando a Justiça. Pode apresentar documentos falsos ou testemunhas mentirosas; é viável que se mancomune com a parte contrária; busca corromper autoridades, etc." (Tratado jurisprudencial e doutrinário do Direito Penal, v. II, Parte Especial, RT, São Paulo: 2011, p. 659). Nem discrepa ser uníssona a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, entendendo de forma pacífica pela atipicidade da conduta de ajuizar demanda judicial com o fito de ludibriar o Poder Judiciário, confira-se: "(...) Não obstante a presença aparente dos elementos do tipo penal, o estelionato judiciário não tem previsão no ordenamento jurídico pátrio, razão pela qual a conduta pela qual foram denunciados os recorrentes é atípica (...)" (RHC n. 31.344/PR, Quinta Turma, rel. Min. Gilson Dipp, DJe 26.3.2012). De igual teor: "(...) Os sucessivos atos processuais estão fora da lei penal; o processo, já de natureza dialética, gerado, pois, por oposições, está continuamente sujeito ao controle*

Acesso ao Sumário

das partes, às quais se asseguram o contraditório e a ampla defesa, bem como uma série de recursos. 3. Tal o caso, falta-lhe a ilicitude da vantagem, também lhe falta o meio fraudulento (artifício, ardil, etc.). Enfim, o denominado estelionato judicial juridicamente não é fato penal; falta- lhe, assim, tipicidade. 4. Não é penalmente punível a conduta de quem procura em juízo. 5. Habeas corpus deferido a fim de se extinguir a ação penal" (HC n. 136.038/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Nilson Naves, DJe de 30/11/2009). Com efeito, a leitura das elementares do art. 171, caput do Cód. Penal deve estar em consonância com a garantia constitucional da inafastabilidade jurisdicional, do que decorre o entendimento segundo o qual o direito de ação é subjetivo, público e abstrato em relação ao direito material. Ou seja, a dificuldade de se reconhecer como ilícita a conduta praticada pelo réu reside no fato de a Constituição da República assegurar a todos o acesso à justiça, nos termos do que preceitua o inciso XXXV do art. 5º, não se podendo punir aquele que, a despeito de formular eventual pedido inverídico, obtém a tutela pleiteada. Além disso, tem-se que o processo é dialético, possibilitando o controle pela parte contrária, através do exercício da defesa e do contraditório, bem como da interposição dos recursos previstos na Constituição e na lei processual. Observa-se, ainda, que a elementar do crime de estelionato, consistente na indução em erro, mediante o emprego de ardil, não se compatibiliza com a hipótese destes autos, sobretudo em se considerando que o d. Magistrado não está obrigado a atender aos pleitos formulados pelas partes, não estando a eles vinculados. Desta forma, em uma análise mais detida sobre os elementos do delito de estelionato, tem-se que este se perfaz com a obtenção de vantagem ilícita pelo agente, não podendo referida vantagem ser entendida como a própria sentença judicial, porquanto, em última análise, esta decorre do exercício constitucional do direito de ação. (...) No entanto, ainda que fosse obtida a verba honorária pleiteada com o ajuizamento das demandas judiciais, tal circunstância não está eivada de qualquer vício, porquanto advinda do regular exercício da profissão do increpado. Nem se há olvidar que o Direito Penal é a ultima ratio, não devendo se ocupar de questões que encontram resposta no âmbito extrapenal, não sendo demais lembrar que o Cód. de Processo Civil prevê a punição para a litigância de ma-fé, em seus arts. 14 a 18, além da possibilidade de punição disciplinar no âmbito do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Verifica-se, desse modo, a atipicidade penal da conduta, devendo ser mantida a r. sentença absolutória prolatada na origem. (Apelação Criminal nº 0002636-93.2016.8.26.0319, 9ª Câmara Criminal, Relator Des. Costabile e Solimene, j. 01/03/2018).

Como se vê, a bem lançada sentença absolutória merece ser mantida intacta, sequer se podendo cogitar de eventual nulidade para posterior aditamento da denúncia, posto que, dada a existência nos autos de documentação prevendo o levantamento das verbas auferidas com as ações propostas, eventual dúvida

Acesso ao Sumário

quanto à natureza e licitude dos levantamentos efetuados pelos apelados deve ser resolvida na esfera cível.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso ministerial e mantenho a r. sentença monocrática.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502206-04.2021.8.26.0542, da Comarca de Osasco, em que é apelante FRANCISCA MAYARA PEREIRA RABELO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.722)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA (Presidente) e JUSCELINO BATISTA.

São Paulo, 14 de julho de 2023.

MAURICIO VALALA, Relator

Ementa: Furto qualificado pela fraude e pelo concurso de agentes – Coesão e harmonia do quadro probatório – Condenação mantida.

Crime impossível – Inocorrência – Delito de furto obstado unicamente em razão da intervenção de seguranças do estabelecimento comercial, após disparo do alarme da loja vítima – Elementos do crime presentes sob o prisma das circunstâncias e peculiaridades do episódio.

Princípio da insignificância – Furto – Inviabilidade jurídica do reconhecimento – Ausência de circunstância excepcional de preenchimento dos requisitos cumulativos.

Penas – Critérios dosimétricos inalterados.

Regime prisional aberto – Subsistência, em caso de descumprimento das penas alternativas.

Apelo defensivo improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

A r. sentença de fls. 222/231, do d. juízo de direito da 4ª Vara Criminal da Comarca de Osasco, cujo relatório se adota, julgou parcialmente procedente a presente ação, condenando FRANCISCA MAYARA PEREIRA RABELO por infração ao artigo 155, § 4º, incisos II e IV, c.c. o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, às penas de 8 meses de reclusão, em regime prisional inicial aberto, e de 3 dias-multa, no piso de lei, substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, consistentes em prestação de serviços à Comunidade.

Inconformada, a apenada, recorreu, a D. Defesa, para reclamar a absolvição por atipicidade da conduta, invocando a aplicação do princípio da insignificância ou o reconhecimento da impossibilidade do crime (fls. 247/252).

O recurso foi regularmente processado.

A Ilustrada Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo improvimento do recurso.

Consta o trânsito em julgado da decisão condenatória ao corréu Guilherme de Jesus Ribeiro dos Santos (fl. 230).

Consta o cumprimento integralmente dos termos do acordo de não persecução penal em relação a AGATHA CHRISTIE VILALVA MELO, com a declaração da extinção de sua punibilidade (sentença de fl. 150).

É o relatório.

O recurso defensivo não comporta provimento.

Descabe cogitar de absolvição por insuficiência de provas, sequer pleiteada nas razões do recurso.

A materialidade delitiva restou indisputada, vindo atestada pelos elementos cognitivos amealhados na fase inquisitiva e pela prova oral produzida.

Certa, também, a autoria do crime descrito na denúncia.

Trata-se de ré confessa, perante o contraditório, presa em flagrante, em poder da *res furtiva*, que se encontrava acondicionada no interior de uma bolsa forrada com papel alumínio.

E não se vislumbra, nem remotamente, a hipótese do crime impossível.

A Defesa não se desincumbiu do ônus de demonstrar eventual insucesso da empreitada criminosa caso não lograssem êxito, os funcionários do shopping, encarregados da segurança, ao agirem pronta e diligentemente, após haver soado o alarme do estabelecimento vítima, em impedir a rapina.

Não se pode asseverar, por qualquer meio de segurança de que disponha o estabelecimento comercial, que impossível a perpetração do delito, mas tão só que dificultada a ação de ladravazes.

Nesse sentido, bem se ponderou no parecer da d. Procuradoria de Justiça,

Acesso ao Sumário

a seguir transcrito:

"No que diz respeito ao crime impossível, não foi caracterizado. O monitoramento por câmeras ou a observância da conduta da agente por seguranças no estabelecimento comercial não constitui crime impossível, na medida em que o meio empregado é relativamente inidôneo, e o crime é tentado. Isto porque, embora os sistemas de vigilância – por câmeras e funcionário – dificultem o sucesso da empreitada criminosa, não tornam impossível a consumação do crime, que pode ser alcançada diante da distração daquele que opera ou integra o sistema de monitoramento ou da própria habilidade da agente em ludibriá-los" (fls. 269/270).

Não se cogita, igualmente, de eventual reconhecimento do crime de bagatela.

A aplicação singela do princípio da insignificância sob o prisma do valor ínfimo da subtração, sem que se atente com maior acuidade para os elementos que compõem o delito, pode incentivar a prática de crimes de forma reiterada e premeditada, sempre voltada a produtos de pequeno valor.

O que se deve analisar é a conduta delitiva em sua integralidade, de modo a se verificar com maior acuidade a subsunção do fato descrito à norma penal.

Nesse sentido, jurisprudência do C. STJ, a saber:

"HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES TENTADO. CRIME IMPOSSÍVEL. INEFICÁCIA ABSOLUTA DO MEIO. INOCORRÊNCIA. ***APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INVIABILIDADE****. HABITUALIDADE DELITIVA. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ATENUANTE OBRIGATÓRIA. CONCURSO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE. RÉU REINCIDENTE. FIXAÇÃO FUNDAMENTADA DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL E DO REGIME INICIAL FECHADO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. Não se trata a hipótese de crime impossível, por ineficácia absoluta do meio, não incidindo o art. 17 do Código Penal, uma vez que "[a] teor da jurisprudência desta Corte, o fato do paciente estar sendo vigiado por fiscal do estabelecimento comercial ou a existência de sistema eletrônico de vigilância não impede de forma completamente eficaz a consumação do delito, de modo a se reconhecer caracterizado o crime impossível, pela absoluta ineficácia dos meios empregados." (HC 153069/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 16/03/2010, DJe 03/05/2010.) 2. A aplicabilidade do princípio da insignificância no delito de furto, para afastar a tipicidade penal, é cabível quando se evidencia que o bem jurídico tutelado (no caso, o patrimônio) sofreu mínima lesão e a conduta*

Acesso ao Sumário

do agente expressa pequena reprovabilidade e irrelevante periculosidade social. 3. Na hipótese dos autos, a despeito da reduzida expressividade financeira da vantagem patrimonial ilícita que se buscou obter - sete desodorantes avaliados em R$ 57,75 -, não há como se afirmar o desinteresse estatal à repressão do delito praticado. Consoante destacou o acórdão impugnado o Paciente é reincidente em crimes da mesma espécie e faz da prática delituosa o seu meio de sobrevivência. 4. Conforme decidido pela Suprema Corte, ***"O princípio da insignificância não foi estruturado para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de condutas ínfimos, isolados, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto. Comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes, quando constantes, devido a sua reprovabilidade, perdem a característica de bagatela e devem se submeter ao direito penal."*** *(STF, HC 102.088/RS, 1.ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 21/05/2010.) 5. De fato, a lei seria inócua se fosse tolerada a reiteração do mesmo delito, seguidas vezes, em frações que, isoladamente, não superassem certo valor tido por insignificante, mas o excedesse na soma. E mais: seria um verdadeiro incentivo ao descumprimento da norma legal, mormente tendo em conta aqueles que fazem da criminalidade um meio de vida. 6. Se a sentença se utilizou da confissão espontânea do acusado para corroborar o acervo provatório e concluir pela sua condenação, é obrigatória a atenuação da pena (art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal). 7. A reincidência, nos termos do art. 67 do Código Penal, é circunstância preponderante, que prevalece sobre a confissão espontânea no momento da fixação da reprimenda. 8. Inexiste constrangimento ilegal na fixação do regime inicial fechado de cumprimento de pena ao réu reincidente, que teve a pena-base fundamentadamente fixada acima do mínimo legal, ainda que condenado a pena inferior a quatro anos, dada a interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, §§ 2º e 3.º, do Código Penal. 9. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação do Paciente, reformar a sentença de primeiro grau e o acórdão impugnado, no tocante à dosimetria da pena, nos termos explicitados. (HC 207295/SP, rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, j. 25/10/11, "v.u.").*

Na espécie, os bens subtraídos totalizavam o valor de R$1.309,90. Ainda que se o considere economicamente insignificante, não necessariamente deixa de ser uma perda patrimonial para a vítima, que dispense proteção penal.

Ressalte-se, ainda, que a legislação pátria não contempla o mencionado princípio e que o pequeno valor da *res furtiva*, de acordo com as normas previstas no Código Penal, a rigor não configura causa excludente da tipicidade da conduta.

Acesso ao Sumário

Ademais, no caso vertente, a ação imputada à sentenciada não pode ser considerada socialmente irrelevante, haja vista não ter sido praticada por extrema necessidade ou qualquer finalidade altruística merecedora de excepcional afastamento das consequências jurídicas previstas na lei penal, o que não se verifica na espécie. Fosse possível reconhecer o cabimento da tese do crime de bagatela levando-se em conta exclusivamente o valor do bem objeto do furto, haveria que se afastar a incidência do tipo relativamente a qualquer ação de subtração de bens de pequena expressão econômica, premiando-se com isso a ociosidade e o desrespeito aos limites norteadores da boa convivência social, em detrimento da segurança da ordem jurídica.

Em tal contexto, ausentes indícios de falsa imputação de crime a inocente e diante de acervo probatório convincente, sem qualquer restrição concreta às palavras da vítima e das testemunhas, longe de serem tidas por frágeis e precárias as provas produzidas, a condenação era mesmo o deslinde necessário, uma vez segura a prova de responsabilidade da agente.

De rigor, pois, a condenação, bem reconhecido o concurso de agentes diante do ajuste prévio e divisão de tarefas, voltados para o mesmo propósito criminoso.

Bem reconhecida, igualmente, a qualificadora da fraude, devidamente descrita na denúncia, como se assinalou na r. sentença, nos termos seguintes:

> *"...Em primeiro lugar, não é crível que a ré não soubesse que a bolsa, adredemente preparada, e carregada por* Ágatha*, segundo afirma, não estivesse revestida com alumínio, meio apto a vencer a vigilância da vítima. E tanto tinha esta ciência e crença de que o revestimento de alumínio enganaria o sistema de alarme que as camisetas foram encontradas com os dispositivos antifurto. Não é de se acolher a negativa da ré ainda mais porque caso não soubesse do revestimento da bolsa, muito provavelmente os dispositivos seriam retirados.*
>
> *E mais, o expert, após testes (laudo pericial de fls. 104/111), concluiu que os objetos colocados na bolsa revestidas com papel alumínio* não eram capazes de ativar as antenas. Nesse sentido, ‹a respectiva bolsa se mostrou eficaz em burlar o sistema de segurança empregado no estabelecimento comercial, permitindo a retirada de itens providos de sensores, sem que houvesse a ativação das antenas localizadas na entrada da *loja.'*
>
> *Portanto, suficientemente demonstrada a qualificadora do art. 155, §4º, inc. II do CP pois o estratagema utilizado é suficientemente apto a superar a vigilância da vítima e, portanto, de expor a perigo com maior reprovação penal o bem jurídico patrimônio."* (fls. 227/228).

As penas, situadas no patamar mínimo da espécie reconhecida, reduzidas

Acesso ao Sumário

ao máximo pelo *conatus*, não comportam alteração à míngua de impugnação específica da Acusação.

De resto, a pena privativa de liberdade foi substituída por restritiva de direitos pertinente, que fica mantida, assim como o regime mais brando para a hipótese de descumprimento injustificado da pena alternativa.

Ante o exposto, nega-se provimento ao apelo defensivo, ficando mantida, por seus bem deduzidos fundamentos, a r. sentença recorrida.

Comunique-se.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501448-11.2022.8.26.0309, da Comarca de Jundiaí, em que é apelante RICHARD AUGUSTO SCARABELINI, 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: "Rejeitaram as preliminares, deram parcial provimento ao recurso de apelação interposto por Richard Augusto Scarabelini, para o fim de aplicar o princípio da consunção, e afastar o concurso material, mantendo a condenação do réu apenas quanto ao delito previsto no artigo 33, § 1º, inciso II, da Lei 11.343/06, reduzindo a pena para 07 (sete) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, no mínimo legal, mantida, no mais, a r. sentença. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.570)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA (Presidente) e SÉRGIO RIBAS.

São Paulo, 20 de julho de 2023.

JUSCELINO BATISTA, Relator

Ementa: Apelação – Tráfico de entorpecentes (artigos 33, § 1º, inciso II e 34, ambos da Lei 11.343/06) – Sentença condenatória – Recurso defensivo. Preliminar de nulidade por ilicitude das provas obtidas mediante violação de domicílio – Rejeição – Ingresso dos policiais franqueado pela genitora do réu – Suposta coação que não foi satisfatoriamente comprovada – Hipótese, ademais, de crime permanente – Réu que era conhecido nos meios policiais por manter em sua

Acesso ao Sumário

residência cultivo ilegal de plantas de maconha e que foi preso na noite anterior aos fatos, em outro imóvel, utilizado como laboratório para a preparação de drogas – Contexto fático anterior que demonstrava a existência de fortes indícios da prática de tráfico de entorpecentes no interior da residência do acusado, o que veio a se confirmar, com a constatação, no local, do cultivo de plantas em novas estufas e apreensão de diversos objetos destinados à produção e preparação de drogas – Ilegalidade inexistente. Preliminar de nulidade por deficiência na defesa técnica – Rejeição – Conduta zelosa e responsável do advogado que representou o acusado até a prolação da sentença – Divergências de estratégia, ou opção por uma ou outra linha defensiva que não configura deficiência de defesa – Prejuízo efetivo não demonstrado – Nulidade inexistente. Mérito – Materialidade e autoria suficientemente demonstradas – Réu que cultivava na sua residência pés de maconha, possuía e guardava objetos destinados à produção e preparação de drogas – Policiais civis que prestaram depoimentos sólidos, coesos e harmônicos, ratificando a versão dos fatos trazida na exordial acusatória – Idoneidade da prova oral, colhida sob o crivo do contraditório – Conjunto probatório suficiente a demonstrar o dolo de traficar – Quantidade de mudas e plantas apreendidas (14 vasos com alturas variando de 5 cm até 100 cm, com peso aproximado de 4.900 kg), em estrutura apropriada para o cultivo em larga escala, consistente em duas estufas dotadas de sistemas de iluminação artificial, de controle de temperatura e de umidade e apreensão de balança de precisão, dois medidores de PH, uma lupa e embalagens de papelão e fertilizantes e insumos agrícolas – Fatos que não se coadunam com a alegação de consumo próprio para fins exclusivamente medicinais, denotando profissionalismo no cultivo e indicando que o destino da droga seria também para o consumo de terceiros – Crime previsto no artigo 34, *caput*, da Lei 11.343/06 – Objetos apreendidos no mesmo contexto fático do crime de tráfico de entorpecentes, eis que se destinavam ao cultivo e preparo de

Acesso ao Sumário

maconha para o comércio ilícito – Aplicação do princípio da consunção, que se consubstancia na absorção do delito-meio (previsto no artigo 34 da Lei 11.343/06) pelo delito-fim (previsto no artigo 33, § 1º, inciso II, da Lei 11.343/06) – Dosimetria da pena – Pena-base fixada acima do mínimo legal (07 anos de reclusão e 700 dias-multa) – Exasperação que se deu de maneira fundamentada e encontra respaldo tanto no artigo 42 da Lei 11.343/06, quanto no artigo 59 do Código Penal – Quantidade considerável de plantas existentes no local e estrutura montada para o plantio e cultivo da droga que tornam a conduta mais reprovável do que a normal à espécie – Reprimenda que permaneceu inalterada na segunda etapa – Inaplicabilidade do redutor previsto no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06 – A quantidade de plantas apreendidas, a estrutura montada na residência para a produção das drogas, aliadas ao fato de o apelante estar respondendo pelo mesmo crime e ter sido preso em flagrante na noite anterior aos fatos em residência onde havia grande refinaria de drogas, demonstra seu envolvimento com o meio ilícito e evidencia sua dedicação as atividades criminosas, não de forma isolada, mas como meio de vida, tornando incabível o reconhecimento do privilégio – Regime inicial fechado escorreito – As circunstâncias do caso concreto sopesadas para exasperar a pena-base e afastar o privilégio também devem refletir, por consectário lógico, na escolha do regime prisional, nos termos dos artigos 59, inciso III e 33, §3º, do Código Penal e artigo 42 da Lei 11.343/06. Pedido para preservação do material apreendido prejudicado, em razão de a r. sentença ter consignado que a autorização para destruição dos bens apreendidos e não reclamados, ocorrerá, se o caso, apenas após o trânsito em julgado. Preliminares Rejeitadas – Recurso parcialmente provido, para o fim de aplicar o princípio da consunção e afastar o concurso material, mantendo a condenação do réu apenas quanto ao delito previsto no artigo 33, § 1º, inciso II, da Lei 11.343/06, reduzindo a pena para 07 (sete) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 700 (setecen-

Acesso ao Sumário

tos) dias-multa, no mínimo legal, mantida, no mais, a r. sentença.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **Richard Augusto Scarabelini**, contra a r. sentença de fls. 318/324, cujo relatório adoto, que julgou procedente a ação penal para condená-lo como incurso nos **artigos 33, § 1º, inciso II e 34, ambos da Lei 11.343/06, na forma do artigo 69, do Código Penal, a pena de 10 (dez) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 1.900 (mil e novecentos) dias-multa, no mínimo legal.**

A defesa argui, preliminarmente, a nulidade do processo por ilicitude das provas obtidas mediante violação de domicílio, bem como por deficiência da defesa técnica. No mérito, busca a absolvição do réu por insuficiência probatória. Subsidiariamente, requer a desclassificação da conduta para o crime previsto no artigo 28 da Lei 11.343/06 ou a aplicação do princípio da consunção no tocante ao crime do artigo 34, *caput*, da Lei 11.343/06. Pleiteia, ainda, a redução da pena -base ao mínimo legal; a aplicação do redutor previsto no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06; o abrandamento do regime prisional. Por fim, requer a preservação do material apreendido (fls. 356/374).

O Ministério Público apresentou contrarrazões em Primeira Instância pugnando pelo não provimento do apelo (fls. 380/388).

Sobreveio o r. parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça também no sentido do não provimento do recurso (fls. 398/420).

A defesa manifestou oposição ao julgamento virtual e interesse em proferir sustentação oral (fls. 395).

É o relatório.

O apelante foi condenado porque no dia 17 de fevereiro de 2022, por volta das 11h00m, na cidade e comarca de Jundiaí, cultivava pés de maconha, bem como possuía e guardava objetos destinados à produção e preparação de drogas, tais como estufas com sistemas de iluminação artificial, controle de temperatura e de umidade, uma balança, dois medidores de PH e uma lupa, tudo sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

De início, afasta-se a preliminar de nulidade por ofensa à inviolabilidade de domicílio.

Os policiais civis, foram uníssonos em afirmar, sob o crivo do contraditório, que a entrada na residência foi franqueada pela genitora do apelante, o que, por si só, afasta a tese de violação de domicílio.

A despeito da versão trazida pela genitora do apelante, apenas em juízo, no sentido de que se sentiu coagida a permitir o ingresso dos policiais no

Acesso ao Sumário

imóvel, o fato é que o apelante, interrogado em ambas as etapas da persecução penal, nada mencionou sobre a suposta coação exercida contra sua genitora ou invasão de seu domicílio, revelando que o ingresso dos policiais no local foi, de fato, autorizado.

E, mesmo que assim não fosse, o artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal, que assegura a inviolabilidade do domicílio, dispensa consentimento do morador e ordem judicial para o ingresso em domicílio alheio nos casos de flagrante delito.

O tráfico de drogas, em várias modalidades (inclusive aquelas imputadas ao apelante: "cultivar plantas que se constituam em matéria- prima para a preparação de drogas" e "possuir e guardar objetos destinados à produção e preparação de drogas"), é crime permanente e, assim, autoriza a prisão em flagrante até que cesse a permanência, nos termos do artigo 303 do Código de Processo Penal.

Sobre o tema, discorre Renato Brasileiro de Lima:

> "Em todos esses crimes permanentes, em relação aos quais a prisão em flagrante é possível a qualquer momento, enquanto não cessar a permanência, a Constituição Federal autoriza a violação ao domicílio mesmo sem prévia autorização judicial (art. 5º, XI). Assim, **supondo-se um delito de tráfico de drogas, na modalidade 'ter em depósito', delito de natureza permanente, no qual a consumação se prolonga no tempo e, consequentemente, persiste o estado de flagrância, admite-se, ainda que em período noturno, e sem autorização judicial, o ingresso da Polícia na casa em que está sendo praticado tal crime, com a consequente prisão em flagrante dos agentes e apreensão do material relativo à prática criminosa"** (Manual de processo penal: volume único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 1040) g.n.

Não se ignora que, de acordo com a jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal, *"a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em **fundadas razões**, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados"* (Tema 280 Repercussão Geral RE 603616).

No mesmo sentido, já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça que *"as hipóteses de validação da violação domiciliar devem ser restritivamente interpretadas, mostrando-se necessário para legitimar o ingresso de agentes estatais em domicílios, a demonstração, de modo inequívoco, do consentimento livre do morador ou de que havia **fundadas suspeitas** da ocorrência do delito no interior do imóvel"* (AgRg no HC n. 796.396/SP, relator Ministro Joel Ilan Pa-

Acesso ao Sumário

ciornik, Quinta Turma, julgado em 24/4/2023, DJe de 26/4/2023).

No caso em apreço, havia sólidas e suficientes razões, justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, para o ingresso dos policiais no imóvel, sem prévio mandado judicial, em especial pelo fato de que o contexto fático anterior demonstrava a existência de fortes indícios da prática do crime de tráfico de entorpecentes no interior da residência do apelante

Infere-se dos autos que na noite anterior aos fatos, em 16 de fevereiro de 2022, o apelante foi preso em flagrante, na companhia de Leonardo Aparecido Silva e Wellington da Silva, saindo de outra residência que estava sendo utilizada como laboratório para a preparação de drogas e ingressando em veículo onde foi encontrada grande quantidade de entorpecentes. No momento da abordagem, o apelante informou que era amigo de Wellington, responsável pelo imóvel, e foi convidado por ele para ajudar na preparação das drogas por já ter experiência com tal prática. Tais fatos ensejaram a lavratura do boletim de ocorrência SPJ AJ7852/22, que deu margem à instauração do Inquérito Policial nº 25/22 e à **ação penal nº 1500456-24.2022.8.26.0544**, onde estão sendo apurados os crimes de tráfico de drogas, associação para o tráfico, posse de maquinário e objetos destinados à preparação, produção ou transformação de drogas naturais e sintéticas, receptação e porte ilegal de arma de fogo de numeração suprimida (fls. 19/53 e 250/254).

Ocorre que o apelante já era pessoa conhecida dos policiais, pois, anteriormente, havia sido preso em flagrante, na sua residência, exatamente porque mantinha no local cultivo ilegal de plantas de maconha, sendo de conhecimento, inclusive, que o apelante divulgava seu plantio de maconha em redes sociais, possuindo um perfil no *Instagram*, denominado *Stronger Roots*, com mais de 36.000 seguidores, conduta que está sendo apurada nos autos da **ação penal** nº 1500286-86.2021.8.26.0544 (fls. 60/61 e 219/220), circunstâncias que, aliada à prisão em flagrante do apelante no dia anterior, em imóvel diverso, pela mesma prática delitiva, indicavam que ele continuava utilizando seu domicílio para a prática de tráfico de drogas, o que veio a se confirmar, pois, no dia seguinte, após obterem autorização do Delegado de Polícia, os policiais realizaram buscas na residência do apelante, com a finalidade de averiguar a fundada suspeita e coibir a prática criminosa, ocasião na qual constataram o cultivo de plantas em novas estufas e apreenderam diversos objetos destinados à produção e preparação de drogas.

Nesse sentido:

AGRAVO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. INVASÃO DE DOMICÍLIO. INEVIDÊNCIA DE ILEGALIDADE. FUNDADAS RAZÕES PARA BUSCA NA RESIDÊNCIA. 1. No caso, escorreito o aresto hostilizado,

Acesso ao Sumário

pois se mostrava justificado o ingresso na residência e legítima a colheita das provas ali descobertas - drogas e arma de fogo municiada com 4 projéteis intactos -, eis que se cuidou de diligência policial motivada por fundadas suspeitas do envolvimento do réu - conhecido nos meios policiais pelo envolvimento em roubos e tráfico de drogas -, em prática delituosa anterior, uma vez que surpreendido em frente à sua residência junto a uma motocicleta estacionada e semelhante à utilizada em diversos roubos recentes, oportunidade em que teria confessado o roubo (fl. 93). 2. Assim, **o contexto fático anterior à invasão permite concluir a existência de justa causa para o ingresso no interior da residência. Logo, as provas advindas de tal conduta não podem ser consideradas ilícitas**. Nesse sentido, o HC n. 635.980/SP, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 28/4/2021. 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC n. 644.353/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 10/5/2022, DJe de 13/5/2022) g.n.

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVIOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. EXISTÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. LICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O art. 5º, XI, da Constituição Federal consagrou o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, ao dispor que a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial. 2. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral (Tema 280), que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo - a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno - quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010). No mesmo sentido, neste STJ: REsp n. 1.574.681/RS. 3. No caso, havia fundadas razões acerca da prática de crime, a autorizar o ingresso no domicílio do acusado. Previamente à prisão em flagrante, foram realizadas diversas diligências investigativas pela Polícia Civil do Estado de Mato Grosso, inclusive campanas, em razão da existência de suspeitas de que o réu estaria envolvido com o tráfico de drogas na cidade de Rondonópolis - MT. Por meio dessas diligências preliminares, os policiais puderam angariar elementos suficientes o bastante, externalizados em atos concretos, que fizeram surgir a des-

Acesso ao Sumário

confiança de que, no domicílio do agravante, estaria havendo a possível prática do delito de tráfico de drogas. 4. **Uma vez que havia fundadas razões que sinalizavam a ocorrência de crime e porque evidenciada, já de antemão, hipótese de flagrante delito, considero haver sido regular o ingresso da polícia no domicílio do acusado, sem autorização judicial e sem o consentimento do morador. Havia elementos objetivos e racionais que justificaram a invasão de domicílio, motivo pelo qual são lícitos todos os elementos de informação obtidos por meio do ingresso em domicílio, bem como todos os que deles decorreram, porquanto a referida medida foi adotada em estrita consonância com a norma constitucional.** 5. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC n. 664.249/MT, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 15/6/2021, DJe de 23/6/2021.)

No mesmo sentido, precedentes desta C. Câmara de Direito Criminal:

"(...) Ainda que eventualmente os policiais não tivessem autorização para ingressar na residência, - o que, frise-se, não restou demonstrado -, não há que se falar em invasão de domicílio, uma vez que, **conforme exposto, havia fundadas suspeitas do cometimento do delito, e o crime de tráfico de entorpecentes é um crime permanente, ou seja, se prolonga no tempo, sendo o bem jurídico permanentemente agredido, de forma que a situação de flagrância perdura no tempo, o que torna desnecessária a expedição de mandado de busca"** (TJSP; Apelação Criminal 1500423-91.2020.8.26.0580; Relator (a): Luis Augusto de Sampaio Arruda; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Assis - 2ª Vara Criminal e da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; Data do Julgamento: 27/09/2021; Data de Registro: 27/09/2021) g.n.

"(...) Em relação às alegações de nulidade do feito, em razão de suposta violação de domicílio, tem-se que o inconformismo não se sustenta. Isso porque **o tráfico de drogas praticado nas modalidades "manter em depósito" e "guardar" classifica-se como crime permanente, cuja consumação se prolonga no tempo, situação que possibilita a prisão em flagrante do agente a qualquer momento. Trata-se de situação excepcional prevista pelo art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal, que dispensa o mandado judicial para o ingresso no domicílio do traficante.** (...) Mesmo que assim não fosse, com bem pontuado pela r. sentença, o testemunho do agente público esclarece que houve permissão por parte da esposa do réu e inexiste qualquer evidência nos autos que demonstre que tal versão não seja verdadeira" (TJSP; Apelação Criminal 1500278-68.2020.8.26.0569; Relator (a): Sérgio Ribas; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Salto - 2ª Vara; Data do Julgamento: 11/10/2022; Data de Registro: 11/10/2022)

Acesso ao Sumário

Desse modo, a situação descrita acima é suficiente para relativizar o direito à inviolabilidade do domicílio, não havendo que se falar em ilicitude da prova.

Melhor sorte não assiste ao apelante quanto à preliminar de nulidade do feito por deficiência de defesa técnica.

Infere-se dos autos que o advogado que representou o apelante até a prolação da sentença agiu com zelo e responsabilidade, apresentando as oportunas peças processuais, fazendo-se presente e participativo na audiência de instrução e julgamento, onde foram ouvidas duas testemunhas arroladas pela defesa, e ainda, formulando as teses que entendeu cabíveis, as quais, inclusive, se assemelham às apresentadas pelos novos defensores (violação de domicílio, desclassificação da conduta e absolvição por falta de provas), não se olvidando que divergências de estratégia, ou opção por uma ou outra linha defensiva não configura deficiência de defesa.

Outrossim, não foi demonstrado, de forma objetiva, qual o prejuízo efetivo que a aventada deficiência de defesa teria causado, imprescindível para o reconhecimento de eventual nulidade, na conformidade do princípio *pas de nullité sans grief* e, ainda, na súmula 523 do C. Superior Tribunal Federal: *"No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu"*.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. DEFICIÊNCIA DA DEFESA TÉCNICA. NULIDADES SUSCITADAS. NÃO OCORRÊNCIA. PREJUÍZOS NÃO DEMONSTRADOS. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. REEXAME. SÚMULA N. 7 DO STJ. PRINCÍPIO DA SOBERANIA DO VEREDICTO POPULAR. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. **Não há que se falar em nulidade por deficiência de defesa em razão da mera discordância do atual advogado do acusado com a Defensoria Pública que o precedeu, sobretudo quando esta tenha desempenhado de forma efetiva suas funções, não havendo qualquer prejuízo comprovado decorrente de sua atuação. 2. O reconhecimento de nulidade, relativa ou absoluta, exige a indicação oportuna de fórmula legal descumprida e a demonstração do prejuízo suportado pela parte, a teor do art. 563 do CPP.** (...) 5. Agravo regimental não provido. (AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.422.598/PE, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 26/10/2021, DJe de 4/11/2021) g.n.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. LAVAGEM DE CAPITAIS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. DEFICIÊNCIA DA DEFESA

Acesso ao Sumário

TÉCNICA. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Segundo a Súmula n. 523 do STF, "No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova do prejuízo para o réu", em momento oportuno, a teor do art. 563 do CPP. 2. **Não há falar em nulidade por deficiência de defesa técnica, em razão da mera discordância do atual advogado do réu com o causídico que o precedeu, sobretudo quando os documentos dos autos apontam que o patrono anterior desempenhou de forma efetiva suas funções. 3. Não houve demonstração concreta e objetiva de que as questões suscitadas resultariam em desfecho favorável para o recorrente. Em verdade, o suposto prejuízo não passa de mera especulação**. A apresentação de somente uma testemunha configura nada mais do que a estratégia de defesa adotada pelo advogado inicialmente constituído. 4. Recurso não provido. (RHC n. 137.890/CE, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 1/7/2022) g.n.

Ultrapassadas as preliminares, no mérito, o recurso comporta **parcial provimento**.

A teor do disposto no artigo 252 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça, ratificam-se os fundamentos de fato e de direito da decisão recorrida, escorada nos elementos informativos amealhados na investigação preliminar e nas provas produzidas em Juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, com os pertinentes acréscimos que seguem e **ressalva, apenas, no tocante ao reconhecimento do concurso material**

A materialidade dos delitos restou demonstrada pela portaria (fls. 02), boletim de ocorrência (fls. 04/06), auto de exibição e apreensão (fls. 07/08), laudo pericial do local dos fatos (fls. 11/15), laudo de exame químico-toxicológico definitivo (fls. 16/18), documentos (fls. 19/53), relatório de investigação (fls. 67/68), bem como pela prova oral colhida.

Neste ponto, cabe mencionar que a afirmação de que não foi trazida aos autos a "quantidade real do suposto entorpecente", não se sustenta, já que o auto de exibição e apreensão (fls. 07/08) e os laudos periciais acostados aos autos (fls. 11/15 e 16/18), apontam a quantidade de pés de maconha encontrada em poder do apelante (14 mudas, plantadas em vasos, com alturas variando de 5 cm até 100 cm, equivalente a 4.900 gramas), cuja amostra foi submetida a exame, que acusou a presença da substância psicoativa Tetrahidrocannabinol (THC), sendo o que basta para a comprovação da materialidade delitiva.

Nesse sentido:

"Tráfico de entorpecentes Materialidade Laudo que comprova a natureza tóxica em amostra da substância apreendida Desnecessidade de análise

de todo o material **O laudo toxicológico não se presta a analisar todas as substâncias apreendidas, uma vez que serve para a verificação da natureza da substância apreendida, e não de sua quantidade, que pode ser, por sua vez, aferida por meio de outros documentos, tais como auto de exibição e apreensão**" TJSP; Apelação Criminal 1505876-90.2019.8.26.0228; Relator (a): Grassi Neto; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 8ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 30/01/2020; Data de Registro: 13/02/2020) - g.n.

Igualmente certa a autoria, pelos elementos de informação e pela prova oral.

O réu, em solo policial, optou por permanecer em silêncio (fls. 66). Em juízo, negou a prática do tráfico de drogas. Assumiu a propriedade dos objetos apreendidos, bem como o cultivo da maconha, alegando, contudo, que se destinava ao seu consumo pessoal, como medicação e não com finalidade mercantil. Mencionou que sofre de Hepatite B e não pode utilizar remédios controlados, razão pela qual faz uso da *Cannabis*. Afirmou que se consulta com um médico do Rio de Janeiro, via *Skype*. Por fim, esclareceu que cultiva a maconha há cinco anos, apenas na sua residência e aprendeu a cultivar sozinho (gravação audiovisual).

Sem embargo da versão exculpatória apresentada pelo réu, o conjunto probatório autoriza a sua responsabilização pelo crime de tráfico de drogas.

Os policiais civis, responsáveis pela apreensão, ouvidos durante a instrução, prestaram depoimentos sólidos, coesos e harmônicos, ratificando a versão dos fatos trazida na exordial acusatória.

O policial civil F. A. de L. e S., confirmou, em juízo, as declarações prestadas na fase investigativa, relatando que tomaram conhecimento acerca da prisão do apelante na noite anterior aos fatos, ocasião em que ele foi surpreendido com outros dois indivíduos numa residência onde havia tanto refinaria de drogas químicas como estufas para cultivo de maconha. Como a aludida prisão havia se dado em outro endereço e já haviam prendido o apelante em flagrante, em janeiro de 2021, por cultivar maconha em larga escala na sua residência, solicitaram autorização do Delegado de Polícia para vistoriar a casa do apelante e no local, foram recebidos pelos genitores do apelante e tiveram o ingresso na residência autorizado. A incursão resultou na descoberta de novas estufas, controle de iluminação e apreensão de diversos objetos, confirmando a suspeita inicial de que o apelante estava novamente promovendo o cultivo ilícito da droga no local. Esclareceu que a genitora do apelante franqueou o acesso à residência nas duas oportunidades, tanto em 2021, quanto no dia dos fatos. Mencionou que o genitor do apelante, inclusive, fez questão que eles entrassem na casa porque ele não

Acesso ao Sumário

concorda com a prática do filho (fls. 60 e gravação audiovisual).

Com o mesmo teor, essencialmente, o depoimento do policial civil R. M., o qual acrescentou que o apelante, à época da primeira investigação, em 2021, chegou a possuir uma página no *Instagram* por meio da qual comercializava maconha em alta quantidade e em valor expressivo (R$50,00 a grama). Reiterou que tiveram conhecimento de uma operação policial, na noite anterior aos fatos, na qual foi desmantelada uma refinaria de drogas, com estufas para produção de grande quantidade de maconha, sendo que o apelante era um dos detidos no local. Desse modo, com autorização do Delegado de Polícia, se dirigiram até a residência do apelante, onde o ingresso foi franqueado por sua genitora. Confirmou que era a segunda fez que a genitora do apelante franqueava a entrada dos policiais no imóvel. Posteriormente, a genitora do apelante, que tinha boa relação com os policiais e conduta colaborativa, informou que o apelante havia sido solto e ficou nervoso, por acreditar que ela havia solicitado a incursão policial. Mencionou que o recorrente é uma espécie de perito no cultivo de maconha (fls. 61 e gravação audiovisual).

Frise-se não haver nada nos autos que desabone as palavras dos policiais acerca dos fatos, não existindo qualquer indício de eventual incriminação falsa ou leviana.

Com efeito, a jurisprudência já assentou que os depoimentos dos policiais se revestem de fé pública e, assim, merecem credibilidade como elementos de convicção. Vale dizer, trata-se de meio de prova idôneo, mormente quando ausente dúvida sobre a imparcialidade dos agentes públicos, na esteira do que vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça:

> AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. PACIENTE QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. NÃO ATENDIMENTO DAS DIRETRIZES EXIGIDAS PARA O RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO NÃO CONDIZENTE COM A VIA PROCESSUAL ELEITA. PRECEDENTES. DEPOIMENTO DOS POLICIAIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO. PRECEDENTES. MANTIDO O REGIME PRISIONAL E A NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA. EXPRESSA PREVISÃO LEGAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (...) **Segundo a jurisprudência consolidada desta Corte, o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso. Precedentes.**

Acesso ao Sumário

(AgRg no HC 675.003/GO, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/08/2021).

O Delegado de Polícia M. F., arrolado pela defesa, confirmou que o apelante havia sido preso em flagrante anteriormente por cultivar ilegalmente maconha em sua residência. Posteriormente, foram comunicados acerca da nova prisão em flagrante do apelante em grande ocorrência envolvendo tráfico de drogas, em outra residência, diversa de sua moradia. Diante dos fortes indícios de que o apelante estaria novamente praticando o tráfico de drogas na sua residência, deslocou equipe policial até a residência do recorrente. Confirmou que a genitora do réu era conhecida dos policiais e franqueou a entrada deles na residência, onde foi constatada a existência de cultivo ilegal de maconha e apreendidos diversos equipamentos destinados à preparação da droga. Esclareceu que o pedido de busca ficou prejudicado porque o flagrante na noite anterior foi realizado pelo plantão policial e não pela equipe integrante de sua delegacia, sendo, apenas, comunicados da prisão. No mais, a entrada dos policiais foi autorizada pela genitora do apelante, que, inclusive, na ocasião, confidenciou ser um favor dos policiais o recolhimento da estrutura de cultivo de maconha do interior de sua casa, pois ela não suportava mais tal situação (gravação audiovisual).

Salienta-se que as declarações prestadas pela mãe do apelante, ouvida como informante, enfatizando que se sentiu coagida a permitir a entrada dos policiais no imóvel, devem ser recebidas com reservas, em razão do parentesco, e também porque buscaram nitidamente afastar a responsabilidade do recorrente. Não bastasse o natural interesse da informante no desfecho favorável do processo, as declarações não foram capazes de infirmar a coesa prova acusatória, até porque nas duas oportunidades em que foi ouvido, o apelante não fez qualquer menção à suposta coação ou invasão de domicílio por parte dos agentes policiais.

Ademais, a aludida informante acabou por confirmar que era a segunda vez que franqueava a entrada dos policiais no local, também confirmou a apreensão levada a efeito pelos policiais, inclusive, que o filho era o responsável pelo cultivo de maconha no local. Não bastasse, a genitora do apelante confirmou a versão dos policiais no sentido de que ela não autorizava o cultivo de drogas no local, afirmando que sempre foi contra à conduta do apelante, de modo que, no cotejo geral, há de prevalecer o depoimento dos agentes da lei.

Importante ressaltar que a documentação médica apresentada (fls. 167/193) – anterior a 2021 – e a alegação de impossibilidade de custeio da importação de produto derivado de *Cannabis*, autorizada pela ANVISA (fls. 194), não são hábeis a afastar a responsabilização do apelante pelo tráfico de drogas.

Primeiro porque o mero cultivo de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas – fato incontroverso – é suficiente para a

Acesso ao Sumário

caracterização da conduta prevista no artigo 33, §1º, inciso II, da Lei 11.343/06, sendo certo que o apelante não comprovou ter obtido autorização de plantio de maconha para fins medicinais, mas apenas autorização da ANVISA para importar a substância Cytogen, até 02/02/2023 (fls. 194).

Depois, as circunstâncias da prisão denotam o dolo de traficar, chamando a atenção a **quantidade de mudas e plantas apreendidas** (14 vasos com alturas variando de 5 cm até 100 cm, com peso aproximado de 4.900 kg), em estrutura apropriada para o cultivo em larga escala, consistente em **duas estufas dotadas de sistemas de iluminação artificial, de controle de temperatura e de umidade** (fotografias de fls. 13/15), fatos que não se coadunam com a alegação de consumo próprio, denotando profissionalismo no cultivo e indicando que o destino da droga seria também para o consumo de terceiros.

Além disso, os objetos apreendidos na residência, em especial uma balança de precisão, dois medidores de PH, uma lupa e embalagens de papelão e fertilizantes e insumos agrícolas, somados ao envolvimento do apelante com o meio ilícito (prisão em flagrante em 2021 por tráfico de drogas e prisão em flagrante na noite anterior aos fatos em residência onde havia tanto refinaria de drogas químicas como estufas para cultivo de maconha), estancam qualquer dúvida a respeito da mercancia ilícita exercida pelo apelante. Portanto, inviável a almejada desclassificação para crime de porte de droga para consumo pessoal.

Oportuno ressaltar dois importantes aspectos relativos ao crime de tráfico de drogas: (1) eventual condição de usuário, isoladamente, não é apta a afastar a responsabilização pelo tráfico, até porque se mostra bastante comum a figura do "traficante-usuário" (aquele que trafica para sustentar o próprio vício); (2) sendo o tráfico de drogas um crime de ação múltipla ou conteúdo variado, consagrado em tipo misto alternativo, é suficiente, para a consumação de tal delito, a prática, enquanto autor ou partícipe, de qualquer das ações nucleares tipificadas pelo legislador.

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: *"O tráfico de drogas é crime de ação múltipla e a prática de um dos verbos contidos no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 é suficiente para a consumação do delito"* (Tese nº 13 da Edição n.º 131 da "Jurisprudência em Teses" do STJ).

Acesso ao Sumário

No tocante ao crime previsto no artigo 34, *caput*, da Lei 11.343/06, de fato, o apelante possuía e guardava objetos destinados à produção e preparação de drogas, quais sejam, estufas com sistemas de iluminação artificial, controle de temperatura e de umidade; uma balança; dois medidores de PH e uma lupa, embalagens de papelão novas e diversos fertilizantes e insumos agrícolas, conforme comprovado pela prova oral e pelo auto de exibição e apreensão (fls. 07/08).

Todavia, os objetos foram apreendidos no mesmo contexto fático, eis que

se destinavam ao cultivo e preparo de maconha, conduta descrita no artigo 33, § 1º, inciso II, da Lei 11.343/06, autorizando a aplicação do princípio da consunção, que se consubstancia na absorção do delito-meio (previsto no artigo 34 da Lei 11.343/06) pelo delito-fim (previsto no artigo 33, § 1º, inciso II, da Lei 11.343/06).

Nesse sentido, já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça:

"(...) **se o agente, por exemplo, possui em sua residência maquinários destinados à fabricação de cocaína, mas é flagrado naquele mesmo local comercializando maconha, hão de incidir as regras do concurso de crimes, porquanto caracterizada a presença de contextos autônomos** e coexistentes, aptos a vulnerar o bem jurídico penalmente tutelado (saúde pública) de forma distinta. É possível, no entanto, que a análise do caso concreto evidencie a inexistência de contextos autônomos, levando-se em conta as circunstâncias da apreensão e a natureza dos maquinários e objetos destinados à fabricação. Dessa forma, **se ficar demonstrado, no mesmo contexto fático, o intento da traficância do agente (por exemplo, de cocaína), utilizando maquinários somente para esse fim, todo e qualquer ato relacionado à sua produção será considerado ato preparatório do delito de tráfico de drogas (previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006). Nesse caso, terá incidência o princípio da consunção, que se consubstancia na absorção do delito-meio (maquinário ou objeto destinado a fabricação) pelo delito-fim (comercialização de drogas)**. (...) No caso, conforme asseri no julgamento monocrático, sem nenhuma necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório amealhado aos autos, verifico que a droga (cocaína) e os maquinários destinados à preparação de drogas ("uma prensa mecânica, várias bacias de plástico, duas peneiras, uma balança marca Classic, uma balança digital, da marca Filizola e um liquidificador da marca Philips" fl. 12), foram apreendidos no mesmo local (no interior do mesmo sítio) e no mesmo contexto fático. (...) Perfeitamente factível, portanto, a incidência do princípio da consunção, aplicável quando a intenção criminosa una é alcançada pelo cometimento de mais de um crime, devendo o agente, no entanto, ser punido por apenas um delito, de forma a, também e principalmente, obviar a sobrecarga punitiva, incompatível com a proporcionalidade da sanção, princípio regente no processo de individualização da pena" (AgRg no HC n. 650.948/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 23/8/2022) g.n.

No mesmo sentido, precedentes deste E. Tribunal, inclusive, desta C. Câmara:

"(...) Entendo que o delito do artigo 34, "caput", da Lei nº 11.343/06 também restou demonstrado, uma vez que, conforme **ficou comprovado**

Acesso ao Sumário

pela prova oral e pelo auto de exibição e apreensão (fls. 18/20), os réus, agindo em concurso, possuíam e guardavam objetos destinados à preparação, à produção e à transformação de drogas, quais sejam, uma balança digital de precisão e uma faca de cabo de madeira e lâmina 17cms. Contudo, à luz do princípio da consunção, entendo que o referido delito deve ser absorvido pelo crime de tráfico, porquanto, segundo consta, ambos se deram no mesmo contexto fático, tendo sido o primeiro meio para a prática do segundo, "crime-fim". Com efeito, embora os crimes sejam autônomos, uma vez que as condutas independem uma da outra, no caso em questão, as provas dos autos evidenciam que os acusados mantinham em depósito os entorpecentes e os objetos destinados à preparação destes com o intuito de praticar o tráfico de drogas" TJSP; Apelação Criminal 1500048-71.2019.8.26.0630; Relator (a): Luis Augusto de Sampaio Arruda; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Nova Odessa - 2ª Vara Judicial; Data do Julgamento: 31/08/2020; Data de Registro: 31/08/2020) g.n.

"(...) De rigor a absolvição do acusado pelo crime previsto no artigo 34 da Lei de Drogas. Este tipo penal consiste na posse de maquinário, aparelho ou instrumento destinado à fabricação, produção, preparo ou transformação de drogas. **Conforme se depreende dos autos, o réu mantinha em funcionamento um maquinário completo para o funcionamento de uma estufa, com o intuito de produzir a planta da Cannabis sativa L e dela fabricar maconha, sobre o qual o acusado confirmou a propriedade. Ocorre que, se praticado no mesmo contexto que o delito de tráfico, como no caso dos autos, o crime em questão deve ser absorvido, sob pena de ocorrência de bis in idem**, pois o delito do artigo 34 é subsidiário em relação ao tipo previsto no artigo 33 da Lei de Drogas" (TJSP; Apelação Criminal 0000645-31.2017.8.26.0551; Relator (a): Freitas Filho; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Limeira - 3ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 07/08/2019; Data de Registro: 08/08/2019) g.n.

Passa-se à análise da dosimetria da pena.

Na primeira fase, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, qual seja em 07 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa, sob o seguinte fundamento: "*Observo que o acusado é primário. Contudo, foi surpreendido na posse de* ***grande quantidade de pés de maconha****, qual seja, 14 (quatorze) mudas de maconha plantadas em vasos,* ***dentro de duas estufas com sistemas de iluminação artificial, controle de temperatura e de umidade, além de diversos pacotes de sementes, uma balança, dois medidores de PH, uma lupa, diversos fertilizantes e insumos agrícolas, tudo para a preparação das drogas****. Desta forma, considerando o baixo estofo moral do acusado e sua vinculação*

Acesso ao Sumário

ao odioso comércio, fixo sua pena acima do mínimo legal previsto para o tipo penal em questão" (fls. 322).

Nota-se que a exasperação da pena-base se deu de maneira fundamentada e encontra respaldo tanto no artigo 42 da Lei 11.343/06, quanto no artigo 59 do Código Penal, valendo destacar que a considerável quantidade de plantas existentes no local, a estrutura montada para o plantio e cultivo da droga e os objetos apreendidos, tornam a conduta mais reprovável do que a normal à espécie.

Vale destacar que *"não existe critério puramente aritmético para a dosimetria da pena, cabendo ao julgador, a quem a lei confere certo grau de discricionariedade regrada, sopesar cada circunstância à luz da proporcionalidade, consoante seu prudente arbítrio"* (AgRg no HC n. 696.586/RJ, relator Ministro Olindo Menezes, Sexta Turma, julgado em 9/8/2022, DJe de 15/8/2022).

Salienta-se, ainda, que o C. Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre a possibilidade de exasperação da pena-base com base na quantidade da droga apreendida. Nesse sentido:

> AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Na hipótese dos autos, **mostra-se idôneo o aumento da pena-base, tendo em vista a quantidade, a variedade e o grau deletério das drogas apreendidas** (354,6g de maconha e 134g de cocaína), conforme dispõe o art. 42 da Lei n. 11.343/06. 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 532.802/MS, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 17/12/2019).

Na segunda etapa, ausentes circunstâncias atenuantes e agravantes, a pena intermediária foi mantida no patamar mínimo.

Na terceira e derradeira fase, o MM. Juiz *a quo* afastou a incidência do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, com razão.

Para aplicação da referida causa de redução da pena, é preciso verificar a presença dos requisitos legais, quais sejam: a) primariedade; b) bons antecedentes; c) ausência de dedicação a atividades criminosas; e d) ausência de integração a organização criminosa.

Na hipótese, a quantidade de plantas apreendidas, a estrutura montada na residência para a produção das drogas, o fato de o apelante estar respondendo pelo mesmo crime e ter sido preso em flagrante na noite anterior aos fatos em residência onde havia refinaria de drogas, demonstra seu envolvimento com o meio ilícito e evidencia sua dedicação as atividades criminosas, não de forma isolada, mas como meio de vida, tornando incabível o reconhecimento do privilégio.

Vale destacar que o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que

Acesso ao Sumário

a quantidade da droga, associada ao contexto em que se deu a apreensão e às circunstâncias da prática delitiva, constituem elementos hábeis a evidenciar a dedicação do agente as atividades criminosas. Confira-se:

> PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas. 2. **Na falta de parâmetros legais para se fixar o quantum dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico** (HC 401.121/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1º/8/2017 e AgRg no REsp 1.390.118/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 30/5/2017). 3. In casu, os fundamentos utilizados pela Corte de origem para não aplicar o referido redutor ao caso concreto estão em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, na medida em que dizem respeito à dedicação do recorrente à atividade criminosa, evidenciada sobretudo pela quantidade de droga apreendida em sua residência (95 g de cocaína, 30 g de crack e 116 g de maconha), aliada às circunstâncias da prisão e à prova oral colhida em juízo (...) (AgRg nos EDcl no AREsp n. 2.123.536/MG, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 25/10/2022) – g.n.

Quanto ao regime prisional, correta a fixação do regime inicial fechado. As circunstâncias do caso concreto sopesadas para exasperar a pena-base e afastar o privilégio também devem refletir, por consectário lógico, na escolha do regime prisional, com o fim de externar a reprovabilidade estatal à conduta do réu, nos termos dos artigos 59, inciso III e 33, §3º, do Código Penal e artigo 42 da Lei 11.343/06.

Nesse sentido:

> PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA EVIDENCIADA. REGIME FECHA-

Acesso ao Sumário

DO. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. MODO ADEQUADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. AGRAVO NÃO PROVIDO. 4. **Embora os pacientes sejam primários e a pena tenha sido estabelecida em patamar superior a 4 anos e não excedente a 8 anos, o modo fechado é o adequado e suficiente para o início do cumprimento da pena reclusiva, diante da aferição desfavorável de circunstância judicial (quantidade do entorpecente), nos termos dos art. 33 do CP c.c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006**. (AgRg no HC n. 767.806/MS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 4/10/2022, DJe de 10/10/2022)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. PACIENTE QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO INVIÁVEL NA VIA ELEITA. PRECEDENTES. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. INVIABILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (...) Apesar de o montante da sanção - 5 anos e 10 meses de reclusão -, admitir, em tese, a fixação do regime intermediário, deve ser mantido o regime mais gravoso em virtude da gravidade concreta da conduta perpetrada, consubstanciada na expressiva quantidade de entorpecente apreendido - 589,49g de cocaína (e-STJ fl. 552) -, o que justificou, inclusive, a exasperação da pena-base em 1/6; o que está em harmonia com a jurisprudência desta Corte de Justiça que é pacífica no sentido de que **a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, ou ainda, outra situação que demonstre a gravidade concreta do delito perpetrado, como in casu, são condições aptas a recrudescer o regime prisional, em detrimento apenas do quantum de pena imposta, de modo que não existe ilegalidade no resgate da reprimenda do paciente no regime inicial fechado**. (...) (AgRg no HC n. 780.910/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 8/11/2022, DJe de 28/11/2022).

Por fim, o pedido para que "*todo o material apreendido nos presentes autos sejam preservados*" encontra-se prejudicado, pois a r. sentença consignou expressamente que a autorização para destruição dos bens apreendidos e não reclamados, ocorrerá, se o caso, apenas após o trânsito em julgado.

Isto posto, pelo meu voto, **rejeitadas as preliminares, dou parcial provimento** ao recurso de apelação interposto por **Richard Augusto Scarabelini**, para o fim de aplicar o princípio da consunção, e afastar o concurso material,

Acesso ao Sumário

mantendo a condenação do réu apenas quanto ao delito previsto no artigo 33, § 1º, inciso II, da Lei 11.343/06, reduzindo a pena para 07 (sete) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, no mínimo legal, mantida, no mais, a r. sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500136-53.2022.8.26.0356, da Comarca de Mirandópolis, em que é apelante MARIA PEDRO DOS SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 58.711)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente sem voto), CAMILO LÉLLIS e EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 25 de julho de 2023.

EUVALDO CHAIB, Relator

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DESTINADO AO INTERIOR DE PRESÍDIO – ABSOLVIÇÃO, REDUÇÃO DA PENA E ABRANDAMENTO DO REGIME – IMPOSSIBILIDADE – NEGATIVA ISOLADA E RECHAÇADA PELOS DEPOIMENTOS DAS AGENTES PENAIS QUE LOCALIZARAM, HOMIZIADAS NA ROUPA DA APELANTE, AS PORÇÕES DE DROGAS – ESCUSAS NÃO COMPROVADAS (ARTIGO 156 DO CPP) – CONDENAÇÃO BEM LANÇADA – PENA FIXADA COM CRITÉRIO, JUSTIFICADOS OS ACRÉSCIMOS – A NATUREZA ASSEMELHADA AOS HEDIONDOS, OS MAUS ANTECEDENTES E A REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA JUSTIFICAM O REGIME FECHADO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

MARIA PEDRO DOS SANTOS foi condenada pelo r. Juízo da 1ª Vara da Comarca de MIRANDÓPOLIS, nos autos do Processo nº 1500136-53.2022.8.26.0356, *sentença da lavra da eminente Juíza de Direito Dra. Thaís da Silva Porto*, como incursa no artigo 33, caput, c.c. o artigo 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/2006, às penas de 07 (sete) anos, 11 (onze) meses e 08 (oito) dias de reclusão, mais o pagamento de 793 (setecentos e noventa e três) dias-multa, fixados no valor mínimo legal, sendo deferido o apelo em liberdade (fls. 160/168).

A apelante foi processada porque, no dia 23 de outubro de 2021, na penitenciária "Vereador Frederico Geometti", na cidade de Lavínia, Comarca de Mirandópolis, trazia consigo para fins de entrega ao consumo de terceiros, 05 (cinco) pedaços de papel, de cor amarela, com peso de 2,65g (dois gramas e sessenta e cinco centigramas), contendo a substância "*ADB-BUTINACA*", espécie de canabinoide sintético, o que fazia sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Apela pleiteando a absolvição diante da fragilidade das provas. Subsidiariamente, pretende a redução da pena, reconhecimento de atenuantes, aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006, e que seja fixado o regime aberto (fls. 177/184).

Contrariado o recurso (fls. 197/199), a douta Procuradora de Justiça Dra. Liliam Cristina Marques da Costa opina pelo seu desprovimento (fls. 210/220).

É o relatório.

Autoria e materialidade estão suficientemente demonstradas nos autos e foram registradas na r. sentença.

Narra a denúncia que MARIA ocultou em suas vestes o entorpecente acima descrito.

Ocorre que, ao ingressar no estabelecimento prisional, para visitar seu filho, ao passar pelo scanner corporal, policiais penais notaram algo suspeito em suas vestes e solicitaram examinar o top que vestia.

Neste momento, constatou-se que, na costura da peça de roupa, estavam acondicionados os entorpecentes supracitados, não deixando a menor dúvida quanto ao propósito espúrio, de fornecimento ao consumo de terceiros, os detentos do estabelecimento prisional.

Tendo em vista a quantidade da substância encontrada, sua forma de acondicionamento, bem como as circunstâncias em que se deu a apreensão do entorpecente, MARIA foi presa em flagrante delito por tráfico.

Em solo policial, optou pelo direito constitucional ao silêncio (fls. 11).

Em Juízo, tentou escapar da devida responsabilização. Alegou que uma

Acesso ao Sumário

mulher chamada Ana Paula lhe chamou até o banheiro e disse para vestir o top, onde estava a droga. Ficou temerosa de fazerem alguma coisa com seu filho e achou melhor não a contrariar, colocou o top e sentiu que tinha alguma coisa nele, mas não sabia o que era. Afirmou, por fim, que seu filho estava preso por tráfico.

Suas escusas não mereciam mesmo vingar, pois rechaçadas pelos depoimentos colhidos em contraditório.

Desirey Aparecida e Ivete Aparecida afirmaram com segurança e riqueza de detalhes como se deu a abordagem e prisão de MARIA. Quando ela passou pelo scanner, foi constatada uma imagem suspeita. Por isso, solicitaram que ela mostrasse o seu top. Nessa peça de roupa localizaram um invólucro costurado na barra da vestimenta. Retirada a costura, foram encontrados 05 (cinco) pedaços de papel amarelo, medindo aproximadamente 8cmx3cm, aparentando ser droga sintética, provavelmente K4. Após isso, imediatamente apreenderam e fotografaram a droga.

Nada há nos autos a sugerir que as policiais penais teriam mentido em Juízo, objetivam acusar falsamente a ré.

Também, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal, as teses que afastam a responsabilização penal devem ser demonstradas por quem as alega, a defesa. Não há prova de coação ou erro de tipo nos autos.

Bem lançada a condenação, passa-se ao exame da dosimetria penal aplicada.

Nenhum reparo a ser feito.

Na primeira houve ligeira exasperação diante dos maus antecedentes (autos nº 0005671-74.2004.8.26.0483). Com elevação de 1/6 (um sexto), a pena-base foi fixada em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mais pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Na segunda fase, agora a reincidência específica (Autos nº 0006517-13.2012.8.26.0483), justificou novo aumento de 1/6 (um sexto), resultando em 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa.

Acesso ao Sumário

Na terceira, está presente a causa de aumento de pena relativa ao ingresso em estabelecimento prisional (artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/2006).

Incidiu mais um aumento de 1/6 (um sexto), resultando na pena final de 07 (sete) anos, 11 (onze) meses e 08 (oito) dias de reclusão, mais pagamento de 793 (setecentos e noventa e três) dias-multa, fixados no valor mínimo legal.

Não há que se falar na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º da Lei nº 11.343/2006, diante dos maus antecedentes e reincidente específica.

Por fim, a quantidade de pena, natureza assemelhada aos hediondos e passado desabonador, não permitem outro regime prisional senão o fechado.

Subsiste, assim, integralmente a r. sentença, mantida por seus próprios e bem lançados fundamentos, todos aqui incorporados como razão de decidir.

Diante do exposto, pelo meu voto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos nesses autos de Apelação Criminal nº 1004056-35.2022.8.26.0666, da Comarca de Artur Nogueira, em que são apelantes A. F. DE O., A. F. DE O. J., F. F. DE O., H. P. F. DE F., P. F. DE O., R. M. e T. F. F. DE O., 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 de relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 62.904)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente), EUVALDO CHAIB e CAMILO LÉLLIS.

São Paulo, 1º de agosto de 2023

LUIS SOARES DE MELLO, Relator

Ementa: Apelação Criminal desafiando decisão que deferiu Medida Cautelar de Busca e Apreensão. Nulidades apontadas não caracterizadas. Violação ao princípio da reserva da jurisdição. Inocorrência. Determinação de desmembramento de Procedimento Investigatório Criminal conduzido pelo Ministério Público estadual que prescinde de determinação judicial. Desmembramento realizado com observância das regras de competência ratione personae. Atribuição territorial do núcleo do GAECO de Piracicaba para conduzir as investigações. Princípio da unidade e indivisibilidade do Ministério Público. Normas internas de organização administrativa da instituição, cuja inobservância eventual não acarreta qualquer nulidade. Atuação de coletivo de promotores especializados no combate ao crime organizado não caracteriza afronta ao princípio do Promotor Natural. Pre-

Acesso ao Sumário

cedentes. Inexistência de qualquer injunção da chefia da Instituição, caracterizando a figura do acusado de exceção. Promotor titular da Comarca de origem que tinha ciência das investigações e participou de uma das diligências de cumprimento dos Mandados Judiciais de Busca e Apreensão deferidos pela origem. Violação à competência ratione personae para investigar, processar e julgar um dos apelantes. Inocorrência. Apelante que já não exercia mandato eletivo ao tempo do deferimento da medida cautelar. Existência de fundadas razões para o deferimento da Busca e Apreensão, determinada com amparo de evidências colhidas anteriormente em Procedimento Investigatório Criminal do Ministério Público e em Medida Cautelar de quebra de sigilo telemático dos apelantes. Decisão justificada e devidamente fundamentada, em estrita observância à legislação processual de regência. Restituição de valores em dinheiro apreendidos em poder de um dos apelantes. Indeferimento. Origem lícita do numerário não comprovada. Aplicabilidade dos art. 118 e 240 do Código de Processo Penal. Apelos improvidos.

VOTO

Visto.

Trata-se de Apelação Criminal contra r. decisão de origem que, acolhendo requerimento do Ministério Público, deferiu Medida Cautelar de Busca e Apreensão contra **H. P. F. de F., P. F. de O., T. F. de O., A. F. de O., A. F. de O. J., F. F. de O. e R. M.**, investigados pela prática dos delitos de corrupção ativa, corrupção passiva, lavagem de capitais e organização criminosa.

O apelo do investigado ***R.*** *– f. 1933/1939* – busca a restituição dos valores em espécie apreendidos na diligência de Busca e Apreensão, sustentando a sua origem e destinação lícitas.

Os apelos dos investigados ***H.*** e ***F.*** *– f. 1941/1955 e 1958/1966* – buscam a declaração de nulidade da decisão que deferiu a Busca e Apreensão, por defendida ausência de justa causa para a medida e ausência de fundamentação da decisão que a deferiu.

Por sua vez, os apelos dos investigados ***P., A., A. J. e T.*** *– f. 1968/2020 e 2062/2088* – buscam a declaração de nulidade da decisão acautelatória, por ausência de atribuição territorial do Núcleo de Piracicaba do GAECO para a

Acesso ao Sumário

condução das investigações, assim como por ausência de fundadas razões para a medida e ausência de fundamentação da decisão que a deferiu.

O apelo de ***P.*** sustenta, ainda, incompetência *ratione personae* do d. Juízo de origem, eis que detentor de foro por prerrogativa de função, nos termos do art. 29, X, da Constituição Federal, e desrespeito à reserva de jurisdição na decisão que determinou o desmembramento da investigação.

Anotam-se contrarrazões ministeriais – *f. 2099/2150* – que defendem a mantença do decisório.

Autos distribuídos *(f. 2154)*, foram imediatamente encaminhados à d. Procuradoria de Justiça que, após vista regular, conclui, em parecer respeitável, pelo desprovimento do recurso – *f. 2183/2196* –, chegando o feito ao gabinete do Relator em ***9.mai.2023*** – *f. 2197*.

É o relatório.

Depreende-se dos autos que o Ministério Público, através do núcleo de Piracicaba do GAECO, instaurou o **Procedimento Investigativo Criminal n.º 94.1093.0000002/2020-9**, após representação encaminhada pela ***AMEC*** - *Associação dos Moradores de Engenheiro Coelho* -, a fim de apurar a suposta prática dos crimes de corrupção ativa, corrupção passiva, lavagem de capitais e organização criminosa, em situações relacionadas ao parcelamento do solo urbano, pelos ora apelantes.

De acordo com a representação que desencadeou a investigação, teria ocorrido a solicitação de vantagens indevidas – *consistentes na entrega de terrenos nos próprios empreendimentos imobiliários, dinheiro ou veículos* – por funcionários públicos da municipalidade para que alguns loteamentos fossem aprovados e não sofressem com empecilhos impostos pelo Poder Executivo local.

Considerando que um dos agentes públicos envolvidos, o apelante ***P. F. de O.***, ocupava o cargo de Prefeito Municipal à época da representação (*mandatos exercidos entre 2013/2016 e 2017/2020*), os autos foram remetidos à D. Procuradoria Geral de Justiça, que foram devolvidos para o prosseguimento das investigações.

Os seguidos relatórios produzidos apontaram a necessidade de aprofundamento das investigações, com a adoção de medidas que a legislação submete ao crivo jurisdicional.

Assim, foi solicitada a quebra do sigilo telemático das pessoas investigadas, deferida pelo d. Juízo de origem nos autos da **Medida Cautelar n.º 1000706-39.2022.8.26.0666**, e, com a vinda das informações obtidas através desta medida, novo relatório de investigação foi produzido, apontando a necessidade de outras medidas investigativas, motivo pelo qual o Ministério Público solicitou a Medida Cautelar de Busca e Apreensão.

Acesso ao Sumário

E, contra o deferimento parcial da cautelar, insurgem-se os apelantes, apontando nulidades várias na investigação ou na decisão do d. Juízo que a deferiu.

Sem qualquer razão, entretanto.

Inicialmente, a fim de assegurar a correta interpretação e análise dos fatos e suas implicações jurídicas apresentadas, é imperioso circunscrever os limites do presente recurso, que desafia decisão proferida nos autos de Medida Cautelar de Busca e Apreensão.

Ou seja, não se combate aqui – *e nem poderia, essa a verdade* – eventuais decisões em procedimentos investigativos anteriores ou mesmo nos autos em que foi deferida outra medida cautelar, de quebra de sigilo telemático dos investigados.

Esta breve colocação inicial se faz necessária, porquanto a defesa do apelante ***P. F. de O.*** sustenta a ocorrência de nulidade – *consistente no desrespeito à reserva da jurisdição supostamente verificada na decisão do Procurador de Justiça que determinou o desmembramento da investigação* – que não é passível de análise no presente recurso, porquanto absolutamente estranhas à decisão combatida.

Afinal, o desmembramento daquela investigação, que resultou nos autos de ***Notícia Crime nº 0001109-59.2021.8.26.0666***, que, com o término do mandato do investigado, retornaram ao d. Juízo de origem, onde o i. representante do Ministério Público oficiante requereu o seu **arquivamento**, nos termos do art. 18 do Código de Processo Penal.

Ou seja, não é possível a apreciação de nulidade apontada em procedimento cujos autos que já se encontram arquivados.

Na sequência, com o surgimento de novos indícios acerca da prática dos delitos investigados, o Ministério Público, através do GAECO, deu continuidade aos procedimentos investigatórios, em circunstância absolutamente regular, pois em conformidade com a ressalva prevista pelo art. 18 do Código de Processo Penal, verbis:

"Art. 18. Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícias".

Ademais, a decisão de promoção de arquivamento de investigação não faz coisa julgada e nem acarreta a preclusão, motivos pelos quais a continuidade das investigações é ato absolutamente regular.

E, ainda que assim não fosse, é imperativo observar que a decisão de desmembramento da investigação criminal conduzida pelo Ministério Público e determinado pela d. Procuradoria Geral de Justiça não viola, de forma alguma, o princípio da reserva de jurisdição, porquanto, até aquele momento, tratava-se

de um Procedimento Investigatório Criminal, conduzido sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário.

De forma que a d. Procuradoria de Justiça, recebendo os autos que lhe foram remetidos pelo núcleo de Piracicaba do GAECO, após a constatação de que um dos investigados – ***P. F. de O.*** – detinha foro por prerrogativa de função, nada mais fez do que aplicar exatamente o que determina a legislação vigente, ou seja, o desmembramento da investigação, com o retorno dos autos ao órgão ministerial de Primeira Instância para prosseguimento do Procedimento Investigatório com relação aos demais investigados.

Isso, repita-se, sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário, por se tratar de investigação conduzida pelo Ministério Público.

Ademais, se, hipoteticamente, o Ministério Público tivesse remetido os autos a este E. Tribunal de Justiça com pedido de desmembramento do feito, outra não teria sido a decisão que não exatamente aquela determinada pela d. Procuradoria Geral de Justiça, porquanto, como se disse, amparada na legislação vigente.

Assim, percebe-se que o investigado não experimentou qualquer sorte de prejuízo com a situação apontada, o que impede o reconhecimento de qualquer nulidade, por força da incidência do princípio insculpido no art. 563 do Cód. Pr. Penal, em respeito à máxima jurídica do *pas de nullité sans grief*.

E, nesse passo, não se verifica violação ao foro por prerrogativa de função, sustentada pela defesa do apelante ***P.***

Afinal, logo no nascedouro das investigações, quando se teve notícia que um dos investigados – no caso, ***P.*** – exercia mandato eletivo de Prefeito Municipal, os autos do **Procedimento Investigatório Criminal nº 94.1093.0000002/2020-9** foram remetidos à d. Procuradoria Geral de Justiça, que determinou o desmembramento do feito em relação a este investigado.

De forma que o procedimento, com relação ao investigado detentor de mandato eletivo, teve prosseguimento junto à Procuradoria de Justiça, enquanto o GAECO cuidou de dar continuidade às investigações na origem, respeitando, portanto, as regras de competência *ratione personae*.

Acrescenta-se, ainda, que o apelante ***P.*** somente voltou a ser investigado pelo GAECO após o término do seu mandato eletivo, em 2021, e, consequentemente, com o fim de sua prerrogativa de foro por função, inexistindo, portanto, qualquer afronta ao art. 29, X, da Constituição Federal ou ao art. 70 e seguintes do Código de Processo Penal.

Tampouco há que se aventar em incompetência territorial do Núcleo de Piracicaba do GAECO para a condução das investigações contra os apelantes.

Afinal, **competência** é, conforme definição clássica, a **medida da jurisdição**.

Acesso ao Sumário

E, conforme leciona ***Marcus Vinícius Rios Gonçalves, "o poder jurisdicional foi atribuído ao Estado-juiz****, que tem capacidade de impor as suas decisões, com força obrigatória" (in Direito Processual Civil Esquematizado, São Paulo: Editora Saraiva, 2021, p. 104 – g.n.).*

Assim, logo se vê que o instituto da competência regulamenta a distribuição do poder jurisdicional, motivo pelo qual não se aplica ao Ministério Público ou às Polícias, que não integram a estrutura do Poder Judiciário.

Nesse ponto, é importante consignar que a Medida Cautelar, contra a qual se insurgem os apelantes, foi ajuizada no juízo competente – *a Comarca de Artur Nogueira* –, observando-se, assim, a regra prevista pelo art. 70 do Código de Processo Penal.

De forma que, ante a inviabilidade da incidência de normas de competência a órgãos estranhos ao Poder Judiciário, a situação apresentada pelos apelantes deve ser apreciada apenas sob a ótica das **atribuições territoriais** do GAECO, regulamentadas pela Resolução 1113/2018, da Procuradoria Geral de Justiça.

E, em que pese tal Resolução atribuir ao núcleo de Campinas do GAECO a investigação de ilícitos praticados em Artur Nogueira, não se pode olvidar que o Ministério Público é regido pelos princípios da unidade e da indivisibilidade (*art. 127, §1º da Constituição Federal*), o que legitima a atuação do núcleo de Piracicaba do GAECO, no presente caso.

Significa dizer que a divisão do GAECO em regiões, conforme normativa interna do Ministério Público – porquanto não prevista em lei – tem **finalidades exclusivamente administrativas**.

Trata-se, portanto, de regulamentação *interna corporis*, e sua eventual inobservância não acarreta qualquer irregularidade.

Assentadas tais premissas, torna-se insustentável a arguição de nulidade por violação ao **princípio do Promotor Natural**.

O constitucionalista ***Pedro Lenza*** ensina que *"além de ser julgado por órgão independente e pré-constituído, o acusado também tem o direito e a garantia de somente ser processado por um órgão independente do Estado, vedando-se, por consequência, a designação arbitrária, inclusive, de promotores ad hoc ou por encomenda (art. 5º, LIII e art. 129, I, c.c. art. 129 § 2º da Constituição Federal)"*.

Apreciando a matéria, o E. Supremo Tribunal Federal admitiu o princípio do promotor natural, cujo *leading case* foi o ***HC 67.759***, relatado pelo então ***Ministro Celso de Mello***, no qual ficou assentado que o sistema constitucional brasileiro repele, a partir da **vedação de designações casuísticas efetuadas pela Chefia da Instituição, a figura do acusador de exceção**.

Revisitando a jurisprudência da Suprema Corte, depreende-se, do próprio

leading case, que o postulado do Promotor Natural **limita o Poder do Procurador Geral**, impedindo o **arbitrário afastamento** do membro do Ministério Público do desempenho de suas atribuições nos procedimentos em que ordinariamente oficie (*ou que deva oficiar*).

Tal assertiva é especialmente pertinente, porquanto **não se verifica**, no presente caso, **qualquer injunção da Chefia do Ministério Público estadual**, com a designação de um ou alguns promotores de justiça para atuarem especificamente na investigação criminal de ilícitos supostamente perpetrados pelos apelantes.

Afinal, *o princípio do Promotor Natural é desrespeitado sempre que ficar demonstrada a designação seletiva ou casuística de acusador de exceção, com a finalidade de perseguição ao ocupante de cargo público (HC 340.586/RJ, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 2/2/2017)*, o que, a toda evidência, não cabe no caso em testilha.

Tanto é assim que o Promotor de Justiça titular da Comarca de **Artur Nogueira** não só **tomou ciência das investigações** (*f. 1533*) como **efetivamente participou das diligências** de cumprimento dos mandados de busca e apreensão, integrando a equipe número 1 (*f. 1611*).

Este E. Tribunal de Justiça já decidiu que não se verifica violação ao princípio do promotor natural em situações similares. Nesse sentido:

> *"Apelação criminal - Frustração do caráter competitivo de licitação - Recursos defensivos. PRELIMINARES: ALEXANDRE - Anulação do processo - Inépcia da denúncia - Imputação ao apelante de fato praticado por homônimo - Inocorrência - Denúncia que identifica corretamente todos os denunciados e satisfaz os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal - Preliminar rejeitada. MAURÍCIO E GUSTAVO - Anulação do processo - Cerceamento de defesa - Ausência de individualização* das condutas - Descabimento - *Ditames do artigo 41 do Código de Processo Penal observados - Preliminares rejeitadas. NATANAEL - **Anulação do processo - Princípio do Promotor Natural - Violação - Inocorrência - Ausência de manifestação do Promotor de Justiça titular da Comarca que não comprova o vício alegado, por evidente ciência e participação conjunta com o GAECO na apuração dos fatos.** MÉRITO:* Insuficiência probatória - *Atipicidade de conduta – Absolvição - Inadmissibilidade - Materialidade e autoria suficientemente demonstradas - Dolo evidenciado - Condenações mantidas - Recursos não providos. PENAS: Redução aos patamares mínimos – Impossibilidade - Presença de circunstâncias judiciais negativas que justifica a majoração das penas base - Recursos improvidos. Majoração da Pena base - Fração aplicada - Adequação – Necessidade - Critério adotado na r. sentença recorrida, que escorado em*

Acesso ao Sumário

*entendimento minoritário, revela interpretação da norma penal em prejuízo dos apelantes, vedada pelo nosso ordenamento jurídico - Fração de 1/4 reduzida para 1/5, exceto quanto a ALEXANDRE, cuja fra*ção de 1/8 se manteve inalterada - *Penas redimensionadas - Recurso parcialmente provido. DIMAS e NATANAEL - Majoração da pena base por serem servidores públicos municipais - Agravante de violação de dever funcional - Bis in idem - Inocorrência - Fundamentos invocados na primeira fase da dosimetria que não se confundem com a condição funcional dos apelantes tratada na agravante em questão - Recursos improvidos. MAURÍCIO - Acordo de colaboração premiada - Restauração – Impossibilidade - Cláusula relativa à reparação dos danos, descumprida - Recurso improvido. DIMAS, NATANAEL, GUSTAVO e MAURÍCIO - Acordo de colaboração premiada - Ampliação de benefícios - Descabimento Acordos legítimos, firmados pelos apelantes, seus advogados e representante do Parquet, a seguir homologados pelo Juízo, que cumpriu integralmente seus termos, prestigiando a segurança jur*ídica. MAURÍCIO, DIMAS e EMÍDIO - Regime prisional – Abrandamento – Inviabilidade - *Circunstâncias judiciais negativas que justificam a imposição do regime inicial semiaberto, também previsto no acordo firmado pelos dois primeiros - Recursos improvidos. DIMAS - Benef*ícios da Justiça gratuita - Isenção ou revisão da multa – Impossibilidade - *Pena pecuniária aplicada em estrita consonância com a legislação pertinente - Hipossuficiência que poderá ser alegada perante o Juízo das Execuções. MAURÍCIO E GUSTAVO - Redução de pena - Reconhecimento de continuidade delitiva - Inviabilidade - Diferentes estágios de tramitação das Ações Penais autônomas em curso que impede o acolhimento do pleito defensório - Medida a ser implementada em sede de execução criminal, por ocasião da unifica*ção das penas - Recurso Improvido NATANAEL - Perda do cargo público - *Pena acessória mais gravosa que a principal - Afastamento – Impossibilidade - Efeito da condenação previsto no artigo 92, inciso I, alínea "a" do Código Penal, cuja satisfação dos requisitos impõe a perda do cargo que o agente ocupava por ocasião do fato criminoso, cometimento com violação de dever para com a Administração Pública - Recurso improvido. (TJSP; Apelação Criminal 0000630-14.2016.8.26.0352; Relator (a): Klaus Marouelli Arroyo; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Miguelópolis - 1ª Vara; Data do Julgamento: 21/07/2021; Data de Registro: 22/07/2021)" (g.n.)*

Ainda:

"Tráfico de entorpecentes. Crime permanente. Desnecessidade de mandado judicial para o ingresso na residência onde está sendo praticado o delito. Nulidade inexistente. Preliminar rejeitada. Tráfico de entorpecen-

Acesso ao Sumário

tes. Violação ao Princípio do Promotor Natural. Inocorrência. A criação de grupo especializado ao combate de organizações criminosas no âmbito do Ministério Público não ofende o referido princípio. Preliminar rejeitada. Tráfico de entorpecentes. Incompetência territorial. Flagrante lavrado em local determinado pelo Delegado Seccional. Inexistência de nulidade. Preliminar rejeitada. Tráfico de entorpecentes. Ilegalidade do Procedimento Investigatório Criminal. Inocorrência. Procedimento previsto e regulamentado pelo Conselho Nacional do Ministério Público. Preliminar rejeitada. Tráfico de entorpecentes. Flagrante preparado. Inocorrência. Crime permanente, cuja consumação da conduta imputada ao réu (possuir e guardar) ocorre antes da venda efetiva do produto. Ausência, outrossim, de provas no sentido de que os policiais tenham provocado, induzido ou instigado o acusado a cometer o delito de tráfico. Preliminar rejeitada. Tráfico de entorpecentes. Apreensão de quantidade expressiva de cocaína, além de matéria-prima e objetos utilizados em seu preparo na posse do réu. Depoimento dos policiais seguros, coerentes e sem desmentidos. Ausência de motivos para duvidar dessas palavras. Responsabilidade bem comprovada. Condenação mantida. Posse de matéria-prima e maquinários destinados à preparação das drogas. Art. 33, §1º e art. 34, ambos da Lei nº 11.343/06. Apreensão conjunta de cocaína destinada ao tráfico. Ações praticadas em um mesmo contexto. Crimes subsidiários. Absorção. Possibilidade. Absolvição decretada. Tráfico de entorpecentes. Pena base aumentada em face das circunstâncias judiciais e da quantidade de entorpecente. Possibilidade. Art. 42, da Lei de Drogas. Existência de prova no sentido de que o réu se dedica a atividades criminosas. Aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Impossibilidade. Regime prisional correto, de acordo com o disposto no art. 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90 e com a gravidade do delito. Recurso parcialmente provido".

(TJSP; Apelação Criminal 0032005-76.2010.8.26.0050; Relator (a): Alexandre Almeida; Órgão Julgador: 4ª Câmara Criminal Extraordinária; Foro Central Criminal Barra Funda - 20ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 13/03/2014; Data de Registro: 18/03/2014) - g.n.

A jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que a atuação do GAECO não viola o princípio do promotor natural:

A atuação de promotores auxiliares ou de grupos especializados não ofende o princípio do promotor natural, uma vez que, nessa hipótese, se amplia a capacidade de investigação, de modo a otimizar os procedimentos necessários à formação da opinio delicti do Parquet. (STJ. 5ª Turma. AgRg no AREsp 1.425.424/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 6/8/2019).

Acesso ao Sumário

E, ao contrário do que sustentam as defesas dos investigados, havia fundadas razões para o deferimento da Medida Cautelar de Busca e Apreensão.

Isso se conclui pela análise do vasto material probatório reunido no **Procedimento Investigatório Criminal n.º 94.1093.0000002/2020-9**, em trâmite no Ministério Público estadual, instaurado para apurar a eventual prática dos crimes de corrupção ativa e passiva, organização criminosa e lavagem de capitais, em situações relacionadas ao parcelamento do solo urbano.

É dos autos que a investigação teve início por meio de uma representação formalizada por uma associação local – **AMEC**, *Associação de Moradores de Engenheiro Coelho* –, apontando a existência de irregularidades atribuídas ao então Prefeito Municipal – *o apelante* ***P.****, que exerceu dois mandatos consecutivos, de 2013 a 2016 e de 2017 a 2020* – em conluio com seus familiares – ***A., A. J., T. e F.*** – e, ainda, uma funcionária de uma das empresas da família – ***H.*** – e o representante legal das pessoas jurídicas referidas na representação – ***R.***.

Os diversos relatórios técnicos elaborados (*de nº 35/A/2020, 34/A/2021, 90/A/2021,28/A/2022*) apresentaram elementos que justificaram o aprofundamento das investigações pelo Ministério Público, o que, em determinado momento, tornou necessária a intervenção judicial para a obtenção de outras provas.

Desta forma, o GAECO requereu a **quebra de sigilo telemático** das pessoas investigadas, o que foi deferido pelo d. Juízo de origem nos autos da **Medida Cautelar 1000706-39.2022.8.26.0666**, permitindo assim a elaboração do Relatório Técnico nº 116/A/2022, reunindo as informações obtidas com a medida.

Nesse ponto, é necessário abster-se de aprofundar na análise das informações coletadas mediante a quebra do sigilo telemático dos investigados, pois, nunca é demais recordar, trata-se aqui da apreciação de inconformismo interposto contra o deferimento de medida cautelar, e eventual aprofundamento na interpretação dos elementos coletados nessa fase investigatória, em que **não há sequer denúncia oferecida contra os apelantes**, poderá, em tese, dar margem a futuras arguições de nulidade processual – *isso, se da investigação resultar uma ação penal*.

Acesso ao Sumário

De qualquer forma, uma análise perfunctória dos elementos trazidos aos autos e das mensagens de e-mail transcritas, é possível depreender que o investigado ***A. J.*** constituiu pessoa jurídica – **UNIFORTE** Empreendimentos Imobiliários -, associando-se a *R. F. de C.* (*este, sócio da empresa CV Empreendimentos Imobiliários, com sede no mesmo endereço da UNIFORTE*), e ficou com a propriedade do empreendimento *"Residencial Michelangelo"*, aprovado pela municipalidade no período em que o investigado ***P.*** - tio de *A. J.* - exercia o mandato de Prefeito Municipal.

Existem elementos indicando que os investigados ***P.*** e ***A.***, seu irmão, são

os controladores de fato da empresa Uniforte.

Também foram coletados elementos apontando que o loteamento *"Residencial Sírio-Libanês"* foi construído em terreno vendido pelo investigado ***P.*** *– quando já exercia o mandato de Prefeito Municipal* – para a empresa *ENGEP*, que, a seguir, o revendeu para a empresa **AFF Empreendimentos**, cujos sócios eram os investigados ***A. J.*** e ***F.***, sobrinhos de ***P.***, que contrataram a empresa Lumaro, de propriedade do acusado ***R.***, para a execução do empreendimento – antes mesmo de ter a propriedade do terreno.

Ademais, a empresa AFF Empreendimentos vendeu o terreno, cerca de dois meses após a sua aquisição, à empresa Lumaro, obtendo lucro de R$ *1.680.000,00* com a transação.

As empresas AFF Empreendimentos e UNIFORTE, embora contassem como sócios os sobrinhos do investigado P., eram administradas pelo seu irmão, o investigado ***A.***, conforme demonstrou e-mail enviado pelo Cartório de Notas local com procurações cedendo-lhe poderes para tanto.

Os indícios demonstram, ainda, que a investigada ***T.*** exercia a administração das empresas da família, com procuração com poderes para tanto, tendo, inclusive, assinado o contrato de venda do terreno da AFF Empreendimentos para a Lumaro.

A investigada ***H.***, no exercício de suas atribuições como secretária das empresas da família ***F. de O.***, certamente tomou conhecimento dos ilícitos ocorridos.

Embora não se possa afirmar que tenha se envolvido pessoalmente com a prática de tais atos, sua condição pessoal, de funcionária próxima e de confiança dos demais investigados justifica a medida cautelar expedida em seu desfavor, dada a plausibilidade da hipótese de manter em sua posse documentos ou arquivos digitais relacionados aos fatos em apuração.

Tais circunstâncias, apuradas através de elementos indiciários coletados, como visto, em Medida Cautelar anteriormente deferida pelo d. Juízo de origem e sistematizados por meio do Relatório Técnico n.º 116/A/2022 demonstram, portanto, a existência de fundadas razões para o deferimento da Medida Cautelar de Busca e Apreensão, ora combatida pelos apelantes.

Importante consignar que não se está, neste momento, fazendo uma avaliação acerca da culpabilidade dos investigados, pois, torne-se a dizer, não existe sequer denúncia contra eles.

O que ocorre é que o Procedimento Investigatório Criminal conduzido pelo Ministério Público amealhou uma série de indícios de plausibilidade das informações acerca da suposta prática de atos ilícitos pelos apelantes, e, diante disso, houve a necessidade de aprofundamento dessas investigações.

Não se sabe se esses indícios se converterão em provas para sustentar o

Acesso ao Sumário

oferecimento de denúncia pelo *dominus litis*.

O que não se admite, porém, é que o Ministério Público tenha a sua atividade investigatória – *já reconhecida pelos Tribunais Superiores* – delimitada ou cerceada, quando se verifica sua atuação em conformidade com a legislação de regência.

Resta a sustentada ocorrência de nulidade por ausência ou insuficiência de fundamentação da decisão que deferiu a medida cautelar, em desrespeito ao preceito do art. 93, X, da Constituição Federal.

Que, respeitados os entendimentos contrários, não convence.

Afinal, não se entrevê onde, como ou porquê da acenada nulidade por ofensa à legislação de regência ou, muito menos, a tema constitucional.

O decisório – *fruto de trabalho completo e bem desenvolvido* – aprecia absolutamente todos os temas colocados em discussão.

Direta ou indiretamente, seja lá como se queira, verdade única é que todos os pontos combatidos foram bem e devidamente avaliados.

Se os apelantes entendem que sob fundamentos diversos deveriam ser examinadas outras ponderações, isso não se entretém em temática de nulidade eventual.

Já se disse.

Basta o exame das situações, como foram feitas. O que se combate, isto sim, é o resultado.

Querer-se-ia, com certeza, solução diferente – ***indeferimento da medida cautelar*** – e não a que foi dada.

Daí a achar que houve omissão do julgado, vai distância imensa.

Inconformismo de resultado não significa ausência de fundamento.

Fundamento não entendido ou não querido pela parte, de igual e obviamente, também não significa vício ou assemelhado.

Assente-se bem: a parte não gostou foi do resultado e dos fundamentos usados.

Dizer-se, daí, que eles são falhos, é coisa inaceitável.

"O Juiz, em suma, não está obrigado a responder a todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão (Lopes da Costa, in RF, 126/127), pois não há nem pode haver modelo para a fundamentação da sentença".

"Basta que diga o suficiente para eliminar da decisão as marcas e aparências do arbítrio, desvelando ao mesmo tempo, ponto de referência para o recurso que as partes queiram manifestar (Orozimbo Nonato, in RF, 133/417)".

Acesso ao Sumário

Digno de ser trazido a colação antigo ensinamento do ***Desembargador Benini Cabral***, nos Embargos de Declaração nº 131.289-1:

"Os julgados devem dar os fundamentos que levaram o julgador a se convencer em favor de uma das partes. Não podem os fundamentos ser ao gosto do vencido, que o faça resignar-se, pois a parte tachada de renitente, pode continuar a sê-lo, e sempre, infindavelmente, sobrariam questões e perguntas sobre o direito, que é campo vasto. Ora, já pontuou o Excelso Pretório que não pode a parte fazer questionários ou lavrar perguntas, à guisa de satisfazer-se, ou construir, paralelamente, caminho para recurso eventual e futuro, que poderia remanescer".

O E. Superior Tribunal de Justiça já decidiu que:

"O órgão judicial para expressar a sua convicção não precisa aduzir comentários sobre todos os argumentos levantados pelas partes. Embora sucinta ou deficiente, a motivação, pronunciando-se sobre as questões de fato e de direito para fundamentar o resultado, exprimindo o sentido geral do julgamento, não se emoldura negativa de vigência aos artigos 458, II, e 535, II, CPC, nem se entremostra confronto com o art. 282, do mesmo Código." (REsp. nº 40.897-0-SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, in DJU de 19.6.95, pág. 18.640).

Em suma, nenhum esforço lógico é preciso para concluir nesses termos relações tais que o menor esteja contido no maior e o médio na totalidade do maior, até encontrar os extremos do silogismo completo e o formalismo lógico que a lei repete.

Finalmente, o investigado ***R.*** busca a restituição da importância de R$ 35.560,00, apreendidos no endereço de uma de suas empresas, nas diligências para cumprimento dos Mandados de Busca e Apreensão, sustentando que é legítimo proprietário de tais valores, que possuem procedência lícita e seriam destinados ao custeio de despesas cotidianas de suas empresas e ao pagamento de adiantamentos aos seus funcionários.

Porém, não restou devidamente comprovada a procedência lícita dos valores apreendidos.

O apelante busca comprovar a procedência lícita através de comprovantes de saques, cujos valores não correspondem exatamente àqueles que pretende reaver, efetuados na sua conta corrente bancária nos dias 7 e 30 de novembro de 2022, ou seja, cerca de um mês antes da realização das diligências que resultaram na apreensão do numerário.

É importante observar que o simples fato de numerário ter sido sacado da conta corrente bancária do investigado não constitui prova de sua origem lícita, pois o apelante deixou de apresentar comprovantes de que o dinheiro apreendido fosse proveniente da venda ou prestação de algum serviço.

Acesso ao Sumário

Quanto à destinação lícita do numerário, é de se ver que o apelante afirma que o dinheiro seria destinado ao pagamento de seus funcionários – *pagamentos que foram efetuados, a despeito da apreensão do valor, nos dias 20 e 21 de dezembro de 2022, em data muito posterior àquela em que ocorreram os referidos saques.*

De forma que não existe, até o momento, a certeza necessária quanto à licitude da origem do valor em dinheiro apreendido, circunstância que inviabiliza a sua restituição, ressaltando-se que a apreensão contra a qual se insurge o apelante está amparada nos artigos 118 e 240 do Código de Processo Penal.

Enfim.

Não se verifica nenhuma das apontadas irregularidades na Medida Cautelar de Busca e Apreensão deferida pelo d. Juízo de origem, considerando, como exaustivamente analisado, a existência de fundadas razões para a medida e, ainda, que os procedimentos que a regulamentam foram rigorosamente observados.

Nada se altera, portanto.

Nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1521949-42.2018.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que são apelantes G. A. M. e M. DA F. L., é apelado M. P. DO E. DE S. P..

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Pelo exposto, REJEITADAS AS PRELIMINARES, NEGARAM PROVIMENTO ao recurso de M. e Deram PROVIMENTO ao apelo de G. para o fim de absolvê-la da acusação que lhe foi feita, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. Sustentaram oralmente os Exmos. Advogados Dr. Eduardo Dias Durante e Dr. Eugênio Carlo Balliano Malavasi; fez uso da palavra o Exmo. Procurador de Justiça Dr. Alfonso Presti", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 3.010)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WILLIAN CAMPOS (Presidente) e GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI.

São Paulo, 2 de agosto de 2023.

CHRISTIANO JORGE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. Sentença condenatória. Abuso de incapazes (artigo 173 do CP). Ape-

lações dos corréus M. e G..

PRELIMINARES – Inépcia da denúncia. Impossibilidade. Observância do artigo 41 do Código de Processo Penal. Recebimento da exordial e prolação da r. sentença, ademais, que tornam prejudicada a discussão. Precedente do E. Superior Tribunal de Justiça – Violação ao princípio da identidade física do juiz (artigo 399, § 2º, do CPP). Inocorrência. Juiz que presidiu a audiência de instrução que foi convocado para atuar junto a órgão jurisdicional diverso. Magistrado que proferiu a sentença, por sua vez, competente para tanto, nos termos da legislação processual vigente, e que conduziu o processo de forma regular. Ausência de prejuízo concreto. Possibilidade de flexibilização do aludido princípio frente a situações justificáveis, como é o caso. Posicionamento firme do C. Superior Tribunal de Justiça – Afastamento das matérias prefaciais.

MÉRITO – Condenação de M. que era mesmo de rigor. O farto conjunto probatório evidenciou ter o réu, abusando da debilidade mental da vítima e agindo em proveito próprio, a induzido a firmar negócio jurídico em seu prejuízo (transação de imóvel por quantia vil, muito abaixo do valor de mercado). Declarações da vítima e depoimentos das testemunhas que se encontram em harmonia e são condizentes com os demais elementos de prova. Versão do réu confusa, contraditória e que, ademais, corrobora a conclusão de sua responsabilidade penal. Irrelevância da data de confecção do laudo pericial pelo qual se concluiu ser a ofendida incapaz de exercer os atos da vida civil em decorrência de doença mental. Comportamentos da vítima, tais como a dilapidação de patrimônio e a súbita necessidade de vender seus bens, que já evidenciavam a sua debilidade mental no momento da transação entabulada. Fato reconhecido posteriormente pelo exame pericial, mas que já era existente e conhecido pelo acusado. Laudo, ademais, que é prescindível nas hipóteses em que a debilidade mental é constatável a olho nu, como no caso deste processo. Questões secundárias imputadas pela defesa aos sobrinhos da

Acesso ao Sumário

ofendida que não ilidem a caracterização do delito e tampouco são objeto deste processo criminal. Crime consumado e devidamente provado. Condenação mantida. Por outro lado, necessária a absolvição de G.. Não há prova inequívoca de ter a corré agido com dolo, ciente da debilidade mental da ofendida, pessoa que sequer conhecia. Prévio ajuste ou aderência à conduta de M. (vínculo subjetivo) não verificados. Existência de dúvidas insuperáveis a respeito da dinâmica delitiva quanto à apelante que impõem a absolvição, à luz do princípio do favor rei, nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. Dosimetria das penas de M. adequadas e que não foram objeto de recurso. A insurgência de M. deve ser desprovida e a de G., acolhida.

AFASTADAS AS PRELIMINARES, NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO DE M. E É DADO PROVIMENTO À APELAÇÃO DA RÉ G..

VOTO

Trata-se de recursos de apelação interpostos contra a sentença (fls. 1449/1472) pela qual o Meritíssimo Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Santos julgou procedente a ação penal para condenar M. da F. L. e G. A. M. como incursos no artigo 173 do Código Penal. Em relação a M., foram fixadas as penas de 03 (três) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, em regime aberto, e 14 (catorze) dias-multa, no valor de 01 (um) salário-mínimo cada dia-multa. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas sanções restritivas de direitos: (i) prestação pecuniária no valor de 37 (trinta e sete) salários-mínimos em favor de instituição pública ou privada de destinação social a ser indicada pelo Juízo da Execução e (ii) prestação de serviços à comunidade pelo período da pena reclusiva. No tocante a G., foram aplicadas as penas de 02 (dois) anos, 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime aberto, e 12 (doze) dias-multa, no valor de 01 (um) salário-mínimo cada dia-multa. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas sanções restritivas de direitos: (i) prestação pecuniária no valor de 32 (trinta e dois) salários-mínimos em favor de instituição pública ou privada de destinação social a ser indicada pelo Juízo da Execução e (ii) prestação de serviços à comunidade pelo período da pena reclusiva. Outrossim, os réus foram condenados ao pagamento de indenização à vítima no importe de R$ 60.000,00 (sessenta mil reais), nos termos do artigo 387, inciso IV do Código de Processo Penal.

Acesso ao Sumário

Irresignados, apelaram os réus (fls. 1505/1555 e 1566/1634).

A defesa de G. arguiu, preliminarmente, a inépcia da denúncia, por inobservância ao artigo 41 do CPP, pois a inicial fundou-se, exclusivamente, na responsabilidade penal objetiva, além de não conter descrição pormenorizada da ação típica supostamente praticada pela ré. Sustentou, ainda, a nulidade da r. sentença por ter havido violação ao princípio da identidade física do juiz, corolário do princípio do juiz natural. No mérito, pleiteou a absolvição pelo fato de a prova dos autos ser contraditória e geradora de dúvida quanto à debilidade mental da vítima, pela ocorrência de erro de tipo, ou em razão da vedação à responsabilidade penal objetiva. Subsidiariamente, pediu a redução das penas impostas.

Por sua vez, a defesa de M. também apresentou preliminar quanto à inépcia da denúncia, diante da descrição genérica dos fatos, o que teria inviabilizado o exercício do contraditório, e da ausência de indícios mínimos de materialidade e autoria do crime. No mérito, requereu a absolvição, asseverando a inexistência de provas quanto à debilidade mental da vítima à época do evento e o fato de sua interdição ter ocorrido em momento posterior. Afirmou que a ofendida detinha plena ciência do negócio entabulado com o réu, tendo tudo não se passado de um mero arrependimento de sua parte em relação ao quanto ajustado. Aduziu terem o apelante e a vítima firmado um acordo pelo qual o imóvel de propriedade desta seria vendido pelo seu valor venal (aproximadamente R$ 61.000,00), tendo a ofendida, no gozo pleno de suas faculdades mentais, assinado contrato de cessão dos direitos possessórios do imóvel para G. e recibo de quitação da transação. Parte do valor pago foi repassado, em espécie, à vítima, e o restante foi utilizado para saldar contas pessoais dela e quitar a prestação de serviços contratados com o réu. Asseverou, ainda, ter o acusado agido de boa-fé, motivo pelo qual acabou não tomando as precauções de praxe, vale dizer, iniciar o processo de regularização do imóvel para, só então, vendê-lo. Por fim, teceu considerações a respeito de o réu ter representado a vítima em seu processo de interdição e da atitude estranha dos sobrinhos dela, os quais, apesar de considerarem a ofendida incapaz para os atos civis, firmaram procuração pública para representá-la, solicitando a orientação de M. para a venda de outros quatro imóveis de propriedade daquela.

Contrarrazões de apelação às fls. 1640/1652.

Opinou a d. Procuradoria Geral de Justiça pela rejeição das preliminares e, no mérito, pelo desprovimento dos recursos (1665/1683).

É o relatório.

Quanto às preliminares

As preliminares devem ser rejeitadas.

Inicialmente, a alegação de inépcia da denúncia não prospera. Com efei-

Acesso ao Sumário

to, o i. promotor de justiça, ao oferecer a inicial acusatória, descreveu o delito com todas as suas circunstâncias, nos termos do artigo 41 do Código de Processo Penal, possibilitando aos réus o exercício da ampla defesa e, no momento oportuno, o do contraditório. Da simples leitura da inicial (fls. 936/940), é possível extrair, de forma objetiva, as condutas criminosas imputadas aos apelantes, bem como a sua tipificação jurídica.

Nessa linha, também não vinga a argumentação da defesa de G. de estar a inicial acusatória fundamentada na proscrita responsabilidade penal objetiva. Cabe à acusação, ao inaugurar a fase processual, descrever de forma objetiva e individualizada no que consistiu a conduta ilícita praticada pelo denunciado, não se esperando, por óbvio, vasta argumentação lastreada em elementos exaustivos de prova, uma vez que tal feito somente se torna possível no decorrer da instrução probatória.

Noutras palavras, a denúncia deve conter a descrição pormenorizada dos eventos delitivos, imputados individualmente aos acusados, com lastro nos elementos mínimos de autoria e materialidade colhidos durante a fase investigativa ou previamente existentes. E tal proceder foi seguido à risca pelo órgão de acusação no presente processo. Com efeito, durante a fase inquisitorial, foi colhida vasta prova, principalmente documental, que resultou no convencimento do representante do *Parquet* pelo envolvimento de G. no fato criminoso, tendo o i. promotor de justiça descrito a atuação da corré em conjunto com seu tio a fim de concretizar negócio jurídico em prejuízo da vítima, ciente da sua incapacidade para os atos da vida civil. Repita-se, os fatos estão suficientemente descritos e a análise da tese de suposta aderência do órgão acusador à abjeta responsabilidade objetiva ante a ausência de prova do vínculo subjetivo entre os réus é questão que se confunde com o mérito propriamente dito, a demandar profunda incursão na prova colhida durante a instrução processual, atividade, como é sabido, inviável em sede preliminar, a qual será feita adiante. Não se olvide vigorar, na ocasião do oferecimento e do recebimento da denúncia, o princípio do *in dubio pro societat*, razão pela qual nenhuma incoerência há no oferecimento da exordial acusatória e posterior absolvição do increpado.

Acesso ao Sumário

Por estes mesmos fundamentos acima descritos, vale dizer, pela existência de suficiente investigação – a se denotar pela juntada de todas as diligências efetuadas durante a fase inquisitiva e pelo formal indiciamento dos réus – a qual lastreou a denúncia, fica rejeitada a alegação da defesa de M. da ausência de indícios mínimos de materialidade e autoria para apresentação da inicial acusatória. É claro que tal requisito se verificou, pois foi instaurado inquérito policial, foram ouvidas as partes e testemunhas, foram realizadas diligências para melhor apurar a situação do imóvel e, por fim, foram apresentados, inclusive pelos próprios apelantes, diversos documentos. Todos estes elementos formaram a convicção do Ministério Público. Assim, não há, como quer fazer crer a defesa,

meras "suposições imaginárias" por parte do Ministério Público.

Por fim, como se não bastasse, é assente nas Cortes Superiores que, com o recebimento da inicial e a prolação da sentença, resta superada a alegação de inépcia da denúncia. Cite-se, como exemplo:

> (...) INÉPCIA DA DENÚNCIA. MATÉRIA SUPERADA PELA SENTENÇA SUPERVENIENTE. OBEDIÊNCIA AO ARTIGO 41 DO CPP. (...) 3. No que diz respeito à alegada inépcia da exordial acusatória, é firme a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que "a superveniência da sentença penal condenatória torna esvaída a análise do pretendido reconhecimento de inépcia da denúncia, isso porque o exercício do contraditório e da ampla defesa foi viabilizado em sua plenitude durante a instrução criminal" (AgRg no AREsp n. 537.770/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 4/8/2015, DJe 18/8/2015). 4. Outrossim, este Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que "não pode ser acoimada de inepta a denúncia formulada em obediência aos requisitos traçados no artigo 41 do Código de Processo Penal, descrevendo perfeitamente as condutas típicas, cuja autoria é atribuída ao recorrente devidamente qualificado, circunstâncias que permitem o exercício da ampla defesa no seio da persecução penal, na qual se observará o devido processo legal" (RHC 119.275/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 3/12/2019, DJe 16/12/2019). In casu, extrai-se da leitura da peça acusatória (e-STJ fls. 3/6) e do acórdão recorrido (e-STJ fl. 502) que a denúncia se mostra suficientemente clara e concatenada, bem como atende aos requisitos do art. 41, do CPP, não revelando quaisquer vícios formais. (...) (STJ AgRg no AREsp n. 1.769.875/RS, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 9/2/2021).

Portanto, não há qualquer nulidade a ser reconhecida neste ponto.

A outra matéria preliminar, apresentada pela defesa de G., reside na nulidade da r. sentença por violação do princípio da identidade física do juiz (artigo 399, § 2º, do CPP: *o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença*), pois o magistrado que proferiu a r. sentença não presidiu a audiência de instrução, debates e julgamento, havendo, por conseguinte, infringência aos princípios do juiz natural, da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal e da ampla defesa e do contraditório, com prejuízo à apelante.

Sem razão a recorrente, também neste ponto. Conforme bem observado pelo d. Procurador de Justiça oficiante no feito (fl. 1671), o magistrado que presidiu a audiência de instrução, debates e julgamento, o Meritíssimo Juiz de Direito Valdir Ricardo Lima Pompêo Marinho, encontrava-se, por ocasião da prolação da r. sentença (**17.08.2022**) motivadamente afastado do cargo, pois havia sido convocado pelo E. Presidente do Superior Tribunal de Justiça para atuar como Juiz Auxiliar no Gabinete do Ministro Joel Ilan Paciornik, pelo período de

Acesso ao Sumário

01 (um) ano, a contar de **03.11.2021** (cf. Portaria STJ/GP nº 354, de 04.11.2021, publicada no Diário Oficial da União de 08.11.2021).

Sendo assim, não há violação ao princípio da identidade física do juiz, o qual, como é sabido não ostenta caráter absoluto, podendo ser relativizado em casos justificáveis, como o afastamento transitório das funções por motivo de saúde, promoção etc. Do contrário, todos os membros do Poder Judiciário estariam vinculados a uma única cadeira, sem possibilidade de remoção ou progressão na carreira até que sentenciassem todos os feitos sob sua condução, situação evidentemente esdrúxula e desproporcional.

Por fim, não há prejuízo comprovado pela defesa, a qual se limitou a apresentar fundamentações teóricas do tema, sem se imiscuir nos elementos fáticos a subsidiar sua alegação. Na realidade, extrai-se deste processo que, a despeito de o Meritíssimo Juiz de Direito Leonardo de Mello Gonçalves, prolator da sentença, não ter presidido a audiência de instrução, conduziu o processo regularmente, desde pelo menos 09.11.2021 (fl. 1299), até a prolação da r. sentença, isto é, 09 (nove) meses depois, tempo mais do que suficiente para a devida análise dos autos. Além disso, foi designado para esse mister, observando-se as regras processuais previamente estabelecidas na legislação processual penal, ou seja, era competente para tanto. Por fim, a sentença se embasou na prova colhida e não há quaisquer indícios de atuação falha ou prejudicial aos réus por parte do i. juiz. Isto posto, é certo não haver, igualmente, violação ao princípio do juiz natural e demais preceitos constitucionais aduzidos nas razões de apelação.

Este é o entendimento consolidado do E. Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO AO NARCOTRÁFICO. CONDENAÇÃO. NULIDADE. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. ART. 399, §2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. NÃO CONFIGURADA. DESIGNAÇÃO DA JUÍZA QUE PRESIDIU A INSTRUÇÃO PARA OUTRA FUNÇÃO. ATUAÇÃO DO SEU SUBSTITUTO LEGAL. AGRAVO DESPROVIDO. 1. **"O princípio da identidade física do juiz não pode ser interpretado de maneira absoluta e admite exceções que devem ser verificadas caso a caso, à vista, por exemplo, de promoção, remoção, convocação ou outras hipóteses de afastamento justificado do magistrado que presidiu a instrução criminal"** (HC n. 496.662/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe de 27/9/2022). 2. O entendimento do Tribunal de origem está em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior no sentido da flexibilização do princípio da identidade física do juiz, em razão convocação da Magistrada que presidiu a instrução para atuar como Juíza auxiliar da Corregedoria, ensejando a atuação de seu substituto legal. **3. Não há falar em nulidade da sentença proferida por magistrado que substituiu o juiz titular, afastado do feito por motivo previsto na legisla-**

Acesso ao Sumário

ção processual. Isso porque são devidamente respeitadas as regras prévias de fixação de competência, não havendo, portanto, nenhum prejuízo às partes. 4. Agravo regimental desprovido. (STJ AgRg no HC n. 739.183/RJ, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 20/3/2023, DJe de 24/3/2023.)

Sendo assim, estando justificável a ausência do d. juiz presidente da audiência quando da prolação da sentença e não havendo prova de prejuízo concreto em razão deste fato, afasta-se a matéria preliminar.

Quanto ao mérito

Ultrapassadas as questões prefaciais, no mérito, o recurso de M. não comporta provimento, ao passo que o de G. deve ser acolhido.

De acordo com a denúncia, no dia 1º de novembro de 2017, em horário incerto, na rua Doutor Galeão Carvalhal, 21, na cidade e comarca de Santos, os réus, agindo com unidade de propósito, abusaram, em proveito próprio, da debilidade de M. de C. A. (nascida em 22.08.1930), induzindo-a à prática de ato suscetível de produzir efeito jurídico, em prejuízo próprio.

Os fatos narrados na petição inicial foram comprovados em relação ao corréu M., diante da extensa prova documental e da convincente prova oral produzidas em juízo, sob o crivo do contraditório (cf. termos de audiência de fls. 1252/1253 e 1273/1274), ao passo que, quanto à corre G., não há demonstração suficiente de sua autoria.

Passa-se à análise do vasto conjunto probatório.

A vítima, à época com 87 anos de idade, em juízo, afirmou, inicialmente, conhecer o corréu M. de "tempos atrás", quando da negociação do imóvel de sua propriedade localizado no Edifício ..., na rua ..., n º .... Esta transação anterior ocorreu normalmente, tendo o réu, à época, quitado o valor acordado (R$ 70.000,00) pela habitação. Em relação à G., não a conhecia antes dos fatos.

Sobre o ocorrido, afirmou ser a legítima possuidora do **apartamento de nº ..., localizado no ... andar do Edifício ..., à rua ..., nº ..., na cidade de Santos**. No final do ano de 2017, pretendia entrar com processo de usucapião administrativa do imóvel e, para tanto, entrou em contato com M., conhecido por atuar no ramo imobiliário. **Na ocasião, acordaram que o imóvel seria vendido após a sua regularização, porém nunca recebeu quaisquer valores do apelante**. Afirmou ter realizado a negociação verbalmente, não tendo assinado contrato de cessão de direitos possessórios. Assinou apenas uma procuração (datada de 06 de novembro de 2017 cf. fl. 48) para M. representá-la no cartório de registro de imóveis para regularizar o imóvel. **Aduziu ter o apelante, logo no início das negociações, trocado imediatamente a chave tetra de acesso ao imóvel, conduta que lhe causou algum estranhamento, pois não pôde mais entrar no apartamento. Contudo, somente tomou conhecimento do engo-**

Acesso ao Sumário

do já em 2018, quando foi ao cartório de imóveis e solicitou uma certidão (vide fls. 13/14), na qual constava prenotação de reconhecimento de pedido de usucapião extrajudicial realizado por R. B. D.. Diante disso, entendendo dever estar o registro da usucapião em seu nome, para, só então, ser o imóvel vendido (conforme tratativas com M.), foi à delegacia de polícia e registrou a ocorrência, em 25 de junho de 2018 (vide fls. 03/04). **Quanto à sua saúde mental, acabou por mencionar, em dado momento da oitiva, ter, de fato, "feito bobagens" na época dos eventos delitivos, mencionando ter vendido vários imóveis a uma conhecida**. Afirmou, por fim, ter sua sobrinha C. procuração com poderes para representá-la, caso "algo acontecesse" consigo.

Na fase inquisitiva, a ofendida apresentou declarações em 25.06.2018, quando se dirigiu à unidade policial para registrar a ocorrência, e em 11.09.2018 (fls. 03/04 e 135). Narrou perante a autoridade policial ter realizado contrato verbal com M. para a prestação de serviços consistentes na regularização de seu imóvel e posterior venda pelo valor de R$ 120.000,00, tendo lhe entregado as chaves. Todavia, posteriormente, passou a estranhar a conduta do acusado, pois ele lhe pagou apenas R$ 10.000,00 do combinado e não apresentou comprovante de quitação de sua dívida condominial. **Diante disso, foi ao cartório de registro imobiliário, onde veio a tomar ciência de que o imóvel estava na posse de R. e seu nome "nem aparecia" no referido ato (vide certidão de fls. 13/14), ou seja, o réu a havia enganado e descumprido o acordado. Ademais, afirmou desconhecer pessoa de nome G. e não ter assinado contrato de cessão de direitos possessórios com ela.**

As declarações da vítima são firmes e coerentes quanto ao cerne da controvérsia instaurada. Apresentou pequenas contradições, as quais, todavia, e como é de se esperar em crimes desta espécie, são explicadas pela sua condição de saúde. É dizer, se alguma dúvida havia em relação à veracidade de seus relatos, esta foi superada pelos demais depoimentos e prova documental. Vejamos.

C. M. de A., sobrinha e curadora da idosa M., esclareceu ter sua tia, ora vítima, construído seu patrimônio ao longo da vida com a compra e venda de imóveis, sendo pessoa muito independente e "boa para números". Na época dos fatos, todavia, a ofendida a procurou, nervosa, relatando seu descontentamento com seu advogado, M., por ela contratado para regularizar a situação do imóvel localizado à rua .... **Afirmou ter ele trocado as chaves da porta do apartamento e descumprido o acordo inicial de regularização do imóvel, haja vista não constar mais a anotação de seu nome na certidão imobiliária, mas sim o de pessoa de nome G., não tendo recebido o pagamento correto pela venda irregular.** Anteriormente, não conhecia os réus. **Acredita que M. tinha ciência do perfil psicológico de sua tia e da sua dificuldade de gestão patrimonial, pois em determinada ocasião o réu lhe telefonou (primeiro contato com ele) para conversar a respeito da "situação de sua tia", a qual estava**

Acesso ao Sumário

"acabando com seu patrimônio". O acusado afirmou, ainda, conhecer compradores para os outros imóveis da ofendida, mas que preferia repassar as quantias eventualmente recebidas para a depoente e seu irmão, C., em razão da situação de M., a qual desfazia-se de seu patrimônio (vide hora 01:07:53 da gravação digital disponível à fl. 1253 – parte 2). M. a convidou, juntamente com seu irmão, para uma reunião em seu escritório, para conversarem sobre o imbróglio. Na oportunidade, o corréu afirmou não ter pretensão de pagar valores derivados das vendas de imóveis para sua tia, pois ela "dava fim com o dinheiro". Disse também que pagaria as contas pessoais da ofendida, porém nunca recebeu comprovantes de pagamento e quando passou a ser curadora da ofendida, tomou conhecimento da existência de contas condominiais e de IPTU atrasadas. **Além disso, afirmou ser recorrente o contato de M., via aplicativo de mensagens *WhatsApp*, para propor negociatas com imóveis da vítima, por preços irrisórios, menores que os de mercado.**

Sobre a saúde mental da ofendida, C. disse ter notado, em meados de 2017 para 2018, estar ela arruinando progressivamente seu patrimônio: vendeu seu carro, suas garagens, três ou quatro apartamentos dos quais era possuidora e devia para instituições financeiras. Na época, inclusive, sua tia vinha apresentando problemas com estelionatários diversos, tendo perdido mais de um milhão de reais. **Diante disso, a depoente e seu irmão, C., decidiram ajuizar ação de interdição em face da tia, no bojo da qual ela foi diagnosticada com síndrome de acumulação. Acrescentou ter sido contatada por M. recentemente, por ocasião da realização de audiência de acordo em ação civil envolvendo o imóvel, tendo ele lhe oferecido R$ 70.000,00 (setenta mil reais) para "tirar o seu nome do processo" (vide hora 1:13:01 da gravação digital disponível à fl. 1253 – parte 2).**

Por fim, questionada pela defesa sobre a realização de procuração pública dando-lhe poderes para alienação dos imóveis da ofendida, **asseverou ter M., por ocasião da reunião em seu escritório, a orientado, bem como ao seu irmão, a feitura da dita procuração para a realização de eventuais negociações**. Seu advogado pessoal, Dr. Diógenes, disse "não ter nada demais" tal procuração, tendo aceitado a sugestão de M., mesmo porque, em momento muito anterior, já tinha procuração passada por sua tia, caso "ocorresse algo com ela" e, além disso, eventual compra de imóveis, de todo modo, dependeria de autorização judicial, dada as condições de saúde de sua tia (vide hora 1:17:18 da gravação digital disponível à fl. 1253 – parte 2).

C. F. de A., sobrinho da vítima, trouxe testemunho similar ao de C., além de melhor elucidar outras questões. **Sobre a negociação, aduziu ter sua tia contratado M. para regularizar o imóvel e, depois, vendê-lo formalmente pelo valor aproximado de R$ 120.000,00. Todavia, o corréu "passou" o imóvel direto ao comprador e pagou à vítima somente a quantia de R$**

Acesso ao Sumário

10.000,00. Pelo que tem conhecimento, a vítima não assinou qualquer contrato de cessão de direitos possessórios, apenas um recibo de quitação, apesar de não ter recebido quaisquer valores. Ao perceber a situação, a vítima passou a procurar M. incessantemente, porém este não a respondia, esquivando-se.

Refere-se à sua tia como uma pessoa lúcida para determinados assuntos, apesar de ser portadora da síndrome de acumulação, mas que, por ocasião dos fatos, estava em um "momento de transição de saúde", tendo sido interditada em 2018. À época do ocorrido, a vítima estava sendo ameaçada por terceiros para entregar seu dinheiro. **Acredita que M. tinha ciência do estado de sua tia, pois em dada ocasião ele lhe telefonara afirmando não estar a** vítima "bem da cabeça" **(vide minuto 19:40 da gravação digital disponível à fl. 1253 – parte 2).**

Esteve, de fato, em uma reunião no escritório de M., o qual pretendia expor os problemas de sua tia, colocando-se em disponibilidade para cuidar de seus negócios e repassar os valores para ele e para sua irmã, C., sugerindo a realização de uma procuração pública. **Até este ponto, confiava em M.. Por essa razão, aceitou a proposta, desde que fossem oferecidos valores compatíveis aos de mercado, o que, todavia, não sucedeu, tendo M. feito uma proposta "totalmente inviável".** Após a instauração do processo penal, todavia, as negociações foram "arquivadas".

Por fim, questionado pela defesa, relatou terem ido ao cartório firmar procuração pública de sua tia para realização de transações de seus imóveis em momento posterior à negociação do imóvel ora em discussão. Contudo, nessa ocasião, não havia se iniciado, ainda, a "encrenca" sobre o recebimento ou não dos valores por sua tia.

Por sua vez, a testemunha R. B. D. afirmou ter adquirido o imóvel em discussão de G., com a intermediação de M., com quem estabeleceu todas as negociações. **O corréu lhe apresentou o imóvel e se comprometeu a regularizar o título registral no prazo de 30 a 60 dias após a compra. O valor de mercado do imóvel era estimado em aproximadamente R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), porém chegaram ao acordo de R$ 115.000,00 (cento e quinze mil reais). A comprovação da posse do imóvel foi feita por M. mediante a apresentação do recibo de quitação (fl. 47).** O negócio foi feito todo com base na confiança depositada na pessoa de M., por isso não se preocupou em verificar a regularidade do imóvel no cartório de registro imobiliário. O pagamento foi feito à vista, em conta indicada por M., de titularidade de um "português", pois os valores seriam utilizados para a compra de outro imóvel, na rua Senador Feijó. Não teve contato com a vítima e não sabe se foram pagos valores a ela pela transação imobiliária. Perdeu a posse do imóvel, após o ajuizamento de ação de reintegração de posse por parte da ofendida, além de ter feito um acordo com G., entabulado em uma vara cível.

Acesso ao Sumário

R. F. C., antigo porteiro do imóvel em discussão, disse que a ofendida era a possuidora do apartamento localizado no ... andar do Edifício ..., situado à rua ..., o qual foi posteriormente repassado para pessoa de nome R.. Pela sua experiência na profissão, asseverou ser comum os porteiros terem conhecimento da venda de apartamentos, porém, no tocante à vítima, esta não informou nada do gênero aos funcionários do condomínio. Em uma dada ocasião, R. apareceu comunicando ser o novo possuidor do apartamento.

Leonardo de Moraes, tabelião do 1º Cartório de Notas de Santos, foi arrolado como testemunha pela defesa e relatou, em síntese, como se dão as outorgas de escrituras públicas de compra e venda de imóveis, de procurações para representação em atos da vida civil, bem como os reconhecimentos de firma em contratos particulares. **Referiu serem os funcionários do cartório treinados para realizar uma verificação superficial (não técnica) da capacidade cognitiva das partes outorgantes e outorgada, na hipótese de escrituras públicas.**

Por fim, os réus foram interrogados.

M. apresentou versão confusa e contraditória sobre os fatos. Relatou ser a ofendida cliente sua de "tempos atrás". Em meados de 2017, ela apareceu em seu escritório, **apavorada**, asseverando ter interesse em vender uma garagem e um apartamento. **Posteriormente, no fim do mesmo ano, novamente lhe procurou, desta vez pedindo auxílio na venda do apartamento localizado na rua .... Como o apartamento não estava regularizado no cartório de imóveis e a vítima asseverou precisar do dinheiro o mais rápido possível (precisava pagar umas contas), utilizou como base para a negociação o seu valor venal – R$ 61.334,46 (minuto 38:55 da gravação digital disponível à fl. 1273). Calculou serem necessários aproximadamente R$ 20.000,00 para a prestação de serviços necessários à regularização do imóvel, os quais seriam descontados do valor da venda. Além disso, pagaria contas pessoais da vítima como forma de quitação parcial. A diferença entre o valor total de venda e as quitações parciais seria entregue, em espécie, diretamente à vítima (entre R$ 32.000,00 e R$ 35.000,00). Entabulado o acordo, sugeriu à sua sobrinha, G. (a corré), que investisse no imóvel, a qual adquiriu seus direitos possessórios e, após um período entre cinco a dez dias, o revendeu para R.. Após, finalizou o procedimento de usucapião administrativa.**

Indagado pelo d. juiz sobre a falta de regularidade registraria do imóvel, constatada pelo comprador R., o réu asseverou ter tal fato se dado por culpa da vítima, a qual, conforme se comprovaria em fl. 14, ao descobrir que o réu havia dado início à usucapião e revendido o imóvel por R$ 115.000,00, dirigiu-se à delegacia de polícia buscando a "correção dos valores".

Sobre a saúde mental da vítima, inicialmente disse: "ela nunca foi louca, inclusive brigou comigo por ter chamado os sobrinhos e o advogado", mas logo

Acesso ao Sumário

em seguida, indagado pelo magistrado sobre a clara contradição nesta assertiva (vale dizer, apesar de supostamente não perceber qualquer debilidade séria e real da ofendida, chamou seus sobrinhos para uma reunião a fim de tratar da sua situação e de seus imóveis), **M. explicou tal questão pelo lapso temporal decorrido entre a compra do imóvel e a interdição da vítima (minuto 51:40 da gravação digital disponível à fl. 1273).**

Noutras palavras, quer fazer crer o acusado que, na época do acordo (novembro de 2017), a sanidade da vítima era perfeita, ao passo que, menos de um ano depois (meados de 2018) - ocasião em que chamou os sobrinhos em seu escritório diante do comportamento perdulário da senhora M., **fato por ele próprio admitido e comprovado nos autos (laudo de ligação com C. – fls. 1309/1324)** - a ofendida teria, só então, passado a apresentar sinais de debilidade mental, os quais restaram absolutamente comprovados quando de sua interdição.

Seguindo-se, questionado sobre o motivo de ter firmado, em **06.11.2017**, uma procuração com a vítima, a qual lhe dava poderes para realizar a usucapião do imóvel (fl. 48), **sendo que cinco dias antes**, em **01.11.2017**, referido imóvel já havia sido repassado para G., por meio do *Instrumento Particular de Cessão de Direitos Possessórios do Imóvel com Venda e Compra de Imóvel*, figurando a ofendida como cedente e G. como cessionária (cf. fls. 40/46), o réu apresentou relato confuso e mais uma vez contraditório, conforme descrito a seguir: **em 01.11.2017, vendeu o imóvel da ofendida para G. e combinou que a vítima entregaria contas pessoais a serem quitadas e documentos no dia seguinte. Nos dias que se seguiram, pagou contas pessoais da vítima. Em 06.11.2017, comunicou M. que teria de entrar com pedido de usucapião em nome de G.. Então, lavrou a procuração com M. para "representar a usucapião e passar o imóvel para G.", dizendo ao d. juiz ser necessário primeiro fazer usucapião em nome de M. e depois passar para G. (minuto 57: 25 da gravação digital disponível à fl. 1273).**

Pela perspectiva do acusado, a vítima registrou boletim de ocorrência contra si, pois ficou insatisfeita com os resultados obtidos nas negociações do imóvel, além de ter sido influenciada por seus sobrinhos, ressaltando sua possível má-fé, haja vista o seu nítido interesse na venda de imóveis da tia. Tal constatação, segundo o apelante, decorreria do fato de eles terem firmado procuração publica com M., apesar de, anteriormente, terem ingressado com ação de interdição.

Relatou, por fim, ter sido extorquido por C. e C., os quais lhe enviavam mensagens pedindo que pagasse um milhão de reais em quatro imóveis pertencentes à tia deles (vítima neste processo). Como essa negociação não deu certo, "ficaram bravos" e induziram sua tia a registrar o boletim de ocorrência.

Acesso ao Sumário

Por fim, interrogada, G. afirmou ser investidora bem-sucedida no ramo imobiliário – já foi proprietária de aproximadamente vinte imóveis – e ter elevada confiança em seu tio, M., o qual é seu advogado e gestor de seus negócios imobiliários. Em novembro de 2017, seu tio lhe propôs a compra de um imóvel, com intuito de investimento, pelo valor aproximado de R$ 60.000,00. Apresentou interesse e deixou todo o trâmite burocrático a cargo de seu tio. A transação foi feita com dinheiro em espécie. Não fez as checagens de praxe, pois tem plena confiança na idoneidade de M. e nunca teve qualquer problema anteriormente, acreditando estar o imóvel regular. Após a compra do apartamento, fez a revenda a R., por R$ 115.000,00, mediante a intermediação de M.. Não estranhou a rentabilidade em valor superior ao de mercado (vale dizer, quase o dobro do valor supostamente investido), pois seu tio é especialista no ramo e passou os detalhes da transação "por alto", não tendo desconfiado de nada. Referiu, ainda, que a rentabilidade dos negócios que entabula é variável, algumas vezes abaixo de mercado, outras acima, não sendo possível prever o retorno de todas as transações. Por fim, disse desconhecer a vítima, bem como seu estado mental.

Esta é a síntese da extensa prova oral colhida neste processo, a qual, somada à prova documental, evidenciou suficientemente a responsabilidade penal de M. pelo crime de abuso de incapazes. Vejamos.

O artigo 173 do Código Penal dispõe:

> Art. 173 - **Abusar, em proveito próprio ou alheio**, de necessidade, paixão ou inexperiência de menor, ou **da alienação ou debilidade mental de outrem, induzindo qualquer deles à prática de ato suscetível de produzir efeito jurídico, em prejuízo próprio ou de terceiro:**
>
> Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa. (g.n.)

No caso, restou comprovado ter M., **ciente da debilidade mental da ofendida**, abusado de tal condição, em seu benefício e em prejuízo da vítima, pois a induziu a praticar atos civis (dos quais não tinha plena ciência) envolvendo o apartamento de nº ..., localizado no ... andar do Edifício ..., à rua ..., nº ..., na cidade de .... **Vale dizer, o réu agiu com dolo, porque ciente que a ofendida não se encontrava em suas plenas capacidades cognitivas, aproveitou-se de sua necessidade financeira – M. vinha se desfazendo de seu patrimônio para quitar dívidas, tanto é que, nas palavras do réu, "chegou em seu escritório apavorada", com o intuito de vender rapidamente uma garagem e um imóvel – a fim de realizar contrato de cessão de direitos possessórios (sob o pretexto de que regularizaria o imóvel) por valor vil e revendê-lo a terceiro pelo valor justo de mercado, gerando claro prejuízo à ofendida, em proveito patrimonial próprio.**

Apesar das tentativas hercúleas do apelante de manipular os fatos a fim de legitimar a sua versão, as provas dos autos, inclusive o seu interrogatório em juízo, indicam, inquestionavelmente, a sua culpabilidade.

Acesso ao Sumário

Como exposto acima, o réu, sob o crivo do contraditório, disse conhecer M. de longa data e já ter feito outros negócios com ela. Afirmou ser a ofendida pessoa conhecidíssima em Santos pela aquisição e revenda de imóveis desocupados, com patrimônio consolidado por meio dessas transações. Refere-se a ela como pessoa bastante inteligente e com traquejo na efetivação de negócios. **De fato, o apelante procurou, ao longo de seu interrogatório, legitimar a negociação entabulada com M., pessoa, no seu sentir, capacitada aos atos da vida civil, aduzindo ter ela, na realidade, apenas ficado insatisfeita com os resultados da venda e, por este motivo, registrado boletim de ocorrência contra si, injustamente.**

Nada obstante, em evidente contrassenso, narra ter a vítima aparecido em seu escritório em 2017 (quando contava a referida senhora com 87 anos de idade), nitidamente apavorada, com a premente necessidade de vendar bens, tais como garagens, veículos e apartamentos, uma vez que precisava pagar contas pessoais de valores ínfimos (quando comparados, é claro, com o valor de um bem imóvel, garagens, veículos etc.). **Ora, se a vítima era pessoa inteligente e contumaz negociadora, não faria sentido algum que ela aparecesse em seu escritório, apresentado comportamento evidentemente incompatível com o de uma pessoa sã, e pretendesse vender o mais rápido possível um imóvel para saldar pequenas dívidas. E mais, admitindo-se essa fantasiosa versão – o que se faz por amor à argumentação – o fato de o acusado conhecer a ofendida previamente, estando, portanto, ciente de seu vasto patrimônio, não seria motivo de desconfiar da pretensão de "venda rápida" e, diante disso, tomar as devidas precauções, dispensando-lhe o devido aconselhamento profissional?** Há, como se nota, evidentes e intransponíveis contradições.

Na realidade, o acusado, como se denota, ao ser interpelado pela ofendida de forma anormal (pelo menos segundo a sua própria narrativa), poderia ter apenas recusado travar tal negociata (se é que esta, de fato, existiu, é dizer, se é que não foram acordados condições e valores diversos). Mas não foi o que ocorreu. **Como restou comprovado, o apelante, aproveitando-se da oportunidade de lucro fácil e da situação de evidente vulnerabilidade da ofendida, agiu de forma ardilosa: procedeu à feitura de diversos documentos com o único fim de justificar e tentar esconder seu intento final, qual seja, obter proveito próprio (no caso, valores monetários) em prejuízo da idosa.** O proveito próprio e, de outro lado, o prejuízo sofrido pela vítima, inquestionáveis, haja vista ter o acusado vendido os direitos possessórios do imóvel para sua sobrinha, a preço vil (R$ 61.334,46), e o repassado para R. por quase o dobro do valor (R$ 115.000,00), tendo este último, confiando na boa-fé de M., realizado o pagamento de referido valor em conta bancária por ele indicada, vindo, posteriormente a perder a posse do imóvel e a quantia despendida na negociação.

Acesso ao Sumário

Ou seja, M. tinha ciência de que o apartamento, **ainda que não estivesse regularizado no cartório de registro de imóveis**, estava apto a ser vendido por valor muito diferente daquele supostamente entabulado com a ofendida, a qual, sendo a legítima possuidora do bem, faria jus ao recebimento do justo valor de venda. Mas, ao revés, optou por, conscientemente repassar o imóvel para sua sobrinha e posteriormente para terceiro, em benefício próprio e prejuízo evidente daquela.

Não por outro motivo, não convence a sua pouco perspicaz alegação de que, diante da situação registraria do imóvel, o recomendável seria vendê-lo pelo valor venal, para assim satisfazer de imediato a necessidade da vítima. Ora, se acreditasse mesmo nesta pueril versão, não teria encontrado rapidamente, **em menos de quinze dias**, comprador interessado em pagar quase **o dobro do valor pelo imóvel**, o que de fato ocorreu em 14 de novembro de 2017, ao intermediar a compra e venda do bem entre G. e R., ocorrida em seu escritório (fls. 80/82). Está claro, pelo contrário, a versão acusatória de ter ele abusado da cognição prejudicada de sua cliente, induzindo-a, inclusive, a firmar contratos e recibos não condizentes com as suas atitudes e promessas em relação à venda do imóvel.

Mencione-se, neste ponto, como bem pontuado pelo d. juiz sentenciante, não ter o recibo de fl. 47 qualquer valor probatório em favor do réu. Isso porque, o próprio acusado afirmou, em juízo, ter feito o pagamento do imóvel à ofendida de forma diversa daquela descrita no recibo mencionado[1], qual seja, pela quitação de contas condominiais e de IPTU, pelo abate do valor dos serviços prestados para regularização do imóvel e pela entrega de R$ 35.000,00 à vítima, em espécie.

Portanto, o recibo de fl. 47 perde qualquer resquício de validade e veracidade para fins probatórios, pouco importando ter M. de fato aposto sua assinatura nele, fato explicado, aliás, pela sua debilidade psíquica e urgência imotivada em vender o imóvel (sintoma evidente de estar dilapidando seu patrimônio, de forma patológica).

Nessa toada, cumpre observar, na linha das cotas ministeriais acostadas às fls. 343/346 e 813/816, que os comprovantes juntados pelo réu (fls. 49/54 e 569/578) somam apenas R$ 6.034,22, ou seja, não chegam nem perto de totalizar o valor supostamente entabulado entre as partes ou, ao menos, a diferença entre o valor devido e a quantia supostamente entregue em mãos da vítima, a qual, de todo modo, não restou comprovada nos autos. No tocante ao valor de aproximadamente R$ 20.000,00 (vinte mil reais), em tese utilizados na prestação de "serviços de regularização do imóvel" (cf. interrogatório do réu), não

1 "Recebi de G. Á. M. a importância de R$ 61.334,46 (sessenta e um mil e trezentos e trinta e quatro reais e quarenta e seis centavos) em dinheiro, referente ao pagamento e quitação total do apartamento número ..., da rua ..., número ..., Edifício ... – na data de 01/11/2017, conforme contrato de compra, venda e cessão de direitos assinado entre as partes." (fl. 47).

Acesso ao Sumário

há nos autos a juntada de contrato de prestação de serviços advocatícios neste sentido. Inclusive, apenas a título de curiosidade, analisando-se o contrato de cessão de direitos possessórios firmado entre M. e a corré G. (fls. 40/46), nota-se, em sua cláusula sexta, ser obrigação do cessionário (no caso, G.), e não da cedente (ora vítima), a quitação das despesas decorrentes da regularização do imóvel:

> Cláusula Sexta – O cessionário assumirá todas as despesas decorrentes da ação de usucapião judicial ou extrajudicial do bem imóvel objeto deste contrato, em especial, no tocante às custas e despesas processuais, ITBI e honorários advocatícios. (fls. 42/43).

Logo, de qualquer ângulo em que se analise a questão, verificam-se vastos elementos a corroborar ter agido o réu imbuído de dolo.

Por outro lado, também está evidente que o réu detinha plena ciência da condição de saúde da vítima, a qual está também comprovada pelo laudo pericial de fls. 271/277 e pelos depoimentos dos sobrinhos da ofendida, C. e C..

Sobre esta questão, oportuno frisar, diversamente do alegado pela defesa de M., ser irrelevante o fato de o exame pericial ser posterior à data do evento delitivo. Isso porque, a dilapidação de patrimônio e as demais atitudes da ofendida evidenciavam sua debilidade mental e já estavam presentes quando das tratativas. Ou seja, o laudo apenas constatou situação já existente em momento muito anterior. E, como asseverado, tal conclusão é cabalmente referendada pelas provas dos autos, principalmente pelos testemunhos de C. e C.. Aliás, oportuno mencionar ser o exame pericial prescindível nas hipóteses em que a constatação da debilidade mental é perceptível a olho nu, observando-se um padrão de razoabilidade médio, como no caso deste processo.

Sobre este ponto, recorre-se, pois oportuno, à doutrina brasileira, mencionando-se Rogério Greco:

> A lei penal também protege os alienados ou débeis mentais, não havendo que se perquirir de sua necessidade, paixão ou inexperiência, somente avaliáveis na hipótese de ser a vítima menor de 18 anos. No entanto, em ambas as hipóteses, o agente deverá saber que está lidando com um menor de 18 anos ou com pessoa alienada ou débil mental (...) **Há necessidade de se fazer a prova nos autos** da menoridade da vítima por meio de documento hábil (certidão de nascimento, carteira de identidade etc.), **bem como da sua debilidade mental, a não ser, nesse último caso, que seja tão evidente a ponto de ser dispensado laudo pericial**.[2]

Em complemento, colaciona-se trecho elucidativo do saudoso Nelson Hungria:

> **A prova** da menoridade ou **da alienação ou debilidade mental, quan-**

2 Cf. GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa*. 13. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2016. p. 813.

Acesso ao Sumário

> **do são estas patentes ou reconhecíveis *ictu oculi*, dispensa,** respectivamente, a certidão do registro civil e **o exame psiquiátrico**.[3]

Já no bojo da ação de interdição nº 1002260-69.2018.8.26.0562, instaurada perante a 3ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Santos, datada de 14.02.2019, concluiu o perito judicial (fl. 271/277):

> Considera-se, portanto, que a periciada apresenta sinais e sintomas compatíveis com transtorno de acumulação. **Dadas a evolução e gravidade, conclui-se que a periciada é totalmente incapaz de exercer os atos da vida civil, como administrar o próprio patrimônio ou, até mesmo, gerir o próprio ambiente em que vive, necessitando de cuidados de terceiros para tal.** (fl. 276, g.n.).

Reforçando, C. diz ter notado, entre os anos de 2017 e 2018, alteração notável no comportamento da ofendida, a qual vinha dilapidando seu patrimônio construído ao longo da vida de forma contumaz e despropositada: apresentava dívidas com instituições financeiras e se envolveu com estelionatários, perdendo aproximadamente um milhão de reais. Asseverou, de outro lado, acreditar ter M. ciência do perfil psicológico da ofendida, pois este a contatou avisando-lhe estar M. "acabando com seu patrimônio" e, não obstante a aparente preocupação, o réu, ainda detentor da confiança da família, colocou-se à disposição para venda de outros imóveis de M., recomendando, em reunião realizada em seu escritório a realização de procuração pública para concretização dos negócios, buscando, novamente, lucro fácil.

Aliás, neste ponto, é digno de nota beirar a má-fé a tentativa pífia do réu em desacreditar a versão da vítima e a prova dos autos, aduzindo estranheza no comportamento dos sobrinhos, os quais, segundo ele, já tendo ingressado com ação de interdição, teriam lavrado procuração pública com o fim ignóbil de vender os imóveis da ofendida e, uma vez não logrando êxito, teriam induzido sua tia a registrar ocorrência contra si. A alegação não tem qualquer sentido jurídico, tampouco lógico. Estivessem os sobrinhos interessados em se locupletar do patrimônio de sua tia, não teriam adentrado com ação de interdição, impossibilitando tal intento, pois, como se sabe, para a venda de imóvel de pessoa interditada é necessária autorização judicial. Além disso, se acreditava ser a venda despropositada e com intuitos desonestos, não deveria se dispor a intermediar tal ato. Não bastasse, é o caso de frisar não se prestar este processo criminal à análise de condutas ilícitas diversas e estranhas ao objeto definido na inicial acusatória, as quais, se o caso e oportunamente, deverão ser levadas às instâncias ordinárias.

A versão da ofendida, por outro lado, em que pese apresente algumas pequenas inconsistências, atribuídas, é bem verdade, pelas suas questões psíquicas, foi firme e convincente. Aduziu ter permanecido por bastante tempo sem

3 Cf. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal Vol. VI – arts. 155 a 196*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. p. 267.

Acesso ao Sumário

notícias de M., bem como do pagamento integral do quanto devido. Por este motivo, dirigiu-se ao cartório imobiliário e efetuou consulta à situação de seu imóvel, vindo a tomar ciência de toda a negociação entabulada com G. e posteriormente com R., momento em que se deu conta de que havia sido enganada e foi à delegacia de polícia registrar o ocorrido (vide boletim de ocorrência de 03/04 e termo de declarações de fl. 135).

Logo, ainda que não haja prova cabal de qual teria sido o real acordo entabulado entre a vítima M. e M. (se apenas a regularização do imóvel ou se a regularização e posterior venda ou, ainda, se houve acordo de venda por R$ 60.000,00 ou R$ 120.000,00), está devidamente comprovado ter o acusado se aproveitado da situação da vítima – a qual se encontrava com as faculdades mentais prejudicadas e demonstrava desespero em arrecadar dinheiro – e a induzido a firmar contratos e recibos desconectados da realidade, com evidente proveito para si e prejuízo daquela. Tal fato é o quanto basta para a caracterização do delito previsto no artigo 173 do Código Penal, estando correto o edito condenatório firmado em primeiro grau.

Já em relação à G., afigura-se situação distinta.

Isso porque, apesar de não ter agido com as cautelas de praxe, isto é, verificar a situação registraria do imóvel e, ao menos, entrar em contato com a ofendida – uma vez que estava lidando com negócio jurídico robusto, cujo objeto eram os direitos possessórios de um bem imóvel – não é possível afirmar, ao menos com a certeza necessária no âmbito do processo penal, ter ela agido com dolo e, ademais, ter tido ciência da debilidade mental da ofendida, circunstâncias elementares do tipo penal previsto no artigo 173 do Código Penal.

Como exposto, G. afirmou em juízo ter realizado as tratativas envolvendo o imóvel única e exclusivamente com seu tio, pessoa na qual depositava elevada confiança e que cuidava da integralidade de seus negócios imobiliários. E o conjunto probatório corrobora tal assertiva. Com efeito, as testemunhas ouvidas em juízo nunca tinham sequer ouvido falar de G., e a prova documental, em especial o contrato de cessão de direitos possessórios e o recibo de quitação, não são suficientes para se chegar à conclusão de ter a apelante agido de forma dolosa e previamente ajustada com seu tio. Na verdade, tudo indica ter sido G. também, em certa medida, ludibriada pelo acusado, pois, confiando que ele estaria tomando todas as providências e cautelas necessárias à realização do negócio jurídico, aceitou a proposta de investimento exposta pelo acusado.

Nessa linha, não se está aqui a dizer não ter tido ela condições de, ao menos em tese, constatar a estranheza do negócio, pois qualquer indivíduo em sã consciência e, com muito mais razão, uma pessoa acostumada à realização de investimentos, constataria não ser ordinária a obtenção de lucro em dobro com a venda e revenda de imóvel. Dito de outro modo, havia razões mais do que

Acesso ao Sumário

suficientes para que G. tivesse tomado maiores cautelas antes de aceitar incondicionalmente a proposta negocial de seu tio.

Ocorre que, apesar de toda essa situação, a qual, é bem verdade, opera em evidente desfavor da acusada, o fato é que não há como afirmar que ela tinha ciência da debilidade mental da ofendida, a qual sequer conhecia, ou que teria agido em conjunto com o tio, seja firmando ajuste prévio com ele ou aderindo à sua conduta (subsumível ao tipo penal do artigo 173 do Código Penal). Ou seja, não há prova do liame subjetivo entre os dois, elemento essencial em crimes praticados em concurso de pessoas. Sobre o tema, discorre Cleber Masson:

> Esse requisito [vínculo subjetivo], também chamado de concurso de vontades, impõe estejam todos os agentes ligados entre si por um vínculo de ordem subjetiva, um nexo psicológico, pois caso contrário não haverá um crime praticado em concurso, mas vários crimes simultâneos. De fato, na ausência desta condição estará caracterizada a autoria colateral. Os agentes devem revelar vontade homogênea, visando a produção do mesmo resultado.[4]

Em suma, não há prova do dolo e da ciência inequívoca da condição de saúde da vítima, posto que a partir da prova colhida somente foi possível constatar o fato de ter G. firmado contrato com efeitos civis com a ofendida, passíveis de serem questionados nas instâncias ordinárias, o que, todavia, não implica na necessária conclusão de ter ela se aproveitado da situação da ofendida e agido com unidade de desígnios com seu tio. Ou seja, há dúvidas insuperáveis a respeito dos elementos subjetivos do tipo em cotejo, impondo-se, dessa forma, a sua absolvição, à luz do princípio do *favor rei*, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Portanto, mantém-se a r. sentença condenatória apenas em relação ao corréu M., proferindo-se nesta oportunidade decreto absolutório quanto à corré G..

As sanções de M. foram fixadas de forma proporcional, frisando-se, ademais, não ter a defesa se insurgido no tocante à dosimetria de pena, a qual não comporta qualquer reparo.

Na primeira fase, as bases foram acrescidas de 1/6 (um sexto) em razão das consequências do delito, tendo em vista o grande prejuízo financeiro suportado pela vítima.

Na segunda etapa, em razão do reconhecimento das agravantes previstas no artigo 61, inciso II, alíneas "g" (*crime cometido com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão*) e "h" (*delito praticado contra pessoa maior de sessenta anos*), do Código Penal, as penas sofreram novo acréscimo de 1/3 (um terço).

Na derradeira fase, ausentes causas de aumento ou de diminuição, as

4 Cf. MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120) – v. 1*.14. ed. São Paulo: Método, 2020. p. 427-428.

Acesso ao Sumário

penas totalizaram 03 (três) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão e 14 (catorze) dias-multa, cada qual fixada no valor de 01 (um) salário-mínimo, observada a situação econômica do apelante.

A pena privativa de liberdade foi substituída por duas sanções restritivas de direitos, em observância ao princípio da individualização das penas, observado neste caso, com primazia, a função ressocializadora das sanções alternativas. São elas: (i) prestação pecuniária no valor de 37 (trinta e sete) salários-mínimos em favor de instituição pública ou privada de destinação social a ser indicada pelo Juízo da Execução e (ii) prestação de serviços à comunidade pelo período da pena reclusiva.

Em caso de descumprimento das sanções impostas, foi fixado o regime inicial aberto, nos termos estritos do artigo 33, § 2º, do Código Penal.

Em epílogo, o d. juiz, nos termos do artigo 387, inciso IV do Código de Processo Penal, condenou o réu ao pagamento de indenização à vítima no importe de R$ 60.000,00 (sessenta mil reais), quantia esta que se revela razoável, observada a natureza do bem pertencente à vítima (um apartamento) e os prejuízos por ela sofridos em decorrência do crime praticado pelo apelante. Registre-se, ainda, que o valor indenizatório não comporta redução ante a absolvição da G.. A uma porque, como dito, a defesa não se insurgiu quanto a este ponto. A duas, pois o valor tem natureza de reparação de danos e deve observar, assim, o mínimo prejuízo suportado pela vítima, constatável de plano (no caso, o valor venal do imóvel).

Pelo exposto, **REJEITADAS AS PRELIMINARES, NEGO PROVIMENTO ao recurso de M. e DOU PROVIMENTO ao apelo de G.** para o fim de absolvê-la da acusação que lhe foi feita, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

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 1502640-19.2022.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que são apelantes/

apelados M. DE F., W. L. DA S., J. B. M. N., M. H. M. e L. H. P., é apelado/apelante M. P. DO E. DE S. P..

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitadas as preliminares, negaram provimento, nos termos que constarão do acórdão. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.448)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MENS DE MELLO (Presidente) e IVANA DAVID.

São Paulo, 9 de agosto de 2023.

REINALDO CINTRA, Relator

Ementa: Apelação. Tráfico de drogas e Associação para o Tráfico. Art. 33, caput, e art. 35, caput, ambos da Lei nº 11.343/06, na forma do art. 69 do Código Penal.

Preliminar de nulidade de provas em razão de violação de domicílio e inexistência de investigação prévia. Inocorrência. Crime de tráfico de drogas é delito permanente, cabendo, dessa forma, o ingresso na residência dos réus em razão da situação de flagrante delito, inclusive, como no caso autos, respaldado em fundadas suspeitas de traficância. Preliminar afastada.

Pedidos de absolvição, em razão da insuficiência de provas. Impossibilidade. Materialidade e autoria comprovadas, pelos laudos periciais, relatórios de investigação, prova oral e confissões espontâneas. Apelos não acolhidos.

Pleito ministerial de condenação de Luís e João, pelo crime de associação para o tráfico. Inviabilidade. Ausência de provas suficientes para respaldar a condenação. In dubio pro reo. Pleito rejeitado.

Redução da pena ao patamar mínimo legal. Frações de aumento bem dosadas.

Afastamento da compensação entre a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. Impossibilidade. Compensação de rigor. Precedente do STJ.

Aplicação do redutor do §4º do art. 33 da Lei nº

Acesso ao Sumário

11.343/06. Impossibilidade. Configuração de associação criminosa, em relação a Marcos, Márcio e Willian. Reincidência de João e Luís. Circunstâncias que impedem o reconhecimento da figura privilegiada.

Regime inicial fechado de rigor.

Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos inviável, diante da quantidade de pena imposta.

Direito de recorrer em liberdade. Impossibilidade. Requisitos da prisão preventiva continuam presentes. Pedido não acolhido.

Recursos desprovidos.

VOTO

Trata-se de recursos de apelação interpostos por **M. DE F. ("MARCOS"), M. H. M. ("MÁRCIO"), W. L. DA S. ("WILLIAN"), L. H. P. ("LUÍS"), J. B. M. N. ("JOÃO") e MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO** em face da r. sentença que julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva, **condenando** (i) **MARCOS** como incurso nos artigos 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei nº 11.343/06, na forma do artigo 69 do Código Penal (CP), a uma pena equivalente a 08 (oito) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 1.283 (mil duzentos e oitenta e três) dias multa, à razão menor da lei; (ii) **MÁRCIO** como incurso nos artigos 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei nº 11.343/06, na forma do artigo 69 do CP, a uma pena equivalente a 10 (dez) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 1.400 (mil e quatrocentos) dias multa, à razão menor da lei; (iii) **WILLIAN** como incurso nos artigos 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei nº 11.343/06, a forma do artigo 69 do CP, a uma pena equivalente a 08 (oito) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 1.283 (mil duzentos e oitenta e três) dias multa, à razão menor da lei; (iv) **LUÍS** como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, a uma pena equivalente a 08 (anos) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 816 (oitocentos e dezesseis) dias multa, à razão menor da lei; e (v) **JOÃO** como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 a cumprir a pena de 08 (anos) anos e 02 (dois) meses de reclusão de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 816 (oitocentos e dezesseis) dias multa, à razão menor da lei, bem como **absolvendo LUÍS** e **JOÃO** da prática do crime previsto no art. 35, *caput*, da Lei nº 11.343/06, nos termos do art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal (CPP).

A denúncia foi oferecida (fls. 325/329), e recebida em 19 de maio de 2022

Acesso ao Sumário

(fls. 333/334). Os réus foram citados (**MÁRCIO** - fls. 369; **MARCOS** - fls. 371; **WILLIAN** - fls. 377; **LUÍS** - fls. 496; e **JOÃO** - fls. 494), e apresentaram defesa (**MÁRCIO** - fls. 402/429; **MARCOS** - fls. 386/393; **WILLIAN** - fls. 461/486; **LUÍS** e **JOÃO** - fls. 825/848). Foi realizada audiência de instrução e julgamento (termo de audiência às fls. 980 e mídia às fls. 981) e sobreveio a r. sentença condenatória (fls. 1070/1091).

Irresignadas, as partes apelam.

O **MINISTÉRIO PÚBLICO** busca (i) a condenação de **LUÍS** e **JOÃO** pela prática do crime previsto no artigo 35, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, e (ii) o afastamento da atenuante da confissão espontânea em relação aos dos apelados **MARCOS, WILLIAN e LUÍS**, afastando-se, em relação a este último a compensação de referida atenuante com a agravante da reincidência (fls. 1332/1350).

WILLIAN apresentou recurso de apelação, buscando, preliminarmente, a anulação de todo o processo judicial, em razão da nulidade das provas obtidas mediante invasão de domicílio. No mérito, pretende (i) a absolvição por insuficiência probatória, no tocante a ambos os delitos, (ii) a aplicação do redutor previsto no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, em seu patamar máximo, (iii) a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, e (iv) a concessão do direito de recorrer em liberdade (fls. 1145/1160).

MÁRCIO apresentou recurso de apelação, buscando, preliminarmente, a anulação de todo o processo judicial, em razão da nulidade das provas obtidas mediante invasão de domicílio, bem como por violação ao art. 204 do CPP, ao argumento de que uma das testemunhas teria lido o seu depoimento. No mérito, pretende (i) a absolvição por insuficiência probatória, no tocante a ambos os delitos, ou, subsidiariamente, (ii) a aplicação do redutor previsto no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, em seu patamar máximo, (iii) a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, e (iv) a concessão do direito de recorrer em liberdade (fls. 1163/1180).

MARCOS apresentou recurso de apelação, buscando, preliminarmente, a anulação de todo o processo judicial, em razão da nulidade das provas obtidas mediante invasão de domicílio, além da inexistência de investigação prévia ao ingresso dos policiais na residência do apelante. No mérito, pretende a absolvição por insuficiência probatória, em relação a ambos os delitos, ou, subsidiariamente, (i) a desclassificação da imputação para o crime de posse de drogas para uso próprio, (ii) o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, (iii) a aplicação do redutor previsto no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, em seu patamar máximo, e (iv) a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (fls. 1317/1330).

LUÍS apresentou recurso de apelação, buscando, em suma, (i) a redução da pena imposta, afastando-se a reincidência (ii) a aplicação do redutor previsto

Acesso ao Sumário

no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, em seu patamar máximo, e (iii) a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (fls. 1354/1366).

JOÃO apresentou recurso de apelação, buscando a absolvição, por insuficiência probatória, no tocante ao crime de tráfico de drogas (fls. 1354/1366).

Em contrarrazões, o **MINISTÉRIO PÚBLICO** se manifestou desprovimento dos recursos defensivos (fls. 1372/1385), enquanto as defesas se manifestaram pelo desprovimento do apelo ministerial (fls. 1389/1404, 1405/1421, 1422/1429, 1430/1437, 1438/1459).

A D. Procuradoria Geral de Justiça opina pelo parcial provimento da apelação da acusação, pelo parcial provimento do recurso interposto pelo por **L.H.P.** e pelo desprovimento dos demais recursos defensivos (fls. 1479/1513).

É o relatório.

Consta da inicial acusatória que em período não determinado, mas que perdurou até o dia 11 de abril de 2022, em Araraquara, os indiciados **MARCOS, MÁRCIO, WILLIAN, LUÍS** e **JOÃO** associaram-se entre si para o fim de praticar, reiteradamente ou não, o crime de tráfico de drogas.

Consta, ainda, que no dia 11 de abril de 2022, por volta de 16 horas, na Rua ..., nº ..., Jardim ..., em Araraquara, os indiciados **MARCOS, MÁRCIO** e **WILLIAN**, agindo em prévia associação criminosa, guardavam e mantinham em depósito, para fins de entrega a consumo de terceiros, venda e tráfico, droga, consistente em 140,115kg (cento e quarenta quilogramas e cento e quinze gramas) de "maconha", divididos em 10 (dez) "tijolos", 27,363kg (vinte e sete quilogramas e trezentos e sessenta e três gramas) de "maconha", divididos em 6 (seis) invólucros plásticos, e 859,61g (oitocentos e cinquenta e nove gramas e sessenta e um centigramas) de "maconha", acondicionados em 1 (uma) porção, bem como cultivavam, para a mesma finalidade, 17 (dezessete) pés de "maconha", com peso líquido total de 7,12kg (sete quilogramas e doze gramas), substância entorpecente capaz de causar dependência física e psíquica, fazendo-se sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (cf. autos de exibição e apreensão de fls. 18/20 e 241/242, laudo de constatação provisória de fls. 24/31 e laudos de exame químico-toxicológico definitivos de fls. 261/263 e 269/271 autos nº 1502640-19.2022).

Consta, também, da denúncia, que no mesmo dia 11 de abril de 2022, por volta de 18 horas, na Rua ..., nº ..., Jardim ..., em Araraquara, **LUÍS** e **JOÃO**, agindo em prévia associação criminosa, guardavam e mantinham em depósito, para fins de entrega a consumo de terceiros, venda e tráfico, droga, consistente em 59,51kg (cinquenta e nove quilogramas e cinquenta e um gramas) de "maconha", divididos em 3 (três) "tijolos", 953g (novecentos e cinquenta e três gramas) de "maconha", divididos em 2 (dois) invólucros plásticos, e 72,13g (setenta e dois gramas e treze centigramas) de "maconha", acondicionados no interior

Acesso ao Sumário

de 1 (um) frasco vítreo, substância entorpecente capaz de causar dependência física e psíquica, fazendo-se sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (cf. auto de exibição e apreensão de fls. 18/20, laudo de constatação provisória de fls. 24/31 e laudo de exame químico-toxicológico definitivo de fls. 99/102 autos nº 1502641-04.2022).

Segundo se apurou, os denunciados se associaram, de forma estável e permanente, para a prática do tráfico de drogas, especialmente de "maconha" e, para tanto, cultivavam e providenciavam a aquisição de vultosa quantidade deste entorpecente, armazenando-o nos imóveis situados na Rua ..., nº ..., Jardim..., e na Rua ..., nº ..., Jardim ..., em Araraquara, para posterior transporte e distribuição a outros traficantes, que se encarregavam de revendê-lo.

Na data dos fatos, após receber informações sobre um veículo Peugeot/Partner, cor branca, de placas ..., tipo furgão, carregado com drogas que estaria transitando pela Rota 80, no bairro Maria Luiza III, a Polícia Militar se deslocou ao local e surpreendeu referido veículo, conduzido pelo denunciado **WILLIAN**, acompanhado da motocicleta Honda/CG, cor vermelha, placas ..., pilotada pelo denunciado **MÁRCIO**, saindo do imóvel localizado na Rua ..., nº ..., pertencente ao denunciado **MARCOS**. Em abordagem, os policiais encontraram, debaixo do banco do passageiro, um tijolo de maconha embalado com fita crepe, duas chaves no console, mais uma chave de veículo tipo Hyundai e, no bolso de **WILLIAN**, um papel de caderno com anotações típicas da contabilidade do tráfico de drogas (fls. 243 autos nº 1502640-19.2022).

Na oportunidade, o denunciado **MÁRCIO**, condutor da motocicleta, estava em poder de um aparelho celular e admitiu aos policiais que se encontrava na residência acompanhando do comparsa **WILLIAN** e se incumbia de ajudá-lo a descarregar a droga.

Com a apreensão da droga no interior do veículo Peugeot/Partner, havendo fortes indícios do depósito de entorpecentes no interior da casa, os policiais militares, em companhia do imputado **WILLIAN**, que confessou ter guardado drogas naquele local, retornaram ao imóvel e, com ingresso franqueado por **MARCOS**, encontraram exorbitante quantidade de entorpecentes diversos "tijolos" de "maconha", idênticos àqueles apreendidos no veículo conduzido por **WILLIAN**, além de diversos sacos contendo "maconha" conhecida como "bucha" da erva, que estavam depositados num armário da garagem, cujas chaves do cadeado estavam em poder de **WILLIAN**. No imóvel, os policiais também encontraram dezessete vasos com plantação de "maconha", e mais uma porção do mesmo entorpecente que estava numa caixinha, na residência do denunciado **MARCOS**, com quem foi apreendido um aparelho celular.

Apurou-se ainda que, na sequência, policiais militares, informados que a droga apreendida anteriormente tinha a mesma origem e sido inicialmente

Acesso ao Sumário

transportada por um veículo Hyundai/HB20, cor preta, utilizado por **JOÃO** e **LUÍS**, os quais também teriam um veículo GM/Celta, cor preta, em atividade de patrulhamento, se depararam com o automóvel GM/Celta, ocupado pelos denunciados que, ao avistarem a viatura, tentaram, sem êxito, empreender fuga pela rodovia. Feita a abordagem, em poder dos imputados foram apreendidos dois aparelhos celulares e acabaram confessando que na residência situada na Rua ..., nº ..., Jardim ..., nesta cidade, havia grande quantidade de droga no dormitório de **JOÃO**. Os policiais, então, para lá se dirigiram, onde tiveram a entrada na residência franqueada pelos imputados e, em buscas pelo imóvel, localizaram vários "tijolos" de "maconha", idênticos àqueles apreendidos no veículo de **WILLIAN** e na residência de **MARCOS**, dois sacos e um pote de vidro contendo "maconha", e mais uma porção pequena da mesma substância entorpecente, embalada em plástico, sob a cama. Indagados a respeito, **JOÃO** e **LUÍS** admitiram aos policiais que estavam recebendo valores para o armazenamento do entorpecente no local e confirmaram que o denunciado **WILLIAN** esteve anteriormente na residência, com o veículo Peugeot/Partner, para transportar parte da droga.

Narra a acusação que o veículo Hyundai/HB20, placas ..., estava na garagem da residência, sem o banco traseiro para aumentar a capacidade de transporte da droga, além de resquícios de maconha sobre o assoalho do porta-malas (cf. laudo pericial de fls. 120/128 autos nº 1502641-04.2022). No interior do veículo Hyundai/HB20, cujas chaves estavam em poder do imputado **WILLIAN**, os policiais localizaram e apreenderam outro aparelho celular.

Portanto, segundo a acusação, restou nítido que a apreensão da droga em poder de **JOÃO** e **LUÍS** guarda relação com a droga encontrada na posse de **MARCOS**, **WILLIAN** e **MÁRCIO**, sendo que todos estavam associados para o mesmo fim, a guarda e comercialização do entorpecente, confirmando, assim, segundo a denúncia, o efetivo envolvimento dos denunciados com a traficância.

Interrogados pela Autoridade Policial, os denunciados optaram por permanecer em silêncio (fls. 7, 8 e 9 autos nº 1502640-19.2022, e fls. 6 e 7 autos nº 1502641-04.2022).

Finalmente, segundo a acusação, o intuito do tráfico e da associação criminosa restaram bem delineados nos autos, depreendendo-se da delação certeira da comunidade, das circunstâncias da prisão dos denunciados, da apreensão de gigantesca quantidade de "maconha", de aparelhos celulares e veículos, instrumentos do mesmo ilícito, que apontam que os entorpecentes se destinavam à traficância e que eles vinham se dedicando ao tráfico, de forma associada e estável, há algum tempo.

Ante tal quadro fático, os acusados foram denunciados, processados e condenados, nos termos já consignados, insurgindo-se as partes contra a sen-

Acesso ao Sumário

tença proferida.

Contudo, sem razão em seus inconformismos.

Preliminarmente, observo que os documentos lançados após a emissão de parecer pela d. Procuradoria (fls. 1515/1534) não influem direta ou indiretamente no julgamento dos presentes recursos, motivo pelo qual não se mostra necessária a abertura de ciência às partes, especialmente por se tratar de processo envolvendo réus presos cautelarmente.

Ademais, ainda em sede preliminar, não subsiste a alegação de nulidade em razão de suposta violação de domicílio, apenas pelo fato de não ter sido a diligência precedida de expedição de mandado de busca e apreensão, uma vez que o crime de tráfico de drogas é permanente e, nessa qualidade, havendo fundadas suspeitas dos agentes da lei para ingresso em domicílio particular, não há que se falar em nulidade.

Neste sentido:

"Apelação Criminal - Roubo majorado (concurso de pessoas), corrupção de menor e tráfico ilícito - Recurso defensivo - Preliminares - Alegação de nulidade do processo por inobservância da garantia constitucional inerente à inviolabilidade domiciliar - Inocorrência - Acusado surpreendido e contido logo após a prática do roubo, em situação de flagrante delito (CPP, art. 302) - Policiais que diligenciaram até sua casa em razão da possibilidade de recuperar os objetos subtraídos, e, fortuitamente, encontraram entorpecente e petrecho ordinariamente usado no seu fracionamento (balança de precisão) - Situação que excepciona a regra concernente à necessidade de ordem judicial para a concretização de busca e apreensão no interior de residência - Precedente do STJ - Procedimento previsto no art. 226, do CPP, aplicável apenas quando possível - Prejudiciais repelidas - Mérito - Pleito de absolvição por insuficiência de provas - Impossibilidade - Autoria, materialidade, culpabilidade e majorante (concernente ao delito de roubo), demonstradas pelo acervo coligido - Declarações da vítima amparadas no teor dos depoimentos dos policiais militares responsáveis pela diligência - Ausentes motivos para lhes retirar credibilidade - Tipo penal do art. 33, caput, da Lei de Drogas, misto alternativo, de somenos a falta de ato explícito de comércio - Delito previsto no art. 244-B, do ECA, de natureza formal (Súmula 500, STJ) - Crimes comprovados e caracterizados - Condenação mantida - Dosimetria que não comporta ajuste - Acusado beneficiado com a inadvertida aplicação do redutor previsto no §4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, na fração máxima Inviabilidade de substituição da carcerária por restritivas de direitos porque ausentes seus pressupostos (CP, art. 44, I) - Regime fechado, único adequado,

Acesso ao Sumário

in casu - Detração penal (CPP, 387, §2º), cuja análise se reserva ao juízo de execuções criminais, a fim de se evitar supressão de instância e violação ao duplo grau de jurisdição - Apelo não provido." (TJ/SP, AP nº 0001056-85.2016.8.26.0300, Rel. Des. Juvenal Duarte, 5ª Câmara de Direito Criminal, DJe: 29/08/18).

"TRÁFICO DE ENTORPECENTES. Réu absolvido em primeiro grau, considerada a ilicitude do ingresso dos policiais na residência sem mandado de busca e apreensão. Recurso ministerial buscando a condenação, nos termos da denúncia. Busca domiciliar. Mandado judicial. Desnecessidade. Crime permanente. Precedente do STF. Prova robusta da autoria e da materialidade do tráfico. Ausência do exame toxicológico definitivo. Materialidade comprovada por laudo de constatação provisória elaborado por perito oficial, contendo descrição e análise científica minuciosa das substâncias ilícitas apreendidas. Suficiência. Condenação imperativa. Básicas fixadas no piso, diante das circunstâncias judiciais favoráveis. Impossibilidade de aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, diante da quantidade de droga apreendida. Regime fechado necessário. Apelo parcialmente provido, com determinação." (TJ/SP, AP nº 0020957-76.2017.8.26.0050, Rel. Des. Tristão Ribeiro, 5ª Câmara de Direito Criminal, DJe: 20/04/18).

Ressalte-se que, no caso dos autos, a prova oral colhida confirma que o ingresso dos policiais se deu apenas em razão de expressa autorização de **MARCOS** (quanto ao crime ocorrido na Rua ..., nº ...) e de **JOÃO** e **LUÍS** (quanto ao delito ocorrido na Rua ..., nº ...), sem olvidar as fundadas suspeitas que precederam o ato (denúncia anônima, atitude suspeita dos acusados no momento da abordagem e localização de drogas no interior de veículo), não tendo as defesas produzido prova apta infirmar os elementos probatórios trazidos pela acusação.

Tampouco se cogita de ilegalidade no ingresso dos policiais na residência dos acusados em razão da alegada inexistência de investigação prévia, uma vez que referida circunstância não consiste em requisito necessário à efetivação da diligência mencionada, bastando, como já ressaltado, a existência de fundadas suspeitas da prática de crime, em estado de flagrância, exatamente como sucedeu no caso dos autos.

Acesso ao Sumário

Assim sendo, não há que se falar em irregularidade na atuação dos policiais e, muito menos, em violação de domicílio e ilegalidade das provas e das prisões em flagrante efetuados.

A alegação de que haveria nulidade por ofensa ao disposto no art. 204 do CPPP também não comporta acolhimento, verificando-se, pela simples consulta às mídias da audiência de instrução, que a testemunha referida efetuou, quando muito, breve consulta a apontamentos, valendo-se da permissão constante no

parágrafo único de mencionado dispositivo legal.

Como se sabe, o reconhecimento de nulidades processuais demanda a comprovação de efetivo prejuízo concreto, à luz do brocardo *pas de nullité sans grief*, positivado no art. 563 do CPP, o que não sucedeu no caso dos autos.

Quanto ao mérito, tem-se que a materialidade e autoria delitivas restaram comprovadas pelo auto de prisão em flagrante (fls. 01), boletim de ocorrência (fls. 10/15), auto de exibição e apreensão de aparelhos celulares, veículos e entorpecentes (fls. 18/20), laudo de constatação (fls. 25/31), fotos de pés de maconha, localizados em uma das residências (fls. 246/260), laudo de exame químico-toxicológico (fls. 261/263 e 269/271), laudo de degravação do conteúdo de aparelhos celulares (fls. 505/782), relatório de investigação (fls. 866/876), bem como pela prova oral colhida.

Os policiais militares da Força Tática, Luiz Carlos Fernandes Gouvea Júnior, Fabrício Fernandes dos Santos, Eduardo Ferreira Martins e Márcio Mansur Haddad, atuaram em conjunto nas operações que culminaram na prisão dos acusados e apreensão das drogas e objetos descritos na denúncia.

Luiz e Fabrício foram responsáveis pela apreensão das drogas em poder de **MARCOS**, **MÁRCIO**, **WILLIAN**. Em suma, relataram, nas duas fases da persecução penal, que, no dia dos fatos, receberam denúncia anônima informando que um veículo Peugeot, de cor branca, carregado com drogas, teria se se deslocado sentido o bairro Maria Luiza III e ingressado em uma residência. Após empreenderem buscas, lograram localizar uma motocicleta vermelha e um veículo Peugeot, tipo furgão, saindo de uma residência, na Rua ..., procedendo à abordagem. Dentro do furgão, conduzido por **WILLIAN**, foi encontrada grande quantidade de maconha sob o banco do passageiro, além de algumas chaves, sendo uma delas de um veículo Hyundai. Em busca pessoal, foi localizado um papel com anotações em poder de **WILLIAN**. A motocicleta era pilotada por **MÁRCIO**. Após a abordagem, os declarantes se dirigiram à residência de onde o furgão teria saído, onde foram recepcionados por **MARCOS**, que assumiu ser o proprietário do local e ter recebido o valor de R$ 500,00 (quinhentos reais) e um pouco de maconha, para que armazenasse a droga em sua residência. **MARCOS** autorizou o ingresso dos policiais, os quais localizaram relevante quantidade de drogas em um armário, fechado com uma das chaves encontradas no furgão. As drogas encontradas eram bastante semelhantes às localizadas dentro do furgão. Também foram localizados 17 pés de maconha. **WILLIAN**, por sua vez, assumiu informalmente a propriedade da droga. Os acusados disseram que eram amigos de infância. No caminho para delegacia, receberam nova denúncia anônima, informando, desta vez, que a droga apreendida teria saído de uma residência localizada no "Jardim Universal", mas outros policiais foram apurar referida informação.

Acesso ao Sumário

Já Eduardo e Márcio Mansur foram responsáveis pela apreensão das drogas em poder de **LUÍS** e **JOÃO**. Afirmaram, em síntese, nas duas fases da persecução penal, que, na data dos fatos, estavam em apoio à equipe dos policiais Luiz e Fabrício, momento em que as equipes receberam a informação de que a droga encontrada na residência de **MARCOS** teria saído do Bairro Jardim Universal. Os responsáveis pelo armazenamento das drogas estariam trafegando pela via pública em um veículo Celta, cor preta, e um veículo Hyundai HB20. O veículo Celta foi localizado na Rodovia Washington Luiz, ocasião em que se procedeu à abordagem de **JOÃO** e **LUÍS**, os quais indicaram a residência de **JOÃO** como local em que eram armazenadas drogas. No local, os policiais encontraram o mencionado veículo HB20. **JOÃO** e **LUÍS** afirmaram que referido automóvel tinha sido utilizado para trazer os entorpecentes. Também relataram que um veículo Peugeot, cor branca, teria passado no local e retirado uma quantidade de drogas. Já na residência de **JOÃO**, foram encontrados 60 (sessenta) quilos de maconha. Posteriormente, descobriram que as chaves do veículo HB20 eram umas das encontradas no furgão, tendo sido aquele automóvel apreendido. A forma de embalo das drogas era muito parecida com a dos entorpecentes encontrados na primeira operação, bem como a textura da maconha apreendida. Havia resquícios de maconha no veículo HB20.

A propósito, não há, no conjunto probatório apresentado, qualquer elemento que comprove a existência de mácula nos seus informes, cujos relatos se mostram críveis. Inexistindo qualquer dispositivo que repute, abstratamente, sua parcialidade, seus depoimentos são elementos de prova em princípio válidos, e que, como tais, podem ser utilizados para o convencimento judicial, havendo sempre a possibilidade de se comprovar que, no caso concreto, houve eiva e irregularidades. Contudo, a simples afirmação genérica disso, desamparada de qualquer sustento efetivo no conjunto probante, não pode prosperar.

Cumpre observar, desde logo, que há muito se entende que ***"(...) o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso"*** (STJ, HN nº 477171/SP, C. 5ª Turma, j. em 12.11.2018).

No mesmo sentido, 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).

Não existe razão para desmerecer os depoimentos dos policiais militares, notadamente porque nada emergiu dos autos que indicasse que tinham motivos para atribuir crime de tal gravidade aos acusados.

E. R. S., esposa de **MARCOS**, disse que acompanhou a diligência policial, presenciando o momento em que uma expressiva quantidade de maconha foi encontrada dentro de um armário, na garagem, que se encontrava fechado. Os policiais ingressaram no imóvel e abriram o armário com uma chave. Não sabia da existência da droga no local, acreditando que seu marido teria aceitado guardar o entorpecente em razão de uma dívida. Não conhece os demais acusados.

J. E. A. relatou que trabalha com **JOÃO**, o qual, no dia dos fatos, teria pedido para sair mais cedo, para ir a um aniversário.

T. C. L. de O. afirmou que é vizinha de **JOÃO** e **LUÍS**, não tendo jamais percebido qualquer movimentação estranha em referida residência.

Silentes em solo policial, os réus prestam interrogatórios em juízo.

MARCOS alegou que a droga apreendida em sua residência teria sido deixada no dia 30 de março, para que fosse retirada em 12 de abril, em troca de uma dívida de R$ 500,00 (quinhentos) reais. A droga foi descarregada e armazenada em seu armário. Não participou da descarga. Não tinha a chave para abrir o armário. Os policiais ingressaram no imóvel com uma chave em mãos, que teria sido encontrada em um furgão. É usuário de drogas.

MÁRCIO negou qualquer envolvimento com os fatos apurados. Disse que na data dos fatos, foi abordado por policiais militares, que o colocaram dentro da viatura e se dirigiram à residência de **MARCOS**. Instantes depois de chegarem no local, viu **MARCOS** saindo de casa algemado. Sabe que os policiais encontraram droga no local. É amigo de **MARCOS**, mas não tem qualquer envolvimento com o crime. Tem conhecimento de que **MARCOS** é usuário de maconha.

WILLIAN confessou que recebeu a promessa de receber um tablete de maconha, para levar uma expressiva quantidade de droga para um determinado local (que se constatou ser a residência de **MARCOS**). Quando chegou ao local, o portão já estava aberto. Descarregou a droga no armário e iria levar a chave para o dono do entorpecente. Utilizava um veículo Fiat Fiorino. Pegou a droga no Clube Náutico. Chegou a conversar com o proprietário da droga, tendo combinado que ficaria responsável apenas por transportar o entorpecente, armazenar no mencionado armário e trazer a chave novamente ao responsável pela droga.

Acesso ao Sumário

LUÍS confessou que aceitou guardar o veículo HB20 e uma expressiva quantidade de maconha em sua residência, pelo período de duas horas, tendo recebido como pagamento determinada quantidade em maconha. A pessoa que deixou o veículo se chamava Ricardo, que estava acompanhado de um outro rapaz, ambos em uma Hilux. Seu irmão **JOÃO** não tem qualquer envolvimento no crime.

JOÃO negou qualquer participação nos fatos apurados. O veículo Celta pertencia a seu padrasto. O automóvel HB20 era de um amigo de seu irmão.

Embora parcial, a confissão espontânea esboçada em solo judicial pelos corréus **MARCOS**, **WILLIAN** e **LUÍS**, acerca da prática do crime de tráfico de drogas, está em consonância os demais elementos de provas carreados ao longo da instrução.

Em suma, depreende-se da prova oral colhida que **WILLIAN** foi flagrado, por uma das equipes da Força Tática, na condução de um veículo, tipo furgão, onde foi encontrada expressiva quantidade de drogas, sendo ainda localizado, em seu poder, um papel com anotações acerca da traficância. **MÁRCIO** foi flagrado pela outra equipe da Força Tática quando pilotava uma motocicleta, de cor vermelha, saindo da residência de **MARCOS**, onde foi encontrada, também, expressiva quantidade de maconha, além de diversos pés de planta da mesma droga. Incontestável, assim, o envolvimento de referidos corréus no crime de tráfico de drogas que lhes é imputado, não havendo que se cogitar de absolvição, por insuficiência probatória.

Inobstante as alegações do corréu **MARCOS**, observo que o armazenamento de expressiva quantidade de drogas, em sua residência, com a suposta finalidade de "pagar uma dívida" não desconfigura a figura delitiva ora tratada, mas, ao contrário, robustece o conjunto probatório necessário à condenação.

Já em relação ao crime de tráfico de droga atribuído aos corréus **JOÃO** e **LUÍS**, também de rigor a condenação. **LUÍS** confessou os fatos, aduzindo que recebera o pagamento em determinada quantidade de maconha. **JOÃO**, apesar da negativa esboçada em juízo, também teve participação nos fatos apurados, já que foram encontrados em seu quarto cerca de 60 (sessenta) quilos de maconha, quantidade manifestamente incompatível com o alegado desconhecimento acerca da existência da droga ou do seu armazenamento naquele local.

Por outro lado, as versões exculpatórias apresentadas pelos demais envolvidos encontram-se isoladas no acervo probatório, inexistindo prova oral ou pericial apta a corroborá-las.

Destarte, e tendo em vista as condições em que os recorrentes foram presos, a par da expressiva quantidade e forma de embalo de estupefaciente, bem como que nada há a demonstrar que os agentes da lei quisessem graciosamente incriminá-lo, pensa-se que a condenação pela traficância era mesmo medida de

Acesso ao Sumário

rigor, já que estribada na vertente preponderante do conjunto probatório.

Oportuno lembrar, também, que o tipo do art. 33 da Lei Antidrogas é misto-alternativo, vale dizer, é dispensável a prova de efetiva venda de drogas, bastando que qualquer núcleo se faça presente para que a figura delitiva reste configurada.

Aliás, adequada a condenação pela traficância, nos termos constantes da exordial acusatória, não há, pois, que se falar em possível enquadramento no art. 28 da Lei Antidrogas, tendo em vista que o modo que se deu a prisão induz raciocínio diverso, até porque o fato de ser usuário de drogas não exclui a possibilidade de também exercer o tráfico de drogas.

Por outro lado, compulsando a prova oral colhida, conclui-se que era mesmo de rigor a condenação de **MARCOS**, **WILLIAN** e **MÁRCIO** pelo crime de associação para o tráfico.

No tocante a referido delito, cumpre examinar as informações contidas no relatório de investigação de fls. 866/876, que tomou como base a quebra de sigilo das linhas telefônicas pertencentes a **MÁRCIO** e **MARCOS**, tendo constado de referido relatório policial que *"de ambos os aparelhos foram localizados indícios da prática de tráfico de entorpecentes, especialmente no de MARCOS, onde foi localizado farto conteúdo probatório, inclusive envolvendo os demais indiciados"*.

Do exame de referidas mensagens, é possível extrair, com riqueza de detalhes, a existência de uma organizada estrutura voltada para a traficância, envolvendo diversos sujeitos, além dos acusados, com divisão de tarefas, havendo inclusive menção à existência de uma "sede", que provavelmente seria a residência de **MARCOS**, onde foi encontrada expressiva quantidade de drogas e diversas plantas de maconha, além de constar o envio de fotografias contendo a exposição de inúmeras armas de fogo. Também é possível extrair das mensagens analisadas ampla participação de **WILLIAN** nos negócios da organização, ostentando papel de liderança nas atividades do grupo, *"tendo ele os contatos com fornecedores de quantidades maiores de entorpecentes e se responsabilizando por trazer a droga à cidade para revenda"*, conforme constou do relatório às fls. 876. Em relação a **MÁRCIO**, as mensagens captadas explicitam, claramente, seu envolvimento nos negócios do grupo, mantendo intensivos contatos com **MARCOS**, inclusive se prontificando a realizar determinados serviços, como o "corte" de maconha.

Portanto, demonstrada a existência de estruturas organizadas com *animus* associativo entre referidos corréus.

Ensina o Professor Renato Brasileiro de Lima que:

"o art. 35 faz uso da cláusula 'reiteradamente ou não', o ideal é concluir que este crime de associação estará caracterizado ainda que a fi-

Acesso ao Sumário

nalidade dos agentes seja a prática de um único delito de tráfico de drogas, desde que, logicamente, evidenciada a estabilidade e permanência da associação" (Legislação Especial Criminal Comentada, 2015, Editora JusPodivm, pág. 774).

Em que pesem as ponderações do Ministério Público, observo que era mesmo de absolvição dos corréus **JOÃO** e **LUÍS** pelo crime de associação para o tráfico, não restando comprovada a habitualidade e permanência aptas a configuração de referida figura delitiva. Ao contrário do esposado pelo d. representante ministerial, a quantidade, forma de acondicionamento e disposição dos narcóticos não consubstancia prova suficiente e idônea para configuração da figura associada, anotando-se que o relatório de investigação de fls. 866/876 não traz prova suficiente do envolvimento de referidos corréus na associação criminosa, inobstante a constatação de alguns indícios de seu envolvimento.

Presente esse universo probante, ora revisitado, entende-se que, no mérito, a manutenção da r. sentença, nos termos da fundamentação delineada, é medida que se impõe.

Passa-se à análise da dosimetria das penas.

Em relação ao crime de associação para o tráfico, imputado aos acusados **MARCOS**, **MÁRCIO** e **LUÍS**, as penas foram fixadas no patamar mínimo legal, isto é, 03 (três) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa, à míngua de circunstâncias judiciais negativas, agravantes ou atenuantes, causas de aumento ou diminuição, anotando-se que referidos acusados são primários (fls. 55/65).

No tocante ao crime de tráfico de drogas, na primeira fase de dosimetria, para todos os acusados, as penas-base foram majoradas em 2/5 (dois quintos), diante da vultosa e incomum quantidade de droga apreendida, o que se mostra consentâneo com o princípio da razoabilidade. Especificamente em relação ao corréu **LUÍS**, a pena básica foi também majorada em mais 1/6 (um sexto) em razão dos maus antecedentes (fls. 43/48 do apenso nº 1502641-04.2022.8.26.0037). Resultaram, pois, na primeira fase, penas de 07 (sete) anos de reclusão e pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, aos corréus **MARCOS**, **MÁRCIO**, **WILLIAN** e **JOÃO**, e 08 (oito) anos e 02 (dois) meses de reclusão, e pagamento de 816 (oitocentos e dezesseis) dias-multa, para o corréu **LUÍS**.

Na segunda fase, (i) para o corréus **MARCOS** e **WILLIAN**, foi reconhecida a atenuante da confissão espontânea, reduzindo-se as penas em 1/6 (um sexto), perfazendo 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa; (ii) para o corréu **MÁRCIO**, não foram reconhecidas atenuantes ou agravantes, mantendo-se a reprimenda intermediária no patamar anterior de 07 (sete) anos de reclusão e pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, (iii) para o corréu **JOÃO**, foi bem reconhecida a agravante da reincidência (fls. 41/54), agravando-se a pena em 1/6 (um sexto),

Acesso ao Sumário

o que perfaz 8 (oito) anos e 2 (dois) meses de reclusão e ao pagamento de 816 (oitocentos e dezesseis) dias-multa, e (iv) para o corréu **LUÍS**, foi reconhecida e compensada a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, resultando em uma pena final de 08 (oito) anos e 02 (dois) meses de reclusão, e pagamento de 816 (oitocentos e dezesseis) dias-multa.

Em que pesem as manifestações da d. Procuradoria e da d. defesa, era mesmo o caso de reconhecer a reincidência do corréu **LUÍS**, depreendendo-se da certidão de antecedentes, lançada nos autos apensos nº 1502641-04.2022.8.26.0037, a existência de condenação anterior pelo crime de receptação, com trânsito em julgado para a acusação em 25/02/2021 e para a defesa em 27/04/2021, junto à 2ª Vara Judicial de Porto Ferreira/SP, enquanto os fatos aqui apurados datam de 11/04/2022.

No tocante ao pedido ministerial de afastamento da atenuante da confissão espontânea em relação aos corréus **MARCOS WILLIAN** e **LUÍS**, saliente-se que a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça possui entendimento de que a confissão parcial dos fatos narrados na exordial acusatória por parte do agente não obsta a incidência do benefício da atenuante genérica da confissão espontânea:

> ***"AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. DECISÃO DA PRESIDÊNCIA. RECONSIDERAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. INDEFERIMENTO DE PROVAS FUNDAMENTADO. CONFISSÃO QUALIFICADA. CONDENAÇÃO NELA LASTREADA. ATENUANTE RECONHECIDA. SÚMULA 545 DO STJ. 1. Efetivamente impugnados os fundamentos da decisão de inadmissão do recurso especial, o agravo merece ser conhecido, em ordem a que se evolua para o mérito. 2. "Não se acolhe alegação de nulidade por cerceamento de defesa decorrente do indeferimento de diligências requeridas pela defesa, pois o magistrado, destinatário final da prova, pode, de maneira fundamentada, indeferir a realização daquelas que considerar protelatórias, desnecessárias ou impertinentes" (AgRg no RHC 158.682/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUINTA TURMA, julgado em 22/02/2022, DJe 24/02/2022). 3. Ausente a apontada violação dos arts. 619 e 620 do CPP, pois o Tribunal de origem enfrentou todos os pontos relevantes ao deslinde da controvérsia, não se evidenciando negativa de prestação jurisdicional 4. A confissão espontânea do réu sempre atenua a pena, na segunda fase da dosimetria, ainda que tenha sido parcial, qualificada ou retratada em juízo, se utilizada para fundamentar a condenação, nos termos da Súmula 545 do STJ. 5. Agravo regimental provido. Agravo conhecido para dar parcial provimento ao recurso especial para reco-***

Acesso ao Sumário

nhecer a confissão espontânea, reduzindo a pena para 3 anos de reclusão, em regime aberto, e 15 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação." (STJ - AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.955.207/PR, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 5/4/2022, DJe de 7/4/2022).

E quanto à manifestação ministerial pela impossibilidade de compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, quanto ao corréu **LUÍS**, anoto que referida compensação já restou albergada pelo C. Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes termos:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça STJ, no julgamento do Resp n. 1.341.370/MT, sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C, do Código de Processo Civil), uniformizou o entendimento de que é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência. 2. Tal compensação é admitida inclusive quando se tratar de reincidência específica. Nesse sentido: HC n. 411.129/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/11/2017, Dje 1/12/2017. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ AgRg no HC 392.440/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 23/10/2018, Dje 08/11/2018)

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO. SÚMULA N.º 545 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. COMPENSAÇÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA. 1. "Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal". 2. Segundo orientação pacificada no Superior Tribunal de Justiça, firmada no julgamento do REsp n.º 1.341.370/MT, julgado sob o rito dos recursos repetitivos, a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência devem ser compensadas. 3. Ordem de habeas corpus concedida para, reformando o acórdão impugnado, reconhecer a atenuante da confissão e compensá-la com a agravante da reincidência, redimensionando as penas, nos termos explicitados no voto. (STJ - HC 467.819/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/11/2018, DJe 23/11/2018)

Aliás, restou corretamente afastada a aplicação do redutor previsto no

§4º do art. 33 da Lei Antidrogas, para todos os corréus. **MARCOS**, **MÁRCIO** e **WILLIAN**, embora tecnicamente primários, foram condenados pelo crime de associação para o tráfico, o que se mostra manifestamente incompatível a com a benesse ora pleiteada. Já em relação aos corréus **JOÃO** e **LUÍS**, a reincidência impede a concessão do benefício.

Cumpre observar também que tal causa de diminuição de pena não foi instituída pelo legislador para atuar com automaticidade, senão com o escopo de disponibilizar ao julgador espectro mais amplo de opções no momento de individualizar as penas correspondentes ao delito, considerando especialmente as circunstâncias previstas no art. 42 da Lei Antidrogas, sendo natural que o redutor previsto no § 4º do aludido art. 33 fique reservado a situações de menor ofensividade, como são aquelas em que se verifica que o agente comercializa ou é apreendido com pequena quantidade, atuando de modo pouco marcante na emancipação da toxicomania:

> ***"APELAÇ***ÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – ***ABSOLVIÇÃO – INVIABILIDADE – Prova idônea e suficiente à condenação. Tráfico de drogas devidamente evidenciado pela ampla prova produzida sob o pálio do contraditório e ampla defesa. Pena-base fixada no mínimo legal. Aplicação do redutor previsto no parágrafo 4º, da Lei Especial – IMPOSSIBILIDADE – Grande quantidade de entorpecente e dedicação criminosa evidenciada. Manutenção do regime inicial fechado. Recurso parcialmente provido."*** (TJSP; Apelação Criminal 0001562-83.2017.8.26.0540; Relator (a): Paulo Rossi; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Santo André - 3ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 13/03/2019; Data de Registro: 19/03/2019).

Inafastável, no caso concreto, o concurso material de crimes (art. 69 do CP), eis que claramente praticados em contextos diversos, com momentos de consumação distintos, somando-se, por conseguinte, as penas, as quais resultam, definitivamente: (i) para o corréu **MARCOS**, em 08 (oito) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 1.283 (mil duzentos e oitenta e três) dias multa, (ii) para o corréu **MÁRCIO**, em 10 (dez) anos de reclusão e 1.400 (mil e quatrocentos) dias multa, (iii) para o corréu **WILLIAN**, em 08 (oito) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 1.283 (mil duzentos e oitenta e três) dias multa, (iv) para o corréu **LUÍS**, em 08 (oito) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 816 (oitocentos e dezesseis) dias-multa, e (v) para o corréu **JOÃO**, em 08 (anos) anos e 02 (dois) meses de reclusão de reclusão e 816 (oitocentos e dezesseis) dias multa.

O valor unitário das diárias de multa foi estabelecido no mínimo legal.

O regime inicial de cumprimento de pena, há de ser o fechado, a teor do art. 33, § 2º, alínea a, do Código Penal, diante da quantidade de pena imposta e da gravidade concreta dos delitos, evidenciada pela expressiva quantidade de

Acesso ao Sumário

droga apreendida, sem olvidar as circunstâncias judiciais negativas, observados os parâmetros do art. 33, § 3º do Código Penal e prestigiado o binômio da reprovabilidade e da suficiência.

E nem se cogite de inobservância dos enunciados das Súmulas 440 do E. Superior Tribunal de Justiça e Súmulas 718 e 719 do E. Supremo Tribunal Federal, eis que o regime mais rigoroso foi fixado com base gravidade concreta do delito e no entendimento dos nossos Tribunais Superiores.

Confira-se:

> ***"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ILICITUDE DAS PROVAS. INVASÃO DE DOMICÍLIO. FUNDADAS RAZÕES. JUSTA CAUSA. COMPROVAÇÃO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. NÃO APLICAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. REGIME FECHADO. NATUREZA E DIVERSIDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS. (...) 4. O indeferimento da minorante do tráfico se deu não apenas diante da natureza e expressiva quantidade de entorpecentes apreendidos (na mochila, 63,0g de cocaína distribuídos em 314 eppendorfs; e, dentro da residência, mais 255,0g de cocaína, uma balança de precisão, um liquidificador com resquícios de droga, R$128,00 em espécie e uma arma de fogo municiada), mas também pelas circunstâncias do fato, diante das informações de que o paciente é "gerente do tráfico" local. 5. Quanto ao regime de cumprimento de pena imposto, a natureza e a quantidade dos entorpecentes encontrados justificam a imposição do regime prisional mais severo, sem que tal medida constitua constrangimento ilegal (grifo nosso). 6. Habeas corpus denegado"*** (STJ - HC 683.211/SP, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), SEXTA TURMA, julgado em 05/10/2021, DJe 11/10/2021).

Incabível, ainda, a substituição das penas privativas por restritivas de direitos, bem como o *sursis*, em razão do *quantum* da pena imposta.

Por fim, tem-se que não cabe, neste momento, já reconhecida a culpabilidade dos acusados pela instância ordinária, com aplicação de pena substancial (ainda que sujeita a reforma), autorizar que recorram em liberdade, subsistindo os fundamentos que ensejaram a decretação da custódia preventiva, reforçados ainda mais, uma vez condenados.

Desta feita, fundamentada a manutenção da prisão cautelar, não há, aqui, o que reparar, haja vista inexistente abuso ou ilegalidade no ato impugnado.

Observe-se que, em que pese não poder considerar os acusados culpados antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, é bem possível considerá-la suspeitos, mediante a constatação da prova da materialidade delitiva e de

Acesso ao Sumário

indícios de autoria.

E certo é que tal postura não acarreta violação à presunção de inocência, e constitui fundamento válido para a imposição de qualquer modalidade de prisão cautelar, nos termos da lei processual.

De outro lado, é certo que os acusados permaneceram presos durante todo o andamento da ação penal, de modo que, não faria sentido, ausentes alterações nas circunstâncias fáticas e com a superveniência da condenação, fosse-lhes deferida a liberdade.

A propósito:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. RECURSO EM LIBERDADE INDEFERIDO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. NATUREZA, QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. RISCO AO MEIO SOCIAL. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE A INSTRUÇÃO DO PROCESSO. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal. 2. Em vista da natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal - CPP. Deve, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos previstos no art. 319 do CPP. 3. A prisão preventiva foi adequadamente mantida pelo Magistrado sentenciante e pela Corte estadual, ante a demonstração, com base em elementos concretos, da gravidade concreta da conduta e da periculosidade do agente, evidenciada pela quantidade de droga apreendida - 202 tijolos de maconha, pesando um total de 257,1 quilos -, recomendando-se a sua custódia cautelar para garantia da ordem pública. 4. Tendo o paciente permanecido preso durante toda a instrução processual, não deve ser permitido recorrer em liberdade, especialmente porque, inalteradas as circunstâncias que justificaram a custódia,

Acesso ao Sumário

não se mostra adequada sua soltura depois da condenação em Juízo de primeiro grau. 5. Inaplicável medida cautelar alternativa quando as circunstâncias evidenciam que as providências menos gravosas seriam insuficientes para a manutenção da ordem pública. Habeas corpus não conhecido." (STJ - HC 404.589/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, j. 03/04/2018, DJe 13/04/2018) (grifos nossos).

Diante dos lúcidos fundamentos da r. sentença condenatória, dizer mais seria redundância desnecessária, frisando que a hipótese é de desprovimento dos recursos.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** aos recursos interpostos por **M. DE F., M. H. M., W. L. DA S., L. H. P., J. B. M. N.** e pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, mantendo-se a r. sentença como posta.

Mantêm-se as prisões preventivas, como já consignado, pois inalterados os motivos que ensejaram a decretação, recomendando-se os réus na prisão em que se encontram.

Oportunamente, se porventura transitar em julgado este Acórdão, deverá ser expedido o mandado de prisão, para efetivo cumprimento da pena, e a guia de recolhimento definitiva.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0004799-24.2023.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que são apelantes A. M. N., A. V. M. e R. M. M., é apelado M. P. DO E. DE S. P..

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao apelo defensivo para afastar a alienação antecipada dos automóveis Toyota/Corolla - Placas FQP-0906, Hyundai/Creta - Placas EVV-3885 e Peugeot 3008 - Placas GEC-9C96, em virtude da não demonstração concreta de deterioração ou depreciação do bem, mantendo-se, contudo, a alienação antecipada do veículo W/Polo - Placas DFS-4470 diante de sua comprovada desvalorização. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10.950)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores XISTO ALBARELLI RANGEL NETO (Presidente), AUGUSTO DE SIQUEIRA e MOREIRA DA SILVA.

São Paulo, 10 de agosto de 2023.

XISTO RANGEL, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação criminal. Insurgência defensiva contra a decisão que deferiu a alienação antecipada de 04 veículos apreendidos em cumprimento de mandado de busca e apreensão. Alegação de que não houve demonstração concreta a respeito da depreciação dos bens. Acolhimento parcial. É imprescindível a demonstração concreta da deterioração ou depreciação do bem, que não podem ser presumidas ou sustentadas por alegação genérica. Afinal, em regra, todo bem está sujeito a algum grau de deterioração ou depreciação, de modo que a aplicação não ponderada desse dispositivo legal acabaria por acarretar a alienação antecipada de todos os bens dos acusados sobre os quais recaísse alguma medida constritiva. No caso dos autos, por mais que os veículos tenham sido apreendidos em novembro de 2020 e estejam, desde então, no Pátio da Polícia Civil da Comarca de Marília-SP, dois deles (Corolla e Creta) foram avaliados acima da tabela FIPE mais recente (jul/23) e o veículo Peugeot 3008 apresentou desvalorização de aproximadamente 3%, o que em tese pode se justificar pelo fato de possuir o vidro da porta traseira quebrado. A exceção mesmo é o veículo Polo que foi avaliado em R$ 61.000,00 e a tabela FIPE mais recente indica como preço médio o valor de R$ 68.000,00, o que representa uma desvalorização de mais de 10%. Portanto, em relação ao automóvel Volkswagen Polo, é melhor que se mantenha a decisão pela alienação antecipada diante de sua considerável desvalorização, com arrimo no art. 144-A do CPP. Em relação aos demais, é mais prudente que se afaste a alienação antecipada diante da inexistência de demonstração concreta de deterioração ou depreciação do bem, e para se prestigiar a presunção de inocência e o direito de propriedade dos apelantes. Além do mais, é bem provável que após a realização da próxima audiência de instrução, o feito será sentenciado, solucionando-se a questão. Dado PARCIAL PROVIMENTO ao apelo defensivo para afastar a alienação antecipada dos automóveis Toyota/Corolla - Placas FQP-0906, Hyundai/Creta - Pla-

Acesso ao Sumário

cas EVV-3885 e Peugeot 3008 - Placas GEC-9C96, em virtude da não demonstração concreta de deterioração ou depreciação do bem, mantendo-se, contudo, a alienação antecipada do veículo W/Polo - Placas DFS-4470 diante de sua comprovada desvalorização.

VOTO

Trata-se de apelação interposta em favor de **A. M. N., A. V. M.** e **R. M. M.**, contra a decisão de fls. 251/254 que, nos autos de n. 1007741-80.2021.8.26.0344, deferiu a alienação antecipada de 04 veículos apreendidos, com a finalidade de evitar a deterioração e preservar o valor dos automóveis, com base no art. 4º e 4º-A, ambos da Lei n. 9.613/98, e art. 144-A do Código de Processo Penal.

A apelação está acostada às fls. 290/308 e seu pedido principal é para reformar a referida decisão.

De acordo com os apelantes, a fundamentação do juízo é inábil a indicar a concreta depreciação dos bens, hipótese imprescindível a autorizar o deferimento da medida de alienação antecipada.

Argumentam que *o Ministério Público não encartou nenhuma prova que pudesse indicar a depreciação ou deterioração dos veículos apreendidos e, para o revés dos apelantes, o magistrado incorreu nas mesmas infundadas razões ministeriais ao deferir o pedido.*

Ademais, ressaltam que os veículos apreendidos sofreram valorização, a julgar pela tabela FIPE de novembro de 2020 (mês da apreensão), julho de 2021 e dezembro de 2022, além do fato de que *a presunção de que os veículos estão se depreciando com base no decurso do tempo não é razoável, pois se assim o fosse, estar-se-ia diante de um instituto que sempre comportaria deferimento, uma vez que todo veículo aprendido se sujeitaria a tal situação.*

De forma subsidiária, o pedido é para nomear os apelantes como depositários dos veículos.

Às fls. 316/342, o órgão ministerial pugnou pelo improvimento do apelo.

A PGJ, por seu turno, não discrepou (fls. 351/355).

Houve interesse na realização de sustentação oral (fl. 348).

É o relatório.

Nos autos de n. 1007689-84.2021.8.26.0344, A. M. N. foi denunciado por infração ao art. 2º, *caput*, e §3º, da Lei n. 12.850/13, art. 58 da Lei de Contravenções Penais, e art. 1º, §2º, I, e §4º, da Lei n. 9.613/98 (por duas vezes), na forma do art. 69 do Código Penal.

A. V. M. foi denunciada como incursa no art. 2º, *caput*, da Lei n. 12.850/13, e art. 1º, *caput*, e §4º, da Lei n. 9.613/98.

Acesso ao Sumário

R. M. M., por sua vez, foi denunciada por infração ao art. 2º, *caput*, da Lei n. 12.850/13, e art. 1º, §2º, I, e §4º, da Lei n. 9.613/98 (por duas vezes).

Com arrimo na tese acusatória, o núcleo da organização é familiar, sendo liderado pelo genitor C. A. M. e seu filho A. M. N., que exploram diretamente o jogo do bicho e movimentam os valores angariados, promovendo a lavagem de dinheiro por diversos modos. Durante a tramitação da ação penal, C. veio a falecer, sendo extinta sua punibilidade às fls. 1962/1963.

O grupo ainda conta com a participação de R. M. M., filha de C. e irmã de A., que, apesar, de não explorar o jogo do bicho pessoalmente, fornece contas bancárias para movimentação financeira da lucrativa contravenção penal, e figura como sócia de empresa utilizada para dissimulação patrimonial (A... Participações Ltda).

Ainda de acordo com a denúncia, A. V. M., genitora de C. e avó de A. e R., também atua para o grupo participando da arrecadação e transferência dos valores ilícitos.

Ao que consta, A., que possui antecedentes pela prática ilícita de exploração do jogo de azar, transferiu para o filho C. a administração da banca. C., por sua vez, passou a contar com o trabalho efetivo do filho A., diretamente no controle do jogo na região de Marília, bem como de R., que atua exclusivamente na movimentação/transferência do patrimônio inidôneo familiar, e como espécie de sócia "laranja" em empresa do grupo (...).

Afirma o órgão ministerial que *a família M.* há tempos vem exercendo o controle de praças do jogo do bicho, especialmente na cidade de Marília, razão pela qual logrou angariar quantias expressivas de dinheiro, que não possuem qualquer last*ro lícito. Com exceção de R. (que possui emprego formal),os demais acusados não possuem vínculo empregatício, e nada justifica a renda e estilo de vida que levam, já que suas declarações de imposto de renda destoam sobremaneira das vultosas quantias movimentadas em contas bancárias das quais são titulares. R., doutro lado, pese tenha profissão formal declarada, não possui declaração de renda compatível com a movimentação de dinheiro em suas contas bancárias, algumas dessas contas que movimentaram valores expressivos do líder da organização, seu genitor C. A.. De mais a mais, as provas são no sentido de que o grupo, de modo reiterado, oculta e dissimula a natureza, origem e movimentação de bens e valores, por meio de diversas técnicas de lavagem de dinheiro, como a estruturação (Smurfing), a mescla patrimonial (Commingling) e a operação de holding patrimonial familiar, via empresa denominada ... PARTICIPAÇÕES LTDA, da qual são sócios A. e R.. É fato, pois, que a empresa possui inúmeros imóveis registrados, todavia de origem escusa, já que a receita para as aquisições provém da rentável exploração do jogo do bicho.*

Acesso ao Sumário

Nos autos de n. 1013306-59.2020.8.26.0344, foram deferidas buscas e apreensões de bens dos apelantes. Dentre eles, os automóveis abaixo arrolados foram apreendidos, cautelarmente (número 1, 4, 6 e 7), ou bloqueados por ordem judicial (2, 3 e 5):

Toyota/Corolla - Placas FQP-0906;

GM/Celta - Placas DMQ-0H69;

Hyundai/Creta - Placas FOU-6861;

Hyundai/Creta - Placas EVV-3885;

Ford/Fiesta - Placas FNN-7080;

Peugeot 3008 - Placas GEC-9C96

Polo - Placas DFS-4470.

Nos autos de n. 1007741-80.2021.8.26.0344, o Ministério Público requereu a alienação antecipada dos sete veículos, com arrimo no art. 144-A, do Código de Processo.

O pedido, contudo, foi deferido parcialmente somente para alienar antecipadamente os veículos que estão apreendidos no Pátio da Polícia Civil da Comarca de Marília, isto é, os de número 01, 04, 06 e 07.

A propósito, vejamos a fundamentação do juízo (fls. 251/254):

(...) Trata-se de Cautelar Inominada Criminal promovida pelo Ministério Público, através do Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado Núcleo de Bauru, em face de C. A. M. (conhecido como BETO), A. M. N., R. M. M. e A. V. M., na qual postula a alienação antecipada com relação aos veículos: ***1) Toyota/Corolla - Placas FQP-0906 (bloqueado via Renajud fl. 1735 dos autos nº 1013306-59.2020.8.26.0344 / apreendido fls. 1692/1699 dos autos nº 1013306-59.2020.8.26.0344)****; 2) GM/Celta - Placas DMQ-0H69 (bloqueado via Renajud fl. 1735 dos autos nº 1013306-59.2020.8.26.0344); 3) Hyundai/Creta - Placas FOU-6861 (bloqueado via Renajud fl. 1737 dos autos nº 1013306-59.2020.8.26.0344;* ***4) Hyundai/Creta - Placas EVV-3885 (bloqueado via Renajud fl. 1736 / apreendido fls.1692/1699 dos autos nº 1013306-59.2020.8.26.0344)****; 5) Ford/Fiesta - Placas FNN-7080 (bloqueado via Renajud fl. 1738 dos autos nº 1013306-59.2020.8.26.0344);* ***6) Peugeot 3008 - Placas GEC-9C96 (apreendido às fls. 1685/1687 dos autos nº 1013306-59.2020.8.26.0344)*** *e* ***7) VW/Polo - Placas DFS-4470 (apreendido às fls. 1685/1687 dos autos nº1013306-59.2020.8.26.0344)****, apreendidos e bloqueados ao longo da "Operação Sunset" (Procedimento Investigatório Criminal nº 94.0661.0000060/2018-5).*

À fl. 161 o Ministério Público reiterou o pedido inicial para que todos os veículos sejam alienados, pois pelas investigações preliminares não há prova de que foram adquiridos mediante fonte lícita.

Acesso ao Sumário

Os requeridos, devidamente intimados, ofertaram impugnação ao pedido inicial argumentando, em síntese, a ausência de prova da origem patrimonial ilícita, a valorização dos veículos (afastando eventual depreciação no preço), a liberação dos veículos mediante depósito como solução para desonerar o Estado dos custos de guarda dos bens, necessidade de se dimensionar corretamente o patrimônio de sua origem suposta, a colheita de provas por meio de interceptação telefônica ilegal.

Por fim, requereram que se aguarde a fase instrutória da ação penal antes de qualquer medida expropriatória (fls. 176/192 e documentos).

Às fls. 222/247 o Ministério Público ofertou resposta à impugnação, reforçando a necessidade de alienação antecipada dos veículos nos termos deduzidos na inicial.

Passo a decidir. Inicialmente, afasta-se a aduzida ilegalidade das provas coligidas por meio de interceptação telefônica, pois, como é sabido, o Ministério Público possui o poder de realizar investigações, logo, há legitimidade para operar a diligência desde que haja fundadas suspeitas. Outrossim, a diligência foi deferida pelo Poder Judiciário e a prova produzida acompanha os autos principais (fls. 1308/1470 dos autos nº 1007689-84.2021.8.26.0344), permitindo completo acesso à Defesa.

No mérito, não prospera o argumento de que não há provas da origem patrimonial ilícita. Como visto, as investigações foram lastreadas por quebra de sigilo telefônico (fls.1314/1523 do processo principal), quebra do sigilo bancário e fiscal (fls. 1524/1655 do processo principal), além de busca e apreensão, que resultou na apreensão de equipamentos eletrônicos, de telefonia móvel, documentos e vultosas quantias em dinheiro, indicando o possível envolvimento dos requeridos/acusados na exploração direta ou indireta do jogo de azar e na prática de lavagem de dinheiro, com movimentação inidônea de valores entre suas contas bancárias, não compatíveis às movimentações declaradas ao Fisco Federal e aos rendimentos mensais acostados aos autos.

E justamente por haver indícios suficientes da infração penal foram decretadas as medidas assecuratórias mencionadas, sendo que o mérito da infração penal será analisado e decidido na ação penal em curso e não na presente cautelar.

O eventual aquecimento do mercado de veículos seminovos ou usados também não é suficiente para inibir a medida cautelar ora proposta, ***vez que não impede a ação do tempo e a consequente depreciação dos veículos apreendidos e expostos no pátio conveniado do Estado.***

Nesse sentido: "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. SEQUESTRO DE BEM. DECI-

Acesso ao Sumário

SÃO QUE DESAFIA RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. SÚMULA N. 267/STF. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. NÃO COMPROVAÇÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE E ABUSO DE PODER. ALIENAÇÃOANTECIPADA DE AUTOMÓVEL. LEGALIDADE E ADEQUAÇÃO. RECURSO A QUE SE NEGOU PROVIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...) VI - No caso, as instâncias ordinárias fundamentaram a medida na presença de indícios veementes da proveniência ilícita do bem, nos exatos termos do art. 126 do CPP. Modificar a conclusão a que chegaram as instâncias ordinárias exigiria a apresentação de prova pré-constituída do suposto direito líquido e certo, o que não ocorreu na hipótese. VII - Para elidir a conclusão de que se fazem presentes indícios veementes da origem ilícita do bem seria necessário o amplo revolvimento probatório, o que se mostra inviável em sede de mandado de segurança. VIII - O art. 144-A do CPP, permite a alienação antecipada de bens que correm risco de perecimento ou desvalorização, não havendo ilegalidade a se declarar na decisão que determina a medida para resguardar o interesse público na recomposição do dano. IX - Em se tratando de veículo automotor, é certa a possibilidade de deterioração em face das precárias condições em que poderá ficar mantido em depósito judicial. Evidente, ainda, a desvalorização de bem da espécie, em razão do simples decurso do tempo. Agravo regimental desprovido." (STJ, AgRg no RMS 54.185/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/04/2018, DJe 11/04/2018). (grifo nosso).

Ainda, diante desse contexto, inviável nomear os requeridos/acusados depositários, eis que a permissão de utilização dos veículos, por óbvio, depreciará o valor deles, de forma que tal concessão não se prestará ao interesse público de recuperar eventuais valores desviados com a suposta conduta criminosa, razão pela qual indefiro o pedido.

*Os eventuais custos com encargos decorrentes da manutenção dos veículos no pátio, conforme afirmado pela Defesa, decorrem realmente da atividade jurisdicional. No caso em tela, a própria medida cautelar ora proposta, em atenção interesse público, **visa recuperar valores e preservar os preços de mercado dos veículos**, permitindo ao final o ressarcimento dos encargos inerentes à atividade jurisdicional do Estado.*

Finalmente, por se tratar de medida cautelar aplicada no curso do processo, a alienação antecipada não importa em antecipação de condenação dos acusados, eis que seu objetivo não é satisfazer desde logo a vítima, mas preservar o valor dos bens ante a provável demora do processo. Aliás, os requeridos/investigados também ficarão protegidos pela medida, já que, ao término do processo, caso sejam absolvidos, não receberão um bem cujo valor já não representa aquele do momento da constrição judicial ou um bem deteriorado, mas o seu valor atualizado monetariamente.

Já quanto à legislação pertinente e eventual período dedicado à ativi-

Acesso ao Sumário

dade ilícita, haverá momento oportuno para o debate, especialmente nos autos principais.

Superadas estas questões iniciais, verifico que os automóveis Toyota/Corolla -Placas FQP-0906, Hyundai/Creta - Placas EVV-3885, Peugeot 3008 - Placas GEC-9C96 e VW/Polo - Placas DFS-4470 foram objetos de busca e apreensão (fls. 108/109, fl. 113/114 e fls.139/141), eis que em apartado ao processo principal, tramita o procedimento nº 1013306-59.2020.8.26.0344, no qual as diligências foram efetivadas. Os veículos encontram-se custodiados pelo Estado em pátio da Polícia Civil de Marília/SP (cf. fls. 1715/1718 e ofício de fl.1794 dos autos nº 1013306-59.2020.8.26.0344).

Já os veículos GM/Celta - Placas DMQ-0H69, Hyundai/Creta - Placas FOU-6861 e Ford/Fiesta - Placas FNN-7080 foram bloqueados por ordem judicial via sistema RENAJUD (fls.1735/1738 dos autos nº 1013306-59.2020.8.26.0344). Em relação a esses veículos bloqueados via sistema RENAJUD, inviável sua alienação antecipada neste momento, tendo em vista que sequer foram encontrados e recolhidos no pátio da Polícia Civil de Marília/SP.

Pelo exposto, a fim de evitar a deterioração e preservar o valor dos veículos, com fundamento nos artigos 4º e 4º-A, ambos da Lei 9.613/1998, artigo 144-A do Código de Processo e Resolução nº 356 do CNJ, defiro a alienação antecipada dos veículos apreendidos.

Das razões de inconformismo, constata-se que o principal argumento dos apelantes é de que não há nenhuma prova capaz de indicar a depreciação ou deterioração dos veículos apreendidos. Para reforçar a tese, juntaram tabelas FIPE que comprovariam a valorização dos automóveis.

Pois bem.

No caso dos autos, conforme se confere às fls. 1716 e 1722 (processo n. 1013306-59.2020.8.26.0344), os veículos foram apreendidos em 25 de novembro de 2020 e, desde então, permanecem no Pátio da Polícia Civil de Marília - SP.

O artigo 144-A, do Código de Processo Penal e o artigo 4º, § 1º, da Lei 9.613/98, dispõem que é possível a alienação antecipada para a preservação do valor quando houver risco de deterioração ou depreciação do bem.

O Conselho Nacional de Justiça recomenda aos magistrados com competência criminal, *nos autos em que existam bens apreendidos sujeitos a perdimento na forma da legislação respectiva, que ordenem, em cada caso e justificadamente, a alienação antecipada da coisa ou bem apreendido para preservar-lhe o respectivo valor, quando se cuide de coisa ou bem apreendido que pela ação do tempo ou qualquer outra circunstância, independentemente das providências normais de preservação,* ***venha a sofrer depreciação natural ou provoca-***

Acesso ao Sumário

da, ou que por ela venha a perder valor em si, venha se ser depreciada como mercadoria, venha a perder a aptidão funcional ou para o uso adequado, ou que de qualquer modo venha a perder a equivalência com o valor real na data da apreensão (CNJ Recomendação nº 30, de 10 de janeiro de 2010).

Nesse contexto, Damásio de Jesus preleciona que *de acordo com o dispositivo, sempre que a autoridade judiciária verificar que* ***os bens apreendidos estejam sujeitos à depreciação de seu valor ou deterioração (total ou parcial)****, abre-se a possibilidade de ordenar sua alienação antecipada. A medida pode ser adotada, ainda, quando se verificar a dificuldade do aparato estatal com a manutenção do bem* - Código de Processo Penal Anotado, 26ª edição, São Paulo: Saraiva, 2014, página 167).

Quer dizer: é imprescindível a demonstração concreta da deterioração ou depreciação do bem, que não podem ser presumidas ou sustentadas por alegação genérica. Afinal, em regra, todo o bem está sujeito a algum grau de deterioração ou depreciação, de modo que a aplicação não ponderada desse dispositivo legal acabaria por acarretar a alienação antecipada de todos os bens dos acusados sobre os quais recaísse alguma medida constritiva.

Com efeito, por mais que se reconheça o tempo considerável de apreensão, entendo que o órgão ministerial não se desincumbiu de comprovar a deterioração e, principalmente, a desvalorização dos veículos.

Explico.

Veículo Toyota Corolla XEi, 2.0, Modelo 2016;

A tabela FIPE referente ao mês da apreensão (novembro de 2020) indica que o preço médio do veículo era de R$ **68.701,00**[1].

Em 03 de dezembro de 2021, o oficial de justiça Paulo Sergio Tagliolatto, **avaliou o bem em** R$ **87.000,00**, vide auto de avaliação que foi homologado pelo juízo (fl. 276).

A tabela FIPE referente ao mês de dezembro de 2021, tinha como preço médio R$ **86.194,00**[2] e a de julho de 2023 tem como preço médio R$ 84.695,00[3].

O edital do leilão que terá início em 28.08.2023 e encerramento no dia 31.08.2023, informa como **valor de avaliação a quantia de R$ 87.000,00** (fls. 348/350).

Veículo Hyundai, Creta 16A ATTITUDE, ano 2019;

A tabela FIPE referente ao mês da apreensão (novembro de 2020) indica que o preço médio do veículo era de R$ **66.122,00**[4].

Em 03 de dezembro de 2021, o oficial de justiça Paulo Sergio Tagliolatto,

Acesso ao Sumário

1 http://veiculos.fipe.org.br?carro/toyota/11-2020/002111-3/2016/g/49t4vhybs1yl
2 http://veiculos.fipe.org.br?carro/toyota/12-2021/002111-3/2016/g/ccxybgfsj03y1
3 http://veiculos.fipe.org.br?carro/toyota/7-2023/002111-3/2016/g/ccccchlwhb3ly1
4 http://veiculos.fipe.org.br?carro/hyundai/11-2020/015142-4/2019/g/4blrtjqvr28q

avaliou o bem em R$ 90.000,00, vide auto de avaliação que foi homologado pelo juízo (fl. 276).

A tabela FIPE referente ao mês de dezembro de 2021, tinha como preço médio R$ **81.890,00**[5] e a de julho de 2023 tem como preço médio R$ **83.468,00**[6].

O edital do leilão que terá início em 28.08.2023 e encerramento no dia 31.08.2023, informa como **valor de avaliação a quantia de R$ 90.000,00** (fls. 348/350).

Veículo Peugeot 3008, Griffe AT, ano 2020;

A tabela FIPE referente ao mês da apreensão (novembro de 2020) indica que o preço médio do veículo era de R$ **171.215,00**[7].

Em 03 de dezembro de 2021, o oficial de justiça Paulo Sergio Tagliolatto, **avaliou o bem em R$ 154.000,00** e identificou que o vidro da porta traseira estava quebrado, vide auto de avaliação que foi homologado pelo juízo (fl. 276).

A tabela FIPE referente ao mês de dezembro de 2021, tinha como preço médio R$ **191.775,00**[8] e a de julho de 2023 tem como preço médio R$ **158.648,00**[9].

O edital do leilão que terá início em 28.08.2023 e encerramento no dia 31.08.2023, informa como **valor de avaliação a quantia de R$ 154.000,00** (fls. 348/350).

04 – **Veículo VolksWagen Polo, CL ADA, modelo 2020;**

A tabela FIPE referente ao mês da apreensão (novembro de 2020) indica que o preço médio do veículo era de R$ **55.327,00**[10].

Em 03 de dezembro de 2021, o oficial de justiça Paulo Sergio Tagliolatto, **avaliou o bem em R$ 61.000,00**, vide auto de avaliação que foi homologado pelo juízo (fl. 276).

A tabela FIPE referente ao mês de dezembro de 2021, tinha como preço médio R$ **69.704,00**[11] e a de julho de 2023 tem como preço médio R$ **68.965,00**[12].

O edital do leilão que terá início em 28.08.2023 e encerramento no dia 31.08.2023, informa como **valor de avaliação a quantia de R$ 61.000,00** (fls. 348/350).

Conforme se constata, os veículos apreendidos não apresentam grande desvalorização. Pelo contrário. Dois deles (Corolla e Creta) foram avaliados

5 http://veiculos.fipe.org.br?carro/hyundai/12-2021/015142-4/2019/g/99gywrhmvx8q
6 http://veiculos.fipe.org.br?carro/hyundai/7-2023/015142-4/2019/g/cbwzh9t180p8q
7 http://veiculos.fipe.org.br?carro/peugeot/11-2020/024234-9/2020/g/js2g39rgs7dd6
8 http://veiculos.fipe.org.br?carro/peugeot/12-2021/024234-9/2020/g/kk5r72djk0dd6
9 http://veiculos.fipe.org.br?carro/peugeot/7-2023/024234-9/2020/g/jbbp7d72mfdd6
10 http://veiculos.fipe.org.br?carro/vw-volkswagen/11-2020/005478-0/2020/g/z703h889gdp
11 http://veiculos.fipe.org.br?carro/vw-volkswagen/12-2021/005478-0/2020/g/5plqd3fmbwp
12 http://veiculos.fipe.org.br?carro/vw-volkswagen/7-2023/005478-0/2020/g/5dx3w7f9hyp

Acesso ao Sumário

acima da tabela FIPE mais recente (jul/23) e o veículo Peugeot 3008 apresentou desvalorização de aproximadamente 3%, o que em tese pode se justificar pelo fato de possuir o vidro da porta traseira quebrado.

A exceção mesmo é o veículo Polo que foi avaliado em R$ 61.000,00 e a tabela FIPE mais recente indica como preço médio o valor de R$ 68.000,00, o que representa uma desvalorização de mais de 10%.

Portanto, em relação ao automóvel VolksWagen Polo, é melhor que se mantenha a decisão pela alienação antecipada diante de sua considerável desvalorização, com arrimo no art. 144-A do CPP.

Em relação aos demais, é mais prudente que se afaste a alienação antecipada diante da inexistência de demonstração concreta de deterioração ou depreciação do bem, e também para se prestigiar a presunção de inocência e o direito de propriedade dos apelantes. Além do mais, é bem provável que após a realização da próxima audiência de instrução, o feito será sentenciado, solucionando-se a questão.

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao apelo defensivo para afastar a alienação antecipada dos automóveis Toyota/Corolla - Placas FQP-0906, Hyundai/Creta - Placas EVV-3885 e Peugeot 3008 - Placas GEC- 9C96, em virtude da não demonstração concreta de deterioração ou depreciação do bem, mantendo-se, contudo, a alienação antecipada do veículo W/Polo - Placas DFS-4470 diante de sua comprovada desvalorização.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501554-42.2022.8.26.0286, da Comarca de Itu, em que são apelantes ANTONIO CARLOS RAMOS BARBOSA JÚNIOR e JÚLIA MOMESSO COÊLHO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram a preliminar arguida para se reconhecer a nulidade das provas, decretando-se, em seguida, a absolvição de Júlia Momesso Coelho e Antônio Carlos Ramos Barbosa Júnior, com fulcro no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal. V.U. Expeçam-se alvarás de soltura clausulado em favor de Júlia Momesso Coelho e Antônio Carlos Ramos Barbosa Júnior se por AL não estiverem presos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.078)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO MAZINA MARTINS (Presidente) e AMABLE LOPEZ SOTO.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 22 de agosto de 2023.
PAULO ROSSI, Relator

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL EM CONCURSO MATERIAL COM CRIMES DE ROUBO MAJORADO, POR DUAS VEZES, EM CONTINUIDADE DELITIVA (ARTIGO 28, DA LEI Nº 11.343/06, E ARTIGO 157, §2º, INCISO II, NA FORMA DO ARTIGO 71, AMBOS DO CÓDIGO PENAL) – RECURSO DEFENSIVO – PRELIMINAR – NULIDADE DA PROVA – BUSCA PESSOAL EFETUADA POR AGENTES DE SEGURANÇA PRIVADA DENTRO DE CASA NOTURNA – No caso em análise, a busca pessoal não pode ser considerada legítima. Os apelantes não estavam obrigados a se sujeitar à revista pessoal pelos agentes de segurança particular, longe de serem equiparados a policiais ou guardas civis municipais, ante ausência de norma legal, de modo que a descoberta a posteriori dos bens subtraídos na posse deles não justificariam a medida, contaminando também as declarações das vítimas e reconhecimento judicial. Assim, de rigor o reconhecimento da ilicitude das provas obtidas nas buscas ilícitas, bem como as dela derivadas, para absolvê-los com fulcro no art. 386, inc. II, do CPP.

Acolhida a preliminar arguida, prejudicado o exame do mérito recursal.

VOTO

Vistos.

1 – Trata-se de apelação interposta pela defesa de Júlia Momesso Coelho e Antônio Carlos Ramos Barbosa Júnior, contra a r. sentença datada de 02 de março de 2023, prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Itu, que os condenou pela prática do crime previsto no artigo 157, §2º, II, por duas vezes, na forma do artigo 71, à pena de 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, além de 15 dias-multa, no mínimo legal, em regime semiaberto, e desclassificou a conduta do crime do artigo 33 para o artigo 28, da Lei 11343/06, à pena de advertência (fls. 395/403).

Inconformada, a defesa conjunta de Antônio e Júlia, em suas razões, plei-

Acesso ao Sumário

teia, preliminarmente, o reconhecimento de ilicitude das provas por terem sido decorrentes de busca pessoal efetuadas por agentes de segurança particular e consequente absolvição dos apelantes, com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal. No mérito, requer a desclassificação da conduta do artigo 157, §2º, inciso II, do Código Penal para a conduta do artigo 155, do Código Penal alegando a possibilidade de furto por arrebatamento. Na dosimetria, requer a pena no mínimo legal, eis que primários, e o regime aberto, substituindo-se a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e determinando-se expedição de alvarás de soltura (fls. 413/423).

Em contrarrazões o Ministério Público sustentou a manutenção da decisão por seus próprios e jurídicos fundamentos (fls. 429/435).

Por fim, a Douta Procuradoria de Justiça opinou pelo não provimento ao apelo defensivo (fls. 463/469).

Em síntese, é o relatório.

2 – Consta da denúncia que, no dia 4 de dezembro de 2022, durante a madrugada, no interior da casa noturna "Anzu", situada na Avenida Tiradentes n. 2555, Parque Industrial, nesta cidade e comarca de Itu/SP, ANTONIO CARLOS RAMOS BARBOSA JÚNIOR, identificado às fls. 11/12, e JÚLIA MOMESSO COÊLHO, identificado às fls. 9/10, em concurso, previamente ajustados e com identidade de desígnios, traziam consigo drogas, 8 (oito) comprimidos de ecstasy, com peso aproximado de 7,03g, 5 (cinco) comprimidos de ecstasy, com peso aproximado de 3,69g, e 1 (uma) porção de MDMA, com peso aproximado de 2,87g, conforme auto de exibição e apreensão de fls. 24/25, auto de constatação preliminar de fls. 22/23, e exame químico-toxicológico a ser oportunamente juntado, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para fins de tráfico, a ser praticado em recinto onde se realizava diversão.

Consta, ainda, dos inclusos autos de inquérito policial que, nas mesmas condições de tempo e local retro descritas, ANTONIO CARLOS RAMOS BARBOSA JÚNIOR, identificado às fls. 11/12, e JÚLIA MOMESSO COÊLHO, identificado às fls. 9/10, em concurso, previamente ajustados e com identidade de desígnios, nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, subtraíram coisas alheias móveis, 2 (duas) correntes de ouro, avaliadas em R$ 2.000,00 (dois mil reais) e R$ 7.000,00 (sete mil reais), e 1 (um) óculos de sol da marca "Oakley", avaliado em R$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), pertencentes a Danilo Henrique Tejada, e 1 (uma) corrente dourada, avaliada em R$ 15,00 (quinze reais), pertencente a Érick Felício da Fonseca Lourenço, cf. boletim de ocorrência de fls. 15/19 e autos de exibição, apreensão e entrega de fls. 24/25 e 27, para si, mediante violência às pessoas de Danilo Henrique Tejada e Érick Felício da Fonseca Lourenço.

Acesso ao Sumário

Conforme o apurado, os denunciados planejaram o cometimento dos crimes de tráfico de drogas e de roubo e, para tanto, foram à casa noturna "Anzu", local em que ocorria um evento festivo.

Durante a festa, ao visualizarem Danilo caminhando em direção à portaria do local, os denunciados se aproximaram e, com emprego de violência, deram um forte puxão no pescoço do ofendido, arrancando 2 (duas) correntes de ouro, bem como se apoderaram de 1 (um) óculos de sol que estava na cabeça do ofendido.

Logo após, os denunciados observaram e se aproximaram de Érick, que se encontrava na pista de dança. Com emprego de violência, os agentes deram um "tranco" em seu pescoço por trás, subtraindo a corrente do ofendido. Em seguida, ANTONIO colocou o objeto subtraído em seu bolso e se afastou.

Os ofendidos acionaram os seguranças do estabelecimento, que abordaram os denunciados.

Realizadas buscas na bolsa que os denunciados portavam, foram localizadas as correntes dos ofendidos bem como outras 3 (três) correntes douradas.

Também foram encontrados na referida bolsa 8 (oito) comprimidos coloridos de ecstasy, 5 (cinco) comprimidos de ecstasy e 1 (uma) porção de MDMA, drogas que os denunciados traziam consigo para comercialização dentro do recinto de diversão, além da quantia de R$ 231,00.

Assim, a natureza e a quantidade das drogas apreendidas, o local, o dinheiro, as condições em que a ação se desenvolveu, as suas circunstâncias sociais e pessoais e o modo de acondicionamento dos entorpecentes, evidenciaram que as drogas se destinavam ao tráfico.

A denúncia foi oferecida em 13 de dezembro de 2022 (fls. 203/206).

Notificados, os acusados apresentaram defesa preliminar conjuntamente (fls. 233/250) e a denúncia foi recebida em 13 de janeiro de 2023 (fls. 278/279).

A r. sentença foi publicada em cartório aos 02 de março de 2023 (fls. 405) e transitou em julgado para o Ministério Público em 07 de março de 2023 (fls. 412).

A materialidade do delito vem lastreada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 01/02); boletim de ocorrência (fls. 15/19); auto de exibição e apreensão (fls. 24/25 e 26/27); laudo de constatação (fls. 22/23); e laudo de exame químico toxicológico (fls. 376/382), bem como pela prova oral colhida nos autos.

Interrogada na fase policial, a ré Júlia contou que (fls. 09): *"na data de ontem, por volta das 23h30min, chegou de Campinas em uma festa eletrônica na Anzu, em companhia de seu companheiro, três cunhados, duas primas e uma amiga, onde ingeriram bebida alcoólica, fizeram uso de drogas, todos que se encontravam em sua companhia, exceto um de seus cunhados, Joel, que apenas*

Acesso ao Sumário

ingere bebida alcoólica; Que, por volta das 05h00min, chegaram seguranças próximo à interrogada e à seu companheiro, passaram a puxar sua bolsa, a interrogada puxou de volta, porém eles puxaram novamente e a levaram consigo, a conduzindo até uma sala, onde duas seguranças do sexo feminino a revistaram, e nada foi localizado; Que, quando retornaram para outra sala, a interrogada pode ver seu companheiro a aguardando, correntes aparentemente de ouro sobre a mesa, e em sua bolsa foi localizada um pacotinho de "bala"; Que, pegaram uma correntinha do seu pescoço da interrogada, levando até uma vítima para ver se ela a reconhecia como sendo sua, e ela a reconheceu, mas era da interrogada; Que, em seguida disseram que se ela não devolvesse os óculos subtraídos iriam acionar a polícia, permanecendo no local por mais de uma hora, sendo ela agredida por uma das seguranças, desconhecendo o nome; Que após isso, acionaram a polícia, sendo que, nega ter praticado furto, apenas se encontrava com um pacotinho de "bala" para uso próprio, e seu companheiro com um pacotinho de MD."

Interrogada em juízo, a ré Júlia disse que foram à festa e, por volta das 5:30/6hs, houve um tumulto e chegaram puxando sua bolsa. Sua primeira reação foi tentar reter sua bolsa. Foi agredida e arrastada pelos seguranças. Foram levados a uma salinha e depois levada a um banheiro para ser revistada, nua. Estava com sua correntinha no pescoço, que retiraram e levaram. Na bolsa havia as drogas. Os seguranças abriram a bolsa e despejaram seu conteúdo, sendo que nela havia as correntes. Chamaram um rapaz para reconhecer correntinha, mas não o fez. A depoente estava com uma corrente no pulso, que a vítima dizia ser a corrente roubada. Entrou outro rapaz, que também não reconheceu nenhuma corrente. Depois entrou um terceiro rapaz, que reconheceu uma corrente que estava na mesa. Estava com 5 "balas" e seu namorado com 8 balas e um MD. Disse que usavam um ecstasy por hora, sendo que pouca quantidade não faz efeito. Diz que toma 10 balas por noite ou mais. Questionada por qual motivo levou quase o dobro de drogas que consumiria, disse que nem passou para a cabeça. Levaram para a festa cerca de 300/400 reais em drogas, cada. Moram em casa própria. Era correspondente bancária há 6 meses, ganhando cerca de 1500 por mês. O réu era gerente de uma bicicletaria, ganhando cerca de 2800 reais, além de ganhar cerca de 1000 reais em uma tabacaria. Não tem antecedentes criminais.

Acesso ao Sumário

Interrogado em juízo, o réu Antonio disse que (fls. 11): *"na data de ontem, por volta das 22h00min, o interrogado, sua companheira, sua irmã, seu cunhado e seus primos chegaram a uma festa rave eletrônica, onde todos faziam uso de drogas, e por volta das 04h00min, os seguranças passaram a puxar o interrogado e sua companheira, os conduziram a um quartinho, onde separaram o casal, sua roupa foi retirada, se encontrava algemado, foi agredido pelos seguranças, e disseram que se os óculos não aparecessem, iriam acionar*

a polícia e seriam presos com drogas que eles tinham lá; Que, após quinze minutos que se encontravam no quartinho, apareceram com as bolsas de sua propriedade e de Júlia, sendo retiradas da bolsa duas correntes que desconhece, e outras duas que lhes pertencem, que haviam sido retiradas de seus pescoços pelos seguranças; Que uma das vítimas reconheceu a corrente de Júlia como sendo sua; Que em sua bolsa havia R$ 300,00 (Trezentos Reais) em notas de R$ 50,00 (Cinquenta Reais), sete balinhas de ectasy, uma grama de MD e seu aparelho de telefone celular marca Iphone 11, de nº (19)..., que não foi localizado; Que, por volta de aproximadamente quatro horas, a polícia foi acionada, e foram conduzidos ao Plantão Policial."

Interrogado em juízo, o réu Antonio contou que foi uma van do fã clube, cheio de pessoas, sendo que chegaram na festa por volta das 23:30/00:00. Começaram a curtir, sendo que levou dinheiro para gastar. Levou vários comprimidos de ecstasy, que eram mais fracos. Por volta das 6 da manhã, duas ou três pessoas seguraram Julia, sendo que começaram a puxar a bolsa dela. Ele interveio, juntamente com sua família. Segurança começou a lhe bater, dizendo que estava reagindo, recebendo um mata-leão. Foi arrastado até uma sala, perguntando de Julia. Continuou apanhando, tomando socos. Os seguranças diziam que estava tudo gravado, que a "casa tinha caído". Julia apareceu depois e disse que apanhou também. A corrente que estava no pescoço de Julia, estava amarrada no pulso dela. Depois de um tempo entregaram a bolsa de Julia, abriram e despejaram pertences, drogas, além de duas correntes douradas, que não lhes pertenciam. O réu admitiu que a droga era sua, mas lhe revistaram pelado. Terceiros entraram na sala, que diziam ter correntes ali. Uma pessoa disse que a corrente estava com Julia lhe pertencia. Outra vítima disse que uma das correntes era dela. O réu disse que estava "muito louco", da brisa. Não conhecia nenhuma das vítimas. Acredita que os seguranças tenham ficado bravos por reagir e por isso teriam forjado. Acredita que já tivessem consumido cerca de 5 comprimidos naquela noite. Costumavam consumir 20 comprimidos por festa.

A vítima Danilo Henrique Tejada, em sede policial reconheceu o casal, sem qualquer dúvida, como responsáveis pela subtração (fls. 7). Em juízo, narrou que estava numa festa eletrônica, sendo que chegou por volta da meia noite, curtindo a festa frente ao palco. Por volta das 2 da manhã, um colega lhe telefonou para encontrar seu amigo. Indo encontrá-lo, foi assaltado, foram roubadas duas correntinhas de ouro e seus óculos Rayban. Viu quem foi e comunicou os seguranças da casa noturna. Era um casal. Um homem puxou sua correntinha e pegou seus óculos, passando para uma menina, que guardou em uma bolsinha pequena. Acredita que estivessem em grupo, com outras pessoas. Estava sozinho e ficou com medo. Viu quem lhe roubou e falou com os seguranças da Anzu. Por volta das 4 da manhã, os seguranças lhe ligaram para reconhecer as pessoas e os bens. Havia outras vítimas também. Foi devolvida apenas uma correntinha,

Acesso ao Sumário

que tem certeza que era sua e estava com o fecho arrebentado. Os seguranças estavam retendo o mesmo homem e mulher que lhe roubaram. Com os seguranças também estava a bolsinha, bem como várias outras correntinhas com fecho estourado, em cima de uma mesa. Não viu os réus vendendo drogas. Acredita que usuários de ecstasy em festas costumem usar duas ou três "balas". A corrente foi arrancada com força e machucou seu pescoço. Em juízo, reconheceu os réus, sem sombra de dúvidas, como aqueles que lhe roubaram (sistema audiovisual).

A vítima Érick Felicio da Fonseca Lourenço, em sede policial, disse o casal foi responsável pelo furto, com o réu subtraindo e a ré guardando. Havia comentários de que ambos vendiam drogas no local (fls. 8). Em juízo, disse que estava na frente do palco, mais de 3hs da manhã, sentindo um tranco no pescoço. Se virou e um rapaz estava atrás da menina, vendo o rapaz colocando a mão no bolso. Virou para trás, a menina jogou a bolsa para as costas e o rapaz fez um movimento de que nela estivesse mexendo. Pediu a seu primo que ficasse de olho, pois informaria o segurança. Os seguranças disseram estar de olho em uma movimentação e lhe chamariam. Por volta das 4/5 da manhã, foram chamados a uma sala, onde estava um indivíduo, aquele que fez o roubo. Havia outras pessoas chegando, que tinham dado queixa. Reconheceu a corrente que havia sido roubada. Com os seguranças havia uma bolsa preta, de tranversalizar no pescoço, semelhante à que viu com a acusada no momento do roubo. Reconheceu sua corrente, que era um presente de sua avó antes de falecer. Quando puxou, a corrente estourou no meio. Em uma mesa havia várias correntes subtraídas. Naquela sala entraram mais dois rapazes, sendo que um deles também teria reconhecido a corrente subtraída. Não pode dizer com certeza, pois os seguranças chamavam um por um. Não viu os réus vendendo drogas, nem ouviu pessoas dizendo que especificamente aquele casal estava vendendo. A corrente ter sido arrancada machucou seu pescoço. Em juízo, reconheceu sem dúvidas os dois como roubadores, inclusive por ter olhado para ambos.

Ouvida em juízo, a testemunha José Batista da Silva, policial militar, relatou que foram acionados para ir ao clube ANZU, para ocorrência de furto. Chegando ao local, havia os dois jovens detidos, sendo que os seguranças afirmaram que estavam traficando e furtando no clube. As vítimas confirmaram que os réus estavam roubando correntinhas de ouro. Os seguranças disseram que estavam vendendo drogas, estas apreendidas (sistema audiovisual).

Ouvida em juízo como informante a testemunha de defesa Fabiana Cristina F. Justo Braga. É prima do réu, sendo a ré namorada dele. Foram 16 pessoas à festa de VAN, chegando por volta das 23. Por volta das 6hs da manhã, chegaram vários seguranças agredindo os réus, pedindo a bolsa da Julia. A depoente se intrometeu no meio, pois estavam batendo nela. A ré estava com uma bolsa preta, pequena, pendurada no pescoço. Depois que os réus entraram na salinha, houve uma movimentação no interior. Viu um rapaz sem braço entrando no local. As

Acesso ao Sumário

drogas eram para consumo, pois são usuários de drogas. Não faz ideia de quanta droga consumiam durante o evento. De seu grupo, só os dois usavam drogas.

Ouvida em juízo, a testemunha de defesa Wilian Pereira de Assis Braga, casado com a prima de Antonio, contou que foram para a festa em uma Van, cerca de 16 pessoas, chegando à festa às 23:30. Nunca viu os dois usando drogas, mas os réus pediam que não bebessem de suas bebidas/ copos. Os réus falavam para não pegar o copo deles, mas não sabe o que usavam. Não viu os réus roubando nada. Por volta das 6:30 foram detidos pelos seguranças, levados para uma salinha. Julia estava com uma bolsa pequena.

Ouvida apenas na delegacia, a testemunha Luciana Nicoli Silva dos Santos contou que (fls. 05): *"trabalhou com a equipe da segurança numa festa que aconteceu na noite passada, até a madrugada de hoje, na Anzu Club. Informa que, por volta da 01:00 da manhã, um rapaz de prenome DANILO procurou pela equipe noticiando que, enquanto estava nas proximidades do palco, sentiu que alguém arrancou de seu pescoço suas duas correntes de ouro e tirou de sua cabeça seus óculos de sol, da marca Oakley, que olhou para trás e notou que algumas pessoas estavam em um grupo, todos juntos, não conseguindo identificar, de pronto, qual deles seria o autor do roubo, mas verificou que havia um casal e que o rapaz passou algo para as mãos de uma moça, aproximando ambos daquele grupo. Que a equipe toda tomou conhecimento da situação e passou então a monitorar aquele grupo, para tentar identificar alguma possível ação que demonstrasse a prática de outro crime ou algo suspeito, que justificasse a abordagem. Que, por volta das 04h da manhã, o DJ e o público foi transferido para uma área externa do estabelecimento, onde a festa continuaria. Que, durante essa transição, o grupo de amigos continuou sendo observado, até que outra vítima se aproximou, identificando-se como ÉRICK, e informou que, momentos antes, teve sua corrente dourada arrancada de seu pescoço, mas que se virou rapidamente e pôde ver um casal, sendo um deles o rapaz que o teria roubado e uma moça que carregava consigo uma pequena bolsa preta, cujas pessoas tentaram se misturar ao grupo e disfarçar, para tentar não ser notados. No entanto, a vítima fixou o olhar sobre eles, para que não esquecesse seus rostos, e então os aponto para os seguranças do local, sendo que a depoente e outra colega então se aproximaram do casal, já do lado de fora, e pediu a eles que as acompanhasse. Nesse momento, a moça segurou a bolsa contra o corpo e a depoente tentou conduzi-los para a sala de monitoramento, porém o grupo tentou tumultuar essa saída, o casal buscou evitar a ida para outro local e a multidão dificultou essa saída do casal, e então a suspeita pegou a bolsa e tentou passar para outra pessoa, momento em que outro segurança conseguiu apanhar a bolsa a tempo, para então conduzir os suspeitos para a sala, levando a bolsa com eles. Chegando naquele local, a bolsa foi posta sobre a mesa, na presença do casal suspeito, sendo que foi então aberta e foram localizadas cerca de 5 ou*

Acesso ao Sumário

6 correntes douradas, drogas diversas (bala, MD), R$ 231,00 em dinheiro, um celular Motorola. Questionados, o rapaz em princípio alegou que a bolsa era de sua namorada, que nada daquilo era dele, que não sabia do que continha no interior da bolsa. No entanto, a moça alegava que nem a bolsa pertencia a ela, que nada daquilo era deles, porém pareciam confusos e logo alegaram que uma das correntes douradas era da moça. Informa que o casal não sofreu agressões dentro da sala e que a depoente esteve presente durante todo o tempo. Acrescenta que a polícia militar já havia sido acionada e o casal foi revistado e questionado novamente sobre os fatos, tendo os policiais constatado as drogas e demais objetos relacionados, ocasião em que decidiram conduzir as partes a este Plantão Policial, para as providências cabíveis."

Essas foram as provas produzidas.

Após sustentação oral pela advogada de defesa, o Procurador de Justiça manifestou-se pela nulidade da prova condenatória (fls. 478).

Em preliminar, a defesa pleiteia o reconhecimento de ilicitude das provas por terem sido decorrentes de busca pessoal efetuada por agentes de segurança particular.

Razão lhe assiste.

Respeitados os argumentos do MM. Juiz *a quo*, vislumbra-se possibilidade de absolvição pela ilicitude de prova.

Como se sabe a busca pessoal implica restrição à garantia constitucional da intimidade (art. 5º, inciso X, CF), podendo recair sobre o investigado, acusado, vítima ou terceiro, abarcando suas vestes ou outros objetos ou coisas que estejam em contato com seu corpo.

Não se desconhece que a busca pessoal poderá ser realizada sem ordem judicial, nas hipóteses previstas no art. 244, do Código de Processo Penal, quais sejam: a) no caso de prisão; b) quando houver "fundada suspeita" de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papeis que constituam corpo de delito ou c) no curso de medida de busca domiciliar. De tal dispositivo, portanto, depreende-se que o procedimento de revista pessoal independe de mandado quando se está diante de fundada suspeita de que o indivíduo esteja na posse de objetos ilícitos. Aqui, no conflito emergente entre a intimidade e o resguardo imediato da ordem pública, o legislador inclinou-se em favor do último.

Nesse sentido, é o entendimento proclamado pelo Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. BUSCA PESSOAL. FUNDADA SUSPEITA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. Nos termos do art. 244 do CPP, a busca pessoal independerá de mandado quando houver prisão ou fundada

Acesso ao Sumário

suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida, objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou ainda quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar. Hipótese em que o Tribunal de origem, diante das circunstâncias peculiares do caso - veículo parado em atitude suspeita, durante a madrugada, com quatro indivíduos em seu interior - entendeu haver fundada suspeita para a realização da abordagem pessoal, que resultou na apreensão de arma de fogo. A decisão vergastada está em consonância com o art. 244 do CPP e os elementos fáticos consignados no acórdão recorrido são legítimos para fins de busca pessoal. Rever a conclusão do aresto necessitaria do reexame do conjunto probatório, o que é vedado pela Súmula n. 7 do STJ. Agravo regimental não provido" (STJ, AgRg no AREsp n.1.403.409/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 04/04/2019).

Disciplina o art. 244, do Código de Processo Penal que *"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".*

A propósito, consoante entendimento já sedimentado pelos Tribunais Superiores, a busca pessoal é legítima se amparada em fundadas razões e devidamente justificada pelas circunstâncias do caso concreto (Precedente: AgRg no HC 720.471/P, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUINTA TURMA, julgado em 22/02/2022, DJe 24/02/2022).

Na hipótese em análise, todavia, cumpre transcrever o capítulo da Segurança Pública da Constituição Federal:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

VI - polícias penais federal, estaduais e distrital. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 104, de 2019)

§ 1º - A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, estruturado em carreira, destina-se a:

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998*)*

Acesso ao Sumário

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

III - exercer as funções de polícia marítima, aérea e de fronteiras;

III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

§ 2º - A polícia rodoviária federal, órgão permanente, estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais.

§ 2º A polícia rodoviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998*)*

§ 3º A polícia ferroviária federal, órgão permanente, estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo da*s ferrovias federais.*

§ 3º A polícia ferroviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998*)*

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

Acesso ao Sumário

§ 5º Às polícias militares cabem *a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.*

§ 5º-A. Às polícias penais, vinculadas ao órgão administrador do sistema penal da unidade federativa a que pertencem, cabe a segurança dos estabelecimentos penais. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 104, de 2019*)*

§ 6º As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

§ 6º As polícias militares e os corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército subordinam-se, juntamente com as polícias civis e as polícias penais *estaduais e distrital, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 104, de 2019)*

§ 7º A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades. (Vide Lei nº 13.675, de 2018) *Vigência*

§ 8º Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei. (Vide Lei nº 13.022, de *2014)*

§ 9º A remuneração dos servidores policiais integrantes dos órgãos relacionados neste artigo será fixada na forma do § 4º do art. 39. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998*)*

§ 10. A segurança viária, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do seu patrimônio nas vias públicas: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 82, de 2014*)*

I - compreende a educação, engenharia e fiscalização de trânsito, além de outras atividades previstas em lei, que assegurem ao cidadão o direito à mobilidade urbana eficiente; e (Incluído pela Emenda Constitucional nº 82, de 2014)

II - compete, no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aos respectivos órgãos ou entidades executivos e seus agentes de trânsito, estruturados em Carreira, na forma da lei.

Com efeito, é imperativo reconhecer que somente as autoridades judiciais estão autorizadas a realizar a busca domiciliar ou pessoal.

Dos elementos concretamente descritos pela denúncia, depreende-se que seguranças particulares da casa noturna, acionados pelas vítimas, realizaram buscas na bolsa dos apelantes.

Convém registrar que quando um cidadão comum desconfia de alguém, baseado em elementos concretos e seguros, como na espécie, caberia a ele acionar a polícia para que efetue a abordagem e realize a busca pessoal.

Em que pesem as firmes declarações das vítimas, da apreensão das correntes subtraídas em poder dos apelantes e do firme reconhecimento judicial como autores dos roubos, discute-se nos autos a validade da revista pessoal realizada por agentes de segurança privada da casa noturna.

Sobre o tema, já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. ILICITUDE DA PROVA. REVISTA PES-

Acesso ao Sumário

SOAL REALIZADA NO AGENTE POR INTEGRANTES DA SEGURANÇA PRIVADA DA COMPANHIA PAULISTA DE TRENS METROPOLITANOS - CPTM. IMPOSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, ante as alegações expostas na inicial, afigura-se razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal. Não é cabível a utilização do habeas corpus como substitutivo do meio processual adequado. 2. Discute-se nos autos a validade da revista pessoal realizada por agente de segurança privada da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos - CPTM. 3. Segundo a Constituição Federal - CF e o Código de Processo Penal - CPP somente as autoridades judiciais, policiais ou seus agentes, estão autorizados a realizarem a busca domiciliar ou pessoal. 4. Habeas corpus não conhecido. Todavia, concedida a ordem, de ofício, para absolver o paciente, com fulcro no art. 386, inciso II, do CPP. (HC n. 470.937/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 4/6/2019, DJe de 17/6/2019.)

Na linha do precedente supracitado, *"o agente objeto da revista pessoal não tinha a obrigação de sujeitar- se à mesma, ante a inexistência de disposição legal autorizadora desse ato pelos integrantes da segurança da CPTM. De outra parte, esses agentes de segurança não podem sequer serem equiparados a guardas municipais, porquanto são empregados de uma sociedade de economia mista operadora de transporte ferroviário no Estado de São Paulo, sendo regidos, portanto, pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT."*

No caso em análise, verifica-se que os apelantes não estavam obrigados a se sujeitar à revista pessoal pelos agentes de segurança particular, longe de serem equiparados a policiais ou guardas civis municipais, ante ausência de norma legal.

O policial militar José Batista da Silva, de seu turno, afirmou que foi acionado pelos seguranças da casa noturna e lá chegando constatou que os dois jovens haviam sido detidos, sendo que os seguranças afirmaram que eles estariam traficando e furtando dentro do local.

Pese eventual boa-fé dos seguranças particulares, eles detiveram os apelantes e chamaram as vítimas para que os reconhecessem.

A descoberta *a posteriori* de uma situação de flagrante não justifica a ação de agentes de segurança particular, de maneira que a busca pessoal desbordou do aceitável por ter sido realizada por cidadãos comuns, razão pela qual não tem eficácia probatória a prova obtida ilicitamente, por meio de violação de norma constitucional a fragilizar e frustrar o direito à intimidade.

Assim, postos os fatos, verifica-se manifesta ilegalidade, e, como decor-

Acesso ao Sumário

rência da proibição das provas ilícitas por derivação (art. 5º, LVI - CF), é nula a prova derivada de conduta ilícita, pois evidente o nexo causal entre uma e outra condutas, é dizer, entre a busca pessoal (permeada de ilicitude) e a apreensão das correntes subtraídas, impondo-se a absolvição dos apelantes por ausência de prova da materialidade do crime a eles imputado.

Destarte, no específico caso dos autos e consideradas suas peculiaridades, é de se acolher a preliminar arguida pela defesa para reconhecer a ilicitude das provas recolhidas na busca pessoal em questão.

Em decorrência, porque a apreensão dos bens subtraídos em poder dos apelantes e posterior reconhecimento efetuado pelas vítimas, ao que se depreende dos elementos dos autos, exclusivamente por conta do ato reputado irregular (busca pessoal), tratando-se assim de prova imprestável, imperiosa é a decretação da absolvição do apelante com fulcro no art. 386, inciso II, do CPP (não haver prova da existência do fato), já que ausente prova da materialidade, prejudicada, assim, a análise do mérito recursal.

Ante o exposto, acolhe-se a preliminar arguida para se reconhecer a nulidade das provas, decretando-se, em seguida, a absolvição de Júlia Momesso Coelho e Antônio Carlos Ramos Barbosa Júnior, com fulcro no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal. Expeçam-se alvarás de soltura clausulado em favor de Júlia Momesso Coelho e Antônio Carlos Ramos Barbosa Júnior se por AL não estiverem presos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500343-54.2021.8.26.0593, da Comarca de Marília, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado MARCELO PEREIRA.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso para condenar o Réu às penas de 07 (sete) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 700 (setecentos) dias-multa, calculados no mínimo legal, pela acusação do crime de tráfico de drogas (artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/06). Expeça-se de imediato mandado de prisão. V.U. Usou da palavra o Exmo. Procurador de Justiça, dr. Walter Tebet Filho. Sustentou oralmente o defensor dr. Bruno Martinelli Scrignoli", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.215)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FARTO SALLES (Presidente) e EDUARDO ABDALLA.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 24 de agosto de 2023.
ZORZI ROCHA, Relator

Ementa: Apelação. Crime de tráfico de drogas. Absolvição na origem. Materialidade e autoria demonstradas. Regularidade probatória. Fixação da sanção penal. Provimento ao recurso.

Adotado o relatório já existente (fls.233/236), acrescenta-se que se trata agora de apelação do Ministério Público da sentença de fls.233/240 na qual o Réu foi absolvido - com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal - da acusação do crime de tráfico de drogas (artigo 33, *"caput"*, do Código Penal), pretendendo a condenação nos termos da denúncia (fls.273/283).

O recurso foi regularmente processado, com resposta do Réu por seu não provimento (fls.287/291).

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não provimento do recurso (fls.304/308).

É o relatório.

Convincente o recurso.

A prova oral produzida está inserida por gravação audiovisual no processo digital.

A materialidade delitiva, à luz do artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/06, ficou comprovada por meio do: ***1.*** auto de exibição e apreensão (fls.22); ***2.*** auto de constatação prévia de entorpecente (fls.26/28); ***3.*** laudo de exame químico-toxicológico (fls.111/115) que apontou resultado positivo para: ***a.*** 101,09g de maconha, acondicionados em 48 invólucros plásticos; ***b.*** 12,61g de cocaína na forma de "crack", acondicionados em 02 invólucros plásticos.

Foi equivocado o acolhimento da surrada e estrábica preliminar de irregularidade da prisão em flagrante.

Ocorre que: ***1.*** como sabido por qualquer jejuno, trata-se de crime permanente e, portanto, a prisão em flagrante é possível a qualquer tempo e a qualquer modo (artigo 5°, inciso XI, da Constituição Federal, e artigo 303 do Código de Processo Penal); ***2.*** o Réu foi abordado em circunstância específica, pois estava sozinho na residência de pessoa procurada pela justiça, motivo pela qual foi necessária a entrada para dar integral cumprimento ao mandado; ***3.*** a entrada dos investigadores no interior do imóvel foi franqueada pelo Réu, tratando-se de imóvel que evidentemente não era utilizado como habitação permanente, considerando-se que havia apenas um sofá; ***4.*** a diligência resultou na apreensão

Acesso ao Sumário

do entorpecente escondidos naquele sofá.

E mais, em se tratando de tese de eventual vício na prisão em flagrante, sua repercussão seria tão somente limitada à questão da prisão, sabido que na fase extrajudicial não existe nulidade porque não há atos processuais e, portanto, não há formalidade a ser resguardada.

Para não pairar dúvida e tentar fazer fim a alegações infundadas, acresça que é inviável falar em ilegalidade da prisão em flagrante - e, por consequência, em eventual ilicitude da prova - porque, como é cediço por qualquer jejuno, qualquer pessoa do povo pode efetuar a prisão em situações dessa natureza, conforme previsão legal do artigo 301 do Código de Processo Penal. Há legalidade e legitimidade plenas na abordagem e prisão daquele que está em situação de flagrância nos termos do artigo 302 do Código de Processo Penal, bem como os atos dele decorrentes - como busca e apreensão de coisas (artigo 6°, incisos II e III, do Código de Processo Penal) -, ainda mais - repita-se - quando se trata de crime permanente como aqui (artigo 303 do Código de Processo Penal), como já pontuou, em caso análogo, o Superior Tribunal de Justiça (HC n° 614.078-SP, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., j. em 03.11.2020): "3. O entendimento deste Superior Tribunal de Justiça é sentido de que o crime de posse de arma é do tipo permanente, cuja consumação se protrai no tempo, o qual não se exige a apresentação de mandado de busca e apreensão para o ingresso na residência do acusado, quando se tem por objetivo fazer cessar a atividade criminosa, dada a situação de flagrância, inclusive no período noturno, independente de mandado judicial, e desde que haja fundada razão da existência do crime (AgRg no AREsp 1.353.606/DF, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 03/12/2019, DJe 13/12/2019). 4. Diante da fundada suspeita de que o paciente teria sido o autor de roubo armado ocorrido no dia anterior (16 horas antes), visto que identificado pela vítima em reconhecimento fotográfico, sua fuga, ao avistar a aproximação da autoridade policial, entrando em sua casa e se evadindo pela janela em direção à mata, gera legitimamente a presunção de que a arma utilizada no crime poderia se encontrar na residência, o que autoriza a busca domiciliar sem prévio mandado judicial. O fato de não ter sido encontrada a arma, mas, sim, entorpecentes em quantidade significativa (100 microtubos plásticos com cocaína, totalizando 433,8g da substância) constitui descoberta fortuita que não retira a legitimidade da situação de flagrância que ensejou a entrada dos policiais na residência".

Pesem, embora, outras decisões de Tribunais Superiores, em equivocada interpretação jurídica, baseada em viés nominado liberal (que, em verdade, é unilateral, olvidando que a relação criminal - não processual, frise-se - engloba, no pólo passivo, a vítima da ilícita ação, pessoa ou entidade pública) e contra regra expressa e literal do artigo 5°, inciso XI, da Constituição Federal, admitir aqui a exigência de qualquer diligência prévia, de caráter preparatório, para a efetivação de prisão em flagrante é criar, via jurisprudência (e, portanto, fora

Acesso ao Sumário

do contexto legislativo natural e esperado), norma restritiva e de interpretação negativa de cláusula pétrea, situação - repita-se - sabidamente não admitida.

Não tem mínimo cabimento sustentar que se trata de proteção à intimidade por proteção indireta à propriedade. Ora, a mesma Constituição Federal, em seu artigo 170, inciso III, e artigo 182, § 2°, garante o direito à propriedade, mas com respeito à sua função social, e a exigência daquela obrigatória justificativa prévia para ingresso permitiria fazer da casa valhacouto à prática de crimes sob a proteção do Poder Judiciário, o que foge à mínima racionalidade do texto constitucional. E mais, se, em casos extremos, houver violação à intimidade (pela indevida "invasão" - o que por evidente aqui não ocorre, já que havia crime permanente em prática!), o mesmo texto constitucional garante a reparação material e moral do dano causado (artigo 5°, inciso X), lembrando que, em paralelo, se tentar obstar manifestação de pensamento é censura, muito mais é a tentativa de bloquear a ação dos agentes do Estado para a repressão diante de uma situação de crime!

Não foi por outro motivo, e tentando por pá-de-cal no tema, que o Supremo Tribunal Federal, em recente decisão, ***determinou*** cumprimento e respeito a seu tema 280 de Repercussão Geral (RE n° 1.447.939-SP, rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 16.08.2023, destaques constantes do original):

> "Assim, pelo que se tem nos autos, não há comprovação de ilegalidade na ação dos policiais militares, pois as razões para o ingresso no domicílio foram devidamente justificadas, o ingresso autorizado e resultaram em apreensão de drogas ilícitas.
>
> 10. Pelo exposto, **dou provimento ao presente recurso extraordinário, para cassar o acórdão proferido pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça no Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 596.705/SP, considerando válidas as provas obtidas na prisão em flagrante dos recorridos, e que deram origem à Ação Penal n. 1512543- 92.2019.8.26.0228/SP, da Vigésima Sétima Vara Criminal da comarca de São Paulo/SP** (§ 2º do art. 21 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).
>
> **Oficie-se, com urgência, ao Ministro Rogerio Schietti Cruz, do Superior Tribunal de Justiça, Relator do Habeas Corpus n. 596.705/SP, ao Desembargador Costabile e Solimene, do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator da Apelação Criminal n. 1512543-92.2019.8.26.0228/SP, e ao juízo da Vigésima Sétima Vara Criminal da comarca de São Paulo/SP (Ação Penal n. 1512543-92.2019.8.26.0228/SP), para tomarem ciência desta decisão".**

Com tais considerações, a autoria é inequívoca.

O Réu ficou silente quando interrogado na fase administrativa (fls.07) e negou o fato em Juízo, dizendo, em síntese, que foi ao imóvel apenas para fazer uma limpeza, mas resolveu pernoitar no local.

Acesso ao Sumário

A versão fática do Réu não merece a mínima credibilidade e, em casos tais, não deve ser levada em consideração, como já reconheceu esta Corte (Ap. n° 0000452-35.2015.8.26.0535, rel. Des. Luís Soares de Mello, 4ª Câm., j. em 27.09.2016):

> "Aceitar-se sua versão, diante de tantas e tamanhas evidências em sentido reverso no processo, seria fechar os olhos a uma realidade manifesta e dar costas ao óbvio, em total e completo desapego às normas genéricas da verdade e de bom-senso, que emanam sem nenhuma dúvida dos autos.
>
> Nada obstante deva estar o julgador sempre atento e dedicado às teses defensórias, verdade é que há um momento em que as versões não podem ser aceitas, pelo óbvio manifesto que representam sua irrealidade.
>
> O julgador, então, que é e deve ser homem de bom-senso e com preocupação com a realidade ideal, pode e deve sempre afastar as teses sem qualquer cunho de razoabilidade, como aqui".

De outra parte, não pode o juiz deixar de raciocinar e decidir diante do mínimo razoável de lógica e de experiência comum, como também já afirmou esta Câmara (Ap. n° 0083357-34.2014.8.26.0050, rel. Des. José Raul Gavião de Almeida, j. em 21.09.2017):

> "Ressalte-se que o juiz não pode ignorar a realidade da vida ao decidir uma causa e aceitar fantasiosa situação retratada pelas partes. Aliás, o que normalmente sucede dispensa demonstração e a ocorrência do extraordinário deve ser convencida: *"Conforme já decidiu este Tribunal de Justiça, o costumeiro se presume e o anormal deve ser comprovado"* (Agravo de Instrumento n° 85.846-5/0; Apelação Criminal n° 1.016.906-3/0)".

Por outro lado, os policiais Danilo e Pedro, inquiridos na fase administrativa (fls.05 e 06) e em Juízo, relataram, em síntese, que: ***1.*** realizaram diligência para dar cumprimento a mandado de prisão em nome de Luan, dirigindo-se a seu endereço; ***2.*** no local, foram recebidos pelo Réu o qual disse não conhecer Luan, estando sozinho naquela casa, franqueando a entrada à equipe policial; ***3.*** havia apenas um sofá na sala, havendo um rasgo no qual estavam escondidas as drogas apreendidas; ***4.*** também foi encontrada, no chão da residência, pequena quantia em dinheiro.

Note-se, quanto à credibilidade dos testemunhos policiais, que não há restrições legais para que prestem depoimento, mediante compromisso, sobre seus atos de ofício, e nada há de concreto a indicar a existência de qualquer espécie de motivação para indevidamente prejudicar o Apelante, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (HC n° 149.540-SP, rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T., j. em 12.04.2011):

> "2. Os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor

Acesso ao Sumário

sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções, revestindo-se tais depoimentos de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal".

O depoimento de policial que cumpre sua missão na repressão dos crimes, é, portanto, tão válido como qualquer outro, e a circunstância de ser testemunha não afeta positiva ou negativamente o valor probatório de seu relato.

A Defesa não produziu prova mínima que pudesse infirmar a narrativa dos policiais que prenderam o Réu em flagrante, tendo em depósito porções individuais de entorpecentes variados, prontas para o rápido comércio.

Assim, pelas circunstâncias do fato, pela natureza, quantidade, variedade e forma de acondicionamento das drogas apreendidas, pela ausência de demonstração inequívoca de ocupação lícita, ficou provado que o Apelante é traficante de drogas, tendo em depósito considerável quantidade de maconha e cocaína, dedicando-se ao nefasto comércio ilegal, possibilitando e promovendo meios de propagação e venda dessas substâncias. A condenação do Apelante pelo crime de tráfico de drogas (artigo 33, *"caput"*, da Lei nº 11.343/06) é medida de rigor.

Passa-se à quantificação da sanção penal.

Em primeira etapa da quantificação, com fundamento no artigo 59 do Código Penal, destacam-se os maus antecedentes (Proc. nº 0010106-52.2006.8.26.0344 – 1ª Vara Criminal de Marília – fls.176), e, com fundamento no artigo 42 da Lei Especial, também se destaca a natureza de um dos entorpecentes apreendidos consigo (cocaína na forma de *"crack"*, substância de reconhecido potencial tóxico), tudo autorizando a fixação da pena-base em 1/5 (um quinto) acima do patamar mínimo, perfazendo o montante de 06 (seis) anos de reclusão, e 600 (seiscentos) dias-multa, calculados no mínimo legal.

Em segunda etapa da quantificação, considerando a reincidência comprovada (Proc. nº 0001592-90.2013.8.26.0627 – fls.181), agravam-se as penas em 1/6 (um sexto), perfazendo o montante de 07 (sete) anos de reclusão, e 700 (setecentos) dias-multa, calculados no mínimo legal.

Não há que se falar em aplicação do redutor especial, pois o Réu é reincidente (fls.181), o que obsta, por vedação legal, a incidência da benesse, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (HC n° 395.081- PE, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., j. em 21.09.2017): "Na etapa derradeira, impossível o acolhimento da pretensão da defesa, tendo em vista a reincidência do paciente, a qual afasta a aplicação do redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006".

O regime prisional fixado para o início do cumprimento da reprimenda deve ser o fechado, seja pela gravidade e hediondez do crime, seja pela reincidência do Réu (fls.181), nos termos do artigo 33, § 3°, do Código Penal, como,

aliás, já decidiu o: ***1.*** Superior Tribunal de Justiça (HC n° 622.512-SP, rel. Min. Laurita Vaz, 6ª T., j. em 10.08.2021: "4. Ademais, o Paciente é reincidente e o Superior Tribunal de Justiça tem firme entendimento de que a prática anterior de delitos pelo agente indica a configuração da cautelaridade necessária para a validade da medida processual mais grave, notadamente em razão da necessidade de se resguardar a ordem pública"; ***2.*** Supremo Tribunal Federal (Recurso Ordinário em Habeas Corpus n° 134.829- RJ, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª T., j. em 28.03.2017): "RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. REINCIDÊNCIA. REGIME FECHADO. IMPOSIÇÃO LEGAL. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO REITERADA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO ORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. I – O art. 33, § 2°, do Código Penal, impõe o regime fechado para o início do cumprimento da pena imposta ao condenado reincidente, pois a reincidência tem o condão de afastar a aplicação dos regimes mais benéficos (semiaberto e aberto)".

Por fim, seja em face da inadequada absolvição do Réu (ora corrigida pelo provimento ao recurso do Ministério Público), seja pela necessidade de se assegurar a paz pública (na qual se embutem, tanto a garantia da ordem pública, quanto a asseguração da efetiva aplicação da lei penal), seja pela regra específica do artigo 59 da Lei n° 11.343/06, e especialmente pela situação fática concreta (Réu preso em flagrante, tendo depósito diversas porções individuais de maconha, e principalmente de *"crack"*, substância de reconhecido potencial tóxico, causadora de nefastos problemas ao meio social; ***Réu com maus antecedentes e reincidente***), sabendo-se também que eventuais recursos, desta fase em diante, têm cabimento restrito e sem efeito suspensivo, como, aliás, já reconheceu o Superior Tribunal de Justiça (HC n° 430.896-SP, rel. Min. Félix Fischer, 5ª T., j. em 02.08.2018 – "III - Os recursos às instâncias superiores carecem de efeito suspensivo e a execução provisória da pena é consectário lógico do esgotamento da jurisdição das instâncias ordinárias, não necessitando de fundamentação a determinação do cumprimento provisório da pena fixada"), ***DECRETA-SE A PRISÃO PREVENTIVA DO RÉU*** de acordo com a situação fática suso exposta (destacado que ***NÃO SE TRATA, PORTANTO, DE PRISÃO AUTOMÁTICA PELO JULGAMENTO EM SEGUNDA INSTÂNCIA***, fiquem os desavisados bem alertados e cientes disso!!!!!!), ***com fundamento no artigo 387 § 1°, c/c artigo 312, ambos do Código de Processo Penal, com a imediata expedição de mandado de prisão.***

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para condenar o Réu às penas de 07 (sete) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 700 (setecentos) dias-multa, calculados no mínimo legal, pela acusação do crime de tráfico de drogas (artigo 33, *"caput"*, da Lei nº 11.343/06).

Acesso ao Sumário

Expeça-se de imediato mandado de prisão.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2123517-08.2023.8.26.0000, da Comarca de Porangaba, em que são impetrantes GLAUTER FORTUNATO DIAS DEL NERO, CAIO MENDONÇA RIBEIRO FAVARETTO, MARINA HELENA DE AGUIAR GOMES, LUCA PADOVAN CONSIGLIO, FELIPE MANSUR LOPES COSTA e MAITHÊ BARBOSA GAIGHER SILVA e Paciente HARALDO GARCIA ESTEVAM.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U. Sustentou oralmente o Exmo. Advogado Dr. Caio Mendonça Ribeiro Favaretto; fez uso da palavra o Exmo. Procurador de Justiça Dr. Alfonso Presti.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.809)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WILLIAN CAMPOS (Presidente) e CHRISTIANO JORGE.

São Paulo, 28 de junho de 2023.

GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI, Relatora

Ementa: HABEAS CORPUS. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA, POR DUAS VEZES, VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO QUALIFICADA E PERSEGUIÇÃO CIRCUNSTANCIADA, COM MENOSPREZO OU DISCRIMINAÇÃO À CONDIÇÃO DE MULHER E EM CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. NULIDADE DO FLAGRANTE POR TER SIDO EFETIVADO POR GUARDAS CIVIS. AFASTAMENTO. Ação dos guardas municipais que culminou na prisão em flagrante do paciente está legalmente autorizada. A Lei nº 11.340/2006 adota entre suas diretrizes de política pública "a integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação", bem como "a capacitação permanente

Acesso ao Sumário

das Polícias Civil e Militar, da Guarda Municipal, do Corpo de Bombeiros e dos profissionais pertencentes aos órgãos e às áreas enunciados no inciso I quanto às questões de gênero e de raça ou etnia", visando a coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 8º, incisos I e VII). Não bastasse, as guardas municipais, como órgãos integrantes o Sistema Único de Segurança Pública (Lei nº 13675/2018, art. 9º), deverão prestar assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar quando necessário (Lei nº 11.340/2006, art. 9º). Nulidade afastada.

REVOGAÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. IMPOSSIBILIDADE. Presença dos requisitos e pressupostos da prisão processual. Medida necessária a assegurar execução de medidas protetivas de urgência, já descumpridas pelo paciente, que mesmo delas ciente, insiste em perseguir a vítima, inclusive com violação de domicílio. Elementos concretos indicativos de que a soltura do paciente colocará em risco a integridade física e psíquica da vítima. Insuficiência de imposição de medidas cautelares diversas, pois os fatos ocorreram pouco depois da concessão das protetivas (CPP, art. 319). Desproporcionalidade não aferível em sede de habeas corpus, dada a impossibilidade de promover-se juízo antecipatório de mérito.

Ordem denegada.

VOTO

Os ilustres advogados **GLAUTER FORTUNATO DIAS DEL NERO, CAIO MENDONÇA RIBEIRO FAVARETTO, MARINA HELENA DE AGUIAR GOMES, LUCA PADOVAN CONSIGLIO, FELIPE MANSUR LOPES COSTA** e **MAITHÊ BARBOSA GAIGHER SILVA** impetram o presente *writ* de *habeas corpus* repressivo, com pedido de liminar, em favor de **HARALDO GARCIA ESTEVAM**, alegando constrangimento ilegal por parte do MM. JUIZ DE DIREITO PLANTONISTA DA 22ª CIRCUNSCRIÇÃO JUDICIÁRIA ITAPETININGA, que converteu a prisão flagrancial do paciente em preventiva, na ação penal de nº 1500892-62.2023.8.26.0571, em que o paciente foi denunciado pela prática, em tese, dos crimes previstos no artigo 24-A da Lei 11.340/2006 (descumprimento de medida protetiva, por duas vezes), artigo 150,

Acesso ao Sumário

§ 1º (violação de domicílio qualificada), e artigo 147 A, § 1º, inciso II (perseguição circunstanciada), c.c. o § 2º A, inciso II, do artigo 121 (com menosprezo ou discriminação à condição de mulher), na forma do artigo 69 (concurso material), todos do Código Penal.

Pleiteiam, liminarmente e ao final, a revogação da prisão preventiva do paciente, ainda que com imposição de medidas cautelares diversas, ou substituição pela prisão domiciliar. Arguem a nulidade da prisão em flagrante do paciente, efetivada por guardas municipais, que não exercem atividade de segurança pública ou investigativa. No mérito, alegam ausência dos requisitos da prisão cautelar e presença dos da liberdade provisória. Sustentam que a decisão que manteve a prisão preventiva do paciente carece de fundamentação idônea, haja vista que a gravidade abstrata dos delitos e a suposta sensação de impunidade da sociedade não são suficientes a embasar a prisão cautelar, que é medida excepcional, aplicável apenas se incabível a aplicação de outras medidas de contracautela. Argumentam que o descumprimento de medida protetiva não acarreta automaticamente a decretação da prisão cautelar, que é medida desproporcional no caso em foco, visto que o paciente, caso condenado, fara jus à fixação de regime diverso do fechado (fls. 1/17).

A liminar foi indeferida (fls. 102/105), prestadas as informações de praxe (fls. 108/215).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em respeitável parecer lançado nos autos, opinou pela denegação da ordem (fls. 218/225).

É o relatório.

Pelo que consta dos autos digitais do processo de origem e dos documentos juntados neste feito, o paciente foi preso em flagrante delito em 19.05.2023 (fls. 1, daqui para frente, sempre dos autos digitais do processo de origem) e, no dia seguinte, teve a prisão flagrancial convertida em preventiva, para a garantia da ordem pública, da instrução criminal, da aplicação da lei penal e da execução das medidas protetivas de urgência anteriormente impostas (fls. 65/68).

Acesso ao Sumário

Foi denunciado pela prática dos crimes previstos nos artigos 24-A (por duas vezes) da Lei 11.340/2006, art. 150, § 1º, e 147 A, § 1º, inciso II, c.c. o § 2º A, inciso II, do artigo 121, na forma do artigo 69 (concurso material), todos do Código Penal.

Isso porque, em tese, **(i)** no dia 19 de maio de 2023, entre 01h35min e 6h00min, na Rua ..., n. ..., centro, Guareí, comarca de Porangaba/SP, o paciente Haraldo Garcia Estevan, no âmbito doméstico e familiar, descumpriu decisão judicial (duas vezes) que deferiu medidas protetivas de urgência em favor de C. do C. S. R., nos autos de n. 1500660-62.2023.8.26.0470; **(ii)** nas mesmas condições de tempo e local acima descritas, entrou e permaneceu, à noite, clandestina ou astuciosamente, contra a vontade expressa ou tácita de C. do C.; **(iii)** nas

mesmas condições de tempo e local acima descritas, Haraldo, reiteradamente, ameaçou a integridade física ou psicológica da vítima, restringiu-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadiu ou perturbou sua esfera de liberdade ou privacidade (fls. 138/142).

Pois bem.

Não há ilegalidade passível de correção na prisão preventiva do paciente.

De proêmio, não é caso de acolhimento, ao menos nesta estreita via de cognição do *mandamus*, da arguição de ilicitude dos elementos de prova colhidos quando da prisão em flagrante delito, por suposto desvio da atribuição de polícia pela Guarda Civil Municipal.

Com efeito, não obstante o disposto no artigo 144, § 8º, da Constituição Federal, certo é que, à luz do artigo 301 do Código de Processo Penal, qualquer do povo poderá prender quem seja encontrado em flagrante delito, norma que não é afastada em virtude da condição do agente, qualquer que seja. A única distinção contida no dispositivo em questão diz respeito às autoridades policiais e seus agentes, que *deverão*, ao passo que todos os demais cidadãos *poderão*, agir nessas situações; no mais, em se tratando de agentes públicos, há de se presumir – ainda que de forma relativa – que os atos por si praticados gozam de idoneidade. Sobre a matéria, remete-se ao entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> *"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. INADMISSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. GUARDA MUNICIPAL. NULIDADE DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO. NÃO OCORRÊNCIA. BUSCA PESSOAL E DOMICILIAR. PROVA ILÍCITA. INEXISTÊNCIA. CRIME PERMANENTE. PARECER ACOLHIDO. 1. (...) 2. Na hipótese dos autos, não há falar em nulidade da sentença e do acórdão sob a alegação de irregularidade na prisão em flagrante, visto que os integrantes da Guarda Municipal flagraram o paciente, em via pública, na posse de entorpecentes destinados à mercancia, estando suas condutas amparadas pelo art. 301 do Código de Processo Penal, segundo o qual qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito. 3. Apesar das atribuições previstas no art. 144, § 8º, da Constituição Federal, se qualquer pessoa do povo pode prender quem quer que esteja em situação de flagrância, não se pode proibir o guarda municipal de efetuar tal prisão. 4. Em razão do caráter permanente do tráfico de drogas, cuja consumação se prolonga no tempo, a revista pessoal ou domiciliar que ocasionou a prisão em flagrante,*

Acesso ao Sumário

não representa prova ilícita" (STJ, 6ª Turma, HC 286.546/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julg. em 22.09.2015);

Em segundo lugar, observa-se que a Lei nº 13.022/2014 (Estatuto das Guardas Municipais), que regulamentou o artigo 144, § 8º, da Constituição Federal, previu, em seu artigo 2º, inciso III, como um dos princípios de atuação das guardas municipais o do *patrulhamento preventivo* e incluiu, em seu artigo 5º, entre as competências das guardas municipais, *"prevenir e inibir, pela presença e vigilância, bem como coibir, infrações penais ou administrativas e atos infracionais que atentem contra os bens, serviços e instalações municipais" (inciso II); "atuar, preventiva e permanentemente, no território do Município, para a proteção sistêmica da população que utiliza os bens, serviços e instalações municipais" (inciso III); e "encaminhar ao delegado de polícia, diante de flagrante delito, o autor da infração, preservando o local do crime, quando possível e sempre que necessário"* (inciso XIV) (destaquei).

Não se está a reconhecer o policiamento ostensivo das guardas municipais, mas sim a atribuição de funções essenciais à proteção da população local, bem como de bens, serviços e instalações, podendo ocorrer que, durante o patrulhamento preventivo, destinado à salvaguarda dos sobreditos bens jurídicos, o agente municipal depare-se com situação de flagrante delito, ou, ainda, que diante de *notitia criminis*, envolvendo qualquer dos bens jurídicos mencionados, proceda à atividade de vigilância no local indicado para se certificar de sua veracidade, como *in casu*, hipóteses nas quais, de modo nenhum, estaria desautorizado a agir.

Ademais, especificamente quanto aos crimes que envolvem violência doméstica e familiar contra mulher, não se pode perder de vista que a Lei nº 11.340/2006 adota entre suas diretrizes de política pública *"a integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação", bem como "a capacitação permanente das Polícias Civil e Militar, da Guarda Municipal, do Corpo de Bombeiros e dos profissionais pertencentes aos órgãos e às áreas enunciados no inciso I quanto às questões de gênero e de raça ou etnia"*, visando a coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 8º, incisos I e VII). Não bastasse, as guardas municipais, como órgãos integrantes o Sistema Único de Segurança Pública (Lei nº 13675/2018, art. 9º), deverão prestar assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar quando necessário (Lei nº 11.340/2006, art. 9º).

Assim, tem-se que a ação dos guardas municipais que culminou na prisão flagrancial do paciente foi efetivada em cumprimento a dever legalmente imposto, não havendo se cogitar em ilegalidade.

Por outro lado, é certo que as respeitáveis decisões de primeiro grau con-

cernentes à conversão da prisão flagrancial em preventiva e à manutenção desta (fls. 67/68 e 150/152) estão satisfatoriamente fundamentadas (CF, art. 93, IX), inclusive quanto à necessidade *concreta* da prisão processual (CPP, art. 315), tendo em vista não só a gravidade dos crimes imputados (descumprimento de medida protetiva, por duas vezes, violação de domicílio qualificada e perseguição circunstanciada), mas também o risco que a liberdade de locomoção do paciente traz à efetividade da persecução penal e, sobretudo, à vítima.

Do exame dos autos, verifica-se que a prisão preventiva é **cabível** *in casu* (CPP, art. 313, I e III; e Lei nº 11.340/06, art. 20), por envolver crime praticado no contexto de violência doméstica contra mulher e descumprimento de medida protetiva de urgência anteriormente decretada, bem como por se tratar de imputação da prática de crimes dolosos cujas penas máximas somadas superam o limite de quatro anos, embora prevista pena de reclusão apenas para o delito de violação de domicílio, o que não teria o condão de descaracterizar a hipótese-regra do artigo 313, inciso I, do Estatuto de Ritos Penais, mesmo porque não vislumbrada ofensa à homogeneidade, considerada a gravidade dos crimes (pontuada mais à frente) e que um dos crimes imputados ao paciente é apenado com reclusão.

E ainda que desconsiderada tal hipótese de admissibilidade da prisão preventiva (CPP, art. 313, inciso I), certo é que, *in casu*, remanesce outra hipótese (CPP, art. 313, inciso III), suficiente a justificar a análise da necessidade da prisão preventiva.

Por outro lado, a prisão preventiva do paciente configura-se medida **necessária**. Afinal, estão presentes os pressupostos e preenchidos os requisitos da custódia cautelar (CPP, art. 312, *caput*), haja vista que há prova da materialidade dos delitos e indícios suficientes de autoria. Trata-se de descumprimento de medida protetiva, violação de domicílio qualificada e perseguição circunstanciada, todos os delitos praticados em contexto de violência doméstica e menosprezo ou discriminação à condição de mulher (CP, art. 121, § 2º- A, inciso II), delitos que demandam especial tutela do Estado, razão pela qual o MM. Juiz de origem, em decisões devidamente fundamentadas, converteu a prisão flagrancial do paciente em preventiva e manteve esta, para garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal, para assegurar aplicação da lei penal e, mormente, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência anteriormente decretadas.

Ademais, a **gravidade concreta dos delitos** imputados ao paciente também justifica e legitima a manutenção da prisão cautelar. Segundo a imputação, foram concedidas, no juízo de origem, *"[...] medidas protetivas em favor da ofendida nos autos de n.1500660-62.2023.8.26.0470, no dia 1º de fevereiro de 2023 (fls. 14/15) e, desde então, o denunciado insiste em incomodar C.. No dia 19 de maio, por volta de 1h35min, HARALDO se deslocou à casa da ofendida e*

Acesso ao Sumário

passou a chamá-la insistentemente. Por volta de 6h00min, em razão da recusa de C. em atendê-lo, o denunciado escalou um muro, subiu no telhado da edícula do imóvel e caiu na piscina. Desesperada, a vítima acionou a guarda municipal que, já no local, juntamente com C. se deslocaram ao quintal da casa, deparando-se com HARALDO todo molhado, que deixou o local. Posteriormente, o denunciado, durante o trajeto da ofendida à academia, correu atrás dela dizendo "vamos conversar", momento que a guarda municipal chegou ao local e conduziu todos à delegacia de polícia, local [em] que foi lavrado o auto de prisão em flagrante" (fls. 138/142).

A propósito, conforme registrado pelo MM. Juiz *a quo*, havia medida anterior que foi descumprida pelo paciente (fls. 66), sobre a qual este declarou ter ciência em audiência de custódia (fls. 69 e mídia digital).

E conforme bem pontuado pelo Douto Procurador de Justiça, *"... o paciente ostenta registros processuais anteriores, além de outra ação penal em andamento (fls. 33/35, idem)"*, por fatos semelhantes, acrescente-se (fls. 213).

Outrossim, por se tratar, segundo consta dos autos, de crime praticado no contexto de violência contra mulher no âmbito doméstico e familiar, deve ser priorizada a integridade física e psicológica da suposta vítima, conforme buscou o legislador ao editar a Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha).

Diante de tal contexto, não se mostra recomendável a substituição da prisão cautelar por medidas de contracautela diversas do cárcere (CPP, art. 319).

Inadmissível se cogitar, ainda, da desproporcionalidade da custódia cautelar, haja vista que impossível promover, em sede de *habeas corpus*, juízo antecipatório de mérito, adentrando a análise acerca de eventual regime prisional e benefícios a serem impostos oportunamente, dentre outros. Nesse sentido já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> *"Não há falar em desproporcionalidade entre o decreto prisional preventivo e eventual condenação, tendo em vista ser inadmissível, em habeas corpus, a antecipação da quantidade de pena que eventualmente poderá ser imposta, menos ainda se o réu iniciará o resgate da reprimenda em regime diverso do fechado" (RHC 87493/RS Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, j. 07/12/2017, DJe 18.12.2017).*

Destarte, sob qualquer ótica que se analise a questão, não há na hipótese em testilha ilegalidade passível de correção por este remédio heroico.

Ante o exposto, pelo meu voto, **DENEGO A ORDEM.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2044161-61.2023.8.26.0000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que são impetrantes ANDRE PIRES DE ANDRADE KEHDI, FERNANDO GARDINALI CAETANO DIAS, PAULA NUNES DOS SANTOS, PALOMA DE MOURA SOUZA e MARIANA BOA SORTE FACCIN, Pacientes LUCAS FONSECA DO VALE, DIOGO DE BRITO BRUNO, MURILO CALADA PIRES CARNEIRO e RAUL CONRADO DA SILVA SANTOS.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Cassada a liminar, prosseguindo-se o inquérito sem qualquer restrição, DENEGARAM a ordem, comunicando-se. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.100)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO.

São Paulo, 29 de junho de 2023

ALCIDES MALOSSI JUNIOR, Relator

Ementa: PENAL. *"HABEAS CORPUS"*. DENÚNCIA ANÔNIMA. TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL. AUSÊNCIA DE EXCEPCIONALIDADE.

Pretendido o trancamento do inquérito policial por ausência de justa causa. Descabimento. Denúncia anônima detalhada, com indícios objetivos e circunstanciados, sugestivos de práticas criminosas. Necessidade de investigação facilmente perceptível. Requisição à autoridade com atribuições para tanto. Investigações, para apurações, que não constituem constrangimento. Inicial colheita de dados que justificam a manutenção do inquérito.

Ordem denegada, cassada a liminar.

VOTO

VISTO.

Trata-se de ação de ***"HABEAS CORPUS"*** (fls. 01/10), com pedido liminar, proposta pelos Drs. André Pires de Andrade Kehdi, Fernando Gardinanali Caetano Dias, Paloma de Moura Souza e Mariana Boa Sorte Faccin (Advoga-

Acesso ao Sumário

dos), em benefício de LUCAS FONSECA DO VALE e DIOGO DE BRITO BRUNO.

Os impetrantes, então, indicando a Juíza de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de São Bernardo do Campo como autoridade coatora, mencionam caracterizado constrangimento ilegal na decisão que não trancou o Inquérito Policial nº 1510847-75.2022.8.26.0564.

Narra a inicial que os **pacientes** são organizadores do evento cultural Batalha da *Matrix*, duelo de *MCs* que ocorre a cada terça-feira na praça da Matriz de São Bernardo do Campo. No final do ano passado, foram surpreendidos ao receberem intimação para prestarem depoimentos no referido inquérito, no qual são investigados o delito de "apologia às drogas" e a contravenção penal de perturbação do trabalho ou sossego alheio, supostamente praticados no dia 21.06.2022, durante o evento.

Alegam que a defesa, ao consultar os autos, notou que o inquérito foi instaurado única e exclusivamente com base em denúncia anônima, sem qualquer diligência prévia que pudesse respaldá-las minimamente e manifesta falta de justa causa das infrações apuradas.

Diante disso, a Defesa, então, explicou detalhadamente do que se trata a Batalha; narrou o histórico de conflitos sociais entre esse movimento e a prefeitura de São Bernardo do Campo, bem como demonstrou os vícios apontados a exigirem do Ministério Público o pedido de arquivamento do feito, ou do Juiz, na inação daquele, seu imediato trancamento, mediante concessão de *habeas corpus*. Instado a falar, o Ministério Público se manifestou pela continuidade das investigações e a magistrada acolheu o pedido e determinou o retorno dos autos à Delegacia para continuidade das investigações. Afirmam que é iminente nova intimação dos pacientes para serem constrangidos a depor.

Alegam nulidade da investigação por ter sido o inquérito instaurado a partir de denúncia anônima, sem qualquer diligência prévia. Sustentam que, no dia 13.07.2022, o Ministério Público recebeu denúncia anônima com dados pessoais completos e sigilosos dos pacientes, *prints* das redes sociais da Batalha Matrix e de seus frequentadores, e sugestão de que "*essa batalha no mínimo tem que ser transferida para local fechado*", mesma ideia encampada pela Prefeitura Municipal. O documento, então, foi distribuído à Promotoria de Justiça responsável no dia 14.08.2022 e, poucos dias depois, em 22.08.2022, foi encaminhado à Delegacia de Polícia, com requisição de instauração de inquérito, sem realização de qualquer diligência prévia. O Inquérito foi instaurado no dia 26.09.2022 e, posteriormente, no dia 26.10.2022, a Polícia juntou aos autos a Portaria de Instauração e a requisição oriunda do Ministério Público, com a denúncia anônima, afirmando que a primeira diligência de investigação ocorreu muito depois da instauração do inquérito.

Acesso ao Sumário

Sustentam que somente é possível instauração de caderno investigatório com base em denúncia apócrifa caso haja verificação prévia pelos órgãos públicos da mínima plausibilidade da imputação, sob pena de nulidade desde o início da apuração e ilicitude de tudo o que nela se produzir, sendo, inclusive, este o entendimento da jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Aduzem, também, falta de justa causa no crime de apologia às drogas, por inexistência de materialidade e autoria. Referem que o que existe relacionado ao tema são fotos de panfletos do movimento "Marcha da Maconha", pelo qual se defende a legalização da erva, o que não tem qualquer indicativo de que tenha sido organizado pelos pacientes, afirmando que, ainda que estivesse demonstrado vínculo de autoria, "*a realização de manifestações como essa é considerada legal e legítima pelo Supremo Tribunal Federal, em respeito aos direitos constitucionais da liberdade de manifestação do pensamento e do direito de reunião*" (fls. 11). Referem que, além da decisão vinculante da Suprema Corte, a falta de justa causa se demonstra, também, pela total impertinência dos elementos de informação com o objeto da investigação. Afirmam *"não obstante o objeto da investigação seja a Batalha do dia 21.06.2022 e, como consta no inquérito e reconhecido pelos pacientes, ela tenha ocorrido,* ***como todas as demais****, numa* ***terça-feira****, os elementos que amparam a suposta imputação de "apologia às drogas" são de manifestações que ocorreram em dois sábados (28.05.22 e 25.06.22), um deles inclusive anterior à data em que supostamente teria ocorrido sua divulgação!"* (fls. 13), argumentando que o mero fato de as duas manifestações sobre a legalização da maconha terem ocorrido no mesmo local da *Batalha da Matrix* (um dos principais locais públicos da cidade), não permite concluir que teriam relação com os pacientes, referindo que, na verdade, o que existe nos autos da investigação é demonstração de que, ao longo das divulgações dos eventos, a organização se preocupa em informar ao público sobre a importância da não utilização de drogas por parte dos frequentadores.

Sobre a autoria, argumentam que não há qualquer elemento de informação que possa minimamente vincular a suspeita de "apologia às drogas" a quaisquer dos pacientes, afirmando que, ainda que se considere que os anúncios da "marcha da maconha" possam se subsumir ao crime investigado, não há neles qualquer indicativo de que seriam organizados ou difundidos pelos pacientes.

Afirmam que foi juntada aos autos a foto de uma caixa de som, supostamente de propriedade de Lucas, o qual estaria efetuando apologia ao consumo de entorpecentes, referindo que, ser a caixa de suposta propriedade do paciente Lucas não o torna automaticamente responsável por qualquer manifestação por ela emitida.

Por fim, sobre a perturbação de sossego, alegam que não existem elementos mínimos sobre o barulho. Sustentam que o único elemento de informação sobre a suspeita de tal contravenção é um relatório da Guarda Civil de São

Acesso ao Sumário

Bernardo do Campo – Órgão que não possui atribuição investigativa – que menciona lavratura de autos de infração administrativa. Referem que *"mesmo que pudesse ser superada a inexistência de autorização legal par a que a Guarda Civil realizasse ato investigativo tendente a provar a prática de crime, não há nos autos qualquer menção sobre o procedimento adotado pelos agentes de segurança de patrimônio público para medição dos decibéis, como a distância das caixas de som"* (fls. 18), o que é imprescindível para a constatação de perturbação ao sossego, afirmando que houve anulação judicial das autuações administrativas relacionadas aos fatos, sustentando, ainda, que não existe qualquer prova testemunhal a respeito.

Pretendem, em síntese, a concessão da liminar para suspender o andamento do Inquérito Policial nº 1510847-75.2022.8.26.0564, até julgamento de mérito deste *writ*. No mérito, postulam o reconhecimento da ilegalidade da investigação desde o seu início e, assim, seja trancado o inquérito policial por **falta de justa causa** quanto à imputação de "apologia às drogas", por inexistência de elementos mínimos de materialidade e autoria. Ainda, seja determinado o trancamento do inquérito policial por falta de justa causa quanto à imputação de perturbação do sossego, por inexistência de elementos suficientes de materialidade e em razão da anulação judicial das autuações administrativas relacionadas aos fatos. Postulam a dispensa de informações, diante da juntada da íntegra dos autos e, por fim, intimação acerca da inclusão em pauta para julgamento, para sustentação oral.

Pedido de liminar parcialmente deferido "*para que os pacientes **não sejam formalmente indiciados** no inquérito policial objeto desta ação*" (fls. 347/359).

Houve oposição ao julgamento virtual (fls. 364).

Informações remetidas pela "autoridade coatora" (fls. 665/367).

A D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela **denegação** da ordem (fls. 371/385).

É o relatório.

A ordem deve ser denegada, cassando-se a liminar.

Manifestação do Ministério Público: "Fls.176/201: Trata-se de pedido formulado pelos investigados LUCAS FONSECA DO VALE e DIOGO DE BRITO BRUNO para o arquivamento do presente feito. Alternativamente, pugnam pela concessão de ordem de habeas corpus ex officio para o trancamento do presente inquérito policial. Acompanha documentação às fls.202 e seguintes.

O presente inquérito policial foi instaurado, após requerimento da 17ª Promotoria de Justiça de São Bernardo do Campo para apurar os fatos ocorridos no dia 21 de junho de 2022, nesta cidade e Comarca (fls.03/18).

Isto porque LUCAS FONSECA DO VALE e DIOGO DE BRITO BRU-

Acesso ao Sumário

NO teriam organizado, de forma estruturada, com intenção de fomentar, em público, ofensas contra o prefeito do município, Orlando Morando, ofendendo-o com palavras "safado" e "nazista", utilizando as redes sociais. Na mesma oportunidade, proferiu-se ofensas contra agentes da segurança pública, além de incitar a invasão dos prédios públicos com objetivo de protestos em sede de evento denominado "Batalha da Matriz".

Em que pese os argumentos retro lançados, é certo que o documento encaminhado pela Secretaria de Segurança Municipal às fls.159/166 noticia a ocorrência do evento social na Praça Municipal com o objetivo de defesa de entorpecentes e outras pautas de natureza política, cujas fotografias existentes nos autos demandam maior apuração acerca dos responsáveis e eventuais condutas criminosas ocorridas na ocasião.

Com efeito, "os direitos de reunião e greve são relativos, não podendo ser exercidos, em uma sociedade democrática, de maneira abusiva e atentatória à proteção dos direitos e liberdades dos demais, às exigências da saúde ou moralidade, da ordem pública, da segurança nacional, da segurança pública, da defesa da ordem e prevenção do crime, e do bem-estar da sociedade; como proclamam a Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas, em seu artigo 29; o art. 21 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; o art. 15 da Convenção Americana dos Direitos Humanos e a Convenção Europeia de Direitos Humanos, em seu artigo 11" (STF - Min. Alexandre de Moraes, RE 806.339). E ainda: Min. Celso de Mello, STF, ADPF 187.

Dito isto, as investigações ainda se encontram em andamento, o que inclui a oitiva dos investigados (fls.168 e 169).

Por esta razão, por ora, é inviável o arquivamento do inquérito policial sem que as diligências policiais tenham sido finalizadas. Não se está com a presente manifestação excluindo-se a "Batalha da Matriz" do posto que lhe cabe, como evento cultural legítimo. O que se pretende é que, uma vez instaurado o procedimento mediante regular requisição ministerial, este tenha seu curso finalizado, colhendo-se os elementos necessários para formação da convicção com a devida serenidade.

Inexiste, de outra toada, constrangimento ilegal passível de correção pela via do *writ*.

Vale destacar que o aprofundamento da situação examinada se torna inviável em análise de habeas corpus, posto que se trata de remédio constitucional para sanar nítidas ilegalidades, aferidas primo oculi.

A esse propósito: "O exame de provas é inadmissível no espectro processual do habeas corpus, ação constitucional que pressupõe para seu manejo uma ilegalidade ou abuso de poder tão flagrante que pode ser demonstrada de plano" (RHC 88.139/MG - Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJU: 17/11/2006).

Acesso ao Sumário

Portanto, de todo o exposto, o Ministério Público requer o indeferimento do pedido de fls.176/201 e aguarda o regular prosseguimento das investigações em solo policial, com a concessão de novo prazo à DD. Autoridade Policial. São Bernardo do Campo, 05 de dezembro de 2022" (fls. 301/303, dos Autos 1510847-75.2022.8.26.0564 grifo meu).

Decisão impugnada: "Vistos. Fls. 176/293: Acolho integralmente a manifestação do Ministério Público de fls. 301/303, que adoto como razão de decidir, e indefiro, neste momento, o pedido de arquivamento deste inquérito policial, não havendo, ainda, constrangimento ilegal passível de *habeas corpus*. No mais, remetam-se os autos à delegacia de origem, pelo prazo de 60 (sessenta) dias, para continuidade das investigações policiais e, com a vinda do relatório final da autoridade policial, tornem os autos ao Ministério Público. Int. São Bernardo do Campo, 09 de janeiro de 2023" (fls. 315, Autos 1510847-75.2022.8.26.0564).

Examinando as razões do presente *habeas corpus*, verifica-se a **pretensão de trancamento do inquérito policial** nº 1510847-75.2022.8.26.0564, instaurado em face dos **pacientes LUCAS FONSECA DO VALE** e **DIOGO DE BRITO BRUNO**, em que se busca apurar a prática das seguintes infrações penais: apologia de crime (artigo 287 do Código Penal); induzimento, instigação ou auxílio ao uso indevido de droga (artigo 33, §2º da Lei 11.343/06) e perturbação do trabalho ou sossego alheios (artigo 42 da Lei das Contravenções Penais).

Como é cediço, o trancamento de inquérito policial, procedimento investigatório criminal ou ação penal em sede de *habeas corpus* é medida excepcional, cabível somente quando evidenciada de modo flagrante e inequívoco a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a ausência de elementos indiciários demonstrativos de autoria e prova da materialidade.

No caso dos autos, os impetrantes almejam o trancamento do inquérito pois, em síntese, ele teria sido instaurado **a partir de denúncia apócrifa, sem qualquer diligência preliminar, e mediante ausência de elementos de justa causa.**

Acesso ao Sumário

Compulsando os autos, verifica-se que o procedimento se encontra na fase inquisitorial (fls. 338 destes autos), existindo diversos indícios de práticas criminosas que necessitam de maior dilação probatória.

Nesse viés, acolher as teses defensivas (fls. 11 e 16 destes autos) de que inexistem a materialidade e a autoria relacionadas às infrações penais em investigação, demandaria aprofundado revolvimento fático-probatório, procedimento vedado na via estreita do *habeas corpus*.

Vale ressaltar que a valoração de provas e condutas deve ser reservada para momento oportuno, após **eventual** desenvolvimento da instrução, afigu-

rando-se açodado pretender que isto seja levado a efeito em sede de *habeas corpus*.

Com efeito, o inquérito policial consiste, justamente, num conjunto de diligências cujo objetivo é identificar fontes de prova e colher elementos de informação que possam embasar eventual ação penal.

De mais a mais, após a conclusão das investigações, ainda existe a possibilidade de o Ministério Público propor, se assim convencido, o arquivamento do feito, o que reforça, uma vez mais, a temeridade do eventual trancamento nesse momento.

Interessante sempre ressaltar que se reclama de falta de investigações **prévias**, porém, o inquérito policial serve justamente para essas investigações, certamente para justificar, aí sim, providências mais efetivas, como eventual início de ação penal (ou mesmo arquivamento, por falta de elementos ou de "justa causa"). Obviamente que em uma Democracia, investigações policiais formais e registradas sempre serão preferíveis sobre investigações informais, sem registros, sendo que o inquérito serve, inclusive, de garantia, inibindo abusos, aos próprios investigados.

Como já dito alhures, o trancamento de inquérito ou ação por meio do *writ* é **medida de exceção, que só se justifica mediante cabal e inequívoca demonstração, de plano, da ausência de justa causa**. Para isso, seria necessária que, pelo simples exame da exposição do ocorrido, não se constatasse, de nenhum modo, indícios de ações criminosas. Entretanto, não é o que se vislumbra da análise dos autos, cujos **fatos** surgiram, pela própria inicial, inquestionáveis, dependendo, então, para verificação de eventuais ilícitos, justamente de mais aprofundada investigação.

Outrossim, o argumento defensivo de que o inquérito policial teria sido instaurado a partir de denúncia apócrifa, **sem diligência preliminar**, em outro ângulo de avaliação, pelo que acima já foi colocado, também não merece prosperar. Explico também aqui.

A *notitia criminis* inqualificada, ou "denúncia anônima" da hipótese dos autos (fls. 26/32 destes autos), encontra-se fortemente amparada por elementos que justificam o juízo de probabilidade da prática de infrações penais. Senão vejamos alguns exemplos: panfletos com incentivo ao uso de droga, com os seguintes dizeres: "comida, trabalho e maconha no vaso" (fls. 107 destes autos); foto de indivíduo utilizando amplificador de voz em aparente instigação do público para perturbação do sossego (fls. 119/121 destes autos); fotos de caixas de som posicionadas em praça pública (fls. 111/112 e 127/128 dos autos de origem); fotos sugestivas de comércio irregular de bebidas alcoólicas, inclusive com menores (fls. 125, 142 e 146 destes autos); foto com demonstração de quantidade expressiva de fumaça no local do evento, incomum a cigarros

Acesso ao Sumário

industrializados (fls. 140 dos autos de origem); foto de pessoa segurando cigarro artesanal (fls. 35 destes autos); fotos mostrando, aparentemente, pessoas consumindo droga (fls. 130/133 dos autos de origem); foto, proveniente de rede social, em que se ostenta produto cujo aspecto seria compatível com maconha, acompanhada da seguinte legenda (sic) *"aquele jogo la do Orkut, colheita feliz"* (fls. 37 destes autos); foto de convite para aula, a ser realizada na Praça da Matriz, sobre benefícios da maconha para pets (fls. 152 dos autos de origem); fotos indicativas de pessoas realizando manobras perigosas, em potencial risco a pedestres e ao piso da praça (fls. 139/141 destes autos); cópia de e-mail subscrito por Lucas Fonseca do Vale (fls. 22 dos autos de origem), sugerindo sua participação no evento, bem como fotos suas no local (fls. 88 dos autos de origem) e reportagem jornalística do programa televisivo "Bom Dia SP", com entrevista tanto de Lucas como de Diogo de Brito Bruno, corroborando a indicação de seus papeis na organização do movimento cultural (fls. 181/182 dos autos de origem), dentre outros.

Constatado esse panorama, a mera deficiência de signatário da denúncia certamente não tem o condão de impedir que a autoridade policial investigue o caso. Isso porque há um robusto lastro de indícios materiais objetivos, devidamente circunstanciados (fotos, documentos e narrativa condizente), de práticas potencialmente criminosas, o que sustenta o prosseguimento da investigação sem a necessidade de procedimentos *preliminares*.

Essa mesma posição foi defendida pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda que em data não recente, no julgamento do *Habeas Corpus* 93.421/RO, julgado pela 5ª Turma no dia 24/11/2008, sob o fundamento de que *"De acordo com a jurisprudência da Quinta Turma desta Corte,* ***não há ilegalidade na instauração de inquérito policial com base em investigações deflagradas por denúncia anônima, eis que a autoridade policial tem o dever de apurar a veracidade dos fatos alegados, desde que se proceda com a devida cautela****."* (destaquei). Acrescento, para deixar clara a situação, que denúncia anônima, no caso, *instruída* como acima colocado, é situação excepcional, que autoriza, efetivamente, melhores investigações em prol da Segurança Pública.

Não é demais acrescentar que impugnação contra investigação por parte da Guarda Municipal, no caso, não se justificaria, mesmo porque, quem tem atribuições para investigar, ou seja, a Polícia Civil, pelo acima colocado, assim está fazendo, não parecendo lógico impedir justamente o que se poderia reclamar do realizado por outra instituição.

Assim sendo, não há que se falar em *trancamento* do Inquérito Policial, pois legítima a medida.

Sem notícias de intenção de formal indiciamento, com necessidades claras de investigações e/ou esclarecimentos, com avaliação posterior, a critério da

Autoridade Policial, sobre responsabilidade penal por parte dos investigados, a partir das apurações então colhidas, o que não se poderia colocar como irregular ou ilegítimo, não há que se manter a liminar concedida, limitando o arbítrio da Autoridade Policial.

Diante de todo exposto, pelo meu voto, **cassada a liminar**, prosseguindo-se o inquérito sem qualquer restrição, **DENEGO a ordem, comunicando-se.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2102387-59.2023.8.26.0000, da Comarca de Barretos, em que são impetrantes JOSÉ CARLOS GAZETA DA COSTA JÚNIOR e JOÃO PEDRO GUIMARÃES NETO e Paciente ENILSON ROBERTO DA SILVA.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DENEGARAM A ORDEM DE "HABEAS CORPUS". V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.463)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e GRASSI NETO.

São Paulo, 29 de junho de 2023.

CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO, Relator

Ementa: "Habeas Corpus" – Dispensa de licitação fora das hipóteses legais – Pretensão ao trancamento da ação penal por atipicidade da conduta – Absolvição do paciente na ação de civil pública que apurava os mesmos fatos objetos da ação penal – Medida excepcional voltada às hipóteses de flagrante ilegalidade da conduta, inocência do agente ou presença de causa extintiva da punibilidade – Independência entre as instâncias penal, cível e administrativa – Improcedência da ação cível que não obsta o prosseguimento do processo criminal – Princípios e regras próprios – Precedentes – Ilegalidade não demonstrada de plano, tornando inviável o revolvimento de provas na estreita via do "habeas corpus" – Constrangimento ilegal não verificado – Ordem denegada.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de "Habeas Corpus", com pedido liminar, impetrado pelos advogados **José Carlos Gazeta da Costa Júnior e João Pedro Guimarães Neto** em favor do paciente **Enilson Roberto da Silva**, alegando constrangimento ilegal por parte do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Barretos.

Alegam, em síntese, que com base nos mesmos fatos, consistentes em supostas dispensas de licitação fora das hipóteses legais, foi oferecida denúncia criminal, bem como foi proposta ação civil pública em desfavor do paciente.

Afirmam que na esfera cível[1] ele foi absolvido definitivamente da prática de ato de improbidade administrativa, mas que a despeito disso, a ação penal[2] continua tramitando, a indicar a ocorrência de constrangimento ilegal.

Sustentam que os fatos já foram exaustivamente analisados pelo Juízo cível, quando então foi constatada a inexistência de qualquer irregularidade na atuação do paciente, tendo ainda ficado consignado que não houve comprovação de atuação dolosa da sua parte, e que as contratações objeto da denúncia não causaram prejuízo ao erário, o que tornaria a sua conduta atípica na esfera criminal.

Argumentam também que os feitos possuem absoluta identidade de objeto, devendo ser mantida a coerência entre as decisões, sob pena de violação à segurança jurídica.

Pretendem, portanto, a concessão da medida liminar para que seja determinada a suspensão do processo e da audiência de instrução, debates e julgamento designada para 10 de julho de 2023, até o julgamento do mérito do presente "writ"; no mérito pleiteiam a concessão da ordem para que esta Corte determine o trancamento da ação penal.

O pedido de liminar foi indeferido por este Relator em 04 de maio de 2023.

As informações foram prestadas pela autoridade apontada como coatora.

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela denegação da ordem.

Decorrido o prazo para que as partes se manifestassem acerca de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo 1º, da Resolução nº 549/2011, com redação estabelecida pela Resolução nº 772/2017, ambas do Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, houve expressa **OPOSIÇÃO** a essa forma de julgamento pelos impetrantes, que pretendem sustentar suas razões oralmente.

É o relatório.

1 Ação Civil Pública nº 1003426-77.2015.8.26.0066

2 Ação Penal nº 002747-94.2015.8.26.0066

Acesso ao Sumário

Extrai-se das informações prestadas pela autoridade apontada como coatora e da consulta aos autos de origem que o paciente foi denunciado pela suposta prática do crime previsto no artigo 89, "caput", da Lei nº. 8.666/1993, por três vezes na forma do artigo 71 do Código Penal, combinada como nova imputação do crime previsto no artigo 89, "caput", da Lei nº. 8.666/1993, por duas vezes, na forma do artigo 71 do Código Penal, tudo em concurso material.

Isso porque nos dias 15 e 23 de março e 07 de junho de 2011, na sede do Governo Municipal de Barretos, ele teria dispensado licitação fora das hipóteses previstas em lei na contratação da obra realizada para a reforma do prédio sede de Serviços Autônomos de Água e Esgoto de Barretos ("SAAEB").

Ainda, em 20 de maio e 15 de agosto de 2011, no mesmo local, teria dispensado licitação fora das hipóteses previstas em lei e deixado de observar as formalidades pertinentes à dispensa na contratação da fiscalização da obra realizada para a reforma do prédio sede de Serviços Autônomos de Água e Esgoto de Barretos ("SAAEB").

De acordo com a denúncia, o paciente, na qualidade de superintendente do "SAAEB", deliberou pela reforma do prédio sede, e para isso efetuou a contratação dos profissionais envolvidos na obra de forma fracionada, a fim de que os valores de cada uma delas não extrapolasse a quantia máxima que admite a dispensa do procedimento licitatório, qual seja R$15.000,00, a teor do artigo 24, inciso I, da Lei nº. 8.666/1993.

Consta que o fracionamento artificioso da obra ficou evidenciado pelo fato de as contratações terem sido feitas em datas próximas, todas no primeiro semestre de 2011 e por se tratarem do mesmo objeto (projeto básico) – o engenheiro Rogério Thomazatti de Oliveira foi contratado em 15 de março de 2011 para desenvolver o projeto básico do pavimento térreo, pela quantia de R$14.460,00, o engenheiro André Ponciano foi contratado em 23 de março para elaborar o projeto básico do refeitório e o estudo para o estacionamento, pela quantia de R$9.000, e o engenheiro Rogério Thomazatti foi novamente contratado em 07 de junho de 2011, para desenvolver o projeto básico destinado à adequação das instalações para o atendimento ao público no pavimento térreo do prédio.

O mesmo teria ocorrido quando o paciente efetuou a contratação do profissional responsável pela fiscalização da tal obra, já que em 20 de maio contratou o engenheiro Rogério Thomazatti de Oliveira, mediante dispensa de licitação, pela quantia de R$11.200,00, para fiscalizar as obras de reforma do pavimento térreo do prédio do "SAAEB", e em 15 de agosto de 2011, mais uma vez, o engenheiro Rogério Thomazatti de Oliveira foi contratado, novamente sem licitação, para fiscalizar a execução das obras de adequação das instalações para atendimento ao público no pavimento térreo do prédio do "SAAEB", pelo

Acesso ao Sumário

valor de R$11.600,00.

Deste modo, as contratações sequenciais referentes aos mesmos objetos demonstrariam a sua natureza única, de sorte que elas deveriam ter sido aglutinadas em uma única contratação, a ser submetida ao regular processo licitatório.

E por não vislumbrar quaisquer das hipóteses previstas no artigo 397 do Código de Processo Penal, a autoridade apontada como coatora determinou o processamento da acusação, de maneira que o recebimento da denúncia encontra respaldo nas provas até então produzidas.

Observo ainda que paralelamente à persecução penal, os fatos em questão foram objeto da ação civil pública nº 1003426-77.2015.8.26.0066, que tramitou perante a 1ª Vara Cível da Comarca de Barretos e tratava da ilegalidade da aludida atuação do paciente sob a ótica da Lei de Improbidade Administrativa, sendo certo que a ação foi julgada improcedente, por não ter sido constatada irregularidade na dispensa de licitação para a contratação dos engenheiros, bem como por não ter se sido apurada a existência de dano ao erário.

Posteriormente, a sobredita decisão absolutória foi confirmada pela 10ª Câmara de Direito Público deste Egrégio Tribunal de Justiça, em votação unanime, por v. Acordão de relatoria do Excelentíssimo Desembargador Antonio Celso Aguilar Cortes.

Portanto, entendem os impetrantes que seria de rigor o trancamento da ação penal, sob o argumento de que uma vez reconhecida a legalidade da atuação do paciente na esfera cível, por congruência, na esfera penal, os fatos teriam se tornado atípicos.

Contudo, a meu ver, não lhes assiste razão, pois a improcedência da ação cível não tem o condão de encerrar a apuração da mesma conduta no âmbito criminal.

Como é cediço, o processo penal se submete a um conjunto de regras e princípios próprios, tal como o princípio da verdade real e do livre convencimento motivado do juiz, tornando admissível que o juízo criminal, analisando os elementos colhidos no decorrer da instrução probatória, entendesse pela existência de provas de autoria e materialidade do delito, ainda que o réu tenha sido absolvido na instância cível pelos mesmos fatos.

Conforme bem ponderou o douto Procurador de Justiça, *"o dolo civil não se confunde com o dolo penal, haja vista que por compreenderam naturezas diversas um pode subsistir sem o outro", razão pela qual "não se descarta por completo a possibilidade de advir uma condenação penal, ao mesmo tempo que se vê possibilitado que o acusado se veja plenamente inocentado nas duas órbitas da justiça"*.

Há que se ressaltar que, no ordenamento jurídico pátrio, prevalece à independência entre as instâncias cível, penal e administrativa, a qual é afastada tão

Acesso ao Sumário

somente na hipótese de a esfera penal taxativamente reconhecer a inexistência do fato imputado ou constatar inequivocamente que o réu não foi o seu causador, nos termos do artigo 21, §3º, da Lei de Improbidade Administrativa, o que não ocorreu no presente caso.

Nesse sentido:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – Crime de responsabilidade – Recurso ministerial – Rejeição da denúncia sob o fundamento de ausência de justa causa – Inadmissibilidade – Independência entre as esferas cível e criminal. Absolvição em ação civil pública de improbidade administrativa que não impede a instauração de ação penal, pontuando-se que no direito processual penal, ao contrário do processual civil, vige o princípio da busca da verdade real – Presença de suficientes indícios mínimos de autoria e materialidade – Configuração dos pressupostos processuais para instauração da ação penal – RECURSO PROVIDO. (TJSP; Recurso em Sentido Estrito 0000211-24.2021.8.26.0059; Relator (a): Adilson Paukoski Simoni; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Bananal - Vara Única; Data do Julgamento: 06/02/2023; Data de Registro: 06/02/2023)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. FRAUDE À LICITAÇÃO, CONCUSSÃO, CRIME DE RESPONSABILIDADE, LAVAGEM DE DINHEIRO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. PRISÃO PREVENTIVA. RISCO DE REITERAÇÃO (RENITÊNCIA NA PRÁTICA DELITIVA). MODUS OPERANDI. FUGA. ACESSO A FATOS SIGILOSOS. PROTEÇÃO DA ORDEM PÚBLICA, DA INSTRUÇÃO CRIMINAL E DA FUTURA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE CONTEMPORANEIDADE. INOCORRÊNCIA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)

8. A jurisprudência desta Corte Superior reconheceu, em diversas oportunidades, a independência entre as esferas administrativa e penal (com exceção das hipóteses de absolvição na esfera criminal por ausência do fato ou não ter o acusado concorrido para a prática delitiva), pois distintas a natureza e a finalidade da apuração da conduta em cada uma das esferas, as quais se submetem a diferentes exigências e ritos legais. Precedentes.

*9. De qualquer sorte, segundo as instâncias ordinárias, "*é falsa informação de que o objeto da ação de n. 1001620-83.2016.8.26.0191 refere-se aos mesmos fatos imputados ao réu nesta ação penal. A ação de improbidade citada apurava fraude apenas em um procedimento

Acesso ao Sumário

licitatório. Na presente ação, são três os procedimentos: Procedimento licitatório nº *1.968/2013, 16.879/2013 e 461/2014.".*

10. As condições subjetivas favoráveis do paciente, por si sós, não obstam a segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva.

11. Mostra-se indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, quando evidenciada a sua insuficiência para acautelar a ordem pública.

12. Habeas corpus não conhecido.

(HC n. 534.320/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 4/2/2020, DJe de 10/2/2020.)

Portanto, o pedido de trancamento da ação penal é inapropriado, eis que constitui medida excepcional, somente admitida quando comprovadas, de plano, a inexistência de justa causa, ou ainda, a presença de alguma causa excludente de punibilidade, o que não foi demonstrado pelos impetrantes.

A jurisprudência do excelso Supremo Tribunal Federal, bem como do Superior Tribunal de Justiça, há muito já se firmou no sentido de que o trancamento da ação penal por meio do habeas corpus, conquanto possível, é atípico, cujo cabimento ocorre apenas nas hipóteses em que se mostra evidente a circunstância autorizadora do trancamento da ação.

"EMENTA: PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. (...) 2. O trancamento da ação penal só é possível quando estiverem comprovadas, de plano, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a evidente ausência de justa causa. Precedentes. 3. A ação penal instaurada contra o paciente está embasada em débito tributário definitivamente constituído. A superveniente tramitação de ação cível para rediscutir a existência da dívida tributária não autoriza o encerramento prematuro do processo-crime. 4. O fato novo suscitado na impetração (julgamento de apelação cível que teria declarado a inexistência da dívida) não pode ser conhecido por esta Corte: seja porque acarretaria uma indevida supressão de instâncias; seja porque a decisão que em tese beneficiaria o paciente ainda não transitou em julgado. 5. Agravo regimental desprovido." (STF, HC 130510 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 14/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-135 DIVULG 28-06-2016 PUBLIC 29-06-2016).

Acesso ao Sumário

Ademais, o "habeas corpus" é ação de rito célere e de cognição sumária, não se prestando à análise de alegações que demandam o revolvimento de provas, tal como a inexistência do elemento subjetivo e a inocência da paciente,

que são questões que demandam dilação probatória a serem apreciada no bojo da eventual ação penal.

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. INDEFERIMENTO LIMINAR. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PEÇA INAUGURAL QUE ATENDE AOS REQUISITOS LEGAIS EXIGIDOS E DESCREVE CRIMES EM TESE. AMPLA DEFESA GARANTIDA. MÁCULA NÃO EVIDENCIADA. [...] 2. Não pode ser acoimada de inepta a denúncia formulada em obediência aos requisitos traçados no artigo 41 do Código de Processo Penal, descrevendo perfeitamente as condutas típicas, cuja autoria é atribuída ao paciente devidamente qualificado, circunstâncias que permitem o exercício da ampla defesa no seio da persecução penal, na qual se observará o devido processo legal. [...] FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO CRIMINAL. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. VIA INADEQUADA. DESPROVIMENTO DO RECLAMO. 1. Em sede de habeas corpus e de recurso ordinário em habeas corpus somente deve ser obstada a ação penal se restar demonstrada, de forma indubitável, a atipicidade da conduta, a ocorrência de circunstância extintiva da punibilidade e a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito. 2. Estando a decisão impugnada em consonância com o entendimento jurisprudencial firmado por este Sodalício, não há que se falar em trancamento da ação penal, pois, de uma superficial análise dos elementos probatórios contidos no reclamo, não se vislumbra estarem presentes quaisquer das hipóteses que autorizam a interrupção prematura da persecução criminal por esta via, já que seria necessário o profundo estudo das provas, as quais deverão ser oportunamente valoradas pelo juízo competente. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no HC 540434/ES, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 19/11/2019).

Deste modo, não sendo manifesta a atipicidade da conduta e havendo, em princípio, indícios de envolvimento do paciente no delito imputado, não há razão para acolher a pretensão dos impetrantes.

ASSIM, PELO MEU VOTO, DENEGO A ORDEM DE "HABEAS CORPUS".

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº

Acesso ao Sumário

2142932-74.2023.8.26.0000, da Comarca de Batatais, em que é paciente W. D. E S. e Impetrante F. M. Z..

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam a ordem, para cassar a decisão que decretou a prisão temporária do paciente e dos investigados M. da S., W. T. G. de S., A. C. F., E. M., D. A. B., D. A. B. e D. O. I., com observação, na linha do que acima se explicitou, da possibilidade de edição de decisão decretando a custódia cautelar, com atendimento aos requisitos legais e à orientação do Supremo Tribunal Federal. Determinaram a expedição de alvarás de soltura clausulados e que se oficie, comunicando. V.U. Compareceu o advogado, dr. F. M. Z..", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.781)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente) e FRANCISCO ORLANDO.

São Paulo, 17 de julho de 2023.

LAERTE MARRONE, Relator

Ementa: "Habeas corpus". Paciente investigado pela suposta prática dos crimes de tráfico de drogas, organização criminosa e lavagem de capitais. Decretação da prisão temporária. 1. A prisão temporária reclama indícios de autoria de um dos crimes listados no art. 1º, inc. III, Lei nº 7.960/89), bem como a demonstração de sua imprescindibilidade para as investigações (art. 1º, inc. I, Lei nº 7.960/89), situação que deve vir assentada em dados empíricos e explicitada na decisão judicial. 2. Necessidade de observância do entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal (ADI nº 4109, relatora Ministra **Cármen** Lúcia, julgada em 14/02/2022). 3. Decisão judicial hostilizada que não demonstrou a imprescindibilidade da decretação da prisão temporária do paciente às investigações. Decretação da prisão temporária do paciente que, nos termos em que vertida, configura constrangimento ilegal. Ordem concedida, com extensão dos efeitos da decisão aos outros investigados que tiveram suas prisões temporárias decretadas pela mesma decisão judicial, nos termos do artigo 580 do Código de Processo Penal, com observação.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de "habeas corpus", com pedido de liminar, impetrado por F. M. Z., em favor de W. D. e S.. Alega, em suma, que o paciente, preso temporariamente pela suposta prática dos crimes de tráfico de droga, organização criminosa e lavagem de dinheiro, padece de constrangimento ilegal pelas razões seguintes: a) ausência dos requisitos legais para a prisão temporária; b) fundamentação inidônea da decisão judicial hostilizada.

Busca a expedição de contramandado de prisão temporária, ainda que com a aplicação de medidas cautelares alternativas.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 314/316).

A autoridade coatora prestou informações (fls. 321/323).

Manifestou-se a D. Procuradoria de Justiça pela denegação da ordem (fls. 327/331).

É o relatório.

2. Consistente a impetração.

3. A prisão temporária constitui como espécie de prisão cautelar – medida excepcional, **"a ser utilizada durante a fase de investigação policial, destinada a evitar que em liberdade o investigado possa dificultar a colheita de elementos de informação durante a investigação policial de determinados crimes de maior gravidade"** (**GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ**, Processo Penal, RT, 5ª edição, pág. 1059).

Neste passo, o **Supremo Tribunal Federal**, ao apreciar a matéria (**ADI nº 4109, relatora Ministra Cármen** Lúcia, julgado em 14/02/2022), firmou o seguinte entendimento:

"O Tribunal, por maioria, conhecendo em parte da ação direta e, no mérito, julgou parcialmente procedente o pedido para dar interpretação conforme a Constituição Federal ao art. 1º da Lei 7.960/1989 e fixar o entendimento de que a decretação de prisão temporária autoriza-se quando, cumulativamente: 1) <u>for imprescindível para as investigações do inquérito policial (art. 1º, I, Lei 7.960/1989) (periculum libertatis), constatada a partir de elementos concretos, e não meras conjecturas</u>, vedada a sua utilização como prisão para averiguações, em violação ao direito à não autoincriminação, ou quando fundada no mero fato de o representado não possuir residência fixa (inciso II); 2) houver fundadas razões de autoria ou participação do indiciado nos crimes previstos no art. 1º, III, Lei 7.960/1989 (fumus **comissi delicti), vedada a analogia ou a interpretação extensiva do rol previsto no dispositivo; 3) for justificada em fatos novos ou contemporâneos que fundamentem a medida (art. 312, § 2º, CPP); 4) a medida for adequada à gravidade concreta do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado (art. 282, II, CPP); 5) não for suficiente a**

Acesso ao Sumário

imposição de medidas cautelares diversas, previstas nos arts. 319 e 320 do CPP (art. 282, § 6º, CPP).” (grifei).

Neste passo, tem-se que a prisão temporária reclama indícios de autoria de um dos crimes listados no art. 1º, inc. III, Lei nº 7.960/89), bem como a demonstração de sua imprescindibilidade para as investigações (art. 1º, inc. I, Lei nº 7.960/89), situação que deve vir assentada em dados empíricos e explicitada na decisão judicial.

Pois bem.

A decisão judicial que decretou a prisão temporária do paciente foi assim fundamentada (fls. 257/261 dos autos nº 1500404-58.2023.8.26.0070):

“Há nos autos veementes indícios de autoria e materialidade delitiva em face dos investigados, na prática dos crimes de Tráfico de Drogas, Organização Criminosa e Lavagem de Dinheiro, na cidade de Batatais e em outros municípios, ocorridos e planejados em datas diversas, tendo como atividade principal o tráfico de entorpecentes.

O acervo probatório trazido aos autos até o momento, indica suposta formação de grupo criminoso, estruturado e com divisão de tarefas, para fins de tráfico de drogas, que tem como objetivo organizar a contabilidade do dinheiro advindo da comercialização de drogas, direcionando-se os valores arrecadados a terceiros, visando dissimular sua origem ilícita.

Diante do exposto, considerando os elementos colhidos nos autos até o presente momento, indicando a suposta prática dos crimes de tráfico de drogas, organização criminosa e lavagem de dinheiro, em face dos investigados, havendo ainda de se considerar a possibilidade de evadirem-se do distrito da culpa, com intuito de furtarem-se à aplicação da lei penal e ainda colocando em risco a ordem pública, ante a manifestação do Promotor de Justiça, de fls.106/110 e, acolho a representação da Autoridade Policial e, com base no artigo 1º, inciso III da Lei nº 7.960/89, DECRETO a prisão temporária de M. DA S., W. T. G. DE S., A. C. F. M., E. M., D. A. B., D. A. B., W. D. DE S. E D. O. I., fixando o prazo de trinta (30) dias, prorrogável por igual prazo, em caso de extrema e comprovada necessidade, conforme dispõe o artigo 2º, par. 4º da Lei nº 8.072/90, a pedido da Autoridade Policial.”

Acesso ao Sumário

A leitura da decisão acima transcrita evidencia não ter sido demonstrada a imprescindibilidade da decretação da prisão temporária do paciente às investigações.

Com efeito, embora a d. autoridade judicial se refira à existência dos indícios de materialidade e autoria, não explicita nenhuma circunstância concreta indicativa da necessidade da prisão temporária do paciente para as investigações (não se refere a um dado concreto que descortine tal quadro, tendo sido feitas assertivas genéricas).

A bem da verdade, os fundamentos indicados – garantia da ordem pública e de aplicação da lei penal – são aqueles relacionados à decretação (em tese) da

prisão preventiva, e não à prisão temporária.

Tem-se, pois, que a decretação da prisão temporária do paciente, **nos termos em que vertida**, configura constrangimento ilegal, numa situação que merece ser reparada por este "writ".

Anote-se a **inexistência de impedimento a que a d. autoridade judicial, em sendo o caso, proceda à decretação da medida ou mesmo a prisão preventiva, desde que atendidos os requisitos legais (explicitando as razões, com base em dados empíricos da necessidade da medida), e a orientação do Supremo Tribunal Federal.**

4. Considerando-se que a mesma decisão judicial decretou a prisão temporária dos investigados M. da S., W. T. G. de S., A. C. F., E. M., D. A. B., D. A. B. e D. O. I., o caso é de extensão dos efeitos da decisão, nos termos do artigo 580 do Código de Processo Penal.

5. Ante o exposto, **concedo a ordem, para cassar a decisão que decretou a prisão temporária do paciente e dos investigados M. da S., W. T. G. de S., A. C. F., E. M., D. A. B., D. A. B. e D. O. I., com observação, na linha do que acima se explicitou, da possibilidade de edição de decisão decretando a custódia cautelar, com atendimento aos requisitos legais e à orientação do Supremo Tribunal Federal.**

Expeçam-se alvarás de soltura clausulados.

Oficie-se, comunicando.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2091516-67.2023.8.26.0000, da Comarca de Rio das Pedras, em que são impetrantes ROGERIO NEMETI e BARBARA DO ESPIRITO SANTO PASELLO e Paciente JOSE MARIO CORREIA CAVALCANTI.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.428)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO GENZANI FILHO (Presidente), XAVIER DE SOUZA e PAIVA COUTINHO.

São Paulo, 26 de julho de 2023.

RENATO GENZANI FILHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: HABEAS CORPUS – Artigo 2º, inciso II c.c. os artigos 11 "caput" e 12, inciso I, da Lei nº 8.137/90, por trinta e quatro vezes – Pleito de declaração de ilicitude da provas obtidas por meio da quebra do sigilo telemático do paciente – Acolhimento – Impossibilidade – Inexistência de exigência legal de cálculo do código "hash" para a validação de arquivos eletrônicos (Lei nº 12.965/2014 – Marco Civil da Internet) – Ausência de apontamento de ilegalidade dos arquivos recebidos e utilizados pelo Ministério Público – Hipótese em que o "Parquet" não participou da colheita da prova e não foi o responsável pela apreensão do computador, tampouco pela extração de mensagens nele constantes – Elementos de prova conhecidos pela Defesa desde o início da ação penal, mas que não foram impugnados oportunamente, nem mesmo sob o procedimento do artigo 145 do CPP – Parte do material, ademais, acessível diretamente ao provedor mediante senha, não havendo sequer de se falar em código "hash" - Inexistência de ilegalidade a ser reconhecida nesta via.

Ordem denegada.

VOTO

Vistos.

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelos advogados, Dra. Barbara do Espírito Santo Pasello e Dr. Rogerio Nemeti, alegando que JOSÉ MARIO CORREIA CAVALCANTI sofre constrangimento ilegal por parte do MM. Juiz de Direito da Vara única da Comarca de RIO DAS PEDRAS, nos autos registrados sob nº 1000744-36.2019.8.26.0511, em que se viu denunciado como incurso no artigo 2º, inciso II c.c. os artigos 11, "caput" e 12, inciso I, todos da Lei nº 8.137/90, por trinta e quatro vezes.

Inicialmente, aduzem os impetrantes que o Ministério Público ao oferecer denúncia se utilizou de diversas conversas de e-mails obtidos por meio de quebra de sigilo telemático do paciente, do corréu Jorge Hadad e de mais oito contas de e-mails supostamente relacionadas aos acusados. Aduzem, ainda, que o "Parquet" durante toda a instrução não foi capaz de produzir um adminículo de prova sequer que pudesse comprovar a tese acusatória. As únicas provas amealhadas contra o paciente se resumem aos citados e-mails.

Em razão de tal constatação, a defesa do paciente requereu ao Juízo "a

Acesso ao Sumário

quo" que fosse o Ministério Público intimado a informar o código "hash" do material que recebeu das companhias de e-mails: Terra, Yahoo, Uol, Microsoft. IG, Tektronik e Hotmail. Todavia, a pretensão foi indeferida, pois era *"descabida a pretensão da defesa de requerer, no atual estágio processual (abertura de prazo para apresentação de alegações finais), suscitar dúvida sobre a autenticidade e integralidade da prova e postular a realização de diligências."*

Já o Ministério Público, de forma espontânea, noticiou que: *"os provedores não forneceram o código hash ao disponibilizarem os e-mails e nem estão obrigados a tanto, conforme a Lei nº 12.965/2014."*

Sustentam os impetrantes que, como as únicas provas existentes contra o paciente resumem-se aos e-mails em questão, a diligência requerida é suma importância para a verificação da integralidade e autenticidade de todas as etapas da cadeia de custódia, assegurando-se, assim, a confiabilidade da prova decorrente da quebra de seu sigilo telemático.

Argumentam, também, que em nenhum momento o Ministério Público demonstrou a integralidade das provas digitais e o respeito a cadeia de custódia exigida em nosso ordenamento jurídico.

Por fim, sustentam que as provas digitais foram analisadas por perícia técnica especializada contratada pelo corréu Jorge Hadad, ocasião em que foram constatados vícios intransponíveis, que permitem o exercício da ampla defesa.

Postulam a concessão da ordem, para que sejam declaradas inadmissíveis as provas obtidas por meio da quebra do sigilo telemático do paciente.

Liminar indeferida (fls. 72/73).

Dispensado o pedido de informações, a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 80/88).

É o relatório.

Segundo a denúncia apresentada pelo Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (GAECO), o paciente JOSÉ MARIO CORREIA CAVALCANTI e o corréu Jorge Hadad Sobrinho foram denunciados porque agindo em concurso e com unidade de desígnios, no período de setembro de 2013 a março de 2017, por 34 vezes, na condição de sócios de fato e com domínio do fato, deixaram de recolher, no prazo legal, valor de ICMS total de R$ 8.116.974,41 (oito milhões, cento e dezesseis mil, novecentos e setenta e quatro reais e quarenta e um centavos) cobrado do substituído na qualidade de substituto tributário (sujeito passivo de obrigação) e que deveria recolher aos cofres públicos do Estado de São Paulo.

Segundo restou apurado, ao tempo dos fatos, os denunciados eram sócios ocultos e administradores da empresa Indústria de Bebidas Paris Ltda e no desenvolvimento da atividade empresarial cumpria a eles autorizar e coordenar a venda e compra de mercadorias e serviços, responsabilizando-se e com domínio

Acesso ao Sumário

do fato pela escrituração correta das informações, bem como pelo recolhimento de tributos em regime próprio e de substituição tributária decorrentes das transações realizadas pela pessoa jurídica.

Ocorre que durante o período de setembro de 2013 a março de 2017, a empresa Indústria de Bebidas Paris Ltda realizou diversas operações tributáveis com outras empresas e, por conta das transações, cobrou de tais clientes (contribuintes substituídos) o montante total de ICMS de R$ 8.116.974,41 (oito milhões, cento e dezesseis mil, novecentos e setenta e quatro reais e quarenta e um centavos), mas, ao final do prazo para recolhimento de tais valores aos cofres da Fazenda estadual (nos meses subsequentes aos das operações), mas não o fez.

Pois bem.

Inicialmente, observa-se que a decisão atacada foi proferida, nos seguintes termos (fls. 27/28):

"Vistos.

A prova resultante da quebra do sigilo telemático está encartada aos autos desde o início da ação penal. A própria denúncia reproduz diversos "e-mails" que, na visão do Ministério Público, sustentariam imputação.

Como consignado na r. decisão de fls. 2.012, desde junho de 2019 o CD contendo todo o material colhido está à disposição da defesa na Secretaria do Juízo.

Ao oferecer resposta à acusação, a defesa de JOSÉ MARIO nada requereu sobre a prova resultante da quebra do sigilo telemático. Não houve impugnação sobre a autenticidade dos "e-*mails" ou a integralidade da prova.*

Assim a defesa permaneceu ao longo de toda a instrução processual.

No interrogatório, o réu JOSÉ MARIO foi indagado pormenorizadamente sobre cada um dos "e-mails" que estão reproduzidos na denúncia e que lhe dizem respeito, e confirmou a autoria e os recebimentos das mensagens, explicitando o contexto de cada uma delas.

Na fase do art. 402 do CPP, a defesa também nada requereu, deixando o prazo fluir "in albis".

Nesse cenário, é descabida a pretensão da defesa de querer, no atual estágio processual (abertura de prazo para apresentação de alegações finais pelos defensores), suscitar dúvida sobre a autenticidade e integralidade da prova e postular a realização de diligências.

Para além da evidente preclusão, há ofensa ao dever de boa-fé processual, que veda a adoção de comportamento contraditório por todos aqueles que participam do processo.

Com essas, indefiro o pedido de fls. 2.012/2.015."

Sobre a alegada falta do código "hash", segundo consta de sua manifesta-

Acesso ao Sumário

ção, o "Parquet" não participou da colheita da prova e não foi o responsável pela apreensão do computador, tampouco pela extração de mensagens nele constantes. Foram os próprios provedores que enviaram tais arquivos, que estavam armazenados em caixas de correios eletrônicos administradas pelos denunciados.

Neste sentido, conforme manifestação Ministerial, os provedores Locaweb e Terra forneceram conta espelho, que poderia ser acessada por meio de senhas por eles fornecidas. Já o provedor Yahoo (atual OATH Brasil) encaminhou diretamente mídia contendo os e-mails.

Portanto, a atuação do Ministério Público restringiu-se a receber e analisar material encaminhado por provedores.

Quanto à apontada imprestabilidade ou confiabilidade do material digital arrecadado nos autos, embora o laudo de fls. 34/69 tenha concluído que contém falhas no seu manuseio, em nenhum momento aponta qualquer irregularidade.

Já a Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), conforme consignado pelos próprios impetrantes, não exige o cálculo "hash" para a validação de arquivos eletrônicos (fls. 45).

Vale destacar também que os elementos de prova cuja ilegalidade os impetrantes querem ver reconhecida, são conhecidos pela defesa desde o início da ação penal, mas não foram impugnados oportunamente, nem mesmo sob o procedimento do artigo 145 do CPP. A presente pretensão foi formulada perante do d. Juízo *a quo* quando já encerrada a instrução processual, na fase de oferecimento de alegações finais.

E, embora a Defesa aponte a existência de falha no manuseio da prova virtual, fato que poderia interferir em sua idoneidade, não apontou qualquer indício de adulteração do material juntado aos autos.

Neste aspecto, também merece destaque o fato de o paciente ter sido indagado **pormenorizadamente** sobre cada um dos "e-mails" que estão reproduzidos na denúncia, oportunidade em que justificou o contexto de cada um deles.

Assim, cabia à Defesa, no momento oportuno, caso constatasse indícios de adulteração, a indicação dos pontos controvertidos e o requerimento de providências para que tais questões fossem examinadas pelo juízo ou mesmo objeto de perícia técnica, o que não ocorreu.

Por fim, observa-se que em 10 de maio de 2023 foi proferida sentença condenatória, condenando o paciente à pena total de 1 (um) ano de reclusão e 1 (um) ano, 8 (oito) meses e 16 (dezesseis) dias de detenção, ambas a serem cumpridas em regime aberto, como incurso, respectivamente, nos artigos 299, do Código Penal e 2º, inciso II c.c. o artigo 12, inciso I, da Lei nº 8.137/90. As penas privativas de liberdade acabaram substituídas por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de 300 (trezentos) salários mínimos. Contra a sentença em questão foi interposto recurso de apelação que se

Acesso ao Sumário

encontra em fase de processamento.

Portanto, não obstante as razões defensivas, não há que se falar em ilegalidade a recair sobre o paciente.

Ante o exposto, **DENEGA-SE A ORDEM.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2130290-69.2023.8.26.0000, da Comarca de Tupi Paulista, em que são impetrantes JOÃO RAFAEL DE OLIVEIRA, FRANCISCO DE ASSIS DO RÊGO MONTEIRO ROCHA JÚNIOR, LUCIANA GABARDO e HELLEN LUANA DE SOUZA e Paciente CLAUDIO ROBERTO ASTOLFO.

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. João Rafael de Oliveira 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 42.211)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente sem voto), EDISON BRANDÃO e ROBERTO PORTO.

São Paulo, 25 de julho de 2023

CAMILO LÉLLIS, Relator

Ementa: PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. NULIDADE DA CITAÇÃO EDITALÍCIA. ORDEM DENEGADA.

Alegação de nulidade do processo a partir da citação editalícia (com consequente reconhecimento da prescrição), por ter sido realizada sem o esgotamento de todos os meios hábeis para localizar o paciente – Inocorrência.

Diligências realizadas nos endereços constantes no feito. Esgotamento de todos os meios hábeis para localizar o paciente. Inexistência de constrangimento ilegal. Ordem denegada.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelos **Francisco de Assis do Rêgo Monteiro Rocha Júnior** e **João Rafael de Oliveira**, em favor de **Cláudio Roberto Astolfo** apontando como autoridade coatora o **MM. Juízo de Direito da 02ª Vara Criminal de Crimes Contra Ordem Tributária da Comarca de Tupi Paulista**, pleiteando seja reconhecida a nulidade da citação por edital do paciente, e, por derivação, a nulidade da decisão que determinou a suspensão do processo e do prazo prescricional, com a extinção da punibilidade do paciente pela prescrição da pretensão punitiva.

Os impetrantes informam, em apertada síntese, que o paciente foi denunciado em 20.07.2009 como incurso no art. 01º, II, da Lei 8.137/1990, por duas vezes, pela prática, em tese, dos fatos narrados na exordial acusatória, ocorridos no ano de 2002.

Aduzem que a denúncia foi recebida em 24.07.2009, ocasião em que foi determinada a citação do paciente para a apresentação da resposta à acusação. Destarte, tendo em vista a ausência de localização de **Cláudio Roberto Astolfo**, determinou-se a suspensão do processo e do prazo prescricional, nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal, em 20.07.2010.

Arremata informando que, posteriormente, com a citação do paciente em 02.08.2022, promoveu-se a revogação da suspensão do processo e do prazo prescricional. Nesse jaez, aduzem que a citação ficta do paciente, que resultou na suspensão do feito, é eivada de nulidade, tendo em vista que a autoridade apontada como coatora não esgotou todos os meios para a sua localização, havendo informações nos autos de origem de que o paciente residia na comarca de Curitiba, sem determinação de diligências no endereço, evidenciando a irregularidade da citação editalícia e nítido constrangimento ilegal.

Foram solicitadas prévias informações, as quais foram devidamente prestadas. (Fls. 49/50).

Esclareceu o **MMº Juízo da 02ª Vara Criminal dos Crimes Contra a Ordem Tributária da Comarca de Tupi Paulista** que o paciente está sendo processado como incurso no art. 1º, inciso I, da Lei 8.137/1990, e no art. 1º, inciso II, por duas vezes, da Lei 8.137/1990. Informou que a denúncia foi oferecida em 20/07/2009 e recebida por decisão proferida em 24/07/2009.

Aduziu que foi expedido mandado visando à citação do paciente, o qual não foi localizado no endereço constante nos autos (fls. 795/796), tendo o Ministério Público solicitado ao CAEX informações acerca do seu paradeiro (fls. 797/798). Destarte, no despacho proferido em 05/10/2009, determinou a expedição de carta precatória à Comarca de Gurupi-TO visando à tentativa de citação pessoal do acusado no endereço informado pelo Ministério Público, bem

Acesso ao Sumário

como a citação ficta e realizadas diligências para a sua localização.

Arremata que o paciente não foi localizado na Comarca de Gurupi-TO, e, em decisão proferida em 25/08/2010, acolheu parecer ministerial, suspendendo o processo e prazo prescricional, com espeque no art. 366 do Código de Processo Penal, determinado, ainda, a produção antecipada da prova oral (fls. 851). Posteriormente, efetivadas diligências periódicas visando à tentativa de localização do paciente, aportou aos autos endereço desse na Comarca de Curitiba-PR (fls. 1045), quando foi deprecada sua citação, tendo sido localizado e citado naquela cidade, com a revogação da suspensão e do prazo prescricional (fls. 1059).

Atualmente, após a apresentação de resposta à acusação, encontram-se os autos aguardando a realização de audiência de instrução e julgamento, designada para o dia 30/06/2023.

Indeferida a liminar (fls. 53/55), foram prestadas as informações de estilo (fls. 49/50), tendo a douta Procuradoria Geral de Justiça opinado pela denegação da ordem (fls. 59/64).

É o relatório.

Conforme se depreende dos autos, inclusive das alegações trazidas pelo impetrante, diversas foram as tentativas no intuito de localizar o paciente, restando todas infrutíferas, contudo (fls. 795/796; 807/809 e 832, autos de origem).

Escorreita a decisão de origem, portanto, quando declinou o pedido defensivo de reconhecimento de nulidade, ocasião em que se assentou que *"Deixo de acolher pedido de nulidade da citação por edital apresentado pela defesa, uma vez que, ao contrário do quanto alegado, foram esgotados os meios para localização do acusado."* (fls. 1114, autos de origem).

Deste modo, não há que se falar mesmo em nulidade, porquanto as diligências para tentativa de localização do acusado foram realizadas a contento.

Ao se deparar com caso símile, já decidiu este Egrégio Tribunal de Justiça. Veja-se:

> ***"Nulidade. Citação por edital. Alegação de que não foram esgotados todos os meios para localização do recorrente. Realização de diligências aos endereços constantes do feito. Certidão do oficial de justiça dando conta de que o réu não morava no endereço indicado. Informação das testemunhas de que ele deixou de residir no local por determinado período.*** *Matéria que já foi discutida em sede de Habeas Corpus. Inviabilidade rediscussão. Ausência de nulidade. Preliminar rejeitada. HOMICÍDIO qualificado. Pronúncia do réu. Insurgência. Pretendida ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA, baseada na insuficiência probatória. Depoimentos de testemunhas que trazem conjunto probatório suficiente a indicar ter sido o recorrente o autor dos disparos de arma de fogo que atingiram a vítima. Demanda de profunda análise de provas. Inadmissibilidade na presente*

fase processual. Existência de elementos que demonstram suficientemente os indícios de autoria e de materialidade exigidos para a submissão do recorrente a julgamento perante o Tribunal do Júri. Princípio do in dubio pro societate. Qualificadoras. Motivo torpe e Emprego de recurso que dificultou a defesa da vítima. Réu que teria desferido disparos de arma de fogo contra a vítima após discussão por automóvel. Circunstância que se mostra repugnante, que causa repulsa social. Vítima surpreendida fechando o estabelecimento comercial quando os autores do delito surgiram de moto e foram indagando sobre sua participação da briga anterior e logo desferiram disparos de arma de fogo. Pronúncia integralmente mantida. Recurso não provido." (TJSP; Recurso em Sentido Estrito 0002019-95.2006.8.26.0348; Relator (a): Otávio de Almeida Toledo; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Mauá - Vara do Júri, Execuções Criminais e Infância e Juventude; Data do Julgamento: 05/12/2017; Data de Registro: 06/12/2017) (Destacado).

Igualmente, o Superior Tribunal de Justiça já assentou que *"não é nula a citação por edital por suposta ausência de esgotamento dos meios para localização do citando, cuja atitude não pode implicar o atraso da prestação jurisdicional e condicionar a jurisdição à prévia procura de dados em empresas e órgãos públicos, sem perspectiva de êxito da diligência."* (RHC 52.924/BA, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2016, DJe 29/08/2016).

Ademais, insta consignar que, em que pesem os documentos acostados aos autos pela combativa defesa (fls. 30/32), os quais, em tese, foram extraídos do Departamento de Trânsito do Estado do Paraná, não se permitem inferir a leitura clara do endereço do paciente.

Nesse jaez, como bem pontuado pela Ilustrada Procuradoria de Justiça, evidencia-se que a eventual notícia de renovação da Carteira Nacional de Habilitação (CNH) no estado do Paraná, pelo paciente, revela-se vaga e imprecisa, impossibilitando o cumprimento da diligência, tendo em vista o vultoso número de processos que tramitam nas varas criminais, mormente, não se demonstrando razoável que o Judiciário fique à mercê de uma única e exclusiva solução para o caso do paciente, em especial, pela falta de informações adequadas (fls. 63/64).

Nessa senda, no caso em tela, ficou demonstrado o efetivo empenho da autoridade apontada como coatora na realização das diligências necessárias, inclusive com a expedição de carta precatória à comarca de Gurupi-TO, com espeque nas pesquisas ministeriais (CAEX).

Destarte, não se verifica a presença da nódoa apontada.

Ante o exposto, pelo meu voto, **denego a ordem de *habeas corpus*.**

Acesso ao Sumário

Recursos em Sentido Estrito

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 0005350-17.2017.8.26.0052, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente LEONARDO DUTRA ALANIZ, é recorrido MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, para absolver sumariamente Leonardo Dutra Alaniz, com fulcro no CPP, art. 415, IV. V.U. Convertida a sustentação oral em preferência. Esteve presente o advogado, Dr. Renan Nogueira Farah.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.687)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FARTO SALLES (Presidente) e AIRTON VIEIRA.

São Paulo, 29 de junho de 2023.

EDUARDO ABDALLA, Relator

Ementa: HOMICÍDIO SIMPLES. Recurso em Sentido Estrito defensivo.
ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. Possibilidade. Legítima defesa e estrito cumprimento de dever legal plenamente delineados. Inteligência do CPP, art. 415, IV.
PROVIMENTO.

VOTO

Trata-se de **RECURSO EM SENTIDO ESTRITO** interposto por **LEONARDO DUTRA ALANIZ**, contra a decisão do Juízo da 5ª Vara do Júri de São Paulo, que o **pronunciou** como incurso no CP, art. 121, ***caput***, facultado reclamo em liberdade, postulando absolvição sumária, por legítima defesa ou estado de necessidade.

Contrarrazoado e mantido o ***decisum***, a PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA opinou pelo desprovimento.

É o relatório.

LEONARDO foi pronunciado porque, aos 20/9/2017, na R. General Syzeno Sarmento, nº 1455, Rio Pequeno, nesta Capital, agindo com ***animus necandi***, efetuou disparos de arma de fogo contra *Gabriel Neto Tinelli*, provo-

Acesso ao Sumário

cando-lhe ferimentos que foram a causa de sua morte.

Interrogado, **LEONARDO** confirmou ser PM e, no fatídico dia, após avistar dois indivíduos conduzindo uma moto na contramão, realizou acompanhamento. Percebeu que o ofendido estava armado somente ao persegui-lo a pé. Ao chegar a uma viela, o ofendido atirou em sua direção e pulou um muro, ingressando em um terreno, momento em que voltou ao encontro de seu parceiro, àquela altura esperando apoio. Posteriormente, retornou ao local em que o ofendido se escondera e, após galgar o muro, observou que ele apontava a arma em sua direção. Deu ordem para largar o artefato e, diante de recusa, efetuou disparos, provocando sua queda.

A roborar a versão, o PM *Daniel*, seu parceiro, relatou que dois indivíduos em uma motocicleta, após perceberem a viatura com a sirene ligada, passaram a trafegar na contramão, em sentido a uma comunidade próxima. Por não conseguir passar por uma das vielas, permaneceu um pouco atrás, mas chegou a observar a motocicleta (com chassis raspado) caída ao chão e o recorrente correndo. Ao se aproximar, ouviu estampidos de arma de fogo, ocasião em que **LEONARDO** voltou dizendo ter havido troca de tiros com o indivíduo, que pulara o muro. Após a chegada de apoio, ambos retornaram à viela, onde ajudou o recorrente a pular o muro, quando ouviu um disparo e o colega verbalizando *"larga a arma, larga a arma!"* (***sic***), havendo mais dois disparos, na sequência. Neste momento, surgiu outra equipe, que o ajudou a pular o muro, onde avistou o ofendido baleado.

As testemunhas *Aparecida* - tia da vítima - e *Maria do Carmo*, não presenciaram os fatos. Indagada a primeira acerca da personalidade da vítima, respondeu: *"Ah, o Gabriel, ele dava umas aprontadinhas, né, santo ele não é!"* (***sic*** - fls. 412). A segunda estava no interior de sua moradia quando ouviu indivíduos pulando o muro. Trancou-se dentro de casa. A despeito de não ter visto o ofendido armado, salientou ter ouvido o recorrente dizendo para *"largar a arma"*, tendo, na sequência, ouvido disparos.

Essa é a prova dos autos.

Totalmente crível e verossímil a versão exculpatória, havendo simbiose entre estrito cumprimento do dever legal e legítima defesa.

Inicialmente, ao visualizar o ofendido transitando com a motocicleta, na contramão de direção, encetou acompanhamento, inclusive a pé, agindo em razão de seu ofício. Foi surpreendido com disparos de arma de fogo. Posteriormente, verbalizou para que o ofendido largasse a arma e, diante da recusa, em absoluta legítima defesa, efetuou disparos para repelir a injusta agressão.

Ainda que alguns disparos tenham sido "à queima roupa", o recorrente explicou, roborado pelo colega de farda, ter havido dois embates anteriores, estando o ofendido, ainda, na posse de um revólver calibre.38 (com tiros já de-

Acesso ao Sumário

flagrados), em possível risco iminente à sua vida. O ambiente era naturalmente hostil e perigoso, com perseguição à pessoa armada com que já havia trocado tiros por outras duas vezes.

"Relatório de Conclusão de Acompanhamento" da Polícia Militar do Estado de São Paulo (fls. 325/327) indicou que a ação se deu dentro dos limites da legalidade, propondo arquivamento. Os disparos efetuados a aproximadamente 50cm do corpo *"aduzem paridade entre o laudo pericial e o depoimento do policial militar"* (***sic***). O auto de exibição e apreensão (fls. 22) fez menção ao revólver calibre.38 "Jaguar", encontrado com o ofendido, municiado com três cartuchos íntegros e dois deflagrados.

O local dos fatos indica pouca dimensão espacial (fls. 91/97); as fotografias trazem contexto onde o confronto se deu.

Assim, não se pode afirmar que os tais tiros "à queima roupa" tenham sido forma de execução, mas, sim, de contenção, até porque se trata de agente de segurança com experiência superior há uma década, sem quaisquer máculas, não se podendo conceber que, naquele dia, estivesse imbuído de praticar homicídio, por própria iniciativa ou mero deleite.

Como bem ponderado pelo próprio Representante do ***Parquet*** em contrarrazões, quando se bateu pelo provimento do reclamo defensivo, *"tivessem sido esses disparos efetuados como uma execução, o Ministério Público deveria ter inserido a qualificadora referente ao uso de recurso que dificultou a defesa da vítima, no entanto, sua denúncia contempla um homicídio simples"*.

Portanto, sujeitá-lo a penoso julgamento por Tribunal do Júri quando, desde logo e ***prima facie***, com certeza necessária, se constata evidente causa excludente do crime, prevendo, a própria lei, absolvição sumária por parte do julgador individual, é hipótese que não se pode conceber, impondo-se a improcedência da pretensão punitiva estatal.

Diante do exposto, **dá-se provimento ao recurso, para absolver sumariamente Leonardo Dutra Alaniz, com fulcro no CPP, art. 415, IV.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Recurso Em Sentido Estrito nº 0032920-08.2022.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é recorrida APARECIDA MARIA VELOZO.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso.

V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 58.176)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FARTO SALLES (Presidente) e ZORZI ROCHA.

São Paulo, 29 de junho de 2023.

MACHADO DE ANDRADE, Relator

Ementa: Recurso em sentido estrito – Recurso do Ministério Público – Rejeição da denúncia por ausência de justa causa – Recorrida denunciada pela prática do crime de injúria racial (artigo 140, § 3º, c.c. artigo 141, inciso III, ambos do Código Penal).

Decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADO n. 26, que reconheceu a lacuna legislativa quanto à tipificação de casos de violação à honra subjetiva de indivíduos transgêneros – Decisão Superior que ofende o princípio da legalidade - Inércia do Poder Legislativo quanto à criminalização de condutas configuradoras de homofobia e transfobia não autoriza o Poder Judiciário a prever como crime o que ainda não está previsto em lei, em respeito ao princípio da **separação dos Poderes de Estado – Ofensa ao subprincípio da reserva legal – Regulamentação de normais penais deve ser necessariamente realizada por lei formal – Inocorrência de subversão da ordem jurídica, com órgão do Poder Judiciário realizando o controle da constitucionalidade de uma norma ou de decisão da Corte Constitucional.**

Conduta imputada na denúncia é atípica – Tipo penal do art. 140, § 3º, do CP – Inexistência de qualquer ofensa ou atribuição de uma qualidade negativa à vítima – Emprego de pronome de tratamento diverso durante atendimento realizado pela denunciada – Conduta que não se amolda ao tipo penal de injúria qualificada.

RECURSO MINISTERIAL DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público

Acesso ao Sumário

do Estado de São Paulo contra a r. decisão de fls. 51/55 dos autos **1534591-26.2021.8.26.0050**, do Juízo da 30ª Vara Criminal de São Paulo – Foro Central Criminal Barra Funda, que rejeitou a denúncia ofertada em face de **APARECIDA MARIA VELOSO** pela prática do crime previsto no artigo 140, § 3º, c.c. artigo 141, inciso III, ambos do Código Penal, com fulcro no artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal, por falta de justa causa.

Postula pela declaração de nulidade da r. decisão, sob o argumento que contrariou decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal com efeito vinculante, que, em controle concentrado de constitucionalidade, declarou a comunidade LGBTQIAP+ sujeito passivo dos crimes de discriminação e intolerância (*ADO 26 e Mandado de Injunção 4.733 em 2019*). Subsidiariamente, pugna pelo recebimento da denúncia, com retomada do devido processo legal (fls. 1/22).

Apresentadas contrarrazões ao recurso (fls. 596/616) e mantida a r. decisão (fls. 589 e 626), a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento (fls. 634/643).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Com efeito, agiu com seu costumeiro acerto o Juízo "a quo" ao rejeitar a denúncia em relação à denunciada **APARECIDA MARIA VELOSO**, ao concluir pela ausência de justa causa para ação penal.

Senão, vejamos.

Consta dos autos que **APARECIDA MARIA VELOSO** foi denunciada como incursa no **artigo 140, § 3º, c.c. artigo 141, inciso III, ambos do Código Penal**, porque no dia 05 de julho de 2021, às 16h00, no interior da unidade de saúde situada à Rua Leopoldo Miguez nº 327, Cambuci, em São Paulo, nesta Capital, de forma voluntária e consciente, injuriou por meio de palavras Chrystiane Gabriella Soares Santana, mulher transgênero, utilizando elementos referentes à sua identidade de gênero, na presença de várias pessoas.

Na r. decisão recorrida de fls. 51/55 dos autos 1534591-26.2021.8.26.0050, datada de 17 de outubro de 2022, verifica-se que houve rejeição da denúncia, por ausência de justa causa, ao se entender que os fatos narrados carecem de tipicidade, por não se vislumbrar ofensa ou aversão odiosa em decorrência da identidade de gênero da vítima por parte da denunciada; bem como, porque considerou-se que a decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal, na **ADO n. 26**, afronta o princípio da legalidade, que reconheceu que as condutas transfóbicas e homofóbicas foram equiparadas aos preceitos primários de incriminação do crime de racismo.

Acesso ao Sumário

Não se conformando com a rejeição da denúncia, o Ministério Público recorreu, buscando declaração de nulidade da r. Sentença ou pelo recebimento da denúncia, para que a ação penal siga em seus regulares termos.

Contudo, razão não lhe assiste.

Conforme bem decidido pela Nobre magistrada singular, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ***Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n. 26***, ao reconhecer a lacuna legislativa quanto à tipificação de casos de violação à honra subjetiva de indivíduos transgêneros, afrontou o princípio da legalidade, que tem disposição expressa na Constituição Federal.

Em que pese a incessante busca pela criminalização específica de condutas configuradoras de homofobia e transfobia, a inércia do Poder Legislativo não autoriza o Poder Judiciário a prever como crime o que ainda não está previsto em lei, em respeito ao princípio da separação dos Poderes de Estado.

Assim, a decisão da Corte Superior extrapolou sua competência ao equiparar condutas transfóbicas e homofóbicas ao crime de racismo, ofendendo principalmente o subprincípio da reserva legal, que, no caso das normais penais, a regulamentação deve ser necessariamente realizada por lei formal.

Portanto, não houve na r. Decisão recorrida a alegada subversão da ordem jurídica, com órgão do Poder Judiciário realizando o controle da constitucionalidade de uma norma ou de decisão da Corte Constitucional.

O que ocorreu foi a análise de conformidade entre a conduta imputada na denúncia e o tipo penal previsto no artigo 140, § 3º, do CP, no qual ainda não há previsão expressa de que condutas de homofobia e transfobia configuram o crime de injúria qualificada.

Diante da inexistência de normal penal criminalizando condutas de homofobia e transfobia, não pode o Poder Judiciário dar início a uma ação penal se o próprio legislador ainda não as previu.

Por outro lado, realmente não se vislumbra que a conduta imputada à denunciada na exordial acusatória apresentou ofensa ou aversão odiosa em decorrência da identidade de gênero da vítima.

Como bem observado pela Nobre magistrada de primeiro grau, a denunciada apenas realizou o emprego de pronome de tratamento diverso durante o atendimento, sem qualquer ofensa ou atribuição de qualidade negativa à vítima em razão de seu gênero.

Portanto, correta a conclusão de que os fatos narrados na denúncia carecem de tipicidade, uma vez que a conduta imputada à recorrida não se amolda ao tipo penal de injúria qualificada.

Desta forma, inexistindo qualquer irregularidade na r. decisão a justificar a declaração de nulidade e demonstrada a ausência de justa causa para prosseguimento da persecução penal, a rejeição da denúncia deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 0005081-81.2016.8.26.0223, da Comarca de Guarujá, em que são recorrentes LUIZ ANTONIO FRANCISCO NETO e RODRIGO DE SOUZA ARAÚJO, é recorrido 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 recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.319)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MENS DE MELLO (Presidente) e IVANA DAVID.

São Paulo, 16 de agosto de 2023.

FREITAS FILHO, Relator

Ementa: RESE – Homicídio qualificado tentado – art. 121, §2º, IV, c.c. art. 14, II, do CP – Pronúncia – Recursos defensivos buscando a impronúncia – Impossibilidade – Indícios de autoria e materialidade dos fatos presentes – A prova da materialidade restou demonstrada à saciedade, uma vez que o relatório médico, exame de corpo de delito e informações, indicando o ferimento na vítima, coadunam-se com os fatos expostos na denúncia. Mas não é só. As narrativas, tanto da vítima, como das testemunhas, corroboram o citado relatório médico – A vítima e parte das testemunhas descreveram as condutas dos recorrentes de forma segura e coesa, ressaltando que foram realizados disparos de arma de fogo na direção do ofendido, tendo uma delas, ainda, indicado especificamente quem teria disparado o tiro que acertou o ofendido – Ora, não há motivos para excluir a importância dos depoimentos delas antes de os recorrentes serem submetidos aos verdadeiros juízes da causa – Ademais, o fato de a testemunha Marcos não ser ouvida em juízo, em nada altera a submissão dos fatos à análise dos

Acesso ao Sumário

jurados, uma vez que, neste momento, é analisada a presença de indícios de autoria, o que, de fato, existem no processo – Aliás, a vítima descreveu a dinâmica dos fatos de forma coerente com as narrativas de testemunhas, de modo que o conjunto probatório traz indícios do cometimento do delito, não sendo certo afastar a análise dos jurados do fato aqui em discussão, cabendo a eles decidirem se houve ou não divergência firme o suficiente para afastar a imputação do crime aos recorrentes – Destaca-se que as alegações defensivas de que não há laudo de balística ou mesmo o fato de ter diversos projéteis deflagrados no local, são questões que não cabem análise nesta fase processual. Ora, não é a decisão de pronúncia o momento adequado para perquirir se determinado elemento informativo é frágil ou contundente, tal apreciação haverá de ser feita pelo Tribunal do Júri – Desta feita, depreende-se dos autos que há indícios suficientes para manutenção da decisão de primeiro grau, não havendo que se falar em impronúncia, sendo certo que se mostra temerário proferir qualquer decisão de impronúncia, suprimindo o conjunto probatório da análise dos jurados – Nesta fase, vige o princípio in dubio pro societate, uma vez que decisão de pronúncia traz em seu bojo mero juízo de admissibilidade da acusação, de modo que a função da decisão de pronúncia é tão somente realizar um filtro constitucional, a fim de impedir que os acusados sejam submetidos a julgamento desprovido de fundamentos mínimos – Portanto, diante da prova da materialidade do fato, bem como dos indícios de autoria e do dolo, não há motivo para subtrair da apreciação do Tribunal do Júri - juiz natural da causa - o episódio criminoso descrito na denúncia, pois, o conjunto probatório, a rigor, deverá ser analisado em maior profundidade pelo Conselho de Sentença, sobretudo porque a pronúncia, é cediço, constitui tão-somente juízo fundado de suspeita, não o juízo de certeza que se exige para a condenaçã0 – Negado provimento aos recursos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Ao relatório da r. sentença que adoto, acrescenta-se que **LUIZ ANTONIO FRANCISCO NETO** e **RODRIGO DE SOUZA ARAÚJO** foram pronunciados por infração ao artigo 121, §2º, inciso IV, c.c. artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal.

Inconformados, recorrem os réus, buscando a impronúncia do delito imputado, diante da fragilidade das provas (fls. 825/841 e fls. 843/860).

Foram apresentadas as contrarrazões do Ministério Público, sustentando o acerto da decisão singular (fls. 865/873), e depois sobreveio despacho de sustentação da decisão guerreada (fls. 875).

A Douta Procuradoria de Justiça ofereceu parecer pelo improvimento dos presentes (fls. 886/891).

É o relatório.

Narra a denúncia que, no dia 26 de abril de 2016, por volta das 08h00, na Rua Danilo dos Santos, nº 388, na cidade de Guarujá/SP, LUIZ ANTONIO FRANCISCO NETO e RODRIGO DE SOUZA ARAÚJO, agindo em concurso de agentes, com intento homicida e mediante recurso de dificultou a defesa do ofendido, tentou matar, mediante disparos de arma de fogo, *Edenilson de Oliveira Ramos*, somente não se consumando o crime por circunstâncias alheias à sua vontade.

Segundo o apurado, os recorrentes são policiais civis e, no dia dos fatos, cumpriam mandados de prisão em razão de dívidas alimentícias juntamente do policial Rodrigo Cardoso de Azevedo.

Naquela oportunidade, os acusados cumpriram o mandado de prisão expedido em desfavor de Adilon Fernando dos Santos. Na sequência, cumpriram a ordem de prisão contra a vítima, ocasião em que os dois presos foram colocados na parte de trás da viatura, momento em que *Edenilson* passou a reclamar que estava passando mal, pois era portador de "fobia", colocando suas pernas para fora da viatura de modo a impedir o fechamento do porta-malas.

Diante da dificuldade enfrentada pelos réus, a porta do veículo foi novamente aberta, instante em que o detido, ora vítima, pulou da viatura e empreendeu fuga rumo a um matagal. Em seguida, os recorrentes passaram a perseguir o ofendido, ao passo que o terceiro policial, Rodrigo Cardoso, permaneceu vigiando o outro preso na viatura.

Os acusados conseguiram, durante a perseguição, derrubar a vítima enquanto ela corria, mas *Edenilson* novamente conseguiu escapar e, de costas para os indiciados, reiniciou sua tentativa de fugir, correndo em direção a um matagal.

Acesso ao Sumário

Na sequência, enquanto a vítima fugia, de costas e sem nenhuma possibilidade de resistência, os réus efetuaram disparos de arma de fogo para o alto. Então, como o ofendido não parou, LUIZ ANTÔNIO e RODRIGO efetuaram novos disparos, desta vez direção à vítima, atingindo-a na região das costas e do abdômen.

A vítima, mesmo baleada, conseguiu se esconder em um matagal e despistou os recorrentes, os quais ainda chegaram a gritar dizendo que iriam socorrê-la.

Por fim, ao perceber que os réus haviam deixado o local, o ofendido procurou ajuda na vizinhança e foi socorrido ao Hospital, onde permaneceu internado por aproximadamente 10 (dez) dias.

O crime foi cometido mediante recurso que dificultou a defesa do ofendido, uma vez que ele estava de costas, tentando correr, sendo atingido de surpresa, sem chance de reação.

No presente caso, a realidade delituosa está demonstrada pela Portaria de fls. 02/04, pelo boletim de ocorrência de fls. 05/07, pelo laudo pericial das armas de fogo de fls. 31/38, pelo laudo de exame de corpo de delito de fls. 108/109, do relatório médico de fl. 265, das informações de fls. 310/311, bem como pelas demais provas colhidas durante a instrução criminal.

Também estão presentes indícios suficientes de autoria, devendo ser mantida a r. decisão de pronúncia.

O recorrente LUIZ, na fase extrajudicial, descreveu que é policial e que, na ocasião do delito, estava em diligência para o cumprimento de mandado de prisão por falta de pagamento de pensão alimentícia. Disse que, então, dirigiu ao endereço do ora ofendido, encontrando-o e o levou, cumprindo o mandado pendente, sendo que, em seguida, foi para outro local, onde também foi cumprido mandado de prisão em face de Adilon. Contou que *Edenilson*, inicialmente, estava no banco de trás sem algemas, mas quando Adilon foi detido, também sem algemas, ambos foram colocados no "chiqueirinho" do veículo, ocasião em que a vítima passou a impedir o fechamento da porta e ficar nervosa, dizendo que tinha fobia e que estava passando mal. Descreveu que seu colega Rodrigo Cardoso disse que iria algemá-lo e, então, o ofendido pulou para fora da viatura e começou a correr muito rápido em direção a um matagal, sendo perseguido pelo interrogando, que deu uma rasteira e ele veio ao solo, entrando em luta corporal. Apontou que *Edenilson* continuou as agressões e conseguiu se desvencilhar, evadindo-se. Indicou que, neste momento, efetuou dois disparos de arma de fogo, um em direção ao solo e outro para o alto, para intimidar a vítima, mas nada adiantou. Afirmou que seu parceiro RODRIGO ARAÚJO também efetuou, salvo engano, dois disparos de arma de fogo, mas o ofendido conseguiu fugir e, embora efetuadas as buscas no local, ele não foi localizado. Disse que,

Acesso ao Sumário

ao retornar para a Delegacia, tomou conhecimento de que havia um indivíduo baleado no hospital, oportunidade em que descobriu se tratar de *Edenilson*, o qual foi atingido com um tiro no abdome. Asseverou que não efetuou disparos em direção à vítima (fls. 23/24). Em juízo, negou o crime e repetiu a descrição dos fatos, dizendo que o ofendido fugiu e foi perseguido pelo interrogando e seu colega. Apontou que, no trajeto da perseguição, em certa oportunidade, o interrogando conseguiu chutar a vítima e ela caiu no solo, tendo ambos entrado em luta corporal, sendo que, no embate, sacou a sua arma e efetuou dois disparos, um para cima e outro para baixo, mas o ofendido continuou fugindo. Indicou que o corréu RODRIGO também efetuou dois disparos. Ressaltou que não foram os seus disparos que atingiram o ofendido (mídia digital de fls. 695).

O recorrente RODRIGO, na Delegacia, afirmou que é policial e que, na ocasião do delito, estava em diligência para o cumprimento de mandado de prisão por falta de pagamento de pensão alimentícia, restando detidos o ofendido e Adilon. Contou que *Edenilson*, inicialmente, estava no banco de trás sem algemas, mas quando Adilon foi detido, também sem algemas, ambos foram colocados no "chiqueirinho" do veículo, ocasião em que a vítima passou a impedir o fechamento da porta e ficar nervosa, dizendo que tinha fobia e que estava passando mal. Descreveu que seu colega Rodrigo Cardoso disse que iria algemá-lo e, então, o ofendido pulou para fora da viatura e começou a correr muito rápido em direção a um matagal, sendo perseguido por LUIZ, que deu uma rasteira, mas *Edenilson* continuou conseguiu se desvencilhar e se evadiu. Indicou que, neste momento, efetuou um disparo de arma de fogo para o solo para intimar o fugitivo, mas como ele continuou correndo, efetuou novo disparo, também para o chão, mas nada adiantou. Afirmou que seu parceiro LUIZ também efetuou, dois disparos de arma de fogo, indicou que o primeiro para cima, e que mesmo assim a vítima conseguiu fugir, sendo que embora efetuadas as buscas no local, ele não foi localizado. Disse que, ao retornar para a Delegacia, tomou conhecimento de que havia um indivíduo baleado no hospital, oportunidade em que descobriu se tratar de *Edenilson*, o qual foi atingido com um tiro no abdome. Por fim, assegurou que não efetuou disparos em direção à vítima (fls. 27/28). Sob o crivo do contraditório, repetiu sua negativa. Asseverou que, durante a fuga, *Edenilson* escorregou e foi alcançado pelo réu LUIZ, momento em que entraram em luta corporal, mas a vítima conseguiu se desvencilhar e continuou fugindo, agora em direção ao matagal. Contou que, então, o réu LUIZ sacou a arma de fogo que portava e efetuou um disparo para cima e, na sequência, deu ordens de parada, sendo que, em seguida, o interrogando efetuou um disparo na direção do chão e, posteriormente, um disparo para o alto. Assegurou que não foram os seus disparos que atingiram o ofendido (mídia digital).

Acesso ao Sumário

O ofendido, na fase extrajudicial, narrou que, no dia do crime, os réus e outro policial compareceram em sua residência e cumpriram um mandado de

prisão por falta de pagamento de pensão alimentícia, sendo colocado no banco de trás da viatura. Contou que, em seguida, foram para outra residência, tendo um indivíduo sido detido pelo mesmo motivo, sendo posto no "chiqueirinho", ocasião em que o declarante também iria ser lá colocado. Afirmou que não cabia os dois no porta-malas da viatura e que sofre de "fobia", tendo, então, dito aos agentes que não poderia ficar ali. Explicou que os recorrentes ignoraram seu pedido e que tentavam fechar a porta do compartimento, o que impedia com seu corpo, sendo que, em determinado momento, quando a porta foi aberta, o declarante saiu correndo e foi perseguido pelos réus. Descreveu que foi derrubado por um dos policiais, mas conseguiu se levantar e fugir, sendo que, depois, ouviu disparos de arma de fogo, não sabendo quem atirou, já que estava correndo de costas para eles, tendo um deles o atingido nas costas. Disse que mesmo ferido continuou se escondendo, tendo ouvido dos agentes "volta Edemilson, você não vai aguentar", deixando o local somente quando eles foram embora. Afirmou que foi levado ao hospital e passou por cirurgia, ficando internado por dez dias (fls. 86/87). Em juízo, repetiu sua declaração e explicou que, depois de sentir que havia sido atingido, continuou se evadindo e se escondeu, ocasião em que ouviu os recorrentes gritando que havia atingido o ofendido e que ele deveria retornar, citando que ouviu os réus o chamar por três vezes. Respondeu que foi atingido nas costas e a munição transfixou seu abdome. Destacou, ainda, que sofreu graves complicações em sua saúde e que recebeu ligações em que o interlocutor informava que ele precisava comparecer à Corregedoria da Polícia Civil e, ao ligar na Corregedoria, nunca recebia tal confirmação de contato. Por fim, reconheceu com segurança o réu LUIZ como sendo um dos policiais civis que o perseguiu, porém não se recordou com a necessária segurança do réu RODRIGO (mídia digital).

A testemunha Rodrigo Cardoso de Azevedo, nas duas fases da persecução penal, contou que é policial e que, na ocasião dos fatos, estava em diligência para o cumprimento de mandado de prisão por falta de pagamento de pensão alimentícia, tendo detido o ofendido e, em seguida, foi para outro local, onde também foi cumprido mandado de prisão em face de Adilon. Afirmou que *Edenilson* e Adilon estavam no banco de trás sem algemas e depois foram colocados no "chiqueirinho" do veículo, ocasião em que a vítima passou a impedir o fechamento da porta com as pernas, dizendo que tinha claustrofobia. Descreveu que disse que iria algemá-lo e, então, o ofendido pulou para fora da viatura e começou a correr muito rápido em direção a um matagal, sendo perseguido por LUIZ e RODRIGO, tendo o depoente permanecido na viatura com o outro preso. Apontou que não presenciou os réus efetuarem disparos de arma, mas viu quando LUIZ deu uma rasteira no ofendido para que ele desistisse de fugir, o que, não entanto, não ocorreu, não visualizando mais nada. (fls. 25/26 e mídia digital).

Acesso ao Sumário

A testemunha Adilon, na polícia, contou que, no dia dos fatos, foi detido pelos réus por conta de falta de pagamento de pensão alimentícia. Disse que foi colocado na viatura juntamente com a vítima e que ambos iriam no "chiqueirinho" do carro, mas o ofendido passou a dizer que estava passando mal e que tinha fobia, ficando muito nervoso. Indicou que os agentes da lei iriam colocá-lo no banco de trás da viatura, mas quando ele desceu do porta-malas, passou a correr e, então, foi perseguido pelos recorrentes. Afirmou que um dos réus deu uma rasteira na vítima, a qual conseguiu fugir mesmo assim e desapareceu no matagal. Apontou que um policial efetuou disparo para o alto e outro para o chão, mas, mesmo assim, a vítima não foi detida (fls. 20). Em juízo esta testemunha não foi ouvida (fls. 643).

A testemunha Marco Luiz de Oliveira Silva, relatou que conhece a vítima pelo fato de ser eletricista e realizar serviços na região. Contou que, na data dos fatos, encontrava-se trabalhando fazendo instalação de fios de uma residência, junto a um poste externo, na rua, quando visualizou uma viatura policial parando em frente à casa da testemunha Adilon, sendo que dentro da viatura já havia uma outra pessoa, mas até aquele momento o depoente não sabia que se tratava do ofendido. Disse que os réus colocaram Adilon no compartimento traseiro da viatura e também colocaram o outro indivíduo, mas esta pessoa começou a dizer que não cabia ali, que o espaço era pequeno para duas pessoas, mas os policiais retrucaram que cabia até quatro pessoas naquele compartimento. Contou que notou que os policiais não estavam conseguindo fechar a porta traseira da viatura, porque o corpo do ofendido ficava para fora, sendo que, então, o tal indivíduo pulou da viatura e correu entre os dois policiais, ocasião em que o reconheceu como sendo *Edenilson*. Ressalta que a vítima não empurrou os policiais para fugir, apenas se aproveitou do espaço que havia entre os dois policiais. Descreveu que *Edenilson* correu na direção do matagal e os dois policiais que estavam na traseira da viatura correram na tentativa de detê-lo, e efetuaram disparos na direção do ofendido, indicando que o policial da fotografia nº 72 é o agente que efetuou inicialmente dois disparos para o alto, gritando para que a vítima parasse, mas como ela não parou, o mesmo policial efetuou outros disparos na direção de *Edenilson*, não sabendo o depoente quantos foram. Apontou, ainda, que reconheceu a fotografia de nº 73 como sendo o outro policial que correu para alcançar o ofendido e que efetuou disparos na direção dele, não se recordando quantos disparos foram feitos, podendo afirmar com certeza que foi mais de um disparo. Por fim, indicou que o policial da fotografia de nº 74 se posicionou na frente da viatura policial e que em momento nenhum fez uso de sua arma de fogo. Depois que os policiais foram embora do local, *Edenilson* saiu do matagal e, então, verificou que ele estava ferido nas costas. Esclareceu, finalmente, que não viu o ofendido entrar em luta corporal, indicando que ele caiu em determinado momento, mas logo se levantou e continuou correndo (fls. 89/90). Em

Acesso ao Sumário

solo judicial, repetiu integralmente sua narrativa, afirmando que presenciou o momento que os réus dispararam contra a vítima (mídia digital de fls. 695).

A testemunha Joaquim Rosa Araújo, na fase extrajudicial, relatou que conhece a vítima e também a testemunha Adilon, ambos residentes no Perequê, onde o depoente faz serviços de manutenção de água. Disse que, na data dos fatos, encontrava-se trabalhando junto a uma mangueira da rua, que distribui água para os moradores do local, quando avistou uma viatura policial parando em frente à casa do Adilon. Contou que estava distante cerca de 10 metros da viatura, que estacionou com a parte da frente voltada para o local onde o depoente se encontrava. Afirmou que presenciou o momento em que a testemunha Adilon saiu da casa dela, mas não viu o momento em que o ofendido fugiu da viatura, pois estava concentrado em seu trabalho, e a fuga se deu na parte traseira da viatura. Percebeu uma correria e, por temor, pensando que fosse confronto entre a Polícia e os moradores do local, escondeu-se em um beco nas proximidades. Descreveu que, lá do beco, ouviu o som de disparos de arma de fogo, não sabendo precisar quantos foram no total, tomando conhecimento somente depois de que a vítima *Edenilson* havia sido presa por débito de pensão alimentícia, que havia fugido dos policiais e que na fuga foi atingida, nas costas, por disparos efetuados pelos policiais civis. Afirmou que, depois de algum tempo em que estava no local dos fatos, viu o ofendido e percebeu que, de fato, ele apresentava um ferimento nas costas. Por fim, indicou que não sabe quem efetuou os disparos que acertaram a vítima e não tem condições de afirmar com segurança se os policiais envolvidos na ocorrência são os das fotografias apresentadas para reconhecimento, de números 72, 73 e 74, uma vez que não se encontrava próximo deles (fls. 93/94). Em juízo, no entanto, o depoente mudou seu relato e afirmou que não presenciou os fatos narrados na denúncia, indicando que desconhece o teor de seu depoimento na Delegacia de Polícia, porquanto, na ocasião dos fatos, ingeria muita bebida alcoólica e fazia uso de medicação (mídia digital).

A testemunha Carlos Lima de Souza, na polícia, relatou que na data dos fatos, encontrava-se a caminho de seu trabalho quando avistou uma viatura policial parando em frente à casa de um conhecido seu, a testemunha Adilon. Disse que, como não sabia do que se tratava, resolveu ficar observando de longe e não passar pela viatura, naquele momento, de modo que viu Adilon sair algemado de sua casa e sendo colocado no interior da viatura. Contou que ouviu uma voz dizendo "tá apertado, tá apertado, aqui não cabe", mas indicou que um dos policiais retrucou que ali cabia até três pessoas. Afirmou que, então, decidiu seguir seu caminho e quando se aproximou da viatura presenciou um indivíduo pulando do interior do carro e correr, entre os policiais, reconhecendo-o como sendo *Edenilson*, seu amigo de infância. Destacou que a vítima não empurrou os policiais que estavam próximos da viatura, tão somente passou entre os dois, valendo-se da distância que havia entre um e outro, explicando que na parte

Acesso ao Sumário

traseira da viatura havia dois policiais um deles com cabelos castanhos claros e longos, gordo, pele clara, aparentando 30 anos de idade; e outro cabelos escuros e curtos, magro, alto, aparentando também 30 anos de idade. Indicou que o terceiro policial que se posicionava na frente da viatura tinha cabelos curtos e escuros, pele morena clara, era magro e alto. Indicou que, assim que o ofendido pulou da viatura e ia começar a correr, ele levou uma rasteira do policial que tinha cabelos curtos, mas conseguiu se levantar e levou nova rasteira do mesmo policial, conseguindo, mesmo assim, continuar sua fuga, sendo perseguido pelos dois policiais. Asseverou que, em momento algum, *Edenilson* agrediu os policiais ou entrou em luta corporal com algum deles. Explicou que, então, na sequência dos fatos, os dois policiais efetuaram disparos para o alto, mas como a vítima continuava correndo, passaram a atirar na direção dele, sendo que um dos disparos atingiu as costas de *Edenilson*, apontando que notou que quem atingiu o ofendido foi o policial que tinha cabelos longos. Descreveu, ainda, que, mesmo atingida, a vítima conseguiu fugir e se esconder no matagal, sendo que os agentes da lei pediram que *Edenilson* se entregasse, pois eles iriam socorrê-lo, tendo os policiais ficado no local por cerca de 10 minutos e, depois que a Polícia foi embora, a vítima saiu do mato e o depoente correu até a casa dele para avisar os familiares. Informou que *Edenilson* apresentava um ferimento nas costas e outro no abdômen, descobrindo posteriormente que foi necessário passar por uma cirurgia, e que a vítima estava bem. Afirmou, por fim, que não conhecia e nunca havia visto os policiais civis que participaram da ocorrência, e olhando as fotografias de números 72, 73 e 74 que lhe foram apresentadas para reconhecimento, em sede inquisitorial, reconheceu sem sombra de dúvidas, na fotografia de nº 73, o policial de cabelos compridos que efetuou o disparo que atingiu *Edenilson* nas costas. Quanto aos demais policiais, não chegou a observar as características física deles para afirmar, com a necessária responsabilidade, que os identifica nas fotografias que lhe foram apresentadas, em solo policial (fls. 95/97). Em juízo, o depoente não foi ouvido (fls. 545/546).

A testemunha de defesa Antonio Carlos Banha Joaquim, em seu depoimento judicial, relatou que conhece o réu LUIZ há mais de 20 anos e que se trata de pessoa bondosa, caridosa, defensora dos menos favorecidos e querida por todos. Afirmou que não presenciou os fatos narrados na inicial acusatória e ressaltou que desconhece qualquer fato que macule a conduta pessoal e profissional do acusado (fls. 253).

André Henrique Freitas Martins, testemunha de defesa, em juízo, relatou que conhece o réu LUIZ há 10 anos, aproximadamente, afirmando que ele é uma pessoa correta, amiga, e dedicada aos estudos e projetos pessoais. Afirmou que acompanhou a trajetória de estudos do acusado, até seu ingresso na Polícia Civil, desconhecendo qualquer fato que macule a conduta pessoal e profissional do acusado. Por fim, afirmou que não presenciou os fatos narrados na inicial

Acesso ao Sumário

acusatória (fls. 254).

A testemunha Caio Azevedo de Menezes, sob o crivo do contraditório, relatou que não presenciou os fatos narrados na inicial acusatória, indicando, apenas, que conhece LUIZ e sabe de sua dedicação ao trabalho, asseverando que ele é um excelente policial, que gosta muito da profissão. Desconhece qualquer fato que macule a conduta pessoal e profissional do acusado. Por fim, manifestou o mesmo em relação ao réu RODRIGO (fls. 255).

Fabrício Godinho, testemunha de defesa, em solo judicial, relatou que não presenciou os fatos narrados na inicial acusatória. Descreveu que os réus são servidores dedicados ao trabalho e que não conhece nada que macule a conduta pessoal e profissional de ambos (fls. 256).

Renan Fonseca e Censi, em seu depoimento judicial, relatou que não presenciou os fatos narrados na inicial acusatória e que conhece LUIZ há mais de 20 anos, indicando que ele é pessoa de família, frequentadora de igreja, correta, honesta, dedicada ao trabalho (fls. 257).

A testemunha de defesa Wagner Camargo Gouveia, em juízo, relatou que também não presenciou os fatos descritos na exordial. Disse que conhece LUIZ porque já trabalhou com ele diretamente, asseverando que ele é um profissional correto e dedicado. Manifestou o mesmo em relação ao réu RODRIGO (fls. 258).

Nei Gomes de Andrade, testemunha de defesa, em solo judicial, contou que conhece LUIZ desde que ele ingressou na Polícia Civil, salientando boas condutas do réu. Informou que não sabe dizer se os policiais tinham ciência de que haviam atingido a vítima, citando que, na época, eram policiais inexperientes ainda, sendo que, quando souberam que havia uma pessoa baleada no hospital, foram para lá e fizeram o reconhecimento. Relatou, ademais, que não presenciou os fatos narrados na inicial acusatória, soube através dos colegas (fls. 259).

A testemunha de defesa Milton Joaquim Júnior, sob o crivo do contraditório, relatou que conhece o acusado LUIZ e sua família há mais de 20 anos, mas não presenciou os fatos ora em análise. Descreveu que acusado é pessoa de família, correta, honesta, temente a Deus, frequenta e auxilia muito a igreja Santo Antonio do Embaré. Tem notícia de que é excelente profissional, estudou para ingressar na Polícia porque tinha o sonho de se tornar policial civil. Desconhece qualquer fato que macule a conduta pessoal e profissional do acusado (fls. 552).

Marco Antonio do Couto Perez, em seu depoimento judicial, relatou que conhece o acusado RODRIGO e que trabalha diretamente com ele, desconhecendo qualquer desvio de conduta profissional deste recorrente. Manifestou o mesmo em relação ao réu LUIZ. Não presenciou os fatos narrados na inicial acusatória, tem conhecimento somente pelo relato dos policiais (fls. 260).

Acesso ao Sumário

Por fim, Paulo Eduardo Rosa da Cunha, testemunha de defesa de RODRIGO, relatou que era investigador-chefe na comarca de Guarujá à época e foi o primeiro chefe dos policiais que participaram da diligência que originou os fatos tratados nestes autos. afirmou que não presenciou os fatos, indicando que estava em férias quando tudo ocorreu e recebeu uma ligação telefônica do réu LUIZ, que lhe relatou o ocorrido. Conto que, segundo a versão dos fatos apresentada por este recorrente, os policiais efetuaram a prisão de um segundo indivíduo (Adilon), e aquele primeiro detido, ora vítima, resolveu fugir, entrando em luta corporal com os policiais. Descreveu, ainda, que o primeiro preso se evadiu em direção à mata e dois dos policiais atiraram para o alto, e posteriormente para o solo. Apontou que depois souberam que aquele evadido foi atingido por disparo de arma de fogo e, por isso, foram até o pronto-socorro e confirmaram. Ressaltou, ao final, que a ocorrência foi levada ao conhecimento do delegado de polícia titular de Guarujá e ao delegado da Corregedoria, para as medidas cabíveis (fls. 261).

Diante da prova acima apresentada, a r. decisão de pronúncia deve ser mantida.

Ora, a materialidade é certa e há indícios suficientes de autoria dos delitos, devendo ser o caso submetido ao julgamento dos Jurados.

Explica-se que a prova da materialidade restou demonstrada à saciedade, uma vez que o relatório médico, exame de corpo de delito e informações, indicou o ferimento na vítima, que se coaduna com os fatos expostos na denúncia. Mas não é só. As narrativas, como delineado, tanto da vítima, como das testemunhas, corroboram o citado relatório médico.

A vítima e parte das testemunhas descreveram as condutas dos recorrentes de forma segura e coesa na etapa policial, ressaltando que foram realizados disparos de arma de fogo na direção da vítima, tendo uma delas, ainda, indicado especificamente quem teria disparado o tiro que acertou o ofendido.

Ora, não há motivos para excluir a importância dos depoimentos delas antes de os recorrentes serem submetidos aos verdadeiros juízes da causa.

Ademais, o fato de a testemunha Marcos não ser ouvida em juízo, em nada altera a submissão dos fatos à análise dos jurados, uma vez que, neste momento, é analisada a presença de indícios de autoria, o que, de fato, existem no processo.

Aliás, a vítima descreveu a dinâmica dos fatos de forma coerente com as narrativas de testemunhas, de modo que o conjunto probatório traz indícios do cometimento do delito, não sendo certo afastar a análise dos jurados do fato aqui em discussão, cabendo a eles decidirem se houve ou não divergência firme o suficiente para afastar a imputação do crime aos recorrentes.

Desta feita, depreende-se dos autos que há indícios suficientes para manu-

tenção da decisão de primeiro grau, não havendo que se falar em impronúncia.

Assim, diante da prova até então amealhada, se mostra temerária proferir qualquer decisão de impronúncia, suprimindo o conjunto probatório da análise dos jurados.

Nesse sentido, preleciona Guilherme de Souza Nucci:

> "O juiz somente desclassifica a infração penal, cuja denúncia foi recebida como delito doloso contra a vida, em caso de cristalina certeza quanto à ocorrência de crime diverso daqueles previstos no art. 74, §1º, do Código de Processo Penal (homicídio doloso, simples ou qualificado; induzimento, instigação ou auxílio a suicídio; infanticídio ou aborto). Outra solução não pode haver, sob pena de se ferirem dois princípios constitucionais: a soberania dos veredictos e a competência do júri para apreciar os delitos dolosos contra a vida. A partir do momento em que o juiz togado invadir seara alheia, ingressando no mérito do elemento subjetivo do agente, para afirmar ter ele agido com animus necandi (vontade de matar) ou não, necessitará ter lastro suficiente para não subtrair, indevidamente, do Tribunal Popular a competência constitucional que lhe foi assegurada. É soberano, nessa matéria, o povo para julgar seu semelhante, razão pela qual o juízo de desclassificação merece sucumbir a qualquer sinal de dolo, direto ou eventual, voltado à extirpação da vida humana." (Tribunal do Júri, 5ª ed., Forense, 2014).

Destaca-se que as alegações defensivas de que não há laudo de balística ou mesmo o fato de ter diversos projéteis deflagrados no local, são questões que não cabem análise nesta fase processual. Ora, não é a decisão de pronúncia o momento adequado para perquirir se determinado elemento informativo é frágil ou contundente, tal apreciação haverá de ser feita pelo Tribunal do Júri.

Não se olvide que, nesta fase, vige o princípio *in dubio pro societate*, uma vez que decisão de pronúncia traz em seu bojo mero juízo de admissibilidade da acusação.

Nesse sentido:

> "A Corte Popular é o único competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, sendo certo que, na fase do judicium accusationis, existindo dúvidas acerca da existência do crime e da autoria delitiva, ocorre a inversão da regra procedimental, ou seja, in dubio pro societate, devendo, pois, serem os réus submetidos a julgamento perante o Conselho de Sentença a quem cabe o juízo de certeza quanto à ocorrência do fato delitivo e de sua respectiva autoria." (AgRg no REsp n.º 1082003/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, 5.ª Turma, DJe 19.05.2011).

Ressalta-se também o entendimento:

> "na fase da pronúncia (iudicium accusationis) reconhecida a materialida-

Acesso ao Sumário

de do delito, qualquer questionamento ou ambiguidade faz incidir a regra do brocardo in dubio pro societate" (RSTJ, 115/462)

Esse também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: "Durante a fase da pronúncia, vigora o princípio *in dubio pro societate*, não se exigindo certeza quanto à autoria da infração." (AgRg no REsp 1.832.692/RS).

E do STF: "Impende consignar, novamente, consoante já asseverado na decisão agravada, que o acórdão proferido pelo Tribunal a quo está em consonância com a jurisprudência atual, majoritária e consolidada deste Tribunal, no sentido de que, **havendo indícios de autoria e prova da materialidade, deve prevalecer, na sentença de pronúncia, o princípio do *in dubio pro societate*.** (ARE 1.250.182-AgR).

Ora, a aplicação do brocardo *in dubio pro societate*, pautada nesse juízo de probabilidade da autoria, destina-se, em última análise, a preservar a competência constitucionalmente reservada ao Tribunal do Júri, pois não analisa profundamente as provas, que deve ser feito pelos jurados.

A função da decisão de pronúncia é tão somente realizar um filtro constitucional, a fim de impedir que os acusados sejam submetidos a julgamento temerário e desprovido de fundamentos mínimos, não sendo aplicável aqui o princípio do *in dubio pro reo*, vez que se trata de regra de desempate afeta ao julgamento do mérito da causa.

Assim, considerando, portanto, que a sentença de pronúncia submete a causa ao seu Juiz natural e pressupõe, necessariamente, a valoração dos elementos de prova dos autos, não há como sustentar que citado brocardo consubstancie violação do princípio da presunção de inocência.

É certo, portanto, que no caso em apreço, há indícios suficientes sobre a autoria do delito, competindo ao Tribunal do Júri solucionar as questões presentes no caso concreto.

Cumpre lembrar que, para a pronúncia, mero juízo de admissibilidade da acusação inicial, a lei exige tão-somente prova da materialidade do delito e indícios suficientes de autoria, pois *"reveste-se de simples juízo de probabilidade, dispensando confronto meticuloso e profunda valoração da prova (TJSP, RT 747/664), admitindo-se, inclusive, que os indícios, ainda que marcados por alguma fragilidade, bastem para a edição da pronúncia"* (Rel. Des. DJALMA LOFRANO, Ap. Crim. nº 163.893-3, 14.7.94).

Neste sentido:

"nunca é demais lembrar que a pronúncia é mero juízo de admissibilidade da acusação, cumprindo ao magistrado apontar, em termos comedidos a prova do crime e os indícios suficientes de autoria, para não influenciar na decisão dos jurados" (STJ, HC 125.315/TO, 6ª T., rel. Min. Og Fernandes. J. 13-11-12).

Acesso ao Sumário

Portanto, diante da prova da materialidade do fato, bem como dos indícios de autoria e do dolo, não há motivo para subtrair da apreciação do Tribunal do Júri – juiz natural da causa – o episódio criminoso descrito na denúncia, pois, o conjunto probatório, a rigor, deverá ser analisado em maior profundidade pelo Conselho de Sentença, sobretudo porque a pronúncia, é cediço, constitui tão-somente juízo fundado de suspeita, não o juízo de certeza que se exige para a condenação.

É, por ora, o *quantum satis*, pois, adentrar mais ao mérito, viria em desfavor dos recorrentes, contrariando a constitucional garantia da ampla defesa e do contraditório, a cargo do Tribunal do Júri.

Portanto, o conjunto probatório, cuja análise se fez necessária embora sem maior profundidade, permite a submissão do recorrente ao julgamento pelo Tribunal do Júri, onde o Conselho de Sentença dirá de modo soberano sobre a questão.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** aos recursos das defesas, mantendo-se a r. decisão recorrida por seus próprios fundamentos.

Revisões Criminais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0001357-83.2021.8.26.0000, da Comarca de Mairinque, em que é peticionário S. P. C..

ACORDAM, em 6º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram e, por maioria de votos, indeferiram o pedido inicial aqui formulado em favor do requerente S. P. C. para, à vista dos argumentos apresentados, manter incólume a condenação que lhe foi lançada na origem, vencido o Des. Paiva Coutinho que o deferia para absolver o requerente, sem declaração de voto.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.653)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEXANDRE ALMEIDA (Presidente), RENATO GENZANI FILHO, NOGUEIRA NASCIMENTO, VICO MAÑAS, XAVIER DE SOUZA e PAIVA COUTINHO.

São Paulo, 6 de julho de 2023

SÉRGIO MAZINA MARTINS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Revisão criminal. Estupro de vulnerável. Tipicidade objetiva. Situação mental. Inimputabilidade mental. Inclusão da pessoa com deficiência. Consentimento da vítima. Bem jurídico. O parágrafo 1º do artigo 217-A do Código Penal compõe-se harmoniza-se sim com o artigo 6º, inciso II da Lei 13.146/2015, eis que aquele visa, precisamente quando em situação de prática de nítido aviltamento da sexualidade humana, mais preservar e garantir a liberdade e a dignidade da vítima.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação de revisão criminal interposta pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em favor de seu assistido **S. P. C.** e diante de condenação que lhe foi aplicada por infrações continuadas à norma do artigo 213, parágrafo 1º e 217-A, parágrafo 1º, na forma do artigo 226 e do artigo 71, *caput*, todos do Código Penal, com a subsequente imposição das penas individuais, definitivas e totais de vinte e três (23) anos e quatro (4) meses de reclusão, a serem inicialmente cumpridas no regime prisional fechado, e tudo por sentença originalmente proferida pela Vara Judicial da Comarca de Mairinque, após parcialmente confirmada por acórdão da 5ª Câmara Criminal deste Tribunal de Justiça que, por sua vez, transitou em julgado para o Ministério Público em 27 de maio de 2020 (fls. 323 dos autos de origem) e, para o requerente, em 15 de julho de 2020 (fls. 328).

Entendendo atípica a conduta praticada em desfavor de uma das vítimas, a inicial reclama a consequente absolvição do requerente.

Devidamente processado o pedido, por seu não conhecimento primeiramente manifestou-se, em parecer subsequente, a Procuradoria de Justiça. Sucessivamente, postulou o indeferimento do pedido.

É o relatório.

Primeiramente, cabe especificar que o pedido tem por objeto tão somente a condenação referente aos crimes que vitimaram A., eis que S. foi também condenado, em continuidade delitiva, por crimes praticados contra a liberdade sexual da vítima F. que, aliás, é filha do requerente. Importante sim observar isso porque a inicial, ao que se observa, não fez essa distinção.

Pois bem.

Entendo que, pese o pedido não estar instruído com cópias do processo original, é certo que o acesso a essas peças está a todos franqueado pelo sistema de informações digitais do Tribunal de Justiça. Por esse motivo, rejeito a arguição preliminar adversa da Procuradoria de Justiça e, no mais, posto formal-

Acesso ao Sumário

mente fundado em hipóteses legais de sua admissibilidade, entendo que é caso de conhecimento do pedido inicial, que, no mérito, fica adiante inteiramente indeferido.

Tem-se que o pedido inicial não hostiliza, em si, a existência da conduta de conjunção carnal repetidamente praticada por S. em face de A., sua então companheira.

O pedido também não questiona que essa vítima apresentava, desde sempre, situação mental especial, consistente em retardo mental moderado, eis que frequentou a APAE durante vários anos, não logrando alfabetizar-se ou realizar cálculos aritméticos, também não conseguindo exercer qualquer atividade profissional, senão praticar atividades domésticas de modo apenas rudimentar, mesmo porque sequer lograva orientar-se em sua pequena cidade, posto ser *ingênua, infantilizada, influenciável*, mostrando-se, ao contato, *regular, lacônica e pueril* (fls. 60-63). Além disso, prosseguem as mesmas informações, a vítima tem certa *desorientação temporal*, com *déficit de memória e atenção*, eis que sua *inteligência* está *abaixo dos padrões da normalidade* e indisposta à abstração, de sorte que certamente ela *não tem condições de discernimento ou capacidade de por si só gerir sua pessoa ou administrar seus bens* (fls. 63-64).

Nesse sentido, é claro que A. não estava em condições de ter uma sexualidade indistinta e descuidada com qualquer pessoa e, muito menos, praticá-la regularmente dentro de um casamento com um aproveitador de sua situação mental peculiar. Daí, portanto, que ela se colocava sim na situação estritamente protetiva do parágrafo 1º do artigo 217-A do Código Penal, situação esta que, diversamente do que argumenta com pura generalidades o pedido inicial, não se choca com as disposições igualmente vigentes da Lei 13.146/2015.

Ora, o direito à sexualidade não é certamente exclusivo da pessoa com situação mental peculiar, senão de todo ser dotado de vida e dignidade a ela inerente. Daí, pois, a riqueza e a plena validade do artigo 6º, inciso II da referida Lei 13.146/2015 que a peça inicial, aqui bem louvada pela Defensoria Pública, frisa com precisão em nosso ordenamento normativo. É que a sexualidade é ínsita à dignidade da existência e não pode ser dela apartada, não podendo, portando, ser exposta à esperteza daqueles que, como tristemente procedeu S., se aproveitam das pessoas em situação de vulnerabilidade para exercê-la indevidamente. Pessoas em situação mental peculiar precisam de cuidado, atenção e carinho, inclusive no tópico de sua sexualidade, exatamente para não serem expostas como o fez S. em relação a A..

Veja-se, por exemplo, o que se passa com as crianças e com os adolescentes ainda muito jovens. Também elas e eles têm, é claro, sua sexualidade e o pleno direito de conhecê-la, exercê-la e realizá-la de modo saudável e construtivo, com pessoas de sua condição etária. Mas, ao mesmo tempo, têm também

Acesso ao Sumário

o direito de serem nela preservados e preservadas de invasões indevidas dos adultos, para que não vejam seus corpos serem instrumentalizados, coisificados e amesquinhados por agressores. Temos, pois, campos normativos que se complementam e mesmo se reclamam reciprocamente.

Enfim, quando se dispõe que a pessoa em situação mental peculiar, ou em situação etária especialmente protegida, tenha acesso a sua sexualidade, o que se determina é que essa sexualidade tenha espaço de realização *com dignidade* e respeito. Essa sim, *dignidade*, é a palavra que se há de buscar e que, no caso concreto, faltou na conduta de S., submetendo a pobre A. a uma convivência simplesmente indigna ao seu lado, ao mesmo tempo em que a dividia com ninguém menos que F., repita-se, nada menos que filha do agressor. Ora, ao mesmo tempo em que compartilhava o leito com A., o abusador S. também o fazia com F., sua própria filha, e assim procedia desde que esta última, pobre menina, tinha lá seus 8 anos de idade, a quem ainda engravidava para se fazer avô e pai da mesma criança. Enfim, o requerente infernizou a vida de não duas, mas, ao mesmo tempo, de três crianças.

Veja-se que, nesse contexto, realmente mostra-se imensamente preocupante, mesmo muito triste, a frase da própria A. quando, em Juízo, ela disse que não sabia ainda dizer por qual razão se separara de S.. Talvez aí, nesse trecho, esteja guardado todo o debate da causa aqui trazida pela Defensoria Pública: ao não saber ainda dizer por qual motivo se separou do "marido", a pobre vítima bem revelava sua plena incapacidade de entender o que quer que fosse. Ou seja, sequer entendia a pobre *menina* (podemos talvez chamá-la assim) o que havia de errado em conviver lado a lado com um "marido" que dividia o leito de *casamento* também com a própria filha dele, a quem também engravidara.

É aí, pois, nesse fosso de vontades, em um mundo habitado também por aproveitadores como esse S., que emergem normas como parágrafo único do artigo 217-A do Código Penal. Normas que, infelizmente, são sim lamentavelmente necessárias. E isso até para que a sexualidade aconteça sim, e de modo sadio, para todos, e não apenas para a alegria moribunda do agressor. Em um mundo de idealidades, todo esse artigo 217-A do Código Penal não seria necessário, pois as pessoas não precisariam se aproveitar de crianças ou de pessoas em situação mental peculiar para praticar sua sexualidade, mas, lamentavelmente, temos desde sempre na cultura humana acontecimentos dessa ordem.

Eis, portanto, que as condutas do requerente foram sim, lamentavelmente, típicas e bem classificadas na órbita de incidência das normas penais em questão.

Enfim, o que talvez o pedido inicial aqui subscrito não tenha bem compreendido é que o parágrafo 1º do artigo 217-A do Código Penal compõe-se harmoniza-se sim com o artigo 6º, inciso II da Lei 13.146/2015, eis que aquele

Acesso ao Sumário

visa, precisamente quando em situação de prática de nítido aviltamento da sexualidade humana, mais preservar e garantir a liberdade e a dignidade da vítima.

Em face do exposto, pelo meu voto **conheço** e **indefiro** o pedido inicial aqui formulado em favor do requerente **S. P. C.**, o que faço para, à vista dos argumentos apresentados, manter incólume a condenação que lhe foi lançada na origem.

Acesso ao Sumário

ÓRGÃO ESPECIAL

Ações Diretas de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2004301-53.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ITUPEVA e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ITUPEVA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM ARRASTAMENTO E MODULAÇÃO. V.U. ACÓRDÃO COM O EXMO. SR. DES. RICARDO ANAFE.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.954)**

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, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, 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 e JARBAS GOMES.

São Paulo, 21 de junho de 2023.

RICARDO ANAFE, Relator Designado

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Expressão "Assessor Jurídico", prevista nos Anexos II e XXII da Lei Complementar nº 389, de 11 de novembro de 2015, do Município de Itupeva – Transformação do cargo de "Assessor Jurídico" em "Procurador Municipal" – Alegação preliminar de inadequação da via eleita que se confunde com o próprio mérito da ação direta – Ao criar a "função pública" de "Assessor Jurídico", com base na Lei Complementar nº 90, de 27 de novembro de 2003 e Lei

Complementar nº 168, de 07 de janeiro de 2008, do Município de Itupeva, a legislação não fixou o conjunto de atribuições – Inconstitucionalidade por arrastamento – Conforme entendimento da Suprema Corte é inconstitucional a delegação de competência ao Chefe do Poder Executivo para dispor (por decreto) sobre atribuições de cargos públicos (ADI nº 4125/TO, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 10/06/2010) **– Transformação prevista nos Anexos II e XXII da Lei Complementar nº 389, de 11 de novembro de 2015 – Ausência do requisito apto a demonstrar a perfeita identidade substancial entre os cargos (similaridade de atribuições) – Violação aos artigos 111, 115, inciso I, e 144 da Constituição do Estado – Modulação dos efeitos.**

Pedido procedente, com modulação.

VOTO

1. *Ex ante*, cumpre destacar a adoção do relatório elaborado, bem como a razoabilidade do voto da eminente Relatora Desembargadora Marcia Dalla Déa Barone, mas por convencimento ouso divergir como segue.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo visando ao reconhecimento da inconstitucionalidade em face da expressão "Assessor Jurídico", prevista nos Anexos II e XXII da Lei Complementar nº 389, de 11 de novembro de 2015, do Município de Itupeva, que determinaram a transformação do cargo em "Procurador Municipal".

Com a máxima vênia da eminente Relatora, é preciso que se rememore o objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade, *in verbis*:

> **"Diante do exposto, requer-se o recebimento e o processamento da presente ação para que, ao final, seja julgado procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade das expressões** *(sic)* **"Assessor Jurídico", prevista nos Anexos II e XXII da Lei Complementar nº 389, de 11 de novembro de 2015, do Município de Itupeva."** (fl. 09)

Como se verifica, o pedido veiculado na inicial delimitou claramente o objeto da ação.

Não se ignora que a jurisprudência e a doutrina são pacíficas no sentido de que, nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, a *causa petendi* é aberta, na medida em que o Colendo Órgão Especial, ao decidir, deve levar em conta a Constituição como um todo, ou seja, na ação direta de inconstitucionalidade, seu julgamento independe dos fundamentos jurídicos nela deduzidos.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido:

"Na ação direta, mais do que a segurança das partes envolvidas na ação *inter partes*, importa a legitimidade da decisão jurisdicional, para o que é fundamental o incremento da participação, do diálogo e da discussão entre os membros do Tribunal a partir de um parâmetro que, embora não esteja delimitado na petição inicial, é conhecido e no processo objetivo deve ser debatido por todos os envolvidos.

Bem por isso seria melhor dizer que a causa de pedir aberta é a causa de pedir que possui como parâmetro de debate a integralidade da Constituição. Dessa forma, seria eliminada a desconfiança gerada pela expressão "aberta", visto que, na generalidade dos casos, a causa de pedir é determinada para promover a segurança jurídica".[1]

Contudo, **isso <u>não</u> significa que as decisões proferidas nas ações de controle concentrado de constitucionalidade <u>possam fundar-se em pedidos distintos</u>**, na esteira do entendimento da Suprema Corte:

"Embora no controle abstrato de constitucionalidade a causa de pedir seja aberta, <u>o pedido da inicial deve ser certo e determinado</u>" (ADPF 347-DF, Relator o Min. Marco Aurélio, Redator do acórdão o Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 18/03/2020). (g.n.)

Assim, *in casu*, havendo pedido de inconstitucionalidade tão somente quanto à expressão **"Assessor Jurídico"**, afigura-se inviável que o cargo de "Procurador Judicial" seja questionado, sob pena de julgamento *extra petita*.

No mais, a alegação preliminar de inadequação da via eleita se confunde com o próprio mérito da ação direta, que será a seguir analisado.

A "função pública" de **"Assessor Jurídico"**, embora prevista na Lei Complementar nº 90, de 27 de novembro de 2003 e na Lei Complementar nº 168, de 07 de janeiro de 2008, do Município de Itupeva, não teve especificadas, ainda que minimamente, as suas atribuições. E, como bem ressaltado pela eminente Relatora, **"para que haja a transposição lícita de cargos públicos, segundo o Col. Supremo Tribunal Federal, devem ser atendidos três requisitos, quais sejam: <u>similaridade de atribuições</u>, identidade de requisitos para ingresso e identidade remuneratória."**

Ressalte-se, por oportuno, que o objetivo maior do concurso público é garantir a impessoalidade e a igualdade de oportunidade na disputa por uma vaga no serviço público, bem como tornar mais eficiente a prestação do serviço público, de tal arte que <u>todas as características referentes ao cargo, como suas **atribuições**, o grau de escolaridade correspondente e a respectiva remuneração, devem ser amplamente divulgadas antes do certame, por força do princípio</u>

Acesso ao Sumário

1 SARLET, Ingo Wolfang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Damiel. Curso de Direito Constitucional. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1027.

constitucional da publicidade, a fim de possibilitar a participação do maior número possível de interessados.

Noutro bordo, a Constituição do Estado estabeleceu que a criação de cargo público na estrutura da administração direta e a criação de secretarias e de órgãos públicos dependem de lei formal de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, nos termos do artigo 24, § 2º, '1' e '2'.

Dessa forma, a exigência de lei em sentido formal também se aplica à descrição das atribuições do cargo, na medida em que a caracterização de determinado cargo dá-se pelas atribuições que lhes são conferidas.

Ora, **"a criação do cargo público impõe a fixação de suas atribuições porque todo cargo pressupõe função previamente definida em lei"** (Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito Administrativo*, São Paulo: Atlas, 2006, p. 507).

E, ainda:

> **"A criação e a disciplina do cargo público faz-se necessariamente por lei no sentido de que a lei deverá contemplar a disciplina essencial e indispensável. Isso significa estabelecer o núcleo das competências, dos poderes, dos deveres, dos direitos, do modo da investidura e das condições do exercício das atividades. Portanto, não basta uma lei estabelecer, de modo simplista, que 'fica criado o cargo de servidor público'. Exige-se que a lei promova a discriminação das competências e a inserção dessa posição jurídica no âmbito da organização administrativa, determinando as regras que dão identidade e diferenciam a referida posição jurídica."**[2]

Ademais, **"tratando-se o cargo público, todavia, de um plexo de atribuições, sua disciplina não pode ser desvinculada da previsão legal das competências inerentes ao exercício do cargo, sob pena de grave ofensa ao princípio da legalidade e sérios prejuízos à Administração, ao servidor público e ao administrado"** (ADI 0165049-45.2013.8.26.0000, Rel. Des. Márcio Bartoli, j. 30.07.2014).

Seguem julgados deste Colendo Órgão Especial:

> **"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Expressões: Diretor Geral, Diretor do Departamento Administrativo, Diretor do Departamento Financeiro, Diretor do Departamento de Compras, Licitações e Contratos, Diretor do Departamento de Comunicação, Chefe da Divisão de Recursos Humanos, Chefe da Divisão de Suporte Administrativo, Chefe da Divisão de Planejamento e Execução Financeira, Chefe da Divisão de Protocolo e Gestão de Documentos, Chefe da Divisão de Sessão Parlamentar, Chefe da Divisão de Gestão de Contratos, Chefe da Divisão de Tecnologia da Informação, Chefe**

Acesso ao Sumário

2 Marçal Justen Filho. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 581.

de Gabinete da Presidência e Assessor, constantes nos Anexos VI e VII das Leis 3.680/2018 e 3.960/2018 do Município de Santana de Parnaíba e em relação à estrutura organizacional da sua Câmara Municipal – Alegação de inconstitucionalidade pela ausência de especificação das atribuições no corpo da lei e compatíveis com atividades de assessoramento, chefia e direção, vulnerando preceitos da Constituição Bandeirante – (...) Reclassificação dos cargos de nível de departamento para 'Diretor de Departamento' no bojo da Lei 3.859/2019 que não tem o condão de superar a inconstitucionalidade declarada na ADIN 2152239-62.2017.8.26.0000 para o mesmo cargo – Circunstância, ainda, que o reconhecimento naquela ação da constitucionalidade do cargo de 'Assessor Técnico Parlamentar II' não caracteriza **coisa julgada para o cargo de 'Assessor Parlamentar', que passou a agrupar outros tipos de assessoria de natureza inconstitucional – Inconstitucionalidade patente na forma dos preceitos dos artigos 111, 115, incisos II e V, e 144 da Constituição Estadual – ARRASTAMENTO – Lei 3.859/2019, artigo 15 – Necessidade pela impossibilidade da previsão de regra de transição para cargos declarados inconstitucionais, bem como para ocupantes sem escolaridade mínima para supri-los – MODULAÇÃO – Aplicação da diretriz do artigo 27 da Lei 9.868/99 para dar o prazo de 90 dias para a Câmara do Município de Santana do Parnaíba reorganizar a estrutura de cargos comissionados, considerado que em ação anterior já tinha sido outorgado prazo de 120 dias, bem como a situação de pandemia atual que dificulta o trâmite burocrático –** Ação **parcialmente extinta sem exame do mérito (NCPC, 485, VI c/c 493) e julgada procedente na parte remanescente, com modulação."** (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2176592-98.2019.8.26.0000; Relator: Jacob Valente; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 24/06/2020; Data de Registro: 02/07/2020). (g.n.)

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – 'ANEXO III' DA LEI COMPLEMENTAR Nº 4.091, DE 18 DE MAIO DE 2007, DO MUNICÍPIO DE ITAPIRA/SP – CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO – AUSENTE DESCRIÇÃO LEGAL DAS RESPECTIVAS ATRIBUIÇÕES, TORNANDO INVIÁVEL O CONTROLE DE LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL – DEFICIÊNCIA INSUPRÍVEL POR DECRETO MUNICIPAL – OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL – PRECEDENTES DESTE ÓRGÃO ESPECIAL E DO C. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL – VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 111, 115, INCISOS II E V, E 144 DA CONSTITUIÇÃO

Acesso ao Sumário

DO ESTADO – MODULAÇÃO DOS EFEITOS PARA 120 DIAS A PARTIR DO JULGAMENTO – PRETENSÃO PROCEDENTE, COM MODULAÇÃO DOS EFEITOS." (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2247554-83.2018.8.26.0000; Relator: Francisco Casconi; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 08/05/2019; Data de Registro: 13/05/2019).

De outro lado, diante da ausência de atribuições descritas expressamente na legislação de origem, peço vênia para divergir do entendimento da eminente Relatora, pois não é possível concluir haver a identidade de funções do cargo de "Assessor Jurídico" com as de "Procurador Judicial", estas previstas na Lei Complementar nº 389/2015, porquanto no processo objetivo a única avaliação admissível é aquela referente à questão de direito, no confronto direto entre a lei e o texto constitucional, azo pelo qual manifesta a incompatibilidade da transposição com os artigos 111, 115, inciso I e 144 da Carta Bandeirante.

Em sendo assim, de rigor a declaração de inconstitucionalidade da expressão **"Assessor Jurídico"**, contida nos Anexos II e XXII da Lei Complementar nº 389, de 11 de novembro de 2015, do Município de Itupeva e, por arrastamento, nas Leis Complementares 90/2003 e 168/2008, do Município de Itupeva.

Modulação dos efeitos

Com base nos princípios da boa-fé objetiva e da segurança jurídica, se faz necessária a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, na medida em que a prática de todos os atos jurídicos já consolidados deve ser resguardada dos efeitos retroativos da decisão de inconstitucionalidade, sob pena de se configurar situação de insegurança jurídica.

Com efeito, os atos normativos declarados inconstitucionais encontram-se em vigor há muitos anos e, nada obstante viciados na sua origem, ampararam a concretização de inúmeros atos praticados pelos servidores no exercício da função jurídica por longo período de tempo, sendo razoável a concessão do prazo de 120 (cento e vinte) dias, contados desta data, possibilitando ao Poder Público regularizar sua estrutura funcional.

2. À vista do exposto, pelo meu voto, julgo procedente o pedido, com modulação de efeitos, nos termos suso alinhavados.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2022199-79.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE MIRASSOL, é réu CÂMARA MUNI-

CIPAL DE MIRASSOL.

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 46.611)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), 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, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA e MATHEUS FONTES.

São Paulo, 28 de junho de 2023.

AROLDO VIOTTI, Relator

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 4.630, de 6 de outubro de 2022, do Município de Mirassol, que disciplina a prática comercial de cobre, alumínio e assemelhados por pessoa física ou jurídica, sem comprovação de sua origem. Constitucionalidade. Inocorrência de violação ao princípio da separação de poderes. Norma que trata de coibir prática comercial com produtos cuja origem é desconhecida. Matéria que não está elencada no rol daquelas de iniciativa reservada ao Poder Executivo (art. 24, § 2º, da Constituição Estadual), além de não impor atribuições a órgãos públicos. Ausência de interferência na Administração do Município, ou fixação de prazos, não havendo vulneração ao princípio da reserva da administração (art. 47, incisos II, XIV, XIX, da Constituição Estadual), tampouco do artigo 22, inciso I, da Constituição Federal, por não criar tipo penal. Ação julgada improcedente.

VOTO

I. Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo PREFEITO MUNICIPAL DE MIRASSOL, tendo por objeto a Lei nº 4.630, de 6 de outubro de 2022, do Município de Mirassol, de iniciativa parlamentar, por

alegada violação aos artigos 5º, 47, incisos II, XIV e XIX, e 144, todos da Constituição Estadual, bem assim ao artigo 22, inciso I, da Constituição Federal, ao fundamento básico de ser da competência privativa da União legislar sobre Direito Penal. Sustenta afronta ao princípio da separação de poderes, porque *"invadiu a esfera da gestão administrativa, que cabe ao Chefe do Poder Executivo, e envolve o planejamento, a direção, a organização e a execução de atos de governo. Isso equivale à prática de ato de administração, de sorte a malferir a separação dos poderes."* (textual – fls. 16). Assinala, ainda, inconstitucionalidade por vício de iniciativa. Pede a procedência da ação, com pedido de liminar, para ser declarada a inconstitucionalidade da Lei nº 4.630, de 6 de outubro de 2022, do Município de Mirassol.

A liminar foi indeferida pela decisão de fls. 36/37.

A Procuradoria Geral do Estado, conquanto intimada, quedou inerte (cf. certidão de fls. 46).

O Sr. Presidente da Câmara Municipal de Mirassol prestou informações, descrevendo o trâmite legislativo do diploma legal impugnado (fls. 48/50).

A Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer de fls. 54/60, opinou pela improcedência da ação. Este, em síntese, o relatório.

II. O pedido não comporta acolhimento.

Reproduz-se o teor integral da impugnada Lei nº 4.630, de 6 de outubro de 2022, do Município de Mirassol:

"Art. 1º Fica proibida a comercialização de cobre, alumínio e assemelhados quando em formato de fios ou cabos, ou queimado, incidindo exclusivamente sobre o material sem origem, não alcançando aquele objeto de comercialização regular, na forma da legislação própria.

Parágrafo único. Para efeito de aplicação desta lei, define-se como cobre queimado o metal que contenha pequena proporção de estanho, zinco ou resíduos de soldas e que possua até 96% (noventa e seis por cento) de pureza.

Art. 2º Considera-se praticante do comércio de cobre, alumínio e assemelhados, toda e qualquer pessoa física ou jurídica que adquira, comercialize, exponha à venda, mantenha em estoque, use como matéria-prima, beneficie, recicle, transporte ou compacte material metálico procedente de anterior uso comercial, residencial, industrial ou de concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços públicos, ainda que a título gratuito.

Art. 3º Os estabelecimentos, as pessoas jurídicas ou físicas que praticarem o comércio de produtos definidos no art. 2º desta Lei e não comprovarem a origem dos mesmos ficarão sujeitos à:

I. Aplicação de multa definida pelo Poder Executivo;

II. Cassação de Alvará de funcionamento em caso de reincidência.

Acesso ao Sumário

Parágrafo único. O material apreendido ficará à disposição da municipalidade.

Art. 4º O Poder Executivo regulamentará a presente Lei no que couber a sua efetiva aplicação.

Art. 5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação." (fls. 23/24)

As leis de iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo são aquelas elencadas no § 2º do artigo 24 da Constituição Estadual – dispositivo aplicado aos Municípios por força do artigo 144 do mesmo diploma legal. Por exclusão, e abstraídas ainda aquelas de competência privativa do Poder Legislativo (§ 1º do artigo 24), as demais matérias inserem-se em princípio na esfera de competência de *"qualquer membro ou Comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Procurador-Geral de Justiça e aos cidadãos"*, conforme dispõe o "caput" do referido art. 24. Quer dizer, são de competência concorrente.

A iniciativa do Poder Legislativo constitui a regra. Já a iniciativa reservada ao Chefe do Executivo é exceção e só se configura nas hipóteses previstas na Carta Estadual e que devem ser interpretadas restritivamente (art. 24, § 2º).

O ato normativo aqui impugnado está a coibir a prática de comércio de cobre, alumínio e assemelhados cuja origem se desconhece. Não dispõe sobre organização da administração, tampouco sobre criação ou extinção de órgãos públicos.

O texto não contém imposição de atribuições a órgãos públicos, interferência na Administração do Município ou fixação de prazos, de modo a não se vislumbrar fundamento na assertiva de haver ofensa ao princípio da Reserva da Administração (art. 47, incisos II, XIV e XIX, da Constituição Estadual).

A matéria abordada na lei municipal impugnada não está dentre aquelas reservadas exclusivamente ao Chefe do Poder Executivo (§ 2º do art. 24 da Constituição Bandeirante). Não versa sobre gestão ou organização administrativa, não havendo falar em inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa.

Enfatize-se que a norma do artigo 3º da Lei em questão é de inteira razoabilidade e não constitui ingerência em seara própria da Administração, antes tendendo a assegurar mínima eficácia das determinações contidas no diploma.

Conhecida a recente orientação do Colendo Supremo Tribunal Federal no julgamento do R.E. 878.911 (Tema 917 de Repercussão Geral): ***"Recurso extraordinário com agravo. Repercussão geral. 2. Ação Direta de Inconstitucionalidade estadual. Lei 5.616/2013, do Município do Rio de Janeiro. Instalação de câmeras de monitoramento em escolas e cercanias. 3. Inconstitucionalidade formal. Vício de iniciativa. Competência privativa do Poder Executivo municipal. Não ocorrência. Não usurpa a competência privativa do chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração***

Pública, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos. 4. Repercussão geral reconhecida com reafirmação da jurisprudência desta Corte. 5. Recurso extraordinário provido." "Decisão: O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. No mérito, por maioria, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não se manifestaram os Ministros Celso de Mello e Rosa Weber." (RE nº 878.911, Tema nº 917 v.u. j. de 30.09.16 DJ-e de 11.10.16 – Relator Ministro GILMAR MENDES).

E também não se verifica a apontada inconstitucionalidade por afronta ao artigo 22, inciso I, da Constituição Federal (norma previsiva da competência legiferante privativa da União). Não versa o diploma sobre criação de tipo penal, limitando-se a sancionar determinada prática comercial com multa ou cassação de alvará de funcionamento da pessoa física ou jurídica que se subsumir às hipóteses do artigo 2º do diploma legal impugnado, por força do poder de polícia administrativo.

Como anotado no parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça, cujas considerações são aqui adotadas adicionalmente como "ratio decidendi":

"De início, ao contrário do que defende o Prefeito Municipal, a iniciativa legislativa, 'in casu', é concorrente, já que não versa sobre direito penal, tampouco sobre serviço público ou subordinado ao poder público.

Trata-se da regulação de atividade privada consistente em comércio de cobre, alumínio e assemelhados, sujeita ao controle estatal pela polícia administrativa. Não constitui serviço público porque não é atividade estatal, não está submetida a regime jurídico de direito público, e não colima a satisfação de necessidades coletivas fruíveis singular ou genericamente.

Não se verifica, portanto, usurpação da iniciativa legislativa reservada ao Chefe do Poder Executivo constante do rol do art. 24, § 2º, da Constituição Estadual que reproduz o art. 61, § 1º, II, da Constituição Federal." (fls. 56 "usque" 57).

No sentido da solução ora adotada, precedente deste Órgão Especial sobre matéria assemelhada:

"I. Ação direta de inconstitucionalidade. Impugnação da lei municipal nº 13.928, de 19 de novembro de 2016, que dispõe sobre o cadastro de compra, venda ou troca de cabos de cobre, alumínio, baterias e transformadores para reciclagem no município de Ribeirão Preto. II. Violação da competência legislativa privativa União para legislar sobre direito comercial. Não ocorrência. A lei questionada não disciplina, propriamente, direito comercial. Aborda, na verdade, temática afeta à regularidade da produção e do consumo em

Acesso ao Sumário

âmbito local, com o nítido objetivo de possibilitar a conferência da licitude da origem dos produtos nela descritos. Inteligência dos artigos 24, inciso V, e 30, inciso I, ambos da CF, c.c. artigo 144, da CE. Afronta ao artigo 22, inciso I, da CF, afastada. Precedentes do STF. III. As disposições da lei combatida não afrontam a livre iniciativa, prevista no artigo 170, caput, da CF. O diploma estabeleceu regras que não interferem na liberdade de ação dos agentes do mercado, tampouco na lógica concorrencial. Medidas meramente fiscalizatórias e de cunho controlador. Penalidades administrativas razoáveis e proporcionais. Inteligência do artigo 174, da CF. Doutrina. IV. O exercício de atividades fiscalizatórias é inerente à atuação da Administração Pública, inserindo-se em seu poder-dever. Ademais, a lei em tela não disciplina questão inserida no âmbito das atribuições administrativas do Poder Executivo. Inocorrência de usurpação de funções. V. Lei municipal, de iniciativa parlamentar, que não disciplina matéria orçamentária, tampouco relacionada a plano plurianual. Interpretação restritiva das hipóteses constitucionais que preveem iniciativa exclusiva para início do processo legislativo. Precedentes do STF. VI. A ausência de indicação ou o apontamento genérico das fontes que custearão as despesas necessárias à execução do diploma impugnado não acarreta vício de inconstitucionalidade, importando, no máximo, sua inexequibilidade no mesmo exercício em que promulgado. Precedentes do STF e deste Colegiado. VII. Constatada, entretanto, a inconstitucionalidade da expressão que estipulou prazo rígido para que o Executivo promova a regulamentação da norma. Indevida interferência do legislador em atribuições típicas do Poder Executivo, unicamente neste ponto. Ressalva do posicionamento pessoal desta relatoria. Respeitado, contudo, o precedente firmado por este Colegiado, declarando-se a inconstitucionalidade da expressão "no prazo de sessenta dias contados da data de sua publicação". Pedido julgado parcialmente procedente, nos termos do voto." (Órgão Especial, Direta de Inconstitucionalidade nº 2226116-35.2017.8.26.0000, Rel. o Des. MÁRCIO BARTOLI, j. 13.06.2018).

Também não se verifica ladeamento ao princípio da livre concorrência ou ao da livre iniciativa econômica, visto como não se proíbe o comércio dos metais e materiais elencados no diploma. Veda-se tão somente a comercialização do material sem origem, com o óbvio e justificável propósito de contribuir para medidas de polícia administrativa tendentes a desestimular ilícitos de outra natureza.

III. Pelo exposto, julgam improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2042873-78.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SALTO e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SALTO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM RESSALVA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.023)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, LUIZ ANTONIO DE GODOY, FIGUEIREDO GONÇALVES, CARLOS MONNERAT, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI e RICARDO DIP.

São Paulo, 5 de julho de 2023.

JAMES SIANO, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Arguição em face do art. 4º da lei n.º 3.321, de 10 de junho de 2014 do município de Salto/SP, que criou *um adicional especial de função, de 34% dos vencimentos, aos Guardas Civis Municipais ativos*.

Violação aos princípios da razoabilidade e do interesse público. Ofensa aos art. 111 e 128 da CE. O pagamento de adicional instituído de forma genérica e sem critérios objetivos para autorizar o seu pagamento não observa o interesse público ou às exigências do serviço, mas apenas o interesse privado dos próprios servidores. Inconstitucionalidade configurada, assegurada apenas a irrepetibilidade dos valores recebidos de boa-fé.

Ação procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 4º da lei n.º 3.321, de 10 de junho de 2014 do município de Salto/SP, ressalvada a irrepetibilidade

Acesso ao Sumário

dos valores recebidos de boa-fé.

VOTO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo em face do art. 4º da lei n.º 3.321, de 10 de junho de 2014 do município de Salto/SP.

Sustenta o autor: (i) violação aos artigos 1º, 18, 29 e 31 da Constituição Federal; (ii) violação aos artigos 111 e 128 da Constituição Estadual; (iii) não observância do princípio do interesse público ou às exigências do serviço; (iv) trata-se de adicional genérico, estabelecido sem a previsão de critérios objetivos para identificação da causa para a sua outorga.

Não foi formulado pedido de concessão de liminar (f. 359/360).

Informações prestadas às f. 369/370 e f. 380/387.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 392/395.

É o relatório.

A ação é procedente.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo em face do art. 4º da lei n.º 3.321, de 10 de junho de 2014 do município de Salto/SP.

É o seguinte o teor da norma impugnada:

Lei n.º 3.321, de 10 de junho de 2014

Art. 4º. Fica criado o Adicional Especial de Função, devido a todos os Guardas Civis Municipais ativos, correspondente a 34% (trinta e quatro por cento) sobre seus vencimentos.

Pois bem.

Embora o município tenha competência para legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I, CF e art. 144 da CE), tal competência não é absoluta e deve ser exercida em harmonia com os princípios que norteiam a administração pública.

Acesso ao Sumário

Vislumbra-se, na hipótese, a existência de vício de constitucionalidade em relação ao pagamento de adicional instituído de forma genérica e sem critérios objetivos para autorizar o seu pagamento, por violação aos artigos 111 e 128 da Constituição Estadual, que assim dispõem:

Artigo 111 – A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência.

Artigo 128 – As vantagens de qualquer natureza só poderão ser insti-

tuídas por lei e quando atendam efetivamente ao interesse público e às exigências do serviço.

Não obstante sejam relevantes os serviços prestados pela guarda municipal, **a ausência de critério objetivo para o pagamento de adicional criado de forma genérica leva a conclusão de que, na verdade, seu objeto é aumentar a remuneração dos servidores por via oblíqua, o que não se admite.**

Em hipótese análoga já decidiu este C. Órgão Especial:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ARTIGOS 3º E 5º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 639/2019 DO MUNICÍPIO DE ARTUR NOGUEIRA – GUARDA CIVIL MUNICIPAL – DISPOSITIVOS QUE PREVEEM A FUNÇÃO DE PATRULHAMENTO PREVENTIVO E COMUNITÁRIO NA CONDIÇÃO DE ÓRGÃO COMPLEMENTAR DA SEGURANÇA PÚBLICA (ARTIGO 3º), ALÉM DE COLABORAÇÃO OU ATUAÇÃO CONJUNTA COM ÓRGÃOS DE SEGURANÇA PÚBLICA (ARTIGO 5º), RESSALTANDO EXPRESSAMENTE OS LIMITES DAS COMPETÊNCIAS PREVISTAS PELO ESTATUTO GERAL DAS GUARDAS MUNICIPAIS E PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL QUE JÁ DELIMITAM A ATUAÇÃO DAQUELE ÓRGÃO À PROTEÇÃO DE BENS, SERVIÇOS E INSTALAÇÕES DO MUNICÍPIO – DESEMPENHO DE FUNÇÕES DE PROTEÇÃO MUNICIPAL PREVENTIVA E PATRULHAMENTO PREVENTIVO QUE DECORREM DA PRÓPRIA LEI DE REGÊNCIA DAS GUARDAS CIVIS MUNICIPAIS – ALEGAÇÃO DE AFRONTA AOS ARTIGOS 147 DA CARTA PAULISTA E 144, § 8º, DA LEI MAIOR – NÃO RECONHECIMENTO". "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ARTIGO 16, § 2º, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 639, DE 17 DE DEZEMBRO DE 2.019, DO MUNICÍPIO DE ARTUR NOGUEIRA QUE PREVÊ A PERCEPÇÃO DE GRATIFICAÇÃO DE REGIME ESPECIAL DE TRABALHO DE GUARDA CIVIL MUNICIPAL EM RAZÃO DE "'CUMPRIMENTO DA PROTEÇÃO MUNICIPAL PREVENTIVA' E 'PECULIARIDADES DAS ATIVIDADES DESENVOLVIDAS' PELOS INTEGRANTES E OUTROS CRITÉRIOS ESTABELECIDOS PELO COMANDANTE – VANTAGEM PECUNIÁRIA CONCEDIDA COM BASE EM IRRESTRITA DISCRICIONARIEDADE DO COMANDANTE DA GUARDA CIVIL E DOTADA DE AMPLO SUBJETIVISMO – AUSÊNCIA DE CAUSA RAZOÁVEL PARA A SUA INSTITUIÇÃO – NORMA GENÉRICA QUE NÃO DESCREVE SITUAÇÕES QUE ENSEJARIAM O RECEBIMENTO DO BENEFÍCIO E TAMPOUCO PREVÊ REQUISITOS QUE LEGITIMEM A SUA PERCEPÇÃO – AUMENTO DISSIMULADO DE REMUNERAÇÃO – AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA MORALIDADE, DA RAZOABILIDADE E DO INTERESSE PÚBLICO – DESRESPEITO AOS ARTIGOS

Acesso ao Sumário

111 E 128 DA CARTA BANDEIRANTE – INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA – AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE, COM OBSERVAÇÃO". "As vantagens pecuniárias devem estar sempre associadas ao interesse público e às exigências do serviço, nos termos do artigo 128 da Constituição Estadual, não podendo ser utilizadas como forma de aumento dissimulado da remuneração dos servidores, sob pena de violação aos princípios da moralidade e da razoabilidade consagrados pelo artigo 111 da mesma Carta". "Se não há uma razão peculiar, além do simples exercício da própria função inerente ao cargo, não se justifica a instituição, mediante lei, de vantagem pessoal na forma de adicional ou gratificação. (ADI n.º 2177100-73.2021 – Rel. Renato Sartorelli – j. 06/10/2021).

Por fim, inexistem razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social para a modulação de efeitos do julgado, não havendo que se falar em direito adquirido em relação a adicional criado em desacordo com a norma constitucional vigente, ressalvada apenas a irrepetibilidade dos valores recebidos de boa-fé.

Ante o exposto, **julga-se procedente** a ação para declarar a inconstitucionalidade do art. 4º da lei n.º 3.321, de 10 de junho de 2014 do município de Salto/SP, ressalvada apenas a irrepetibilidade dos valores recebidos de boa-fé.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2301917-78.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DE SANTO ANDRÉ, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM EFEITO 'EX TUNC'. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50.722)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, RICARDO DIP, JAMES SIANO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, LUIZ ANTONIO DE GODOY, FIGUEIREDO GONÇALVES, CARLOS MONNERAT, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GAR-

Acesso ao Sumário

CIA, XAVIER DE AQUINO, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI, CAMPOS MELLO e VIANNA COTRIM.

São Paulo, 5 de julho de 2023.

FÁBIO GOUVÊA, Relator

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Prefeito do Município de Santo André que questiona a Lei Municipal nº 10.568, de 20 de setembro de 2022, que estabelece mecanismos para desestimular a aplicação de multas indevidas e dá outras providências. Questões relativas ao regime jurídico dos servidores. Vício de iniciativa e afronta ao princípio da separação de poderes que restaram bem configurados. Violação aos arts. 5º, 24, § 2º e § 4º, 111 e 144, todos da Constituição do Estado de São Paulo. Ação julgada procedente, com efeito *ex tunc*.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Prefeito do Município de Santo André, buscando a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 10.568, de 20 de setembro de 2022, que estabelece mecanismo para desestimular a aplicação de multas indevidas no Município, consignando que o agente público deverá explicitar de forma clara e precisa os motivos e a justificativa para a imposição de penalidades às pessoas físicas e jurídicas, sendo que, se der causa sem motivo à imposição de penalidades ou instauração de processo administrativo ou judicial, será responsabilizado administrativamente de acordo com as penalidades arroladas, além do desconto desse prejuízo diretamente na folha de pagamento do respectivo subsídio ou vencimento do agente público.

Alega o autor, em apertada síntese, que o diploma legal impugnado padece de inconstitucionalidade, por vício formal, pois viola a competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo para iniciativa de lei que disponha sobre políticas administrativas no âmbito dos servidores públicos (sobre organização e funcionamento da Administração Pública, especialmente a atividade de gestão administrativa, bem como no regime jurídico dos servidores públicos, ao criar obrigações, privativas ao Chefe do Executivo, no Estatuto dos Funcionários Públicos), atividade típica do Poder Executivo, usurpando sua competência exclusiva, além do Pacto Federativo, o Princípio da Separação dos Poderes, e os princípios da Administração Pública, em desacordo com os artigos 5º; art. 24, § 2º e § 4º; art. 25; art. 47, incs. II, XI, XIV e XIX, "a"; art. 111; art. 124; art. 144; art. 163, § 6º; art. 176, incs. I e II, todos da Constituição do Estado de São

Acesso ao Sumário

Paulo, reproduzidos, em homenagem ao princípio da simetria, da Constituição Federal (arts. 1º; 2º; 29; 60, § 4º, inc. III; 61, § 1º, "b" e "c"; 84, inc. II; 167, incs. I e II), e ao contido no art. 42, inc. VI, da Lei Orgânica do Município de Santo André. Aduz, ainda, a inconstitucionalidade material, pela lei impugnada não especificar a fonte de custeio para a execução do seu objeto, em violação ao art. 25, *caput*, e art. 176, inc. II, ambos da Constituição Paulista.

Pela decisão de fls. 22/27, o Ex. Desembargador Damião Cogan, nos termos do art. 70, § 1º do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça, concedeu liminar, para suspender a eficácia da Lei nº 10.568, de 20 de setembro de 2022, do Município de Santo André.

A Câmara Municipal de Santo André prestou informações, defendendo a constitucionalidade do ato normativo impugnado. Alega, em suma, que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre procedimentos em matéria processual, que deve ser lido em conjunto com o art. 30, incs. I e II, da Constituição Federal, que atribuem aos Municípios competência para legislar sobre assuntos de interesse local e para suplementar a legislação federal e estadual no que couber, além de não se tratar de mera matéria administrativa, concernente a criação, estruturação e atribuições das secretarias e órgãos da Administração e, portanto, não ocorre vício de iniciativa, pois a competência legislativa é concorrente entre os Poderes Legislativo e Executivo. Alega, ainda, que o Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento de que as leis municipais oriundas do Poder Legislativo, que criam despesas poderão ser absorvidas pelas dotações orçamentárias próprias, através de remanejamento ou complementação orçamentárias, bem como poderão ser postergadas no planejamento de eventuais novos gastos para o exercício orçamentário subsequente (fls. 36/72).

A douta Procuradora-Geral do Estado deixou de apresentar manifestação (fl. 75).

Parecer do douto Subprocurador-Geral de Justiça, Dr. Wallace Paiva Martins Junior, às fls. 53/56, opinando pela procedência parcial da ação direta de inconstitucionalidade, para somente declarar a inconstitucionalidade dos artigos 3º e 4º, da Lei n. 10.568, de 20 de setembro de 2022, do Município de Santo André.

É o relatório.

A ação deve ser julgada procedente.

A lei municipal ora questionada em fiscalização abstrata de constitucionalidade adota medidas visando a aplicação de multas e responsabilização de agentes públicos municipais, e foi publicada com o seguinte teor:

> Art. 1º Esta lei visa estabelecer mecanismos para desestimular a aplicação de multas indevidas no município de Santo André.

Acesso ao Sumário

Art. 2º O agente público deverá explicitar de forma clara e precisa os motivos e a justificativa para a imposição de penalidades às pessoas físicas e jurídicas no município de Santo André.

Art. 3º O agente público que der causa sem motivo a imposição de penalidades ou instauração de processo administrativo ou judicial será responsabilizado administrativamente com as seguintes penalidades:

I – pena prevista no inciso I, do Art. 184 da Lei 1492/59 – Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de Santo André;

II – pena prevista no inciso II, do Art. 184 da Lei 1492/59 – Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de Santo André;

III – multa no valor da aplicação da penalidade indevida;

IV – pena prevista no inciso IV, do Art. 184 da Lei 1492/59 – Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de Santo André.

Art. 4º Em todos os casos em que o Município sofrer prejuízo ou for obrigado a indenizar em virtude de conduta errônea do agente público, haverá o desconto desse prejuízo diretamente na folha de pagamento do respectivo subsídio ou vencimento do agente público.

Art. 5º As despesas decorrentes da execução desta lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.

Art. 6º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Anoto, de início, que cumpre ao Tribunal de Justiça realizar o controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos municipais tendo por parâmetro de controle a Constituição Estadual (art. 125, § 2º, da Constituição Federal), e, eventualmente, como já assentado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, normas da Constituição Federal que sejam consideradas de *"reprodução obrigatória"* pelo constituinte estadual, como é o caso daquelas que regem as competências dos entes federativos e o processo legislativo.

Por tal razão, a lei objurgada na presente ação será sindicada com base na Constituição do Estado de São Paulo, não sendo cabível seu exame a partir de dispositivos da Lei Orgânica do Município nem da Lei de Responsabilidade Fiscal, como também aventado na exordial.

Acesso ao Sumário

E, no mérito, é inegável que a lei em questão – de iniciativa da Mesa da Câmara de Vereadores de Santo André – tratou de aspectos inerentes ao regime jurídico dos servidores públicos municipais. Com efeito, ao versar sobre temas como responsabilidade civil e administrativa e penalidades em caso de descumprimento, o Diploma Legal se mostrou flagrantemente inconstitucional, uma vez que tais matérias são de iniciativa reservada do Chefe do Executivo.

Tal interpretação decorre da análise combinada dos arts. 5º, 24, § 2º e § 4º, 111 e 144, todos da Constituição Bandeirante: se compete exclusivamente ao Governador do Estado a iniciativa das leis que disponham sobre *"servidores públicos do Estado, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e*

aposentadoria", o mesmo deve valer no âmbito dos Municípios, seja por força do chamado *"princípio da simetria"*, que é fruto de construção jurisprudencial, seja em razão de aplicação direta do supracitado art. 144 da CE *("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"*).

Ademais, como já mencionado, as normas referentes ao processo legislativo no que se inserem as regras atinentes à iniciativa privativa para algumas matérias são de reprodução obrigatória nas Constituições Estaduais, e é certo que a CF/88 também prevê iniciativa privativa do Presidente da República para as leis que versem a respeito de servidores públicos da União e seu regime jurídico (art. 61, § 1º, I, alínea "c").

Em resumo, a disciplina da estrutura ou das atribuições dos diferentes órgãos da Administração é reservada ao Chefe do Poder Executivo, cuja matéria, portanto, não poderia ter sido disciplinada pelo Poder Legislativo.

Aliás, este entendimento foi consignado no parecer da douta Procuradoria: *"Sendo de iniciativa parlamentar a lei, é verticalmente incompatível com o ordenamento constitucional o disposto em seus arts. 3º e 4º por violar o princípio da separação de poderes e a consequente regra de reserva de iniciativa legislativa, previstos nos arts. 5º e 24, § 2º, 4º, da Constituição do Estado e nos arts. 2º e 61, § 1º, II, c, da Constituição Federal, pois, nesses tópicos, ela tratou do regime jurídico de servidores públicos ao delinear sua responsabilidade administrativa e civil. É decorrência do princípio da divisão funcional do poder (separação dos poderes) que as regras acerca do regime jurídico dos servidores públicos são da iniciativa legislativa reservada ao Chefe do Poder Executivo, sendo interditada sua disciplina exclusivamente pelo Poder Legislativo."* (fls. 84/85).

Caminha, nesse sentido, a jurisprudência deste Colendo Órgão Especial:

> "Ação Direta de Inconstitucionalidade com pedido liminar proposta pelo Prefeito do Município de Marília. Lei Municipal nº 6167/2004. Ato de iniciativa parlamentar. Estabelece em cinco dias úteis o prazo para emissão da Certidão de Diretrizes do Uso do Solo, por parte da Prefeitura Municipal de Marília, **sob pena de responsabilização administrativa do servidor público municipal encarregado do setor.** Inconstitucionalidade. **Vício formal. Reserva de iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo para edição de normas que tratam da estrutura ou atribuições dos órgãos da Administração Pública e regime jurídico de servidores públicos. Violação ao princípio da separação dos poderes.** Ação julgada procedente, para declarar inconstitucional, na íntegra, a lei local vergastada" (Órgão Especial, ADI 2183261-65.2022.8.26.0000, Rel. Des. Luciana Almeida Prado Bresciani, j. em 08/02/2023, grifei).

Acesso ao Sumário

Bem configurada, destarte, a inconstitucionalidade nomodinâmica (formal) por vício de iniciativa, bem como a violação ao *"princípio da separação de poderes"*, consagrado no art. 5º da CE.

Por outro lado, não vislumbro inconstitucionalidade por alegada violação ao art. 25 da Constituição Bandeirante, haja vista que, como vem se manifestando este Colendo Órgão Especial, *"(...) a falta de dotação orçamentária ou sua previsão genérica não implica na inconstitucionalidade da norma, mas tão somente, na sua inexequibilidade no exercício em (que foi) promulgada, posto haver a possibilidade de inserção dos recursos necessários no exercício subsequente"* (ADI nº 2259407-21.2020.8.26.0000, Rel. Des. Xavier de Aquino, j. em 24/11/2021).

No mais, como bem apontado pela douta Procuradoria-Geral de Justiça em seu parecer, vale citar, a respeito da matéria, a tese sedimentada pelo E. Supremo Tribunal Federal no Tema 917 da repercussão geral, com o seguinte teor: *"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)"*.

Por esses motivos, julgo procedente a presente ação direta para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 10.568, de 20 de setembro de 2022, do Município de Santo André, com efeito *ex tunc*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2235538-58.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CAIEIRAS, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CAIEIRAS.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.438)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, RICARDO DIP, JAMES SIANO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, LUIZ ANTONIO DE GODOY, FIGUEIREDO GONÇALVES, CARLOS MONNERAT,

Acesso ao Sumário

GUILHERME G. STRENGER e FERNANDO TORRES GARCIA.

São Paulo, 5 de julho de 2023.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 5.718, de 06 de maio de 2022, do município de Caieiras, de iniciativa parlamentar, que institui o uso obrigatório de uniforme escolar pelos alunos da Rede Municipal de Ensino, devendo a Secretaria da Educação, para tanto, fornecer gratuitamente a vestimenta, supervisionando e acompanhando tal ato.

Invasão da competência privativa do Prefeito para atos de gestão administrativa. Afronta ao princípio da separação dos Poderes. Arts. 5º e 47, II e XIV da Carta Bandeirante, aplicáveis aos Municípios por força do artigo 144 da citada Carta. Inconstitucionalidade. Ausência de dotação orçamentária que não induz à inconstitucionalidade da norma, mas tão somente na sua inexequibilidade no exercício em que foi promulgada. Precedentes.

Ação procedente.

VOTO

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CAIEIRAS em face da Lei nº 5.718, de 06 de maio de 2022, de iniciativa parlamentar, que *"Institui o uso obrigatório de uniforme escolar pelos alunos da educação infantil e ensino fundamental da Rede Municipal de Ensino de Caieiras e dá outras providências"*.

Alega o autor que o ato normativo atacado é incompatível com o artigo 69, incisos XXIV e XXVII da Lei Orgânica do Município e com os artigos 5º, 24, §§ 2º e 5º, e 47, incisos II, XI, XIV, XXVIII e XIX, alínea "a", todos da Constituição do Estado de São Paulo, na medida em que envereda em matéria de competência privativa do Alcaide, a quem compete exercer a direção da administração municipal, dispondo sobre a sua organização e funcionamento, o que viola a independência e harmonia entre os Poderes; acrescenta que a norma em comento, ao estabelecer obrigações à Secretaria Municipal da Educação, especialmente no que tange ao fornecimento gratuito de uniforme escolar, cria despesas sem dotação orçamentária; diante disto, e com esteio em precedentes deste colendo Órgão Especial, requer liminarmente a suspensão do diploma im-

Acesso ao Sumário

pugnado e ao final a declaração de inconstitucionalidade da lei, com efeitos *ex tunc* (fls. 01/07).

Processada a ação com deferimento da liminar (fls. 12/13), quedou-se inerte o i. Procurador Geral do Estado de São Paulo (certidão de fls. 23).

O Presidente da Câmara Municipal de Caieiras deixou de apresentar informações (certidão de fls. 26).

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça pela procedência do pedido (fls. 30/34).

É o relatório.

Prima facie, ressalva-se que o confronto do diploma em xeque em face da Lei Orgânica do Município de Caieiras não será objeto de análise, sabido é que o exame abstrato de constitucionalidade somente pode ter por objeto leis ou atos normativos municipais, estaduais ou distritais, desde que contestados em face da própria Constituição do Estado membro, não se podendo admitir a inconstitucionalidade reflexa ou indireta.

Superada esta questão, a ação é procedente.

A Lei nº 5.718, de 06 de maio de 2022, do Município de Caieiras, de iniciativa parlamentar, que estabelece a obrigatoriedade do uso de uniforme escolar pelos alunos da Rede Municipal de Ensino e dá outras providências, assim estabelece:

"LEI Nº 5.718, DE 06 DE MAIO DE 2022

Dispõe sobre: INSTITUI O USO OBRIGATÓRIO DE UNIFORME ESCOLAR PELOS ALUNOS DA EDUCAÇÃO INFANTIL E ENSINO FUNDAMENTAL DA REDE MUNICIPAL DE ENSINO DE CAIEIRAS, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

. . FAÇO SABER, que a Câmara Municipal de Caieiras APROVOU e eu, Fabrício Calandrini Nogueira, na qualidade de Presidente da Câmara Municipal de Caieiras, nos termos do art. 50, § 4º, da Lei Orgânica do Município de Caieiras, PROMULGO a seguinte Lei:

Art. 1º Fica instituído o uso obrigatório de uniforme escolar pelos alunos da educação infantil e ensino fundamental da rede municipal de ensino de Caieiras.

§ 1º Para os fins da presente Lei, o Poder Executivo, por meio da Secretaria Municipal de Educação, fornecerá uniforme aos alunos, em caráter gratuito.

§ 2º Caberá à Secretaria Municipal de Educação supervisionar e acompanhar o que trata a presente Lei, assegurando o controle público e o uso devido.

Art. 2º O Poder Executivo Municipal regulamentará a presente Lei no

Acesso ao Sumário

que couber e for necessário à sua efetiva aplicação.

Art. 3º As despesas decorrentes da execução desta Lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.

Art. 4º Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Câmara Municipal de Caieiras, data supra."

Defende o autor que o ato normativo vergastado contraria frontalmente os artigos 5º, 24, §§ 2º e 5º, e 47, incisos II, XI, XIV, XVIII e XIX, alínea "a", da Constituição Paulista, à qual está subordinada a produção normativa municipal, eis que, ao determinar que todos os alunos da Rede Municipal de Ensino farão uso do uniforme escolar, atribuindo à Secretaria da Educação, para tanto, o dever de fornecer gratuitamente a vestimenta, supervisionando e acompanhando as obrigações inerentes a tal ato, fatalmente imiscui-se em matéria de competência privativa do Chefe do Executivo, violando a independência e harmonia entre os Poderes, além de criar despesas à Administração sem especificar as efetivas fontes de custeio para tanto.

Anota-se que, como deixou assente o e. Desembargador Campos Mello, na oportunidade do julgamento da ADI nº 2196312-46.2022.8.26.0000, j. em 28 de junho de 2023, ***verbis***:

"Nesse contexto, cumpre assentar inicialmente que a circunstância de o diploma legal tratar de política pública não implica reconhecer, por si só, a violação à iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo, ainda que haja criação de despesa. Não haverá usurpação se a norma não dispuser a respeito da estruturação e atuação de órgãos administrativos, ou, ainda, do regime dos servidores.

Assim, aliás, já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE 878.911/RJ (Rel. Min. Gilmar Mendes, Dje 11.10.2016), em que fixada a tese n. 917 de repercussão geral: '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 também tem se decidido neste Órgão Especial: Direta de Inconstitucionalidade 2007149-81.2021.8.26.0000, Rel. Des. Torres de Carvalho, j. 18/08/2021; Direta de Inconstitucionalidade 2197693-60.2020.8.26.0000, Rel. Des. Ferraz de Arruda, j. 11/08/2021; Direta de Inconstitucionalidade 2287863-78.2020.8.26.0000, Rel. Des. Alex Zilenovski, j. 04/08/2021; Direta de Inconstitucionalidade 2302993-11.2020.8.26.0000, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. 14/07/2021; Direta de Inconstitucionalidade 2259396-89.2020.8.26.0000, Rel. Des. James Siano, j. 23/06/2021

Não se reconhece, portanto, a apontada violação ao artigo 24, § 2º, "2" e

Acesso ao Sumário

§ 5º da Constituição Bandeirante, que tratam, respectivamente, da competência exclusiva do Alcaide para criação e extinção das Secretarias e Órgãos da administração pública e do aumento de despesa nos projetos de iniciativa exclusiva do Chefe do Executivo, em sendo a norma combatida de iniciativa parlamentar.

Mas há evidente invasão à seara de competência do Executivo de gerir a administração do Município através da definição de atribuições de uma de suas mais expressivas Pastas, atividade essa que lhe é privativa, por força do princípio da separação dos Poderes previsto no artigo 5º da Constituição Bandeirante, materializado no artigo 47 e seus incisos II e XIV da Carta Estadual, aplicáveis aos municípios por força de seu artigo 144.

> "**Artigo 5º** – São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário."
>
> "**Artigo 47** – Compete privativamente ao Governador, além de outras atribuições previstas nesta Constituição:
>
> (...)
>
> **II –** exercer, com o auxílio dos Secretários de Estado, a direção superior da administração estadual;
>
> (...)
>
> **XIV** – praticar os demais atos de administração, nos limites da competência do Executivo;..."
>
> "**Artigo 144** – Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição."

No dizer de HELY LOPES MEIRELLES:

> "Lei 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 a 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 cargos, funções ou empregos públicos na Administração direta, autárquica e fundacional do Município; o regime jurídico e previdenciário dos servidores municipais, fixação e aumento de sua remuneração; o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias, o orçamento anual e os créditos suplementares e especiais. Os demais projetos competem concorrentemente ao prefeito e à Câmara, na forma regimental."[1].

Este é entendimento deste colendo Órgão Especial, consubstanciado nos

1 Direito Municipal Brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores, 15ª edição, p. 617.

Acesso ao Sumário

seguintes julgados:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PROPOSTA PELO PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CAPELA DO ALTO, CONTRA A LEI N. 2.169/2022 DO MUNICÍPIO DE CAPELA DO ALTO. 2. NORMA QUE AUTORIZA FORNECIMENTO DE UNIFORME PARA ESTUDANTES DA REDE PÚBLICA MUNICIPAL DE ENSINO, MEDIANTE RECURSOS PRIVADOS. MATÉRIA DE COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO PODER EXECUTIVO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 47, II E XIV, E 144 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO, AINDA QUE SE TRATE DE LEI SUPOSTAMENTE 'AUTORIZATIVA'. 4. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. (ADI nº 2196312-46.2022.8.26.0000, j. em 28 de junho de 2023, rel. Des. Campos Mello, j. 28/6/2023).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Impugnação à Lei nº 14.354, de 12 de junho de 2019, do Município de Ribeirão Preto, de iniciativa parlamentar e que dispôs sobre o uso obrigatório, pelos alunos da rede municipal de ensino, de uniforme padronizado ostentando o nome da respectiva escola. Disciplina de assuntos concernentes à atividade administrativa do Município. Vício de iniciativa configurado. Matéria privativa do Prefeito Municipal, nos termos do artigo 47, incisos II e XIV, da Constituição estadual. Ofensa ao princípio da separação dos poderes (artigo 5º, da Carta paulista) e à cláusula de reserva da Administração. Procedência da ação."

(Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2169596-84.2019.8.26.0000; Relator: Desembargador GERALDO WOHLERS; Data do Julgamento: 13/11/2019; Data de Registro: 14/11/2019).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – EXTENSÃO AOS FUNCIONÁRIOS DE CRECHES CONVENIADAS DO RECEBIMENTO DE UNIFORMES FORNECIDOS PELO MUNICÍPIO AOS SERVIDORES DO ENSINO PÚBLICO MUNICIPAL – Lei n. 7.641, de 26 de junho de 2018, e, por arrastamento, da Lei n. 6.379, de 15 de maio de 2008, ambas do Município de Guarulhos. I. AUSÊNCIA DE PARAMETRICIDADE – Controle abstrato de constitucionalidade que somente pode se fundar na Constituição Estadual – Análise restrita aos dispositivos constitucionais invocados. II. VÍCIO DE INICIATIVA – Inconstitucionalidade da lei impugnada e, por arrastamento, da lei por ela revogada – Desrespeito aos artigos 5º e 47, incisos II e XIV, da Constituição Estadual – Leis de iniciativa Executivo, ofendendo o princípio da separação dos poderes – Tema 917 de Repercussão Geral. Inconstitucionalidade configurada – Ação julgada procedente."

(Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2249906-14.2018.8.26.0000; Relator: Desembargador MOACIR PERES; Data do Julgamento: 08/05/2019; Data de Registro: 09/05/2019).

Diante disto, nítida a inconstitucionalidade da Lei nº 5718/2022 de Caiei-

Acesso ao Sumário

ras por violação ao princípio da Separação dos Poderes.

Por fim, consigne-se que inexiste a apontada inconstitucionalidade em virtude da ausência de fonte de custeio para fazer frente às despesas com a consecução da lei, posto que a falta de dotação orçamentária ou sua previsão genérica na norma não implica em sua inconstitucionalidade, mas tão somente na sua inexequibilidade no exercício em que promulgada, diante da possibilidade de inserção dos recursos necessários no exercício subsequente.

Neste sentido, aliás, já se pronunciou o Pretório Excelso, ao esclarecer que *"A ausência de dotação orçamentária prévia em legislação específica não autoriza a declaração de inconstitucionalidade da lei, impedindo tão somente a sua aplicação naquele exercício financeiro"*.[2]

E, na mesma linha, já decidiu este egrégio Órgão Especial na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2138634-10.2021.8.26.0000, relator Desembargador MOACIR PERES, julgado em 16/03/2022 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2112707-42.2021.8.26.0000, relator Desembargador EVARISTO DOS SANTOS, julgado em 01/12/2021, entre outros.

Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTE** a ação, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 5.718, de 06 de maio de 2022, do Município de Caieiras.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2235851-19.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE OLÍMPIA e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE OLÍMPIA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "REJEITARAM A PRELIMINAR E JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 54.044)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), AROLDO VIOTTI, RICARDO DIP, JAMES SIANO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, LUIZ ANTONIO DE

Acesso ao Sumário

2 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3599, Relator: Ministro GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, j. 21/05/2007, DJe-101 DIVULG 13-09-2007 PUBLIC 14-09-2007 DJ 14-09-2007 PP-00030 EMENT VOL-02289-01 PP-00103 RTJ VOL-00202-02 PP-00569).

GODOY, FIGUEIREDO GONÇALVES, CARLOS MONNERAT, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM e FÁBIO GOUVÊA.

São Paulo, 5 de julho de 2023.

MATHEUS FONTES, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ARTIGOS 131 E 178-C A 178-F DA LEI COMPLEMENTAR Nº 212/2018, NA REDAÇÃO ORIGINAL E NAQUELA DADA PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 262/2022, AMBAS DO MUNICÍPIO DE OLÍMPIA, QUE CRIA A TAXA DE TURISMO SUSTENTÁVEL – TTS NO MUNICÍPIO DA ESTÂNCIA TURÍSTICA DE OLÍMPIA, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS – INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL NÃO CONFIGURADA – TAXA QUE TEM COMO FATO GERADOR SERVIÇO PÚBLICO DE CARÁTER GERAL E INDIVISÍVEL – VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 144 E 160, II, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – AÇÃO PROCEDENTE.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador Geral de Justiça em face dos artigos 131 e 178-C a 178-F da Lei Complementar nº 212/2018, na redação original e naquela dada pela Lei Complementar nº 262/2022, ambas do Município de Olímpia, que "cria a 'Taxa de Turismo Sustentável' – TTS no Município da Estância Turística de Olímpia, e dá outras providências".

Alega o autor, em síntese, que os preceitos impugnados instituíram tributo cujos fatos geradores são serviços públicos gerais e indivisíveis, que beneficiam número indeterminado ou indeterminável de pessoas, em descompasso com o art. 160, II, da Constituição do Estado, aplicável aos Municípios por força de seu art. 144.

Argumenta ser possível vislumbrar visitantes que participam de convenções e outros eventos ligados a relações profissionais, e não pretendem realizar atividades típicas do turismo, conquanto, hospedando-se em hotéis e estabelecimentos congêneres, estarão sujeitos à cobrança da exação, bem como existir outras formas de hospedagem – como o "airbnb" e os comodatos em geral – cujos hóspedes e comodatários podem deixar de recolher o tributo, na forma prevista

Acesso ao Sumário

na lei, apesar de utilizarem os aludidos serviços turísticos locais, o que denota a generalidade e indivisibilidade dos serviços previstos na lei, sujeitos à contraprestação, características inconciliáveis com a cobrança de taxas.

Pede a procedência para que seja declarada a inconstitucionalidade dos artigos 131 e 178-C a 178-F da Lei Complementar nº 212, de 02 de outubro de 2018, na redação original e naquela dada pela Lei Complementar nº 262, de 24 de agosto de 2022, ambas do Município de Olímpia.

Não houve pedido de liminar.

O Prefeito Municipal de Olímpia prestou informações suscitando preliminar de inépcia da inicial e, no mérito, defendeu a constitucionalidade dos dispositivos contestados (fls. 512/529).

Intimado nos termos do artigo 90, § 2º, da Constituição Estadual, o Procurador Geral do Estado deixou de se manifestar (fls. 539).

O Presidente da Câmara Municipal de Olímpia deixou de prestar informações que lhe foram requisitadas (fls. 543).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da ação (fls. 548/553).

É o Relatório.

Ao contrário do alegado nas informações, a petição inicial indicou de maneira fundamentada e com clareza os dispositivos da Constituição Estadual tidos por violados pela lei impugnada, mostrando-se apta à luz da lei processual civil e do art. 3º da Lei nº 9.868/99.

Rejeito a preliminar suscitada pelo Prefeito Municipal.

No mérito, a ação é procedente.

Os dispositivos trazem o seguinte teor (com a redação dada pela Lei Complementar nº 262/2022):

"Art. 131. As taxas, em razão do poder de polícia ou pela prestação de serviços públicos, serão devidas em razão de:

...omissis...

VIII – turismo sustentável.

...omissis...

Seção IX Da taxa de Turismo Sustentável – TTS

Subseção | Da Incidência

Art. 178-A. A Taxa de Turismo Sustentável – TTS, em razão do poder de polícia, será cobrada dos hóspedes através dos meios de hospedagem do Município da Estância Turística de Olímpia.

Art. 178-B. A Taxa de Turismo Sustentável – TTS tem como fato gerador a atividade municipal de fiscalização das normas pertinentes à higiene, saúde, se-

Acesso ao Sumário

gurança, trânsito e transporte e ordem, quando de competência do Município, a que deve se submeter qualquer hóspede com estadia nos meios de hospedagem do município.

Subseção II

Sujeito Passivo

Art. 178-C. O sujeito passivo da Taxa de Turismo Sustentável – TTS é o hóspede dos meios de hospedagem do município.

Parágrafo único. Consideram-se meios de hospedagem, para o disposto nesta Lei Complementar, os hotéis resorts, os hotéis e as pousadas.

Art. 178-D. É responsável tributário pelo recolhimento da Taxa de Turismo Sustentável – TTS, o estabelecimento onde esteja hospedado o contribuinte.

Parágrafo único. Os meios de hospedagem, responsáveis tributários, ficam obrigados a manter controle de registro de hóspedes, passível de fiscalização, e informar, mensalmente, ao Município, o número de pessoas que utilizou da hospedagem, bem como do recolhimento do valor retido.

Subseção III

Da Base de Cálculo e do Valor da Taxa

Art. 178-E. A base de cálculo da Taxa de Turismo Sustentável – TTS corresponderá ao custo da atividade administrativa, conforme disposto no artigo 178-B, será fixada em R$ 3,00 (três reais) por hóspede por dia e sua cobrança será obrigatória a partir de 01 de janeiro de 2023.

§ 1.º O valor retido deverá ser recolhido aos cofres municipais, por meio de Guia de Recolhimento, até o dia 20 (vinte) do mês seguinte.

§ 2.º O Poder Executivo Municipal, por meio de Decreto, deverá atualizar, anualmente, o valor da taxa de turismo sustentável implantada no Município, pelo Índice de Preços ao Consumidor – IPCA-IBGE.

§ 3.º O descumprimento da providência determinada no § 1º deste artigo sujeita o infrator às penalidades previstas no artigo 266 da Lei 212 de 02 de outubro de 2018.

Subseção IV

Das Disposições Finais

Art. 178-F. A fiscalização da Taxa de Turismo Sustentável – TTS será exercida pela Secretaria Municipal de Planejamento e Finanças, que poderá utilizar, para esse fim, os dados disponíveis sobre a taxa de ocupação dos meios de hospedagem do Município".

Antes da alteração promovida pela Lei n. 262/2022, a redação original dos preceitos impugnados era a seguinte:

"Art. 131. As taxas, em razão do poder de polícia ou pela prestação de serviços públicos, serão devidas em razão de:

Acesso ao Sumário

...omissis...

VIII – turismo sustentável.

...omissis...

Seção IX Da taxa de Turismo Sustentável – TTS

Subseção | Da Incidência

Art. 178-A. A Taxa de Turismo Sustentável – TTS será cobrada dos hóspedes, não residentes e não domiciliados no Município de Olímpia, bem como dos frequentadores dos parques aquáticos e temáticos instalados em nossa cidade, na forma a ser regulamentada por ato do Executivo.

Art. 178-B. A Taxa de Turismo Sustentável – TTS tem como fato gerador a utilização, efetiva ou potencial, por parte dos hóspedes, e dos visitantes que se utilizam dos serviços públicos de turismo implantados no Município da Estância Turística de Olímpia.

Parágrafo único. Entende-se como serviços de turismo, a sinalização e orientação própria sobre pontos turísticos; a coleta de reclamações; o atendimento médico e hospitalar do turista; a implantação de seguro de vida para turistas; a implantação de sistema de transporte público para turistas a pesquisa e estudos relacionados ao setor turístico; a promoção de eventos e divulgação para atendimento aos turistas.

Subseção II

Sujeito Passivo

Art. 178-C. O Sujeito Passivo da Taxa de Turismo Sustentável – TTS é o hóspede dos estabelecimentos elencados no artigo 178-D desta Lei e o usuário não residente dos parques aquáticos e temáticos instalados no município.

Art. 178-D. É responsável tributário pelo recolhimento da Taxa de Turismo Sustentável – TTS, o estabelecimento onde esteja hospedado o contribuinte, bem como os parques aquáticos e temáticos cujo uso não esteja vinculado ao uso dos estabelecimentos de hospedagem.

§ 1º Consideram-se Meios de Hospedagem, para o disposto nesta Lei, os hotéis, pousadas, resorts e similares.

§ 2º Consideram-se Parques Aquáticos e Temáticos, para o disposto nesta Lei, as atrações de *entretenimento instalados em nosso município, na forma do regulamento.*

§ 3º Os meios de hospedagem e parques aquáticos e temáticos ficam obrigados a manter escrita fiscal destinada ao registro da Taxa de Turismo Sustentável – TTS definidos em regulamento.

Subseção III

Da Base de Cálculo e do Valor da Taxa

Art. 178-E. A Taxa de Turismo Sustentável – TTS terá como base de cál-

Acesso ao Sumário

culo o custo da implantação e manutenção dos serviços de turismo definidos no parágrafo único do artigo 178-B desta Lei.

Parágrafo único. O Poder Executivo municipal, por meio de Decreto, deverá estabelecer e atualizar, anualmente, o valor da taxa de turismo implantada no Município.

Subseção IV

Das Disposições Finais

Art. 178-F. A fiscalização da Taxa de Turismo Sustentável – TTS será exercida pela Secretaria Municipal de Planejamento e Finanças, que poderá utilizar para esse fim, os dados sobre a taxa de ocupação dos meios de hospedagem e de dados de utilização dos parques aquáticos e temáticos do Município".

Em que pese a autonomia dos Municípios para instituírem e arrecadarem os tributos que lhes são próprios (art. 30, III, da CF), a competência que lhes foi outorgada não é absoluta, sujeitando-se aos limites e contornos definidos pelos princípios gerais de direito tributário, consignados na Constituição Federal, e pela respectiva Constituição Estadual, em razão do princípio da simetria e da regra contida no artigo 144 da Carta Bandeirante.

O artigo 145, inciso II, da Constituição Federal, reproduzido no artigo 160, inciso II, da Carta Bandeirante, define taxa como o tributo cuja exigência deve estar vinculada a "exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição".

Não é qualquer serviço público que possibilita a tributação por via de taxa de serviço, mas, apenas, o específico e divisível (art. 160, inciso II, da Constituição Estadual).

Assim, os atos normativos impugnados, ao instituírem a taxa de turismo sustentável, cujos fatos geradores são serviços públicos gerais e indivisíveis, que beneficiam um número indeterminado ou indeterminável de pessoas, infringiram o disposto no art. 160, inciso II, da Constituição Bandeirante.

Acesso ao Sumário

No caso, não há uma identificação precisa, na lei, dos serviços colocados à disposição dos turistas. Na verdade, o que o Município de Olímpia pretende é oferecer o uso do patrimônio público que está ao alcance da comunidade como um todo, pela fiscalização pertinente à higiene, saúde, segurança, trânsito, transporte, que é de interesse de todos, não só dos turistas.

Ora, tendo a taxa, por hipótese de incidência, uma atividade estatal diretamente ligada ao contribuinte, é imprescindível estabelecer uma correlação entre a cobrança feita e o serviço público oferecido, sob pena de desvirtuamento do tributo.

Como bem salientou o Subprocurador Geral de Justiça em seu parecer,

cujos fundamentos adoto e incorporo como razão de decidir:

"No caso em apreço, a denominada Taxa de Turismo Sustentável foi criada pela lei local impugnada tendo como fato gerador a fiscalização das normas pertinentes à higiene, saúde, segurança, trânsito e transporte e ordem, às quais 'deve se submeter qualquer hóspede com estadia nos meios de hospedagem do município'.

A redação original do art. 178-B contemplava como fato gerador a utilização, efetiva ou potencial, por parte de hóspedes e dos visitantes que se utilizam dos serviços públicos de turismo implantados no município.

Das hipóteses de incidência trazidas, constata-se que, embora voltadas ao melhor atendimento dos turistas e ao fomento à economia e ao desenvolvimento social, não denotam atuação estatal direcionada, de forma específica e divisível, a um determinado sujeito passivo.

Embora o ato normativo tenha contemplado a categoria de hóspedes do Município como sujeitos passivos, não há como separar as atividades estatais em unidades autônomas de intervenção, utilidade ou necessidade pública, violando a regra constitucional da especificidade.

De outra banda, é inviável aferir a efetiva utilização dos serviços indicados no art. 178-B por cada visitante, tampouco quantificar em que medida foram usufruídos, contrariando a regra da divisibilidade do serviço público taxado".

E ressaltou na sequência:

"...A título exemplificativo, é possível vislumbrar visitantes que participam de convenções e outros eventos ligados a relações profissionais e não pretendem realizar atividades típicas do turismo, embora hospedando-se em hotéis e estabelecimentos congêneres – sujeitos, assim, à cobrança da exação.

Bem ainda, existem outras formas de hospedagem – como o airbnb e os comodatos em geral – cujos hóspedes e comodatários podem deixar de recolher o tributo, na forma prevista na lei, apesar de utilizarem os aludidos serviços turísticos locais.

Tais aspectos denotam a generalidade e indivisibilidade dos serviços previstos na lei, sujeitos à contraprestação, características inconciliáveis com a cobrança de taxas".

Evidente, assim, a inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados, diante do não cumprimento dos requisitos da especificidade e divisibilidade do serviço público taxado, afrontando os artigos 144 e 160, inciso II da Constituição Bandeirante.

No sentido, deste Órgão Especial:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Ilegitimidade ativa – Ausente configuração – Entidade de classe que demonstrou seu interesse

Acesso ao Sumário

jurídico – Previsão do artigo 90, inciso V da Constituição do Estado – Pertinência temática presente – Preliminar rejeitada. 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 – AÇÃO JULGADA PROCEDENTE" (Direta de Inconstitucionalidade nº 2018228-28.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, Rel. Des. Elcio Trujillo, j. 13.05.2020).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei Municipal nº 3.346, de 30 de dezembro de 2005, que impõe o pagamento prévio de taxa de serviços e manutenção turística para o acesso, circulação e estacionamento no Município de Aparecida – Criação indevida – Serviço que prescinde de especificidade e divisibilidade – Limitações ao tráfego de pessoas ou bens – Ocorrência – Cobrança antecipada, ademais, que ofende aos princípios da legalidade e tipicidade da tributação – Inconstitucionalidade expressa – Afronta aos artigos 160, II e 163, V, ambos da Constituição Estadual – Ação procedente" (AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI nº 135.661-0/6-00, da Comarca de SÃO PAULO, Rel. Des. Jarbas Mazzoni, j. 19.12.2007).

Pelo exposto, julgo procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 131 e 178-C a 178-F da Lei Complementar nº 212/2018, na redação original e naquela dada pela Lei Complementar nº 262/2022, ambas do Município de Olímpia.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2089230-19.2023.8.26.0000, da Comarca de (...), em que é autor PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE FRANCA e PREFEITO DO MUNICÍPIO DE FRANCA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE EM PARTE. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.639)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE

Acesso ao Sumário

DE MELO, SILVIA ROCHA, MELO BUENO, FLAVIO ABRAMOVICI, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, RICARDO DIP, JAMES SIANO e COSTABILE E SOLIMENE.

São Paulo, 26 de julho de 2023.

LUCIANA BRESCIANI, Relatora

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo D. Procurador-Geral de Justiça – Lei nº 7.236/2009, do Município de Franca, de iniciativa parlamentar, a qual estabelece, dentre outros, que, "na semana da realização da EXPOAGRO – Feira Agropecuária de Franca, um dia será reservado para Shows de Músicas Gospel e Ecumênica" – Alegada usurpação da competência privativa do Chefe do Executivo, com violação dos arts. 5º, 47, XIV e XIX, "a" e 144 da CE – Inocorrência de vício de iniciativa, à luz do Tema nº 917 de Repercussão Geral – Ofensa, contudo, aos postulados da laicidade estatal e igualdade, insculpidos nos arts. 5º e 19, I e III da CF – Expressão "Gospel" que implica favorecimento de determinada religião, ferindo a neutralidade estatal prevista na Carta Magna – Precedentes do E. STF – Pedido julgado parcialmente procedente, para declarar a inconstitucionalidade da expressão "Gospel", presente no *caput* e parágrafo único do art. 1º da Lei nº 7.236/2009 do Município de Franca.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral de Justiça objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 7.236/2009, do Município de Franca, de iniciativa parlamentar, a qual estabelece, dentre outros, que, "n*a semana da realização da EXPOAGRO – Feira Agropecuária de Franca, um dia será reservado para Shows de Músicas Gospel e Ecumênica*". Em suma, o autor alega que a norma afronta o princípio da separação dos Poderes, a reserva da Administração, o princípio da igualdade e a laicidade do Estado (arts. 5º, 47, XIV e XIX, "a", e 144 da CE e 5º e 19, I e III da CF). Subsidiariamente, pugna que somente a expressão "Gospel", constante

do *caput* e parágrafo único do art. 1º seja declarada inconstitucional.

Ausente pedido de medida cautelar, o D. Procurador Geral do Estado não se manifestou (fls. 113), a Mesa da Câmara Municipal prestou informações detalhando o processo legislativo que culminou na norma em discussão (fls. 108-111), o Prefeito Municipal não se opôs ao pedido (fls. 137-138) e a D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência do pleito, por afronta aos dispositivos constitucionais acima citados.

É o relatório.

Tenho que o pedido comporta parcial acolhimento.

De início, transcrevo o teor da lei local objurgada:

Art. 1º. Fica estabelecido que na semana da realização da EXPOAGRO – Feira Agropecuária de Franca, um dia será reservado para Shows de Músicas Gospel e Ecumênica.

Parágrafo Único – Quando da divulgação da Feira nos meios de comunicação, os organizadores poderão dar destaque aos Shows Gospel e Ecumênicos que serão realizados, de conformidade com o estabelecido no "caput" do artigo.

Art. 2º As despesas decorrentes da execução desta Lei correrão à conta de dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

À luz do Tema nº 917 de Repercussão Geral ("*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*"), não vislumbro intervenção indevida na seara de atuação do Poder Executivo, porquanto a lei restringe-se à programação de evento anual realizado no Município de Franca, não versando acerca de órgãos públicos ou servidores e tampouco sobre a administração da urbe.

Por outro lado, a expressão "Gospel" viola patentemente os princípios da isonomia e laicidade, insculpidos nos arts. 5º, 19, I e III da CF.

Às fls. 87 consta a justificativa do projeto de lei, da qual reproduzo trecho:

"Reafirmamos que a intenção do Projeto é abrir espaço para a realização de shows de músicas gospel, com o objetivo de promover as canções que levem o público a refletir sobre a vida e a comunhão entre os seres humanos, deixando aberto o dia que os Shows poderiam ser realizados, também retiramos a exigência do pagamento de multa por parte dos organizadores do evento, quando terceirizado, em caso de não cumprimento da Lei.

Nos tempos de hoje, onde a violência cresce assustadoramente, temos que promover a paz e a solidariedade e a música gospel é um dos instrumentos para isso. São músicas com mensagens específicas que falam de fé, otimismo e perseverança."

Acesso ao Sumário

Ainda que se considere tal intuito e a importância da religião e dos bons princípios, o fato é que a referida modalidade de apresentação musical é voltada a crença específica, tornando inquestionavelmente parcial a atuação estatal positiva. A quebra de neutralidade do Estado fica mais evidente quando considerada a separação entre os shows gospel e ecumênicos, conferindo o legislador destaque maior a determinada(s) religião (religiões).

Ademais, o contexto em que envolvida a atração em debate não possui qualquer liame com o patrimônio histórico-cultural brasileiro e tampouco possui maior relevância do ponto de vista do interesse público, inserindo-se no âmbito de evento eminentemente voltado ao comércio e entretenimento.

Também válido destacar que o reconhecimento da parcialidade do Município observada na lei local não se confunde com o laicismo, como bem observa André Ramos Tavares[1]:

Antes, porém, cumpre registrar, ainda aqui, a distinção necessária entre laicismo e laicidade, porque há de se afastar aquele primeiro do sentido das discussões que se seguem aqui. O laicismo significa um juízo de valor negativo, pelo Estado, em relação às posturas de fé. Baseado, historicamente, no racionalismo e cientificismo, é hostil à liberdade de religião plena, às suas práticas amplas. A França, e seus recentes episódios de intolerância religiosa, pode ser aqui lembrada como exemplo mais evidente de um Estado que, longe de permitir e consagrar amplamente a liberdade de religião e o não comprometimento religioso do Estado, compromete-se, ao contrário, com uma postura de desvalorização da religião, tornando o Estado inimigo da religião, seja ela qual for. Já laicidade, como neutralidade, significa a isenção acima referida. Como ficou decidido no caso Everson v. Board of Education (U.S. 1, 18 (1947)) pela Suprema Corte norte-americana: "Aquela Emenda requer do Estado que seja neutro em suas relações com grupos de crentes religiosos ou de não crentes; não requer que o Estado seja seu adversário. O tanto que o poder do Estado não deve ser utilizado de maneira a favorecer as religiões, não deve ser para ceifá-las".

Em casos semelhantes, nos quais se observou afronta à neutralidade do Estado, confira-se precedentes do E. STF:

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 2.902/2004 do Estado do Mato Grosso do Sul. Manutenção obrigatória de exemplares da Bíblia Sagrada nas unidades escolares da rede estadual de ensino e nos acervos das bibliotecas públicas daquela unidade da federação. Violação dos princípios da isonomia, da liberdade religiosa e da laicidade estatal. Configuração. Precedentes. Procedência do pedido.

1. Nos termos da jurisprudência consolidada desta Suprema Corte, existindo correlação lógico-jurídica entre o fator de discrímen e os interesses constitucionais perseguidos, não há falar em violação do princípio da isonomia.

1 TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Item 3.3.1.

Acesso ao Sumário

Precedentes.

2. A laicidade estatal, longe de impedir a relação do Estado com as religiões, impõe a observância, pelo Estado, do postulado da imparcialidade (ou neutralidade) frente à pluralidade de crenças e orientações religiosas e não religiosas da população brasileira.

3. Viola os princípios da isonomia, da liberdade religiosa e da laicidade estatal dispositivos legais que tornam obrigatória a manutenção de exemplares da Bíblia Sagrada nas unidades escolares da rede estadual de ensino e nos acervos das bibliotecas públicas, às custas *dos cofres públicos. Precedente: ADI 5.258/AM, Rel. Min. Cármen* Lúcia, Tribunal Pleno, Sessão Virtual de 02.4.2021 a 12.4.2021, *DJe 27.4.2021, por unanimidade.*

4. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida. Pedido julgado procedente.

(ADI 5256, Relatora: ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-217 DIVULG 04-11-2021 PUBLIC 05-11-2021)

DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 91, § 12, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. DESIGNAÇÃO DE PASTOR EVANGÉLICO PARA ATUAR NAS CORPORAÇÕES MILITARES DAQUELE ESTADO. OFENSA À LIBERDADE DE RELIGIOSA. REGRA DA NEUTRALIDADE. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

1. A regra de neutralidade do Estado não se confunde com a imposição de uma visão secular, mas consubstancia o respeito e a igual consideração que o Estado deve assegurar a todos dentro de uma realidade multicultural. Precedentes.

2. O direito à liberdade de religião, como expectativa normativa de um princípio da laicidade, obsta que razões religiosas sejam utilizadas como fonte de justificação de práticas institucionais e exige de todos os cidadãos, os que professam crenças teístas, os não teístas e os ateístas, processos complementares de aprendizado a partir da diferença.

3. O direito dos militares à assistência religiosa exige que o Estado abstenha-se de qualquer predileção, sob pena de ofensa ao art. 19, I, da CRFB. Norma estadual que demonstra predileção por determinada orientação religiosa em detrimento daquelas inerentes aos demais grupos é incompatível com a regra constitucional de neutralidade e com o direito à liberdade de religião.

4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.

(ADI 3478, Relator: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 20/12/2019, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-035 DIVULG 18-02-2020 PUBLIC 19-02-2020)

Ante o exposto, pelo meu voto, julgo parcialmente procedente o pedido, tão somente para declarar a inconstitucionalidade da expressão "Gospel", presente no *caput* e parágrafo único do art. 1º da Lei nº 7.236/2009 do Município de Franca.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2281286-16.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PARTIDO PATRIOTA – ATIBAIA, são réus PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ATIBAIA e PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ATIBAIA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "ACOLHERAM A PRELIMINAR E JULGARAM EXTINTO O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.282)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, RICARDO DIP, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, FLAVIO ABRAMOVICI, RAMON MATEO JÚNIOR, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO e EVARISTO DOS SANTOS.

São Paulo, 2 de agosto de 2023.

VICO MAÑAS, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – propositura por diretório municipal de partido político – ilegitimidade ativa ad causam arguida nas informações e corroborada pela PGJ – compreensão de que somente diretório estadual de partido político com representação na Assembleia Legislativa ou em Câmara Municipal tem legitimidade para impugnar ato normativo, seja estadual ou municipal, em face da Constituição Estadual – paralelismo do art. 90, VI, da CE, com o art. 103, VIII, da CF – jurisprudência do STF e deste Órgão Especial – preclusão do direito de aditamento da petição inicial para correção do vício de legitimidade após a requisição de informações às autoridades rés – informações já prestadas na hipótese – processo já em sua fase final – compreensão do STF e deste OE – ação julgada extinta sem resolução do mérito, nos termos do art.

Acesso ao Sumário

485, VI, do CPC

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Diretório Municipal do partido Patriota em Atibaia em face da Lei Complementar nº 826, de 18 de março de 2020, daquele Município, que "dispõe sobre a correção de situações de enquadramento em cargos e empregos públicos em afronta ao art. 37, inciso II, da Constituição Federal, ou seja, sem concurso público, e dá outras providências correlatas".

Alega ofensa aos arts. 5º, XXXVI, e 37, I, da Constituição Federal, ao art. 19, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e ao art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Aduz que verificado vício formal de constitucionalidade, porque as figuras do autor e do relator do projeto se confundem em mesmo vereador, o que é vedado pelo regimento interno da Câmara Municipal, e também inconstitucionalidade material, porque a lei impugnada desrespeita os princípios da isonomia e da impessoalidade e fere o direito adquirido e a coisa julgada na medida em que modificou o regime de enquadramento de servidores públicos locais, alterando situação a eles mais benéfica e vigente há décadas.

Indeferido pedido de liminar (fls. 320/321).

A Câmara Municipal e o Prefeito de Atibaia prestaram informações às fls. 342/359 e 419/423. Defenderam a constitucionalidade da legislação atacada, sustentando que a) o vício formal seria de ilegalidade, e não de constitucionalidade; b) a ilegitimidade ativa de diretório municipal de partido político para propositura de ADI; c) a lei seria de efeitos concretos, inviabilizando o controle abstrato de constitucionalidade, segundo compreensão do STF; d) longe de inconstitucional, a Lei Complementar nº 826/20 foi editada justamente para corrigir defeito de constitucionalidade de lei anterior, em cumprimento a Termo de Ajustamento de Conduta firmado com o Ministério Público e consoante a Súmula 685 do STF, a Súmula Vinculante 43, o Tema 1157 da Corte Constitucional e os arts. 111, 115, II e 127 da CE.

Citada, a Procuradoria-Geral do Estado não se manifestou (fl. 417)

Em primeiro parecer, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela extinção do processo sem resolução do mérito, dada a ilegitimidade ativa de diretório municipal de partido político para propor ADI (fls. 428/431).

Às fls. 434/436, acostada procuração do Diretório Estadual do Partido Patriota.

Instada a se manifestar a respeito (fl. 441), a PGJ insistiu na tese de ilegitimidade ativa do diretório municipal e, no mérito, opinou pela improcedência do pedido (fls. 446/466).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Procede a preliminar de carência de ação, suscitada pelo Prefeito e pela Câmara Municipais e corroborada pela PGJ, ante a ilegitimidade ativa do Diretório Municipal do Partido Patriota em Atibaia para propositura de ação direita de inconstitucionalidade.

Com efeito, sobre o tema, este Órgão Especial adota o paralelismo com a Constituição Federal, interpretada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

A Carta Magna estabelece, em seu art. 103, VIII, que somente partido político com representação no Congresso Nacional pode ingressar com ADI perante a Suprema Corte:

Art. 103, CF. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: VIII – partido político com representação no Congresso Nacional.

A exegese consolidada do STF sobre tal dispositivo é que a legitimidade para as ações constitucionais naquele colegiado se restringe ao diretório nacional do partido político com representante no Parlamento, ainda que o ato normativo contestado seja estadual.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – AJUIZAMENTO POR DIRETÓRIO MUNICIPAL DE PARTIDO POLÍTICO – INADMISSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM – AÇÃO DIRETA NÃO CONHECIDA. – Falece legitimidade ativa ad causam ao Diretório Municipal de Partido Político para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, ainda que o objeto de impugnação seja ato normativo de caráter estadual. A pertinência subjetiva para a instauração do controle normativo abstrato perante o S.T.F. assiste, no plano das organizações partidárias, exclusivamente aos respectivos Diretórios Nacionais. Precedentes." (ADI 1426 MC, Min. Rel. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ de 06/09/1996).

"A jurisprudência desta Corte se consolidou no sentido de que o partido político deve estar representado por seu Diretório Nacional, exclusivamente, a fim de configurar a pertinência subjetiva para propositura das ações de controle concentrado diante o Supremo Tribunal Federal, ainda que o objeto impugnado tenha sua amplitude normativa limitada ao Estado ou Município do qual se originou" (ADI 5697/MT, Relator: Min. LUIZ FUX, Julgamento: 28/11/2017, Publicação: 30/11/2017).

Como corolário, este OE compreende que o art. 90, VI, da Constituição Estadual, limitou ao diretório estadual de partidos políticos com representação na Assembleia Legislativa ou em Câmara Municipal a possibilidade de propor ADI em face de lei estadual ou municipal perante este Tribunal, ao prever que:

Artigo 90, CE – São partes legítimas para propor ação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estaduais ou municipais, contestados em face desta Constituição ou por omissão de medida necessária para tornar efetiva

Acesso ao Sumário

norma ou princípio desta Constituição, no âmbito de seu interesse: VI – os partidos políticos com representação na Assembleia Legislativa, ou, em se tratando de lei ou ato normativo municipais, na respectiva Câmara.

É o que deflui dos seguintes precedentes:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE LEI Nº 17.576/2021, DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO CRIAÇÃO DE CARGOS COMISSIONADOS NA SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO – PROPOSITURA POR DIRETÓRIO MUNICIPAL DE PARTIDO POLÍTÍCO ILEGITIMIDADE ATIVA PROCESSO EXTINTO. Condições da Ação. Legitimidade Ativa. Somente o diretório estadual de partido político possui legitimidade para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça, independentemente de a lei impugnada ser municipal ou estadual (art. 90, VI, da Constituição Estadual e art. 103 da Constituição Federal). Em sendo a lei impugnada municipal, exige-se, em acréscimo, que possua representação no Poder Legislativo local. Ação ajuizada pelo diretório municipal de partido político. Inadmissibilidade. Precedentes do Órgão Especial e do STF. Ilegitimidade ativa ad causam. Preliminar acolhida. Processo extinto, sem resolução do mérito (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2168256-37.2021.8.26.0000; Relator: Décio Notarangeli; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 15/06/2022; Data de Registro: 20/06/2022 – grifos nossos).

Ação direta de inconstitucionalidade – Emenda nº 45 da Lei Orgânica de Catanduva, que alterou o caput do artigo 10 e revogou os parágrafos 3º, 4º e 5º, do mesmo artigo 10, e do consequente Decreto Legislativo nº 05/2023, que dispõe sobre a fixação do número de vereadores da Câmara Municipal de Catanduva, para a Legislatura 2025/2028 – Alegação de violação aos artigos 1º, 4º, 111 e 144 da Constituição Estadual. – Ação proposta por diretório municipal de partido político – Partido político tem legitimidade para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade, perante o Órgão Especial do Tribunal de Justiça, desde que seja representado pelo diretório regional e comprove sua representatividade na Assembleia Legislativa ou na Câmara Municipal, conforme o caso (Constituição Estadual, art. 90, inc. VI) – Ilegitimidade ativa – Extinção do processo, sem resolução do mérito, nos termos dos arts. 330, inc. II, e 485, inc. VI, do Código de Processo Civil. (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2114190-39.2023.8.26.0000; Relatora: Silvia Rocha; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 28/06/2023; Data de Registro: 30/06/2023).

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Município de Piracicaba. Ação proposta pelo Diretório Municipal de Piracicaba do Partido Político Avante Piracicaba aduzindo a inconstitucionalidade da Lei nº 8.865, de 16 de março de 2018, do município de Piracicaba, por vício de iniciativa, infringindo o disposto no artigo 24, § 2º, IV, c/c artigo 144 caput, da Constituição Estadual, e art. 117, § 2º, da Lei Orgânica de Piracicaba. Legitimidade ativa de partido político, consoante o disposto no art. 90, VI da Constituição do Estado é restrita a seu diretório estadual. Ilegitimidade ativa. Precedentes. Ação extinta, sem resolução do mérito.

Acesso ao Sumário

(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2110082-35.2021.8.26.0000; Relator: Damião Cogan; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 15/06/2022; Data de Registro: 21/06/2022).

No caso destes autos, houve tentativa de correção do vício de legitimidade pelo Partido Patriota, ao juntar, às fls. 434/436, procuração de seu diretório estadual.

Tal, contudo, ocorreu apenas em maio de 2023, após o recebimento das informações requeridas e prestadas pela Câmara e pelo Prefeito Municipais, respectivamente em fevereiro e em março de 2023 (fls. 342/359 e 419/423). A ação, pois, estava se encaminhando para seu desfecho quando se buscou alterar o polo ativo, aditamento significativo na petição inicial, o que não é lícito tanto no procedimento comum (art. 329 do CPC) quanto no da ADI, como já se pronunciou o STF:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – QUESTÃO DE ORDEM – PETIÇÃO INICIAL – ADITAMENTO – REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES JÁ ORDENADA – IMPOSSIBILIDADE – PEDIDO INDEFERIDO. MEDIDA LIMINAR – INFORMAÇÕES CONSIDERADAS INDISPENSÁVEIS A SUA APRECIAÇÃO – DISPENSA INDEFERIDA. COM A REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES AO ÓRGÃO DE QUE EMANOU A LEI OU ATO NORMATIVO ARGUIDO DE INCONSTITUCIONAL OPERA-SE A PRECLUSÃO DO DIREITO, RECONHECIDO AO AUTOR DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, DE ADITAR A PETIÇÃO INICIAL" (ADI 437 QO, Tribunal Pleno, Rel. Celso de Mello, j. 01/03/91).

"Este Supremo Tribunal assentou somente admitir o aditamento da petição inicial, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, quando ainda não requisitadas informações aos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato impugnado" ADI 4248, Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA, Julgamento: 04/09/2018, Publicação: 13/09/2018).

"INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Petição inicial. Ilegitimidade ativa para a causa. Correção. Aditamento anterior à requisição das informações. Admissibilidade. Precedentes. É lícito, em ação direta de inconstitucionalidade, aditamento à petição inicial anterior à requisição das informações" (ADI 3103, Tribunal Pleno, Rel. Cezar Peluso, j. 01/06/06 – grifos nossos).

Já houve julgamento na mesma linha neste OE, na acima citada ADI nº 2168256-37.2021.8.26.0000, de relatoria do Desembargador Décio Notarangeli.

Em suma, a hipótese é de extinção da ação sem resolução do mérito, por ilegitimidade ativa ad causam do diretório municipal do partido político proponente, precluso o direito de aditamento da petição inicial para correção do vício.

Frente ao exposto, acolhe-se a preliminar arguida de ilegitimidade ativa ad causam, e, nos termos do art. 485, VI, CPC, julga-se extinto o processo, sem resolução do mérito.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2211123-11.2022.8.26.0000, da Comarca de (...), em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE BARRA DO TURVO e PRESIDENTE DA CÂMARA DOS VEREADORES DE BARRA DO TURVO.

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 50.725)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, RICARDO DIP, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, FLAVIO ABRAMOVICI, RAMON MATEO JÚNIOR, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO e VIANNA COTRIM.

São Paulo, 2 de agosto de 2023.

FÁBIO GOUVÊA, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo que pretende a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 580, de 14 de agosto de 2017 e Lei Municipal nº 655, de 11 de abril de 2019, ambas do Município de Barra do Turvo. Remuneração de servidor público. Redução da carga horária dos médicos municipais, sem justificativa, e com manutenção do salário anterior. Benefício equivalente a vantagem pecuniária. Situação que não atende ao interesse público, bem como aos princípios constitucionais da moralidade, razoabilidade, proporcionalidade, finalidade e interesse público. Ofensa aos arts. 111 e 128, ambos da Constituição Estadual. Precedentes deste Colendo Órgão Especial. Ação direta julgada procedente, com modulação dos efeitos da decisão, para assegurar a irrepetibilidade dos valores recebi-

Acesso ao Sumário

dos de boa-fé pelos agentes públicos municipais até a data do julgamento desta ação.

VOTO

Trata-se de ação direta ajuizada pelo douto Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, na qual pretende a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 580, de 14 de agosto de 2017, e dos arts. 1º e 2º, da Lei Municipal nº 655, de 11 de abril de 2019, ambas do Município de Barra do Turvo, que procederam à redução da carga horária de certos cargos públicos.

Aduz o autor, em síntese, que os Diplomas legais objurgados padecem de vício de inconstitucionalidade, pois a redução gratuita da carga horária de cargos públicos, sem justificativa que se mostre consistente, viola os princípios constitucionais regentes da Administração Pública, bem como os arts. 111 e 128 da Constituição Estadual, aplicáveis aos Municípios por força do art. 144 da mesma Carta. Assim, requer que a presente demanda seja julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 580, de 14 de agosto de 2017 e arts. 1º e 2º da Lei nº 655, de 11 de abril de 2019, todas do Município de Barra do Turvo.

Ausente requerimento de liminar, o feito foi processado. (fls. 667/668).

Informações do Prefeito de Barra do Turvo às fls. 682/688, sustentando, em síntese, a constitucionalidade das normas impugnadas, salientando que houve reorganização administrativa, a partir da consideração das necessidades da Administração Pública e com o escopo de concretizar o princípio da eficiência. Assim, apontou que a declaração de inconstitucionalidade das normas acarretará violação ao princípio da separação dos poderes, pois a Constituição Federal (arts. 2º, 30, I e II, e 84) assegura autonomia aos Municípios para legislar sobre assuntos de interesse local. Por fim, destacou que as normas impugnadas estão de acordo com o disposto na Lei Orgânica do Município (art. 47, I a IV), sendo normas de reprodução obrigatória.

Citadas, a Procuradora-Geral do Estado de São Paulo e o Presidente da Câmara Municipal de Barra do Turvo não se manifestaram (fl. 676 e fl. 690).

Parecer do douto Subprocurador-Geral de Justiça, Dr. Wallace Paiva Martins Junior, às fls. 695/703, opinando pela procedência do pedido nos termos da inicial da ação direta.

É o relatório.

A ação direta deve ser julgada procedente, com modulação de efeitos.

A presente ação tem como intenção discutir a constitucionalidade da Lei nº 580/2017, do Município de Barra do Turvo, que altera dispositivos da Lei Municipal nº 498/2015 ("*Anexo I da Lei Municipal nº 498 de 1 de abril de 2015 referente ao grupo operacional XII Médicos*"), e tem seguinte redação:

Acesso ao Sumário

Art. 1º – A jornada de trabalho do Cargo de Médico Clínico Geral passa a ser de 20 (vinte) horas semanais e 100 (cem) horas mensais.

Art. 2º – Fica inalterada a referência salarial estabelecida pela Lei Municipal nº 498 de 1 de abril de 2015.

Art. 3º – Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário.

Assim, a norma impugnada reduziu a carga horária de trabalho dos servidores municipais ocupantes do cargo de "*Médico Clínico Geral*" de 40 horas semanais e 200 horas semanais, para 20 horas semanais e 100 horas mensais, mantendo, contudo, o vencimento salarial correspondente à carga horária prevista anteriormente (de 40 horas semanais).

Já a Lei nº 655/2019, também impugnada na presente demanda, deu nova redação ao "*Anexo II da Lei Municipal nº 598, de 29 de dezembro de 2017*", conforme texto abaixo:

Art. 1º – Fica alterado o anexo III da Lei Municipal nº 598 de 29 de dezembro de 2017, passando a vigorar conforme Anexo I desta Lei.

Art. 2º – Fica alterada a referência 21 da tabela de vencimentos do anexo V da Lei Municipal nº 598 de 29 de dezembro de 2017, passando a vigorar conforme o anexo II desta Lei.

Art. 3º – Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

(...)

ANEXO I:

Grupo Ocupacional	Classes	Referência	Vagas	Carga semanal (horas)	Carga mensal (horas)
(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)
Médicos	Médico Clínico Geral	21	8	24	120

Com efeito, por meio da Lei nº 655/2019, houve aumento da jornada semanal de 20 para 24 horas semanais, e de 100 para 120 horas mensais, assim como aumento da remuneração dos médicos.

Por sua vez, a Constituição Estadual dispõe em seus artigos 111 e 128, aplicáveis aos Municípios por força de seu art. 144, que:

Artigo 111 – A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência.

Artigo 128 – As vantagens de qualquer natureza só poderão ser instituídas por lei e quando atendam efetivamente ao interesse público e às exigências do serviço.

Acesso ao Sumário

Na hipótese, como bem destacado na inicial, a Lei Municipal nº 580/2017 contraria os princípios da moralidade, impessoalidade, razoabilidade e interesse público, previstos no art. 111 da Constituição Estadual, e também colide com o disposto no art. 128 da mesma Carta, visto que a redução da carga horária dos funcionários públicos da área de saúde, sem a respectiva alteração salarial, configura aumento indireto salarial, além de dispêndio público sem causa, não atendendo ao interesse público e os princípios gerais da Administração.

Da mesma forma ocorre com a Lei Municipal nº 655/2019, pois, apesar do aumento de 20 para 24 horas semanais, e de 100 para 120 horas mensais, houve aumento direto da remuneração fixada na Lei nº 498/2015. Em verdade, além da diminuição da carga horária semanal e mensal sem redução da remuneração, a Lei nº 655/2019 aumentou a remuneração destes servidores públicos.

De início, anoto que, apesar dos Municípios possuírem autonomia, tais entes federativos devem respeitar certos limites constitucionais ao legislarem sobre a remuneração dos seus servidores. Com efeito, a instituição de vantagens pecuniárias para servidores públicos só se mostra legítima se realizada em conformidade com o interesse público e com os princípios previstos no art. 111 e 128 da Constituição Estadual, que também norteiam os Municípios.

Dito isso e afastando a alegação de invasão de competência, entendo que tais Leis Municipais impugnadas nesta presente ação operaram um verdadeiro aumento salarial indireto, sem qualquer respaldo em elementos objetivos e razoáveis, e em frontal ofensa os princípios constitucionais de moralidade, interesse público, finalidade, exigências do serviço e razoabilidade.

De fato, a redução da jornada dos médicos, com consequente diminuição das horas trabalhadas, não trouxe qualquer vantagem à Administração Pública ou melhoria do serviço público ofertado pelo Município. Pelo contrário, percebe-se que, no caso concreto, os únicos beneficiários das Leis impugnadas foram uma determinada categoria de servidores públicos, sem que houvesse qualquer contrapartida para a Administração Pública local.

Vale destacar que a diminuição da carga de trabalho dos médicos, por certo, influenciou negativamente na prestação adequada do serviço público de saúde, além de demandar novas contratações para suprir a demanda de mão-de-obra, impactando, destarte, na eficiência da Administração, e impondo, ainda, excessivo, imoral e irrazoável ônus financeiro ao Município.

Desta forma, a redução da jornada de trabalho dos servidores da área médica, sem a redução proporcional de seus vencimentos, não atende ao interesse público, bem como contraria os princípios da razoabilidade, da moralidade e da finalidade (cf. arts. 111 e 128 da Constituição Paulista).

Neste mesmo sentido, como asseverado pela douta Procuradoria em seu parecer:

Acesso ao Sumário

"Embora o Município seja dotado de autonomia política e administrativa, dentro do sistema federativo (arts. 1º e 18 da Constituição Federal), **esta autonomia não tem caráter absoluto, pois se limita ao âmbito préfixado pela Constituição Federal** (José Afonso da Silva, Direito constitucional positivo, 13. ed., São Paulo, Malheiros, 1997, p. 459).

A autonomia municipal deve ser exercida com a observância dos princípios contidos na Constituição Federal e na Constituição Estadual (Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, Curso de direito constitucional, 9. ed., São Paulo, Saraiva, 2005, p. 285).

(...)

No caso, a diminuição da jornada de trabalho sem a respectiva redução dos vencimentos **configura aumento indireto salarial, além de não atender a qualquer interesse público, nem, tampouco, às exigências do serviço** (art. 128 da Constituição Estadual).

(...)

Os atos normativos enfocados não conseguem ultrapassar imaculado o teste de razoabilidade. **A benesse não é adequada para melhoria dos serviços públicos. Nem é necessária, na medida em que compromete grave e contundentemente o erário com a contratação de novos servidores para suprir a demanda de mão-de-obra para a adequada prestação dos serviços públicos.**

Tampouco é proporcional, visto que a redução da jornada de trabalho demandaria parâmetros diferenciais de remuneração.

A redução da jornada de trabalho sem a equivalente redução de remuneração dos servidores do Município de Barra do Turvo é manifestamente imoral na perspectiva da preservação do patrimônio público.

Ela, está, ainda, divorciada da finalidade e do interesse público. Com efeito, não atende a qualquer fim concreto de interesse público primário senão satisfaz interesses pessoais corporativos, o que contraria a regra do art. 128 da Constituição do Estado e os princípios acima referidos, previstos no art. 111 da Constituição Paulista." (grifos nossos).

Acesso ao Sumário

Este Colendo Órgão Especial já se manifestou a respeito de leis similares, valendo citar algumas decisões assim ementadas:

"Ação direta de inconstitucionalidade – Lei nº 1.471, de 05 de novembro de 2015, do Município de Tarabai. **Redução da carga horária de alguns cargos públicos, mantida a remuneração. Diminuição da jornada de trabalho sem justificativa. Benefício equivalente a vantagem pecuniária que não atende ao interesse público, bem como às exigências do serviço. Ofensa aos princípios da moralidade, razoabilidade, proporcionalidade, finalidade e interesse público. Violação aos artigos 111 e 128 da Carta Estadual.** Precedentes deste C. Órgão Especial. **Inconstitucionalidade configurada.** Necessidade de

modulação dos efeitos da declaração, tendo em vista razões de segurança jurídica, com o fim de salvaguardar os pagamentos já realizados e os recebimentos efetivados de boa-fé. Declaração que deve produzir seus efeitos a partir da prolação do Acórdão – Ação procedente." (Órgão Especial, ADI nº 2034799-06.2021.8.26.0000, Rel. Desemb. Ademir Benedito, j. 18 de maio de 2022, grifos nossos).

"DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM FACE DA LEI MUNICIPAL Nº 2.392, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2020, DO MUNICÍPIO DE RIO GRANDE DA SERRA. **NORMA QUE ESTABELECE REDUÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO (40HS PARA 30HS SEMANAIS) DE DETERMINADA CATEGORIA DE SERVIDORES DO MUNICÍPIO (OCUPANTES DOS CARGOS DE ATENDENTE DE DESENVOLVIMENTO INFANTIL E AUXILIAR DE EDUCAÇÃO INFANTIL) SEM REDUÇÃO PROPORCIONAL DOS VENCIMENTOS. Ofensa aos princípios constitucionais da moralidade, razoabilidade e finalidade. Configurada violação aos arts. 111, 128 e 144 da Constituição Paulista.** Precedentes. **Ação procedente, com efeito ex tunc,** ressalvada a irrepetibilidade dos valores recebidos de boa-fé até a data do julgamento desta ação." (Órgão Especial, ADI nº 2007957-86.2021.8.26.0000, Rel. Des. Cristina Zucchi, j. 2 de fevereiro de 2022, grifos nossos).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. REDUÇÃO GRATUITA DA JORNADA DE TRABALHO DOS SERVIDORES PÚBLICOS EFETIVOS DO MUNICÍPIO EM RAZÃO DO ATINGIMENTO DE CERTA IDADE. Artigo 68, caput e incisos I e II, §§ 1º, 2º e 3º da Lei n. 2.995, de 15 de outubro de 2007, do Município de Ubatuba. **Benefício equivalente a vantagem pecuniária, pois implica efetivo incremento da contraprestação pelas horas efetivamente trabalhadas.** Impossibilidade de concessão pelo simples fato de se alcançar certa idade. **Inobservância ao interesse público e às exigências do serviço. Desrespeito aos artigos 111, 128 e 114 da Constituição Estadual, bem como aos princípios constitucionais da Administração Pública. Inconstitucionalidade verificada.** Ressalva apenas quanto à irrepetibilidade dos valores percebidos de boa-fé até a data deste julgamento. Ação julgada procedente." (Órgão Especial, ADI nº 2072571-37.2020.8.26.0000, Rel. Des. Moacir Peres, j. 03.02.2021, grifos nossos).

De rigor, portanto, a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 580, de 14 de agosto de 2017, e dos arts. 1º e 2º, da Lei Municipal nº 655, de 11 de abril de 2019, ambas do Município de Barra do Turvo, por violação aos artigos 111 e 128 da Constituição Bandeirante, aplicáveis aos Municípios por força do disposto do artigo 144 da mesma Constituição Estadual.

É certo, ainda, que a declaração de inconstitucionalidade em sede de controle concentrado, quando se examina, de forma abstrata, a compatibilidade da norma com o parâmetro de controle, como regra, busca extirpar o ato normativo, que padece de vício congênito de nulidade, do ordenamento jurídico,

Acesso ao Sumário

atribuindo-se-lhe eficácia *ex tunc*.

Não obstante, o art. 27 da Lei nº 9.882/99, que cuida do procedimento da ADI e da ADC no âmbito do Supremo Tribunal Federal, admite que, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, os efeitos da decisão sejam modulados, de forma a restringi-los, fixando-se que a declaração de inconstitucionalidade somente terá eficácia a partir do seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser estabelecido.

No caso dos autos, levando em conta a segurança jurídica e o fato de as normas ora declaradas inconstitucionais estarem em vigor há muitos anos, entendo que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade se farão produzir a partir da data da publicação deste julgamento, com a irrepetibilidade dos valores recebidos pelos agentes municipais de boa-fé.

Por esses motivos, meu voto é pela procedência da ação, declarando-se a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 580, de 14 de agosto de 2017, e dos arts. 1º e 2º, da Lei Municipal nº 655, de 11 de abril de 2019, ambas do Município de Barra do Turvo, assegurada a irrepetibilidade dos valores recebidos de boa-fé pelos agentes públicos municipais com base em tais leis até a data do presente julgamento, nos termos expostos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2068692-17.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autora PREFEITA DO MUNICÍPIO DE POÁ, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE POÁ.

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 35.918)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), FLAVIO ABRAMOVICI, 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, RICARDO DIP, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE e TASSO DUARTE DE MELO.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 9 de agosto de 2023.
SILVIA ROCHA, Relatora

Ementa: – Ação direta de inconstitucionalidade – Incisos II a IX do artigo 178 do Regimento Interno da Câmara Municipal de Poá – Exigência de maioria absoluta para a aprovação de leis relativas a matérias ordinárias – Regra incompatível com o modelo de processo legislativo constitucional, que é de observância obrigatória pelos Estados e Municípios – Aplicação dos princípios da suficiência da maioria e da simetria – Violação dos artigos 10, § 1º, e 144 da Carta Estadual – Irrelevância do fato de as normas impugnadas estarem em vigor há vários anos – Inconstitucionalidade reconhecida – Pedido procedente.

VOTO

Trata-se de ação proposta pela Prefeita do Município de Poá, pretendendo obter declaração de inconstitucionalidade dos incisos II a IX do artigo 178 do Regimento Interno da respectiva Câmara Municipal, sustentando que: a) os dispositivos impugnados não estão em conformidade com os artigos 10, § 1º, e 23 da Constituição do Estado de São Paulo, aplicáveis no âmbito municipal por força do artigo 144 da mesma Carta; b) em razão, ainda, do princípio da simetria das normas, a previsão do Regimento Interno da Câmara afronta os artigos 29 e 47, *caput*, da Constituição Federal, que, ao se referir aos municípios, estabeleceu, expressamente, quórum qualificado somente para a aprovação e a alteração da lei máxima local, a Lei Orgânica Municipal; c) o Poder Legislativo não pode criar norma que institua quórum qualificado para a aprovação ou a alteração de leis ordinárias; d) o próprio Estado de São Paulo respeitou a limitação da Constituição Federal e não inovou quanto à matéria, fixando regra geral de quórum de votação – maioria simples –, excepcionada apenas pela existência de "deliberação constitucional em contrário"; e) na estrutura federativa brasileira, os Estados e os Municípios não têm autonomia ilimitada nem irrestrita para se auto-organizarem; f) os vícios apontados são ainda mais evidentes quando analisados sob a ótica do princípio da suficiência da maioria, que, via de regra, impõe que, no âmbito das relações jurídico-sociais presentes no estado democrático de direito, sejam respeitadas as decisões tomadas pela maioria simples; g) a Constituição Federal não determinou que as matérias constantes das normas impugnadas tivessem quórum diferenciado; h) as matérias para as quais o Regimento Interno da Câmara exige aprovação por maioria absoluta são caras

Acesso ao Sumário

ao bom funcionamento da máquina pública, como concessões e permissões de serviços públicos, aquisição e alienação de imóveis e aprovação das leis de diretrizes orçamentárias, plano plurianual, plano diretor e orçamento anual; e i) as normas impugnadas propiciam insegurança jurídica.

Às fls. 98/101, foi indeferido pedido de concessão de tutela de urgência e determinada a requisição de informações ao Presidente da Câmara Municipal de Poá, a citação da Procuradora-Geral do Estado e a intimação da Procuradoria-Geral de Justiça.

A Câmara Municipal aduziu que: a) as matérias dos incisos impugnados já dependiam de aprovação por maioria absoluta na vigência do seu Regimento anterior, revogado pelo atual; b) em mais de dez anos, nunca houve objeção nem prejuízo à Administração Pública; c) não houve vício no processo legislativo que culminou com a aprovação da Resolução em vigor; d) as matérias dos dispositivos questionados são relevantes, justificando maior cautela e a exigência de quórum qualificado; e e) a autora propõe interpretação literal e simplista do Regimento Interno, quando, na verdade, o caso reclama interpretação sistemática, que afasta a tese de inconstitucionalidade (fls. 109/114).

A Procuradoria-Geral de Justiça, por sua vez, afirmou que: a) a imposição de maioria absoluta para a aprovação de determinadas matérias, por norma que não guarda correspondência com o parágrafo único do artigo 23 da Constituição do Estado, viola o princípio da simetria; b) a disciplina do processo legislativo previsto na Constituição Estadual é de observância obrigatória pelos Municípios; c) a dependência da maioria absoluta para a aprovação ou a alteração de leis sobre matérias ordinárias "engessa" a atuação da Câmara Municipal e é completamente desarrazoada; d) legislação local não pode restringir nem ampliar as regras gerais do processo legislativo, que são impositivas para as três esferas políticas de governo; e) se aplicam ao caso os princípios da simetria das normas e da suficiência da maioria; f) o artigo 174, § 9º, da Constituição Estadual não admite a interpretação feita pela Câmara Municipal nas suas informações; g) o artigo 165, § 9º, da Constituição Federal, exige lei complementar para disciplinar a forma de elaboração das leis orçamentárias, não para as leis orçamentárias em si; e h) há violação dos artigos 10, § 1º, 23, *caput* e parágrafo único, e 144 da Constituição Estadual e dos artigos 18 e 47 da Constituição Federal (fls. 123/132).

A Procuradora-Geral do Estado foi citada, mas não se manifestou (fls. 103/105, 107 e 118).

É o relatório.

Trata-se de ação proposta pela Prefeita de Poá, pretendendo a declaração de inconstitucionalidade dos incisos II a IX do artigo 178 do Regimento Interno da respectiva Câmara Municipal, alterado pela Resolução nº 14/2020, do mes-

Acesso ao Sumário

mo órgão, assim redigido (fls. 82/83):

> "Art. 178. Depende do voto favorável da maioria absoluta dos membros da Câmara:
>
> (...)
>
> II – a concessão ou permissão de serviços públicos;
>
> III – a outorga de direito real de uso de bens imóveis;
>
> IV – a alienação de bens imóveis;
>
> V – a aquisição de bens imóveis por doação com encargos;
>
> VI – a alteração de denominação de vias e logradouros públicos;
>
> VII – a aprovação das leis de Diretrizes Orçamentárias, Plano Plurianual, Plano Diretor e Orçamento Anual;
>
> VIII – a autorização para contrair empréstimos;
>
> IX – a outorga de título de cidadão honorário, ou qualquer honraria, mediante Projeto de Decreto Legislativo;
>
> (...)".

Os dispositivos impugnados pela autora, que integram o Regimento Interno da Câmara Municipal de Poá, alterado pela Resolução nº 14, de novembro de 2020, do mesmo órgão (fls. 10/93), exigem o voto da maioria absoluta dos vereadores do Município, para a aprovação de leis concernentes a matérias para as quais as Constituições Estadual e Federal não impõem, como se viu, o mesmo critério.

Há visível descompasso entre o Regimento da Câmara e o modelo constitucional, já que este, ao contrário daquele, não prescreve quórum mais elevado para a aprovação de leis pertinentes a tais matérias, contentando-se com a maioria simples, que é a regra do processo legislativo brasileiro, de acordo com o artigo 47 da Constituição Federal, praticamente reproduzido, em face do princípio da simetria, no artigo 10, § 1º, da Constituição do Estado de São Paulo, e aplicável aos Municípios por força do artigo 144 da Carta Estadual.

Embora a Constituição Estadual confira aos Municípios autonomia política, legislativa, administrativa e financeira, na esteira dos artigos 18, *caput*, e 29 da Constituição Federal, permitindo que se auto-organizem por Leis Orgânicas, determina, por outro lado, que eles observem os princípios estabelecidos no seu corpo e, também, na Constituição Federal (artigo 144), o que inclui os princípios relativos ao processo legislativo, como o da suficiência da maioria, segundo o qual as deliberações das Casas Legislativas, em todas as esferas políticas de governo, são tomadas por maioria simples de votos, não por maioria absoluta ou qualificada (mais que a maioria absoluta: 2/3, 3/5, etc), a não ser que haja disposição constitucional em sentido contrário, ausente no caso em exame.

Assim, não cabe ao Poder Legislativo Municipal dizer quais matérias são relevantes, quais não são e quais exigem ou não exigem quóruns diferenciados,

Acesso ao Sumário

destoando do modelo constitucional.

As matérias referidas nos incisos II a IX do artigo 178 do citado Regimento não são matérias que devam ser tratadas em leis complementares, cuja aprovação se dá por maioria absoluta, já que não estão no rol do parágrafo único do artigo 23 da Constituição Paulista, nem matérias que devam constar da Lei Orgânica Municipal, cuja aprovação requer maioria qualificada, de acordo com o artigo 29 da Constituição Federal, pelo que a sua aprovação requer, apenas, o voto da maioria simples dos vereadores do Município, presente a maioria absoluta de seus membros nas sessões deliberativas, nos exatos termos do artigo 10, § 1º, da Constituição Estadual.

Depois, a exigência de maioria absoluta para a autorização de créditos suplementares ou especiais destinados a tornar viáveis operações que excedam o montante das despesas de capital (situação prevista no inciso III do artigo 176 da Constituição Estadual), não implica imposição do mesmo critério para a aprovação das leis de diretrizes orçamentárias, plano Plurianual, plano diretor e orçamento anual, ou para a obtenção de empréstimos (casos dos incisos VII e VIII do artigo 178).

A prática dos atos de gestão descritos nos incisos II a IX do artigo 178, como a aquisição de imóvel por doação com encargos, não se confunde com as operações de crédito mencionadas no artigo 176, III, da Constituição do Estado e não necessariamente acarreta aumento de despesas e alteração de plano ou orçamento vigente.

Para completar, é certo que a lei complementar referida no artigo 165, § 9º, da Constituição Federal, é a que disciplina a elaboração da lei orçamentária, não a própria lei orçamentária, tal como a Procuradoria-Geral de Justiça asseverou (fls. 131/132).

Não há, portanto, justificativa para a adoção de critério mais severo para a definição do quórum de aprovação das leis em exame, pese a relevância de algumas delas, como as relacionadas à gestão financeira e patrimonial do Município, e o fato de os dispositivos impugnados estarem em vigor há vários anos.

Acesso ao Sumário

No sentido da inconstitucionalidade de Leis e Resoluções em casos semelhantes, há diversos precedentes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, de que são exemplos os seguintes:

> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCISO IX, DO ART. 28, DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE AVARÉ. NORMA QUE EXIGE QUÓRUM QUALIFICADO PARA A CONCESSÃO DE TÍTULO DE CIDADÃO HONORÁRIO. REGRA DO PROCESSO LEGISLATIVO INCOMPATÍVEL COM AS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SIMETRIA. OFENSA AOS ARTIGOS 10, § 1º E 144 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. PRECEDENTES. Ação julgada procedente, com efeito ex tunc." (ADIN nº 2259114-17.2021.8.26.0000,

rel. Des. Cristina Zucchi, j. 08.06.2022, *g.n.*)

"Ação direta de inconstitucionalidade – Artigo 51, 'caput', e incisos I, II, III, IV e V, da Lei Orgânica do Município de Iguape – Revogação pela Câmara Municipal do artigo 51 e incisos da Lei Orgânica – Revogação que implica perda superveniente do objeto da ação impondo a extinção do processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, inciso VI, do CPC em relação ao mencionado art. 51 da Lei Orgânica Municipal – Extinção parcial da ação. Ação direta de inconstitucionalidade – Artigos 211 e 212, parágrafos 4º e 5º, do Regimento Interno da Câmara do Município de Iguape – Dispositivos que exigem aprovação por quórum de 2/3 para a aprovação de leis ordinárias – Exigência que não condiz com a previsão constitucional – Regramento do processo legislativo municipal deve seguir o modelo traçado na Constituição Paulista, ante o princípio da simetria – Violação dos artigos 10, § 1º, e 144, ambos da Constituição Estadual – Inconstitucionalidade reconhecida – Ação direta julgada procedente nesta parte" (ADIN nº 2130690-88.2020.8.26.0000, rel. Des. Ademir Benedito, j. 08.06.2022, *g.n.*)

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Itens 1, 2, 3, 4, 5, 6 e 7, da alínea 'a', e das alíneas 'b', 'd' e 'e', do § 4º do artigo 180 do Regimento Interno da Câmara Municipal de Iacanga – Exigência de quórum qualificado de 2/3 para aprovação de determinadas matérias legislativas – Obrigatoriedade de observância do modelo estabelecido nas Constituições Federal e Estadual para o processo legislativo – Princípio da simetria – Precedentes deste Colendo Órgão Especial – Ofensa aos artigos 10, § 1º, 23 e 144 da Carta Bandeirante. Pedido procedente." (ADIN nº 2198143-37.2019.8.26.0000, rel. Des. Ricardo Anafe, j. 12.02.2020, *g.n.*)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE ITIRAPINA/SP – ART. 9º, VII, E ART. 11: FIXAÇÃO DE SUBSÍDIO DOS VEREADORES É DE COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO PRÓPRIO PODER LEGISLATIVO, SEM A INGERÊNCIA DO EXECUTIVO LOCAL, NOS TERMOS DO ART. 29, VI, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, RAZÃO PELA QUAL SE MOSTRA INCOMPATÍVEL A EXIGÊNCIA DE LEI ORDINÁRIA PARA TANTO – INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL, COM REDUÇÃO DE TEXTO, NO TOCANTE ÀS EXPRESSÕES "DOS VEREADORES E DO PRESIDENTE DA CÂMARA" E "NA CONFORMIDADE DA LEI PREVISTA NO INCISO VIII, DO ART. 9º, DESTA LEI ORGÂNICA" – ART. 9º, INC. VII, "A": REPETIÇÃO SISTEMÁTICA DO QUE PREVÊ O ART. 31, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, DEFERINDO-SE AO LEGISLATIVO LOCAL A ATRIBUIÇÃO DE JULGAR AS CONTAS DO PREFEITO MUNICIPAL, DEIXANDO DE PREVALECER O PARECER TÉCNICO EMITIDO PELO ÓRGÃO DE CONTAS POR DECISÃO DE 2/3 DOS MEMBROS DO LEGISLATIVO – DISPOSITIVO DECLARADO CONSTITUCIONAL – ART. 13, PARÁGRAFO ÚNICO, E ART. 36, § 2º, I: ATRIBUI AOS MEMBROS DO PODER LEGISLATIVO LOCAL AMPLOS PODERES DE FISCALIZAÇÃO,

Acesso ao Sumário

INCLUINDO LIVRE ACESSO ÀS REPARTIÇÕES PÚBLICAS E ENTES DESCENTRALIZADOS – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – PRECEDENTES DESTE C. ÓRGÃO ESPECIAL – DISPOSITIVOS DECLARADOS INCONSTITUCIONAIS – ART. 15, § 3º: DISPÕE SOBRE O PROCESSO DE CASSAÇÃO DO MANDATO DE VEREADOR – COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PRIVATIVA DA UNIÃO – SÚMULA VINCULANTE Nº 46 – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL ORGÂNICA RECONHECIDA – ART. 19 E ART. 29-A: ESTABELECEM DETERMINADAS MATÉRIAS DE VOTAÇÃO SECRETA NO ÂMBITO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS – ART. 10, CAPUT, C/C § 2º, DA CONSTITUIÇÃO PAULISTA – PUBLICIDADE DAS VOTAÇÕES, NÃO SENDO DEFERIDO AO ENTE MUNICIPAL DISCIPLINAR DE FORMA DISTINTA – DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL, COM REDUÇÃO DE TEXTO, DAS EXPRESSÕES "EM SESSÃO E ESCRUTÍNIOS SECRETOS" E "SALVO NO CASO DE ELEIÇÃO DOS MEMBROS DA MESA DIRETORA E SEUS SUBSTITUTOS" – ART. 25, XI: ATRIBUI AO PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ITIRAPINA A LEGITIMIDADE PARA PROPOSITURA DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – O ART. 125 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DELEGOU AOS ESTADOS A COMPETÊNCIA PARA O ESTABELECIMENTO DOS LEGITIMADOS LOCAIS – ART. 90 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO – ATRIBUIÇÃO À "MESA DA CÂMARA MUNICIPAL", E NÃO AO SEU PRESIDENTE – INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA – ART. 40, § 1º: DISCIPLINA O INTERVALO MÍNIMO ENTRE OS TURNOS DAS SESSÕES LEGISLATIVAS PARA A EMENDA DA LEI ORGÂNICA MUNICIPAL – MATÉRIA JÁ DISCIPLINADA PELO ART. 29 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA – ART. 41 DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE ITIRAPINA, E ART. 196, III, E ART. 197 DO REGIMENTO INTERNO DA CÂMARA MUNICIPAL DE ITIRAPINA/SP: DISPÕEM SOBRE O QUÓRUM DE APROVAÇÃO DE LEIS COMPLEMENTARES EM ÂMBITO MUNICIPAL, EXIGINDO-SE A MAIORIA QUALIFICADA DE 2/3 – AFRONTA AO ART. 69 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, BEM COMO ART. 23 DA CONSTITUIÇÃO DE SÃO PAULO, QUE EXIGEM TÃO SOMENTE A MAIORIA ABSOLUTA – REGRAS GERAIS SOBRE PROCESSO LEGISLATIVO APRESENTAM NATUREZA DE NORMAS CONSTITUCIONAIS DE OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA – DISPOSITIVOS DECLARADOS INCONSTITUCIONAIS – ART. 63, § 4º: DISCIPLINA O PROCEDIMENTO DE PERDA DO MANDATO DO PREFEITO EM DECORRÊNCIA DE PROCESSO POLÍTICO-ADMINISTRATIVO – MATÉRIA DE COMPETÊNCIA ABSOLUTA DA UNIÃO, QUE JÁ DISCIPLINOU O TEMA POR MEIO DO DECRETO-LEI NO 201/67, NORMA DE CARÁTER NACIONAL – MATERIALMENTE, A DISCIPLINA TRATADA PELA LEI ORGÂNICA MUNICIPAL, NESTE ASPECTO, NÃO APRESENTA VÍCIOS – INCONSTITUCIONALIDADE DECORRENTE DA

Acesso ao Sumário

INCOMPETÊNCIA PARA TRATAR SOBRE A MATÉRIA – PEDIDO INICIAL JULGADO PARCIALMENTE PROCEDENTE" (ADIN nº 2014410-68.2019.8.26.0000, rel. Des. Francisco Casconi, j. 07.08.2019, *g.n.*)

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Alíneas "b", "c", "d", "e", "f", "g" e "h", do inciso I, § 3º, do art. 52, da Lei Orgânica do Município de Rosana; e incisos VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV e XV do § 2º, do art. 52 do Regimento Interno da Câmara Municipal de Rosana – Dispositivos que exigem quorum de 2/3 ou de maioria absoluta para aprovação de matérias ordinárias, especialmente quanto ao projeto de revisão do plano diretor do município – Violação dos arts. 10, § 1º, e 23, caput e § 1º, aplicáveis aos Municípios por força do art. 144, todos da CE – Inconstitucionalidade. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente" (ADIN nº 2171718-12.2015.8.26.0000, rel. Des. João Carlos Saletti, j. 27.04.2016, *g.n.*)

"Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Orgânica do Município de Viradouro. Exigência de quorum qualificado para aprovação de matéria não elencada como lei complementar. Violação do princípio da simetria. Dever de observância à Constituição Federal e Constituição do Estado que prevêem apenas o quorum da maioria simples para aprovação de lei que trata de matéria referente à criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas e respectivos vencimentos. Matéria de iniciativa reservada ao Prefeito Municipal. Violação dos artigos 10, § 1º, 23, 24, § 2º, e 144, da Constituição do Estado. Precedentes. Inconstitucionalidade reconhecida do art. 29, XI, da Lei Orgânica do Município de Viradouro. Ação procedente" (ADIN nº 0038069-53.2013.8.26.0000, rel. Des. Caetano Lagrasta, j. 24.07.2013)

Diante do exposto, julgo o pedido procedente, para declarar a inconstitucionalidade dos incisos II a IX do artigo 178 do Regimento Interno da Câmara Municipal de Poá, alterado pela Resolução nº 14/2020, da mesma Câmara.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2079175-09.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE BERTIOGA e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE BERTIOGA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE EM PARTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47.471)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI, 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, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO e DAMIÃO COGAN.

São Paulo, 16 de agosto de 2023.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.

Lei Complementar nº 154, de 06 de fevereiro de 2020, do Município de Bertioga. Norma que alterou os incisos II e III do artigo 14 da Lei Complementar n. 17/2022, estabelecendo idade máxima e altura mínima para inscrição em concurso público para o cargo de guarda municipal, bem como reserva de 1/5 das vagas para candidatas do sexo feminino.

Inciso II do artigo 14 – Foi expressamente revogado pela LCM n. 176, de 16 de março de 2023. Hipótese de perda de objeto da ação. Não conhecimento. Extinção.

Inciso III do artigo 14. – Dispositivo que não desborda dos padrões da razoabilidade ao exigir altura mínima para inscrição de candidatos ao cargo de guarda municipal, conforme já decidiu o STF no AI n. 769.254/MG, Rel. Min. GILMAR MENDES, j. 26/08/2010. Constitucionalidade.

Parágrafo único do artigo 13. – Possibilidade de preservação da validade da norma, mediante interpretação conforme a Constituição, no sentido de que a reserva de vagas de 1/5 prevista nesse dispositivo (para candidatos do sexo feminino), deve ser entendido como limite mínimo, e não como limite máximo.

Ação procedente, em parte, na conhecida.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade** do Procurador-Geral de Justiça, tendo por objeto o **parágrafo único do artigo 13**; a expressão "e máxima de 35 (trinta e cinco) anos", contida no **inciso II do artigo 14, bem como o inciso III do mesmo artigo 14 da Lei Complementar nº 17, de 12 de dezembro de 2002,** com as alterações da **Lei Complementar n. 154, de 06 de fevereiro de 2020,** do Município de Bertioga, que dispõem sobre requisitos para admissão de **Guarda Civil Municipal**.

Em relação ao artigo 13, que prevê a **reserva de 1/5 de vagas para candidatos do sexo feminino**, a alegação é de que o texto é ambíguo e impreciso, "com potencialidade de interpretação **tanto para instituição de um mínimo** quanto **para o de um máximo de vagas** a serem providas por pessoas do sexo feminino, sendo que, **nesta última hipótese, há completa incompatibilidade com o princípio da igualdade**".

Em relação à expressão "e máxima de 35 (trinta e cinco) anos", **contida no inciso II** do artigo 14, o autor alega contrariedade à Súmula 683 e ao Tema 646 do Supremo Tribunal Federal, bem como ofensa ao artigo 115, XXVII, da Constituição Federal, que **veda diferenciação no acesso a emprego em função da idade**, quando não haja fator consistente de discriminação que assinale a legitimidade da distinção.

Em relação ao inciso III do artigo 14, **que exige altura mínima de 1,65m para homem, e 1,55 para mulheres**, alega ofensa ao princípio da razoabilidade (artigo 111 da Constituição Estadual).

Concedida parcialmente a liminar (fls. 324/325), vieram respostas do Presidente da Câmara (fls. 335/341) e do Prefeito Municipal (fls. 349/359). A ilustre Procuradora-Geral do Estado não se manifestou nos autos (fl. 347). Manifestou-se a Douta Procuradoria-Geral de Justiça e opinou pela procedência parcial da ação (fls. 365/371).

É o relatório.

2. Procedente, em parte, a ação.

A lei impugnada tem o seguinte teor:

"Art. 1º A Lei Complementar nº 17, de 12 de dezembro de 2002, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Seção I

Do Ingresso

"Art. 14...

(...).

*II – **idade mínima de 18 (dezoito) anos e máxima de 35 (trinta e cinco) anos;***

Acesso ao Sumário

*III – **ter, no mínimo, 1,65m de altura, descalço e descoberto, para homens, e no mínimo, 1,55m de altura, descalço e descoberto, para mulheres;***

(...).

Art. 2º A Lei Complementar nº 17, de 12 de dezembro de 2002, passa a vigorar acrescida das seguintes redações:

***"Art. 13.** .....*

***Parágrafo único:** **Para fins de ingresso na Guarda Civil de Bertioga é reservado 1/5 (um quinto) de vagas para o sexo feminino.**"*

2.1 – Deve ser considerado, antes de tudo, que o **inciso II do artigo 14**, que só permitia a inscrição de candidatos com idade máxima de 35 anos, **foi expressamente revogado** pela Lei Complementar n. 176, de 16 de março de 2023 (fl. 344), daí o reconhecimento de **perda de objeto da ação**, nesse tópico, conforme tem decidido este C. Órgão Especial em casos semelhantes (ADIN nº 2.232.035-29.2022.8.26.0000, Rel. **Des**. **JAMES SIANO**, v.u. j. 19/04/2023; ADIN nº 2.255.790-82.2022.8.26.0000, v.u. j. 12/04/2023, Rel. **Des**. **VICO MAÑAS**; ADIN nº 2.113.480-53.2022.8.26.0000, v.u. j. 15/03/2023, Rel. **Des. XAVIER DE AQUINO**; ADIN nº 2.232.829-50.2022.8.26.0000, v.u. j. 08/03/2023, Rel. **DES. VIANNA COTRIM**; ADIN nº 2121348-82.2022.8.26.0000, v.u. j. 1º/02/2023, Rel. **Des. FÁBIO GOUVÊA**; ADIN nº 2.110.495-14.2022.8.26.0000, v.u. j. 30/11/2022, Rel. **Des. AROLDO VIOTTI**; ADIN nº 2.086.435-74.2022.8.26.0000, v.u. j. 26/10/2022, Rel. **Des. JARBAS GOMES**; ADIN nº 2.060.491-70.2022.8.26.0000, v.u. j. 19/10/2022, Rel. **Desª MARCIA DALLA DÉA BARONE**; ADIN nº 2.272.382-41.2021.8.26.0000, v.u. j. 06/09/2022, Rel. **Des. TASSO DUARTE DE MELO**; ADIN nº 2.085.944-38.2020.8.26.0000, v.u. j. 25/11/2020, Rel. **Des. MÁRCIO BARTOLI**; ADIN nº 2.101.713-86.2020.8.26.0000, v.u. j. 25/11/2020, Rel. **Des. ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ**; ADIN nº 2.113.902-96.2020.8.26.0000, v.u. j. 18/11/2020, Rel. **Des. ALEX ZILENOVSKI**).

Trata-se de posicionamento alinhado à jurisprudência do **C. Supremo Tribunal Federal** no sentido de que ocorre "**perda superveniente de objeto e de interesse de agir do Autor, quando sobrevém a revogação da norma questionada em sua constitucionalidade**" (STF, Pleno, ADI 2220/SP, Rel. **Min. CÁRMEN LÚCIA**, j. em 16.11.2011).

2.2 Quanto às vagas para candidatos do sexo feminino, a limitação de 1/5, no máximo, implicaria afronta ao princípio da igualdade, daí porque o **parágrafo único do artigo 13** deve ser entendido como limite mínimo.

Nesse caso, não há necessidade de declarar a nulidade da norma, bastando que se confira **interpretação conforme a Constituição** para eliminar a dubiedade do texto legal, e reconhecer que o dispositivo impugnado (parágrafo

Acesso ao Sumário

único do artigo 13) é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo **C. Órgão Especial**, no caso aquela referida no parágrafo anterior.

2.3 No que se refere à **altura mínima** (1,65 para homens e 1,55 para mulheres) existe entendimento do Supremo Tribunal Federal **entendendo ser razoável a exigência** (AI n. 769.254/MG, Rel. **Min. GILMAR MENDES**, j. 26/08/2010), já que as atribuições do **guarda municipal** estão relacionadas à área de segurança (artigo 144, § 8º, da Constituição Federal), e nesse tipo de atividade o porte físico do servidor pode ser considerado relevante, **daí o reconhecimento de validade do inciso III do artigo 14**.

Afinal, conforme lição doutrinária de **LUÍS ROBERTO BARROSO**, *"havendo alguma interpretação possível que permita afirmar-se a compatibilidade da norma com a Constituição, em meio a outras que carreavam para ela um juízo de invalidade, deve o intérprete optar pela interpretação legitimadora, mantendo o preceito em vigor"* ("Interpretação e Aplicação da Constituição". Ed. Saraiva/SP, 1998, p. 164 – 165).

Deste modo, é caso de julgar **(a) extinto o processo**, (não conhecimento) em relação ao inciso II do artigo 14, por falta de interesse processual; **(b) improcedente**, no que diz respeito inciso III do artigo 14; e **(c) parcialmente procedente**, quanto ao parágrafo único do artigo 13, para **conferir interpretação conforme a Constituição**, estabelecendo que **a reserva de vagas de 1/5** prevista nesse dispositivo (para candidatos do sexo feminino), deve ser entendido como **limite mínimo**, e **não** como limite máximo.

Mais não é preciso acrescentar.

3. Julgo procedente, em parte, a ação.

Agravos Internos

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2085569-32.2023.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, é agravado PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 48916OE)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, RICARDO DIP, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, FLAVIO ABRAMOVICI, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA e XAVIER DE AQUINO.

São Paulo, 9 de agosto de 2023.

DAMIÃO COGAN, Relator

Ementa: Agravo interno em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 17.794/2022 e Lei n. 17.267/2020 ambas do Município de São Paulo. Legislação relacionada a direito ambiental. Presença dos requisitos autorizadores da concessão da liminar. Alteração substancial na legislação ambiental do Município, o que pode vir a dificultar ou até impedir reposição das condições anteriores ao meio ambiente caso se proceda a alguma adoção das novas práticas. Tratando-se de matéria de direito ambiental, a concessão da liminar deu-se com o fim de proteger o meio ambiente, aplicando-se o critério da precaução, segundo o qual quando há perigo de dano grave ou irreversível, a falta de uma certeza absoluta não deverá ser utilizada para postergar-se a adoção de medidas eficazes para impedir a degradação do meio ambiente. Agravo improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo interno cível interposto pelo Prefeito do Município de São Paulo em face de decisão deste Relator de fls. 1255/1262 e 1341/1342, que determinou a suspensão da eficácia: 1) das seguintes disposições da Lei n. 17.794, de 27 de abril de 2022, do Município de São Paulo: a) incisos II e IX do art. 14; b) expressão "e/ou" disposta no inciso VIII do art. 14; c) expressão "excluída a hipótese de manejo de urgência prevista no art. 20 desta Lei" inclusa no caput do art. 15; d) expressão "excluída a hipótese do art. 20 desta Lei" prevista no caput do art. 16; e) expressão "Excluída a hipótese do art. 20 desta Lei" prevista no caput do art. 17; f) expressão "independentemente de prévia

autorização" prevista no caput do art. 20; g) expressão "ou não" inclusa no § 3º do art. 20; h) inciso I do art. 49 na parte que diz respeito à revogação do caput, da alínea a, incisos 1 a 4, do § 2º e dos §§ 3º e 4º do art. 4º e do caput e dos §§ 1º e 3º do art. 5º da Lei n. 10.365, de 22 de setembro de 1987; E 2) da parte final do art. 4º da Lei n. 17.267, de 13 de janeiro de 2020, do Município de São Paulo, concedida, ainda a tutela para que produza o efeito de paralisar as eventuais intervenções ainda não ultimadas, apesar de requeridas e/ou deferidas pelo poder público, que tenham por fundamento as disposições atacadas na presente ação direta.

Sustenta, em apertada síntese, que o regime instituído pela Lei 17.794/22 é mais protetivo do que o advindo apenas das legislações federal e estadual, porque torna toda a vegetação de porte arbóreo paulistana bem especialmente protegido, cujo manejo por supressão ou transplante somente pode ocorrer se autorizado pela Administração Pública nas taxativas hipóteses previstas ou em caso de emergência, cuide-se ou não de Vegetação Significativa.

Faz juntada de Manifestação Técnica no sentido de que as diversas ações traçadas pelo Município de São Paulo ao longo dos anos, positivadas pela Lei 17.794/2022, alcançou o percentual de 44,42% (678,63km²) de áreas contempladas com especial proteção, contra o total de 32,12% protegida antes da vigência da referida lei.

Afirma que, diferentemente do alegado nas razões da peça inaugural, a suposta ampliação das hipóteses de manejo e a desburocratização de atos tecnicamente desnecessários não configuram um retrocesso ambiental, mas conferem efetiva tutela ao meio ambiente, defendendo e preservando para as presentes e futuras gerações, indo ao encontro com o artigo 225 da Constituição Federal.

Acrescenta os motivos elencados pelo Chefe do Executivo Municipal foi dar celeridade aos requerimentos de manejo de vegetação de porte arbóreo, simplificando procedimentos para a supressão, o transplante e a poda, desestimulando que os espécimes arbóreos sejam manejados de forma irregular, sem o consentimento do Poder Público; tratamento diferenciado entre a vegetação de porte arbóreo localizada em logradouros públicos e a vegetação de porte arbóreo que não esteja em logradouros públicos, visto que a primeira encontra-se sob responsabilidade direta do Poder Público Municipal; possibilidade do Município declarar vegetações de porte arbóreo como significativas, atribuindo especial proteção; mantém disposições relevantes da Lei Municipal 10.365/87 como a atribuição da natureza de bem especialmente protegido à vegetação de porte arbóreo e a previsão de hipóteses a ensejar a supressão ou transplante arbóreo.

Pontua que a legalidade e o mérito do Projeto de Lei foram reconhecidos pela Câmara Municipal, após hígido e completo processo legislativo, culminando com a sua sanção, tratando-se de processo legislativo idôneo e válido,

Acesso ao Sumário

traduzindo a vontade legítima do povo, através de seus representantes democraticamente eleitos, havendo nítida presunção de constitucionalidade.

Junta planilhas, gráficos, fotos, expondo cada ponto atacado. Pleiteia seja reformada a decisão para que se mantenha a validade das normas municipais impugnadas até decisão final da ação.

Contraminutado o agravo, a D. Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo desprovimento do recurso, assim ementado: (fls. 259/272)

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONCESSÃO DE LIMINAR. AGRAVO INTERNO. FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA DEMONSTRADOS. RAZÕES INSUFICIENTES PARA ALTERAR AS CONCLUSÕES ALCANÇADAS. DESPROVIMENTO.
>
> 1. Ausência de elementos aptos a promover a modificação da decisão.
>
> 2. Plausibilidade das inconstitucionalidades alegadas e necessidade de manutenção da decisão que suspendeu a eficácia dos dispositivos normativos impugnados, evitando-se a alteração substancial na legislação ambiental do Município, que pode vir a impedir reposição das condições anteriores ao meio ambiente.
>
> 3. Violação aos arts. 111, 144, 191 e 192 da CE/89 c.c. os arts. 37, caput, e 225, V, § 1º, da CF/88.
>
> 4. Desprovimento."

É o relatório.

O Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de liminar, em face: 1) das seguintes disposições da **Lei n. 17.794, de 27 de abril de 2022, que "disciplina a arborização urbana, quanto ao seu manejo, visando à conservação e à preservação, e dá outras providências"**: a) incisos II e IX do art. 14; b) expressão "e/ou" disposta no inciso VIII do art. 14; c) expressão "excluída a hipótese de manejo de urgência prevista no art. 20 desta Lei" inclusa no caput do art. 15; d) expressão "excluída a hipótese do art. 20 desta Lei" prevista no caput do art. 16; e) expressão "Excluída a hipótese do art. 20 desta Lei" prevista no caput do art. 17; f) expressão "independentemente de prévia autorização" prevista no caput do art. 20; g) expressão "ou não" inclusa no § 3º do art. 20; h) inciso I do art. 49 na parte que diz respeito à revogação do caput, da alínea a, incisos 1 a 4, do § 2º e dos §§ 3º e 4º do art. 4º e do caput e dos §§ 1º e 3º do art. 5º da Lei n. 10.365, de 22 de setembro de 1987; e 2) da parte final do art. 4º da **Lei n. 17.267, de 13 de janeiro de 2020**.

Argumentou que a) os termos impugnados consubstanciam **proteção jurídica insuficiente ao meio ambiente** e, por consequência, ofenderiam os princípios da razoabilidade e proporcionalidade; b) que a **lei local flexibilizou a proteção ambiental**, ao estabelecer possibilidades de supressão e transplante de porte arbóreo quando o espécime de porte arbóreo estiver localizado em terreno

Acesso ao Sumário

a ser loteado ou desmembrado (inciso II do art. 14), quando se tratar de espécies invasoras sem propagação prejudicial aos biomas existentes no Município (inciso VIII do art. 14), ou quando a espécime for de porte incompatível com o local onde foi implantado (inciso IX do art. 14), assim como ao prever a possibilidade de supressão e a poda de vegetação de porte arbóreo, nas situações em que ficar caracterizada a urgência, por empresas ou profissionais contratados pelos interessados, independentemente de prévia autorização, com elaboração de laudo técnico por engenheiro agrônomo, engenheiro florestal ou biológico não pertencente aos quadros municipais (caput do art. 20 e seu § 3º); c) que a lei alterou o conceito de vegetação de preservação permanente" no Município contemplado por norma anterior por ela revogada, **ampliando hipóteses de intervenção no meio ambiente**; d) que há ofensa à faceta positiva do princípio da proporcionalidade, haja vista que se operou uma **proteção deficiente ao meio ambiente, além da violação ao princípio da proibição do retrocesso ambiental e da ofensa ao postulado da precaução**; e) que a parte final do art. 4º da Lei n. 17.267, de 13 de janeiro de 2020, do Município de São Paulo, que **revoga a Lei n. 10.919, de 21 de dezembro de 1990, que "dispõe sobre a obrigatoriedade de o Executivo Municipal dar publicidade à poda e corte de árvores"**, discrepa do princípio da publicidade, com agravo à transparência administrativa; f) que houve violação aos arts. 37, caput, e 225, V, § 1º, da Constituição Federal e aos arts. 111, 191 e 192 da Constituição Estadual. Entendeu presentes os requisitos para a concessão da liminar em razão dos riscos concretos ao meio ambiente, bem como à vida, saúde e segurança da população local, vez que, suprimida vegetação no território do Município, dificilmente será possível o retorno ao status quo ante, isto é, os danos ambientais serão irreversíveis. Pleiteou a concessão de medida liminar, para o fim de suspender a eficácia dos dispositivos impugnados das Leis Municipais impugnadas até o julgamento do mérito e, ao final, a procedência da ação para que seja declarada a inconstitucionalidade da lei objurgada.

As leis impugnadas, na parte que interessa, dispõem:

"Lei n. 17.267, de 13 de janeiro de 2020, do Município de São Paulo, que altera a Lei nº 10.365, de 22 de setembro de 1987, e a Lei nº 10.919, de 21 de dezembro de 1990, e dá outras providências:

Art. 4º. Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, **revogada a Lei nº 10.919, de 21 de dezembro de 1990."**

Lei revogada: "Lei nº 10.919, de 21 de dezembro de 1990, do Município de São Paulo, que **dispõe sobre a obrigatoriedade de o Executivo Municipal dar Publicidade à pode a corte de árvores**.

Art.1º – Fica o Executivo Municipal obrigado a informar à população, através dos meios de comunicação e com antecedência de 10 (dez) dias, de qualquer poda ou corte de árvores nos logradouros do Município de São Paulo, excetuando-se os casos em que for caracterizada a urgência.

Acesso ao Sumário

Art.2º – A Prefeitura deve proceder uma consulta aos moradores diretamente envolvidos com a poda, remoção ou corte das árvores.

Art.3º – As pessoas interessadas têm 6 (seis) dias úteis, a partir da informação publicada, para apresentarem recursos junto à Administração Municipal."

"Lei n. 17.794, de 27 de abril de 2022, do Município de São Paulo, que disciplina a arborização urbana, quanto ao seu manejo, visando à conservação e à preservação, e dá outras providências", estatui:

Seção III

Da supressão e do transplante

Art. 14. A **supressão e o transplante** de espécimes de vegetação de porte arbóreo somente serão autorizados nas seguintes hipóteses:

(...)

II – **quando o espécime de porte arbóreo estiver localizado em terreno a ser loteado ou desmembrado**;

(...)

VIII – quando se tratar de **espécies invasoras e/ou com propagação prejudicial aos biomas existentes no Município**;

IX – quando o espécime for de **porte incompatível com o local onde foi implantado**;

(...)

Art. 15. A supressão e o transplante da vegetação de porte arbóreo que esteja localizada em áreas privadas, excluída a hipótese de manejo de urgência prevista no art. 20 desta Lei, serão executados pelo interessado e dependerá de prévia autorização do órgão municipal competente, **emitida a partir de manifestação técnica elaborada por engenheiro agrônomo, engenheiro florestal ou biólogo a ser apresentada pelo requerente, e que atenda aos requisitos definidos pelo Poder Executivo.**

(...)

Art. 16. A supressão e o transplante da vegetação de porte arbóreo localizada em áreas públicas municipais, excluída a hipótese do art. 20 desta Lei, ficam subordinados à autorização do órgão municipal competente, a ser emitida após manifestação técnica elaborada por engenheiro agrônomo, engenheiro florestal ou biólogo nos termos do § 2º deste artigo, e que atenda aos requisitos definidos pelo Poder Executivo.

(...)

Art. 17. Excluída a hipótese do art. 20 desta Lei, a supressão e o transplante da vegetação de porte arbóreo inserida em áreas públicas estaduais ou federais ficam subordinados à autorização do órgão municipal competente, após manifestação técnica elaborada por engenheiro agrônomo, engenheiro florestal ou biólogo integrante do quadro de funcionários da pessoa jurídica de direito público requerente ou por ela contratado,

Acesso ao Sumário

atendidos os requisitos estabelecidos pelo Poder Executivo Municipal.

(...)

Seção V

Do manejo de urgência

Art. 20. Nas situações em que ficar caracterizada a **urgência**, a supressão e a poda de vegetação de porte arbóreo poderão ser executadas pelos sujeitos mencionados no inciso III do § 2º do art. 16 desta Lei, bem como por empresas ou profissionais contratados pelos interessados, **independentemente de prévia autorização.**

(...)

§ 3º. A urgência deverá ser atestada em laudo técnico, atendidos os requisitos do art. 9º desta Lei, elaborado por ***engenheiro agrônomo, engenheiro florestal ou biólogo, pertencente ou não aos quadros municipais***, a ser entregue ao órgão municipal competente logo após a execução do manejo de urgência, observados os prazos e critérios a serem estabelecidos pelo Poder Público em regulamento.

(...)

Art. 49. Essa Lei entrará em vigor em 90 (noventa) dias a contar de sua publicação, **restando revogados os seguintes dispositivos: I – arts. 1º a 16 e 20 a 25 da Lei nº 10.365, de 22 de setembro de 1987;**

Por fim, para a compreensão do alcance do art. 49 acima transcrito, assinale-se que a Lei n. 10.365, de 22 de setembro de 1987, do Município de São Paulo, assim previa no que concerne ao caso em tela:

Art. 4º. Considera-se de preservação permanente a vegetação de porte arbóreo que, por sua localização, extensão ou composição florística, constitua elemento de proteção ao solo, à água e a outros recursos naturais ou paisagísticos.

§ 1º. Consideram-se de preservação permanente, por força do artigo 2º, do Código Florestal, instituído pela Lei Federal nº 7.771, de 15 de setembro de 1965, com as alterações e acréscimos da Lei Federal nº 7.511, de 7 de julho de 1986, as florestas e demais formas de vegetação situadas:

a) ao longo dos rios ou de outro qualquer curso d'água, em faixa marginal, cuja largura mínima será:

1 – de 30,00 m (trinta metros) para os rios de menos de 10,00 m (dez metros) de largura;

2 – de 50,00 m (cinquenta metros) para os cursos que tenham de 10,00 m (dez metros) a 50,00 m (cinquenta metros) de largura;

3 – de 100,00 m (cem metros) para todos os cursos d'água que meçam entre 50,00 m (cinquenta metros) e 100,00 m (cem metros) de largura;

4 – de 150,00 m (cento e cinquenta metros) para os cursos d'água que possuam entre 100,00 m (cem metros) e 200,00 m (duzentos metros) de largura;

Acesso ao Sumário

5 – igual à distância entre as margens para os cursos d'água com largura superior a 200,00 (duzentos metros);

b) ao redor das lagoas, dos lagos ou reservatórios d'água, naturais ou artificiais;

c) nas nascentes, mesmos nos "olhos d´água", seja qual for sua situação topográfica;

d) no topo dos morros, montes, montanhas e serras;

e) nas encostas ou parte destas, com declividade superior a 45º (quarenta e cinco graus), equivalente a 100% (cem por cento) na linha de maior declive.

§ 2º. Considera-se de preservação permanente, para efeitos desta lei, a vegetação de porte arbóreo quando:

a) constituir bosque ou floresta heterogênea que:

1 – forme mancha contínua de vegetação superior a 10.000 m2 (dez mil metros quadrados);

2 – se localize em partes, praças e outros logradouros públicos;

3 – se localize em regiões carentes de áreas verdes;

4 – se localize em encostas ou partes destas, com declividade superior a 40% (quarenta por cento);

b) destinada a proteger sítios de excepcional valor paisagístico, científico ou histórico;

c) localizado numa faixa de 20,00 m (vinte metros) de largura, medida em projeção horizontal, a partir de ambas as margens de quaisquer cursos d'água, lagos ou reservatórios, independentemente das dimensões destes;

d) localizada num raio de 20,00 m (vinte metros) a partir de minas, nascentes ou "olhos d'água", seja qual for sua situação topográfica.

§ 3º. Para os efeitos desta lei considera-se bosque ou floresta heterogênea o conjunto de espécimes vegetais de porte arbóreo, composto por 3 (três) ou mais gêneros de árvores, propagados espontânea ou artificialmente, e cujas copas cubram o solo em mais de 40% (quarenta por cento) da sua superfície.

§ 4º. Para os efeitos desta lei, considera-se como região carente de áreas verdes aquela que possuir um índice de áreas verdes, públicas ou particulares, estas quando protegidas por lei, inferior a 15% (quinze por cento) da área ocupada por uma circunferência de raio de 2.000,00 m (dois mil metros) em torno do local de interesse.

Art. 5º. A supressão total ou parcial, de florestas e demais formas de vegetação consideradas de preservação permanente, de acordo com o artigo 4º desta lei, só será admitida, com prévia autorização do Executivo Municipal quando for necessária à implantação de obras, planos, atividades ou projetos mediante parecer favorável de comissão especialmente designada.

Acesso ao Sumário

§ 1º. A Comissão incumbida de emitir parecer sobre a matéria referida neste artigo deverá contar, no mínimo, um Engenheiro Agrônomo da Secretaria-Geral das Subprefeituras – SEGESP, e outra da Secretaria de Serviços e Obras – SSO.

§ 2º. Tratando-se de floresta de preservação permanente sujeita ao regime do Código Florestal, a supressão dependerá de prévia autorização da autoridade federal competente, na forma do § 1º, do artigo 30, da Lei nº 7.771, de 15 de setembro de 1965.

§ 3º. Em qualquer caso de supressão de vegetação de porte arbóreo considerada de preservação permanente, a área originalmente revestida pelas formações correlatas permanecerá em regime de preservação permanente, de forma a possibilitar sua recuperação mediante planos de reflorestamento, ou de regeneração natural, de acordo como orientação do Departamento de Parques e Áreas Verdes – DEPAVE, da Secretaria de Serviços e Obras – SSO."

Este Relator deferiu a liminar, vez que, em uma análise na esfera de cognição sumária, entendeu que se verificam presentes os requisitos para a concessão da liminar, vez que houve alteração substancial na legislação ambiental do Município, o que pode vir a dificultar ou até impedir reposição das condições anteriores ao meio ambiente caso se proceda a alguma adoção das novas práticas.

O Subprocurador Geral de Justiça ingressou então a fls. 1272/1275 com pedido de ampliação da tutela cautelar concedida por este Relator, considerando a potencial gravidade do caso, para que produza o efeito de paralisar as eventuais intervenções ainda não ultimadas, apesar de requeridas e/ou deferidas pelo Poder Público, que tenham por fundamento as disposições atacadas na presente ação direta, com amparo no § 1º do art. 11 da Lei n. 9.868/1999, que permite, em situações excepcionais, que o Tribunal conceda eficácia retroativa à medida cautelar.

Entendendo presentes os requisitos da plausibilidade jurídica da tese exposta (*fumus boni iuris*), a possibilidade de prejuízo decorrente do retardamento da decisão postulada (*periculum in mora*), a irreparabilidade ou insuportabilidade dos danos emergentes dos próprios atos impugnados, bem como a necessidade de garantia da ulterior eficácia da decisão, além da relevância do pedido, com risco de manter-se com plena eficácia os atos normativos, e, ainda, a conveniência da medida, dada a ponderação entre o proveito e o ônus da suspensão provisória, mostrou-se conveniente e necessária a concessão da extensão da liminar.

Acesso ao Sumário

Assim, havendo permissão legal da concessão da liminar com eficácia retroativa, nos moldes do artigo 11, § 1º, da Lei nº 9.868/99 *(§ 1º **A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos**, será concedida com efeito ex nunc, **salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa**)*, bem como demonstrada a necessidade da medida, diante da alteração substan-

cial na legislação ambiental do Município, o que pode vir a dificultar ou até impedir a reposição das condições anteriores do meio ambiente, foi o pedido de ampliação da tutela cautelar acolhido para que produzisse o efeito de paralisar as eventuais intervenções ainda não ultimadas, apesar de requeridas e/ou deferidas pelo poder público, que tenham por fundamento as disposições atacadas na presente ação direta.

Não se demonstrou prejuízo significante à suspensão dos atos normativos, mesmo porque há um regramento pré-existente sobre a matéria tratada, de modo que as situações ali previstas não ficarão desprotegidas.

Por outro lado, demonstrada de forma mais segura prejuízo irreversível caso se permita o prosseguimento das novas práticas com a redução da proteção ao meio ambiente em Município com extensa área urbana e carência de espaços verdes, com avançado estágio de problemas ambientais, não se permite que a nova legislação seja menos protetiva ao meio ambiente do que a legislação precedente.

Assim, dois valores devem ser sopesados: e a maior proteção ao meio ambiente, e os interesses e deveres da Administração Pública na gestão da Cidade.

Como se trata de **matéria de direito ambiental**, a concessão da liminar deu-se com o fim de proteger o meio ambiente, aplicando-se o **critério da precaução**, segundo o qual quando há perigo de dano grave ou irreversível, a falta de uma certeza absoluta não deverá ser utilizada para postergar-se a adoção de medidas eficazes para impedir a degradação do meio ambiente.

Da mesma forma, seguindo-se o **Princípio do Equilíbrio**, aplicável à matéria, acerca dos quais a doutrina nos revela:

> "8. Princípio do equilíbrio
>
> Pelo princípio que ora se examina, os aplicadores da política ambiental e do Direito Ambiental devem **pesar as consequências previsíveis da adoção de uma determinada medida, de forma que esta possa ser útil à comunidade e não importar em gravames excessivos aos ecossistemas e à vida humana**. Através do mencionado princípio, deve ser realizado um ***balanço entre as diferentes repercussões do projeto a ser implantado***, isto é, devem ser analisadas as consequências ambientais, as consequências econômicas, sociais etc. A legislação ambiental deverá ser aplicada de acordo com o resultado da aplicação de todas essas variantes.
>
> As medidas capazes de assegurar maior proteção do meio ambiente, como se percebe facilmente, dependem do grau de consciência social em relação à necessidade de que se dê ao meio ambiente atenção prioritária. Não se pode, licitamente, esquecer que rotineiramente são apresentadas dicotomias absolutamente falsas entre progresso e proteção ambiental.

Acesso ao Sumário

Princípio do equilíbrio é o princípio pelo qual devem ser pesadas todas as implicações de uma intervenção no meio ambiente, buscando-se adotar a solução que melhor concilie um resultado globalmente positivo.

É uma versão ambiental do conhecido exame de custo benefício que, em última análise, informa toda e qualquer atividade humana realizada conscientemente. (Dicionário de Princípios Jurídicos. Ricardo Lobo Torres, Eduardo Takemi Kataoka, Flavio Galdino, organizadores. Silvia Faber Torres, supervisora. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. Princípios do Direito Ambiental. Paulo de Bessa Antunes, p. 371)

Em sede de conhecimento prévio, havendo dúvidas fundadas e severas sobre a constitucionalidade dos dispositivos impugnados, mantém-se a liminar, não havendo como se estender a fundamentação em escala maior, porque incabível, reservando-se a análise profunda da matéria pelo C. Órgão Especial no provimento final da ação direta.

Isso posto, **nega-se provimento ao agravo interno.**

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental Cível nº 0237774-66.2012.8.26.0000/50002, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ROBERTO LUIZ TEIXEIRA, é agravada FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.854)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, RICARDO DIP, JAMES SIANO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, LUIZ ANTONIO DE GODOY, FIGUEIREDO GONÇALVES e CARLOS MONNERAT.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 5 de julho de 2023.

RICARDO ANAFE, Presidente e Relator

Ementa: Agravo Interno – Impugnação ao Cumprimento de Sentença parcialmente procedente – Proventos de aposentadoria recebidos em caráter precário, por força de decisão liminar – Devolução dos valores – Hipótese atinente ao Tema nº 692 do Superior Tribunal de Justiça – Agravo não provido.

VOTO

Vistos.

Inconformado com a decisão que julgou parcialmente procedente a impugnação ao cumprimento de sentença, Roberto Luiz Teixeira interpôs agravo interno.

Em síntese, alega o agravante que os proventos de aposentadoria recebidos, de boa-fé, constituem verba de caráter alimentar, decorrente de perfeita e legítima relação jurídico-previdenciária, constituindo direito adquirido e, portanto, indevida a sua restituição.

Sem contraminuta (fl. 858).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Conforme a decisão agravada, o caso era mesmo de restituição dos valores recebidos em caráter precário, por força de decisão liminar.

Nesse sentido, constou na decisão agravada:

> "(...) os proventos de aposentadoria recebidos, passíveis de execução nestes autos, o foram em caráter precário, por força de decisão liminar, sabidamente passível de cassação oportuna, como se deu na espécie, daí não haver cogitar-se de confiança legítima aferível em tal contexto, como seria de se exigir, em ordem a permitir qualificarem-se de boa-fé os valores recebidos.
>
> Não por menos, perfeitamente cabível a restituição postulada, corolário lógico e legal do efeito repristinatório que da cassação da liminar deflui, cujos benefícios colhidos – ainda em se tratando de verbas de natureza alimentar – o beneficiário da tutela provisória usufrui por sua conta e risco, afastada a invocada irrepetibilidade, sob pena de enriquecimento ilícito por parte do impugnante.
>
> (...)
>
> Nesta senda de exegese, não se concebe a devolução de valores por

Acesso ao Sumário

servidores públicos, quando recebidos por força de interpretação errônea, má aplicação da lei ou erro da administração, cenário em que considerados irrepetíveis, porquanto percebidos de boa-fé, no caso determinada por elemento fático decisivo na sua identificação, qual seja, a legítima confiança ou justificada expectativa do beneficiário, de que os valores recebidos são legais.

É o que se dá, por exemplo, quando a Administração Pública comete um erro contábil ou interpreta erroneamente uma lei e, com isso, paga em excesso a um servidor, criando neste uma falsa expectativa de que os valores recebidos são legais e definitivos, até porque, os atos administrativos possuem a presunção de legalidade. O mesmo ocorre quando a decisão judicial transita em julgado em favor dos servidores, hipótese em que o trânsito em julgado proporciona a confiança legítima de que os valores integraram definitivamente o patrimônio do beneficiário. Nesses casos, eventual utilização dos recursos por parte dos servidores para a satisfação das necessidades materiais e alimentares é plenamente justificada. Objetivamente, a fruição do que foi recebido indevidamente está acobertada pela boa-fé que, por sua vez, é consequência da legítima confiança de que os valores integravam o patrimônio do beneficiário.

O mesmo não pode ser dito em cenário em tudo e por tudo distinto, como no caso em apreço, no qual os proventos de aposentadoria percebidos pelo impugnante foram pagos por força de comando judicial liminar, como tal marcado pela provisoriedade, é dizer, despido de presunção de definitividade.

Neste cenário, não se tem por justificada qualquer expectativa que o beneficiário da decisão equivocadamente alimente quanto à irrepetibilidade dos valores percebidos, é dizer, não se há falar de confiança legítima, pressuposto da boa-fé, sem o que a repristinação dos efeitos da decisão revogada é medida de rigor, sob pena de caracterizar-se odioso enriquecimento ilícito". (fl. 825/829)

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão, **nos autos da Petição nº 12482-DF, acolheu a questão de ordem para reafirmar a tese jurídica contida no Tema Repetitivo 692/STJ**, com acréscimo redacional para ajuste à nova legislação de regência, nos seguintes termos: ***A reforma da decisão que antecipa os efeitos da tutela final obriga o autor da ação a devolver os valores dos benefícios previdenciários ou assistenciais recebidos****, o que pode ser feito por meio de desconto em valor que não exceda 30% (trinta por cento) da importância de eventual benefício que ainda lhe estiver sendo pago.*

Acesso ao Sumário

Digno de nota que o processo permaneceu suspenso por mais de quatro anos a pedido do próprio agravante, em razão do Tema 692 do STJ, o qual foi

reafirmado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça em 11 de maio de 2022, por ocasião do julgamento dos autos suso mencionados.

E como se observa, o caso tratado nestes autos está em harmonia com referido tema, não existindo motivo que autorize diversa conclusão.

Com efeito, os valores recebidos pelo agravante se deram por força da **liminar** concedida no mandado de segurança, **posteriormente revogada por decisão transitada em julgado** (fl. 758). Ainda que a aposentadoria tenha sido concedida administrativamente, **foi também cessada administrativamente, anteriormente ao ajuizamento da ação, em decorrência da pena de cassação de aposentadoria.**

A hipótese se amolda perfeitamente ao Tema 692 do STJ.

Posto isso, pelo meu voto, nega-se provimento ao agravo.

Arguições de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade Cível nº 0006648-93.2023.8.26.0000, da Comarca de São Simão, em que é suscitante 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "REJEITARAM A ARGUIÇÃO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. EVARISTO DOS SANTOS.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.007)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), SILVIA ROCHA, FIGUEIREDO GONÇALVES, GUILHERME G. STRENGER, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, VICO MAÑAS, 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 e MARCIA DALLA DÉA BARONE.

São Paulo, 21 de junho de 2023.

TASSO DUARTE DE MELO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Complementar Municipal

de Luiz Antônio n.º 268/20, na parte que dispõe sobre os requisitos para o exercício dos cargos em comissão de Diretor. Grau de escolaridade. Exigência de nível médio. Razoabilidade. Inexistência de parâmetro de constitucionalidade a exigir nível superior.

Arguição rejeitada.

VOTO

Trata-se de incidente de arguição de inconstitucionalidade (fls. 1.345/1.351) suscitado pela C. 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO contra o art. 176, inc. II, a.2, da Lei Complementar Municipal de Luiz Antônio n.º 268/20, que dispõe sobre as nomeações para cargos em comissão de Diretor, nos quais exige-se "ensino médio, curso técnico ou de aperfeiçoamento profissional ou que seja detentor de experiência no serviço público ou privado e conhecimento das rotinas de trabalho".

A Suscitante sustenta sua arguição no 144 da Constituição Estadual, segundo o qual os Municípios devem atender os princípios constitucionais, afirmando que: (i) "a complexidade e a natureza do cargo exigem competência na referida área de conhecimento, tornando imprescindível o diploma superior correlato às atribuições"; (ii) o texto infirma os princípios da moralidade e da eficiência.

O incidente foi processado (fls. 1.358/1.359).

O MUNICÍPIO DE LUIZ ANTÔNIO manifestou-se pela constitucionalidade do dispositivo impugnado, sustentando: **(i)** inexiste parâmetro de constitucionalidade a exigir nível superior; **(ii)** o dispositivo está em conformidade com o entendimento do C. STF no julgamento do RE 1.041.210-SP, com repercussão geral (Tema n.º 1.010); **(iii)** inexiste violação ao princípio da eficiência; **(iv)** o "Município de Luiz Antônio, [conta] com pouco mais de 15.000 habitantes, sem uma faculdade local, o que muito dificulta a seleção de pessoas graduada"; **(v)** inadmissível o controle de constitucionalidade em ação civil pública.

A D. Procuradoria Geral de Justiça se manifestou pela rejeição do incidente (fls. 1.380/1.384).

É o relatório.

A hipótese é de AI suscitado contra o art. 176, inc. II, a.2, da Lei Complementar Municipal de Luiz Antônio n.º 268/20, que dispõe sobre as nomeações para cargos em comissão de Diretor.

O dispositivo tem a seguinte redação:

"Art. 176. O provimento dos cargos e empregos públicos existentes no âmbito da Prefeitura Municipal, atenderá ao seguinte: (...)

II – Os cargos de provimento em comissão – CPC (anexo I, item '2'),

Acesso ao Sumário

correspondentes as atividades de direção, chefia e assessoramento nas quantidades, denominações, referências e atribuições definidas:

a. Serão nomeados mediante livre designação de ato do Chefe do Poder Executivo os detentores de confiança junto da autoridade nomeante, exigindo-se ainda: (...)

a.2) Para os demais cargos, ensino médio, custo técnico ou de aperfeiçoamento profissional ou que seja detentor de experiência no serviço público ou privado e conhecimento das rotinas de trabalho. (...)" (fls. 1.072/1.073)

Feito o registro, passa-se ao julgamento.

Da questão preliminar.

O MUNICÍPIO DE LUIZ ANTÔNIO manifestou ser inadmissível o controle de constitucionalidade em ação civil pública.

Não se desconhece que "As especificidades desse modelo de controle, o seu caráter excepcional, o restrito deferimento desta prerrogativa (...), enfim, **tudo leva a não se admitir o controle de legitimidade de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição, no âmbito da ação civil pública**" (Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de direito constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 1.289/1.290, destacou-se).

Todavia, na hipótese o controle de constitucionalidade não é realizado no âmbito da ação civil pública, mas em incidente de arguição de inconstitucionalidade, sendo que "é dever de ofício do órgão fracionário esse envio, uma vez que não pode declarar expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, nem afastar sua incidência, no todo ou em parte" (STF, Pleno, AgRg na Rcl 12.275-BA, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, unânime, j. 22.05.14).

Preliminar rejeitada.

Da inconstitucionalidade.

A arguição de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público pode ser suscitada em sede de controle difuso, nos termos do art. 948 do NCPC.

Acesso ao Sumário

Segundo o e. Des. Walter Piva Rodrigues, cuida-se de "albergar o sistema difuso de controle de constitucionalidade da lei onde qualquer juiz tem, entre suas tarefas, julgar o caso concreto, cumprindo o dever de realizar o controle de constitucionalidade das leis" (Silas Sila Santos *et al.* (Coord). *Comentários ao Código de Processo Civil:* perspectivas da Magistratura. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, livro eletrônico).

Ainda segundo a doutrina, "Não é sucedâneo de recurso. É levantada no curso de um processo e constitui questão prejudicial do julgamento da causa no tribunal" (Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. *Código de*

Processo Civil comentado. Ob. cit., livro eletrônico).

No caso dos autos, o AI foi suscitado contra o art. 176, inc. II, a.2, da Lei Complementar Municipal de Luiz Antônio n.º 268/20, que dispõe sobre as nomeações para cargos em comissão de Diretor, nos quais exige-se "ensino médio, curso técnico ou de aperfeiçoamento profissional ou que seja detentor de experiência no serviço público ou privado e conhecimento das rotinas de trabalho" (fl. 1.073).

Pois bem. A despeito da boa iniciativa ministerial de obediência ao princípio da eficiência (CF, art. 37, *caput*), na hipótese não há parâmetro de constitucionalidade a exigir nível superior para o exercício dos cargos em comissão de Diretor.

Isso porque, as Constituições sequer exigem nível superior para o exercício dos cargos de Ministros de Estado (CF, art. 87, *caput*) ou de Secretários de Estado (CE, art. 51), sendo inadmissível exigir nível superior para o exercício do cargo de Diretor.

Mas não é só. O princípio da eficiência não está relacionado ao grau de escolaridade do servidor público. Ao contrário, pressupõe que o serviço seja realizado de modo célere e satisfatório ao administrado, além de determinar o melhor uso dos recursos disponíveis para a sua prestação, *e.g.*, assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a sua celeridade.

Sobre o tema, a lição de Clèmerson Merlin Clève:

"A Lei trata, ainda, do princípio da eficiência como princípio específico a ser observado na prestação dos serviços públicos. **O dispositivo legal simplesmente reforça a ideia de que as atividades administrativas deverão ser prestadas sob a égide de tal norma, inserida no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, com a Emenda Constitucional 19/1998. Seu conteúdo está voltado à otimização das funções administrativas, impondo o melhor atendimento possível das finalidades estatuídas em lei, de acordo com os padrões de qualidade exigíveis. Mediante tal princípio, determina-se a busca pela máxima satisfação dos cidadãos e pelo menor custo.** (...)

É bem verdade que a Reforma Administrativa de 1988 emprestou nova roupagem a tal princípio, indicando conteúdo de ordem economicista, com o objetivo de introduzir, no mundo jurídico, técnicas de melhor aproveitamento de recursos escassos. **A aplicação de tal princípio no instituto do serviço público deverá implicar, assim, o melhor uso dos recursos disponíveis para a prestação do serviço, ao menor custo possível.**"

(Clèmerson Merlin Clève. *Direito constitucional brasileiro*: organização do Estado e dos Poderes. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, livro eletrônico, destacou-se)

Acesso ao Sumário

Também, a lição de José Miguel Garcia Medina:

"Art. 37. (...) X. Eficiência administrativa e a arte de administrar. **Os atos da administração devem se organizar e ser realizados de modo a alcançar o melhor resultado possível com os meios disponíveis (princípio da eficiência administrativa, cf. art. 37, *caput*). Enquanto os princípios anteriores se relacionam, sobretudo, a padrões éticos, aqui percebe-se que a Constituição almeja algo mais: o ato administrativo não apenas deve ser conforme à lei e à moral administrativa etc., mas deve, também, ser realizado de modo a propiciar um grau máximo de satisfação. Há, pois, uma preocupação que ultrapassa a ética, sujeitando-se os atos da Administração, sob esse prisma, também a um juízo estético.** Decidiu-se que a eficiência 'pressupõe, necessariamente, plena e célere satisfação dos pleitos dos administrados' (STJ, MS 12.701/DF, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 3.ª S., j. 23.02.2011). Eficiência administrativa não se limita, pois, à atuação célere do administrador, embora a demora excessiva e injustificada talvez seja a forma mais evidente de desrespeito ao princípio."

(José Miguel Garcia Medina. *Constituição Federal comentada*: com jurisprudência selecionada do STF e de outros Tribunais. 7ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, livro eletrônico, destacou-se)

Finamente, a lição de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

"Art. 37 (...) 37. Princípio da eficiência. **As atividades do poder público devem ser praticadas com eficiência, atingindo seu objetivo com menor dispêndio de tempo e de recursos financeiros, bem como com maior nível de satisfação e de utilidade possível.** Importa em conseguir-se 'melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e a menor custo' (José Afonso. Curso 31, p. 671). Aplica-se o princípio aos objetivos do Estado e aos comportamentos do agente ou servidor público."

(Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. *Constituição Federal comentada*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, livro eletrônico, destacou-se)

Assim, nada há de inconstitucional no art. 176, inc. II, a.2, da Lei Complementar Municipal de Luiz Antônio n.º 268/20.

Arguição rejeitada.

Diante do exposto, rejeita-se o incidente de arguição de inconstitucionalidade. Oportunamente, devolvam-se os autos ao órgão fracionário, nos termos do art. 194, § 1º, do RITJSP.

Acesso ao Sumário

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0018932-36.2023.8.26.0000, da Comarca de Piracicaba, em que é suscitante 11ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 29ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 29ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. AROLDO VIOTTI, RICARDO DIP, JARBAS GOMES E SILVIA ROCHA.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.998)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, FIGUEIREDO GONÇALVES, CARLOS MONNERAT, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, JAMES SIANO e LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 5 de julho de 2023.

ELCIO TRUJILLO, Relator

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação de obrigação de fazer – Fornecimento de energia elétrica em loteamento irregular – Existência de precedentes deste Egrégio Órgão Especial – Aplicação do art. 5º, § 1º, da Resolução nº 623/2013 – Competência da Segunda e Terceira Subseções de Direito Privado (da 11ª à 38ª Câmaras) – Conflito acolhido – PROCEDÊNCIA para reconhecer a competência da Colenda 29ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça/SP para conhecer e julgar o apelo interposto.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pela Colenda **11ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA/SP** (v. acórdão de fls. 294/300), em face da Colenda **29ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA/SP** (v. acórdão de fls. 286/290).

É o relatório.

Dispõe o Regimento Interno do Tribunal de Justiça/SP: *"**Art. 200.** O conflito de competência será dirimido pelo Órgão Especial ou, se circunscrita a uma das Seções ou Subseções, pelas Turmas Especiais, podendo ser suscitado pelos Presidentes de Seção, pelos órgãos fracionários do Tribunal, pelo Ministério Público e pela parte ou por terceiro prejudicado."*

Pois bem.

Francisca Elisabete Gimenes ajuizou ação de obrigação de fazer contra Companhia Paulista de Força e Luz – CPFL Piracicaba – fls. 1/7 e 70/72 (processo nº 1018726-49.2019.8.26.0451 – 2ª Vara Cível da Comarca de Piracicaba).

Alega ser proprietária de um loteamento em processo de regularização, que compreende as matrículas 20.626, 15.383, 15.384, 15.385, todas do 1º Cartório de Registro de Imóveis de Piracicaba/SP; pugna que a ré proceda à ligação da luz nas referidas unidades.

Diante dos limites da ação tratada, após considerar que a área da autora consiste em parcelamento irregular do solo e a constatação pela equipe da ré de que se trata de instalação irregular, concluiu pela necessidade de observância à Resolução nº 414/2010 da Aneel (artigos 44 e 48), julgando improcedente o pedido – r. sentença de fls. 239/241.

Irresignada, Francisca Elisabete Furlani interpôs recurso de apelação (processo nº 1018726-49.2019.8.26.0451 – fls. 247/252).

Inicialmente distribuído o apelo à 29ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça/SP (fls. 284), o recurso não foi conhecido, determinada a remessa dos autos para redistribuição à Seção de Direito Público, por reconhecer a incidência, no caso, do art. 3º, I.12, da Resolução nº 623/2013, com a redação dada pela Resolução nº 785/2017, ambas do TJSP (v. acórdão de fls. 286/290).

Redistribuído o recurso de apelação à 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça/SP (fls. 293), entendeu por bem suscitar o presente conflito negativo de competência, nos termos do art. 5º, § 1º da Resolução nº 623/13, pois a demanda versa sobre a negativa de prestação de serviço de fornecimento de energia elétrica (v. acórdão de fls. 294/300).

Razão assiste à suscitante.

Estabelece a Resolução nº 623/2013, do Órgão Especial do Tribunal de

Acesso ao Sumário

Justiça/SP:

> *"**Art. 5º.*** A Seção de Direito Privado, formada por 19 (dezenove) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, em ordem sucessiva, é constituída por 38 (trinta e oito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, e subdividida em 3 (três) Subseções, assim distribuídas:
>
> .....
>
> § 1º. *Serão da competência preferencial e comum às Subseções Segunda e Terceira, compostas pelas 11ª a 38ª Câmaras, as ações relativas à locação ou prestação de serviços, regidas pelo Direito Privado, inclusive as que envolvam obrigações irradiadas de contratos de prestação de serviços escolares e de fornecimento de água, gás, energia elétrica e telefonia."*
>
> **(destaquei)**

A matéria tratada nos presentes autos encontra-se inserida no âmbito da competência da Seção de Direito Privado.

Ao enfrentar o tema, assim decidiu o **COLENDO ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA/SP**, por ocasião do julgamento do **conflito de competência nº 0013805-25.2020.8.26.0000**:

> *"Trata-se de conflito de competência suscitado pela 4ª Câmara de Direito Público em face da 29ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nos autos do agravo de instrumento nº 2272306-85.2019.8.26.0000, tirado contra decisão que, em ação de obrigação de fazer, indeferiu pedido liminar.*
>
> *A C. 29ª Câmara de Direito Privado, para a qual foi originariamente distribuído o recurso, por acórdão da lavra do eminente Desembargador Fabio Tabosa, dele não conheceu determinando a remessa dos autos a uma das Câmaras da Seção de Direito Público, na medida em que sequer foi formada a relação jurídica entre particulares e concessionária de energia elétrica, que estaria se recusando à eletrificação de imóvel supostamente irregular, negando-se a dar início à relação contratual de prestação de serviços públicos essenciais, incumbindo o exame do recurso à Seção de Direito Público, competente para o julgamento das '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', nos termos do artigo 3º, inciso I.12, da Resolução nº 623/2013.*
>
> *Por sua vez, a E. 4ª Câmara de Direito Público, por v. aresto da relatoria do eminente Desembargador Osvaldo Magalhães, discordou desse*

Acesso ao Sumário

entendimento aduzindo que a matéria controvertida se insere na competência preferencial e comum das Segunda e Terceira Subseções de Direito Privado desta Corte, a teor do disposto no artigo 5º, parágrafo 1º, da Resolução nº 623/2013.

É o relatório.

Cuida-se de agravo de instrumento oriundo de ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais em desfavor da Elektro Redes S.A., argumentando os autores que são proprietários dos imóveis descritos na exordial, tendo solicitado por diversas vezes a ligação de energia, sem sucesso. Alegam, ainda, tratar-se de relação de consumo, invocando, em seu prol, o artigo 22 do CDC, pelo qual a concessionária é obrigada a fornecer serviço público adequado, fazendo jus ao programa 'Luz para Todos', previsto para famílias residentes na área rural que ainda não tenham acesso à energia elétrica, bastando que a requerida providencie pequena ampliação na rede considerando que os lotes vizinhos já são alcançados pelo serviço (cf. fls. 01/12 da ação principal – Processo nº 1004791-97.2019.8.26.0270).

O objeto da lide, na verdade, diz respeito a obrigações irradiadas da prestação de serviço de energia elétrica, envolvendo controvérsia de natureza privada, pouco importando que ainda inexista relação jurídica contratual entre as partes, sendo a questão da suposta irregularidade do loteamento invocada de maneira meramente reflexa ao objeto principal da ação, circunstâncias a atrair a competência da Seção de Direito Privado.

Destaco, a propósito, o entendimento sufragado por este C. Órgão Especial em caso análogo, ***verbis****:*

'CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE CONCEDEU A TUTELA ANTECIPADA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER PROPOSTA CONTRA CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA E O ENTE MUNICIPAL. PRETENSÃO QUE SE RESTRINGE À IMPOSIÇÃO DE INSTALAÇÃO DO PONTO DE ENERGIA ELÉTRICA NO IMÓVEL DA AUTORA, SITUADO EM LOTEAMENTO IRREGULAR. DEBATE QUE SE INSERE NO CAMPO DO DIREITO PRIVADO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. PARTICIPAÇÃO DO ENTE MUNICIPAL QUE NÃO ALTERA A COMPETÊNCIA. AUSÊNCIA DE PRETENSÃO DEDUZIDA ESPECIFICAMENTE CONTRA O MUNICÍPIO A ENVOLVER CONTROLE DE ATO ADMINISTRATIVO. ARTIGO 5º, § 1º, DA RESOLUÇÃO Nº 623/2013 DESTE EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PROCEDÊNCIA PARA FIRMAR A COMPETÊNCIA DA C. 38ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, SUSCITADA' (Conflito de Competência nº 0023653-70.2019.8.26.0000, Relator Desembargador Francisco Casconi).

Acesso ao Sumário

Destarte, não perdendo de vista que 'a definição da competência para julgamento da demanda está adstrita à natureza jurídica da lide, definida em função do pedido e da causa de pedir' (Conflito de Competência nº 108.138/SC, 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, Relatora Ministra Nancy Andrighi) e tendo em conta que o artigo 103 do Regimento Interno deste Tribunal preconiza que a competência é firmada 'pelos termos do pedido inicial', forçoso é concluir que compete à Seção de Direito Privado o exame do recurso, na medida em que o artigo 5º, parágrafo 1º, da Resolução nº 623/2013 atribui às Câmaras numeradas entre 11ª a 38ª daquela Seção a competência preferencial para o julgamento das 'as ações relativas a locação ou ***prestação de serviços****, regidas pelo Direito Privado, inclusive as que envolvam obrigações irradiadas de contratos de prestação de serviços escolares e de fornecimento de água, gás,* ***energia elétrica*** *e telefonia' (grifei).*

Ante o exposto, julgo procedente o conflito declarando competente a Colenda 29ª Câmara da Seção de Direito Privado para a qual deverão ser remetidos os autos." (Conflito de Competência nº 0013805-25.2020.8.26.0000, Órgão Especial – TJ/SP, Des. Rel. Renato Sartorelli, julgado em 1º de julho de 2020, julgaram o conflito procedente, votação unânime).

Precedentes do Tribunal de Justiça/SP:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Agravo de instrumento – Decisão que concedeu a tutela antecipada – Ação de obrigação de fazer proposta contra concessionária de energia elétrica e o ente municipal **– Pretensão que se restringe à imposição de instalação do ponto de energia elétrica no imóvel da autora, situado em loteamento irregular – Debate que se insere no campo do direito privado – Prestação de serviços – Participação do ente municipal que não altera a competência – Ausência de pretensão deduzida especificamente contra o município a envolver controle de ato administrativo – Artigo 5º, § 1º, da Resolução nº 623/2013 deste Egrégio Tribunal de Justiça – Procedência para firmar a competência da C. 38ª Câmara de Direito Privado, suscitada.** (Conflito de Competência Cível nº 0023653-70.2019.8.26.0000, Rel. Des. Francisco Casconi, Órgão Especial, j. 31.07.2019);

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Ação de obrigação **de fazer com pedido de tutela antecipada – Fornecimento de energia elétrica em imóvel construído em suposto loteamento irregular – Aplicação do art. 5º, § 1º, da Resolução nº 623/2013 – Competência da Segunda e Terceira Subseções de Direito Privado (da 11ª à 38ª Câmaras) – Fixação da competência da 21ª Câmara de Direito Privado – Conflito**

Acesso ao Sumário

procedente. (Conflito de Competência nº 0054716-89.2014.8.26.0000, Grupo Especial da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça/SP, Rel. Des. Ademir Benedito, julgado em 26 de fevereiro de 2015, julgaram o conflito procedente, votação unânime);

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Apelação extraída dos autos de ação de obrigação de fazer – A fixação da competência recursal se define pela lide descrita na inicial no tocante ao fundamento jurídico e a intenção preponderante das partes – Tratando-se de pedido relativo à ligação de energia elétrica em casas, em loteamento, ainda sem escritura pública, a competência é das Câmaras de nºs 11ª a 38ª da Seção de Direito Privado – Conflito procedente, reconhecida a competência da Câmara suscitada, 20ª de Direito Privado. (Conflito de Competência nº 0045731- 97.2015.8.26.0000, Grupo Especial da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça/SP, Rel. Des. Ruy Coppola, julgado em 27 de agosto de 2015).

Pelo exposto, julgo **PROCEDENTE** o conflito, com o reconhecimento da competência da 29ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça/SP – suscitada – para conhecer e julgar o recurso de apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0022354-19.2023.8.26.0000, da Comarca de Porto Ferreira, em que é suscitante 6ª 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.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 55.699)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, MELO BUENO, FLAVIO ABRAMOVICI, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, RICARDO DIP e JAMES SIANO.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 26 de julho de 2023.
COSTABILE E SOLIMENE, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. 6ª Câmara de D. Público (suscitante) e 8ª Câmara de D. Privado (suscitada). Ação cominatória. Contrato de natureza privada. Prestação de serviços de saúde. Cumprimento de obrigação. Servidores Públicos vinculados à Administração Municipal de Porto Ferreira reclamam atendimento por operadora de saúde. Não é o fato de existir intervenção de pessoa jurídica de direito público na relação processual, mas a substância do contido na exordial, que se presta de paradigma para fixação da competência em âmbito recursal. Artigo 103 do RITJESP. Precedentes específicos do Órgão Especial. Conflito procedente e competente a e. Câmara suscitada.

VOTO

Distribuído recurso à e. 8ª Câmara de Direito Privado, esta deliberou remeter o caso à Seção de Direito Público, indo, a apelação de n. 1001497-18.2016.8.26.0472, ter junto da e. 6ª Câmara de Direito Público, que suscitou o presente conflito, inclusive com fundamento em precedentes do Órgão Especial.

Extraio dos arestos a suma da ação originária, confira-se, primeiramente no voto do e. Desembargador THEODURETO CAMARGO ('verbis'): *"(...) apela o autor em busca da reforma da r. sentença sob a alegação, em síntese, de incidência do Código de Defesa do Consumidor; irregularidade da rescisão do contrato; necessidade de prévia notificação malgrado o inadimplemento das mensalidades; a municipalidade obrigava-se a manter o plano de saúde contratado desde 1997 com os servidores públicos municipais; o autor estaria em tratamento de saúde; pugna pela condenação da municipalidade e do plano de saúde na indenização de danos materiais e morais; necessidade de o município de Porto Ferreira disponibilizar outro plano de saúde para os beneficiários (...)"*.

E para melhor identificar a natureza da ação objeto do recurso, igualmente transcrevo o excerto abaixo, este agora do voto do e. Desembargador ALVES BRAGA JUNIOR: *"(...) O pedido consiste em (fls. 32/3): '3) ao final, a Ação seja julgada totalmente procedente, reconhecendo e determinando: 4) a nulidade das cláusulas previstas no Contrato de Prestação de Plano de Saúde firmado entre a Primeira Ré Medporto e a Segunda Ré Municipalidade que pre-*

vejam a rescisão unilateral do contrato, na forma como fora realizada; 5) que seja reconhecida e aplicada à relação existente entre a Primeira Ré Medporto e a Autora, as normas contidas no Código de Defesa do Consumidor, inclusive com a inversão do ônus probatório, bem como a regência do presente contrato à luz da Lei 9656/98 e Medida Provisória 2.177-44/2001, que traz sua regulamentação e disposições, e em atenção às Súmulas 469 do STJ e 100 do TJSP; 6) em final apreciação de mérito, caso Vossa Excelência, entenda que a rescisão contratual se deu por ato exclusiva da Primeira Ré Medporto, que reconheça e determine: 6.1) sua responsabilidade pela Rescisão Contratual determinando que restabeleça o convênio com a Autora, bem como a seus dependentes e agregados, no prazo de 24 horas, sob pena de multa diária (astreintes) a ser fixada pelo r. juízo, considerando que, não atendeu aos preceitos contidos na legislação consumerista, no artigo 13 da Lei 9656/98 e artigo 1º da Resolução 19 da CONSU. Determine que a Segunda Ré Municipalidade, para que mantenha o desconto de sua cota parte, na mesma importância que o funcionário público destinava ao pagamento do convênio na data da rescisão, e subsidie sua cota parte (Município), no mesmo percentual com que sempre honrou, ou seja, 50%, dentro do prazo previsto no contrato firmado com a Primeira Ré Medporto sob pena de pagamento de multa diária (astreintes). 6.2) que a Primeira Ré Medporto seja condenada ao pagamento de indenização por dano moral no valor mínimo de 50 (cinquenta) salários-mínimos; 7) em final apreciação de mérito, caso Vossa Excelência, entenda que a rescisão contratual se deu por ato exclusiva da Segunda Ré Municipalidade, que reconheça e determine: 7.1) sua responsabilidade, determinando a contratação de novo plano de saúde à Autora, nas mesmas condições que o rescindido, excluídas as carências, no prazo de 24 horas, sob pena de multa diária (astreintes), promovendo o desconto de sua cota parte, na mesma importância que o funcionário público destinava ao pagamento do convênio na data da rescisão, subsidiando integralmente o valor remanescente, observando que, foi a prática de ato ilícito de sua parte que dera causa à rescisão contratual, observada ainda a lei Municipal nº 2013/97. 7.2) que a Segunda Ré Municipalidade seja condenada ao pagamento de indenização por dano moral no valor mínimo de 50 (cinquenta) salários-mínimos; 8) e, em sendo considerada a concorrência de responsabilidades entre as Rés, que ambas sejam condenadas, arcando cada qual com 50% dos valores fixados à título de dano moral e perdas e danos, determinando o restabelecimento do contrato nas mesmas condições do pacto anteriormente firmado e rescindido. 9) que a responsável ou responsáveis pela rescisão contratual seja condenada a efetuar o pagamento de todos os gastos que porventura a Autora, seus dependentes e agregados tenham tido no período de rescisão, com tratamentos, consultas médicas, exames, cirurgias e outros que seriam custeados pelo convênio na manutenção da condição de beneficiário, inclusive os resultantes de não

Acesso ao Sumário

cobertura em período de carência".

O conflito de competência veio instruído, tão-só, pelos dois arestos.

É o resumo do quanto necessário.

Voto n. 55.699

Irrelevante a qualidade da parte, porque **o critério balizador para fixação da competência é o conteúdo da petição inicial**, daí as extensas informações postas no relatório retro. Nesse sentido o artigo 103 do nosso Regimento Interno: "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".

Trata-se de apelação interposta por JOSÉ CLAIR FIORELLI contra a r. sentença de fls. 643/52 que, em ação ajuizada em face do MUNICÍPIO DE PORTO FERREIRA e MEDPORTO ASSISTÊNCIA MÉDICA LTDA, julgou improcedente o pedido.

E como cenário de fundo daquela demanda o Contrato de Prestação de Plano de Saúde firmado entre a Primeira Ré Medporto e a Segunda Ré, Municipalidade de Porto Ferreira.

Existem ali devidamente postas várias pretensões, pedidos sucessivos, minudência que empolga a definição da competência interna a partir do pedido principal, sendo irrelevante, para esse fim, a natureza do pleito subsidiário, sucessivo ou alternativo eventualmente formulado pela parte autora.

Com tais destaques também observo que **a relação negocial tem cunho privado**, atraindo a competência da Seção de Direito Privado nos moldes do artigo 5º, I, item I.2.3 da Resolução 623/2013, deste Órgão Especial.

A propósito, este **não é o primeiro conflito de competência** reconhecendo tais parâmetros em casos envolvendo o mesmo negócio, a mesma operadora e a mesma Prefeitura, daí porque não existe motivo para deliberação diversa das anteriormente adotadas, incidindo na solução o disposto nos artigos 489, § 1º, VI, 926 e 927, do novo Código de Processo Civil. E para reforço do quanto afirmado transcrevo os arestos abaixo:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA Ação de obrigação de fazer Demanda fundada em contrato de assistência médico-hospitalar Manutenção da prestação dos serviços Aplicação do art. 5º, inciso I, alínea 'I.23', da Resolução nº 623/2013, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça/SP Ademais, ainda que a Prefeitura de Porto Ferreira figure como contratante, a avença firmada tem natureza privada – Conflito procedente para reconhecer a competência da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça/SP para conhecer e julgar do agravo de instrumento" (OE, CC 0007325-36.2017.8.26.0000, relator o Desembargador ELCIO TRUJILLO, 8/3/2017)

"Conflito de Competência. Agravo de Instrumento – Ação de obrigação

de fazer – Contrato de assistência médico-hospitalar – Manutenção da prestação dos serviços – Apelação distribuída a Desembargador com assento na 6ª Câmara de Direito Privado que, entendendo pela incompetência do órgão julgador, não conheceu do recurso – Autos redistribuídos à 6ª Câmara de Direito Público, que não conheceu do recurso e suscitou conflito de competência – Pedido principal e causa de pedir que envolvem questão atinente a contrato de natureza privada – Demanda fundada em cumprimento de obrigação decorrente de convênio médico estabelecido entre servidores públicos municipais e entidade de direito privado, então vinculada à Municipalidade, não envolvendo matéria diretamente afeta ao direito público – Competência recursal da 6ª Câmara de Direito Privado, nos termos da Resolução nº 623/2013 – Conflito de competência procedente. Julga-se procedente o conflito de competência para declarar competente a Colenda 6ª Câmara de Direito Privado (suscitada) para o julgamento do recurso" (OE, CC 0022855-80.2017.8.26.0000, relator o Desembargador RICARDO ANAFE, 13/9/2017)

"CONFLITO (NEGATIVO) DE COMPETÊNCIA. 3ª Câmara de Direito Público e 9ª Câmara de Direito Privado. Ação de obrigação de fazer. Demanda, de natureza privada, fundada em contrato de assistência médico-hospitalar, independentemente do fato de ter como uma das partes o Município de Porto Ferreira. Pretensão de manutenção da prestação dos serviços de plano de saúde. Causa de pedir e pedidos que se inserem na competência da Subseção I de Direito Privado (art. 5º, I, 'I.23', Res. OE nº 623/2013 do TJ/SP). Precedente deste Órgão Especial. CONFLITO PROCEDENTE para reconhecer a competência da 9ª Câmara de Direito Privado desta Corte (suscitada), sob a relatoria da Juíza Substituta em Segundo Grau Ângela Lopes" (OE, CC 0049765-47.2017.8.26.0000, relator o Desembargador BERETTA DA SILVEIRA, 31/1/2018)

"Conflito de Competência. Agravo de Instrumento tirado de ação ordinária de obrigação de fazer. Pretendida manutenção de serviços de assistência médico-hospitalar, em contrato firmado entre a Medporto e servidores municipais, vinculado à Municipalidade de Porto Ferreira. Conflito suscitado pela C. 1ª Câmara de Direito Público. Pedido principal e causa de pedir que envolvem contrato de natureza privada. Matéria inserida na competência da C. Câmara suscitada, ao teor do que dispõe o artigo 5º, I.23, da Resolução nº 623/2013 – Conflito de competência procedente, fixada a competência da C. 9ª Câmara de Direito Privado desta Corte" (OE, CC 0002541-79.2018.8.26.0000, relator o Desembargador XAVIER DE AQUINO, 7/3/2018).

Ante o exposto, confirmando a orientação deste Colegiado, proponho seja julgado procedente o conflito para afirmar a competência da e. 8ª Câmara de Direito Privado (Suscitada).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0021992-17.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante CÂMARA ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. GUILHERME G. STRENGER, XAVIER DE AQUINO E EVARISTO DOS SANTOS.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.124)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), FLAVIO ABRAMOVICI, FERNANDO TORRES GARCIA, DAMIÃO COGAN, VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, RICARDO DIP, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE e TASSO DUARTE DE MELO.

São Paulo, 9 de agosto de 2023.

SILVIA ROCHA, Relatora

Ementa: Conflito de competência – Agravo de instrumento – Tutela de urgência deferida em ação de obrigação de fazer – Autora menor de idade – Inaplicabilidade do Estatuto da Criança e do Adolescente, ausentes as situações especificadas nos seus artigos 98 e 148 – Inexistência de discussão acerca de interesses individuais, difusos ou coletivos da criança e do adolescente – Demanda fundada em alegado descumprimento contratual – O caso não se encaixa na competência da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo – Matéria inserida na competência das Câmaras da Seção de Direito Público (artigo 3º, itens I.7 e I.13, da Resolução nº 623/2013, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo) – Competência da Câmara suscitada – Conflito de competência procedente.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pela Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo em face da 6ª Câmara da Seção de Direito Público, instalado em agravo de instrumento interposto pelo Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual – IAMSPE (Agravo de Instrumento nº (...)), diante de decisão proferida em ação de obrigação de fazer ajuizada por R.S.B.S., menor diagnosticada com transtorno do espectro autista, representada por sua mãe, C.S.M.P. (processo nº (...)), que concedeu tutela de urgência, para determinar à agravante que, no prazo de dez dias, forneça tratamento multidisciplinar à agravada, pelo período em que perdurar o seu tratamento, sob pena de multa diária de R$ 500,00, até o limite do valor do tratamento (fls. 162/163 dos autos principais).

O agravo foi distribuído livremente à 6ª Câmara de Direito Público, relator o E. Desembargador ALVES BRAGA JÚNIOR (fl. 38), que, em 15.06.2023, dele não conheceu, por decisão monocrática, sob o fundamento de que a Câmara Especial é competente para julgar recursos em matéria de Infância e Juventude, conforme o artigo 33, parágrafo único, IV, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo (fls. 41/43).

O agravo foi redistribuído à Câmara Especial (fl. 48), relator o E. Desembargador FRANCISCO BRUNO, que, por sua vez, suscitou o presente conflito, aduzindo que a matéria não se enquadra nas hipóteses do artigo 148 do Estatuto da Criança e do Adolescente e que não há situação de risco que justifique a concessão de medida protetiva, nos termos do artigo 98 do mesmo Estatuto, de sorte que a competência para o exame do caso é das Câmaras da Seção de Direito Público, a teor do artigo 3º, I.7 e I.13, da Resolução nº 623/2013, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo (fls. 52/60).

Veio manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo, opinando pelo reconhecimento da competência da Câmara suscitada (fls. 7378).

É o relatório.

O Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo tem jurisprudência pacífica apontando que, em casos como o dos autos, a competência para conhecer do recurso recai sobre uma das Câmaras integrantes da Seção de Direito Público do Tribunal, não sobre a Câmara Especial, ainda que, de fato, esta seja competente para processar e julgar "os processos originários e os recursos em matéria de Infância e Juventude", à luz do artigo 33, parágrafo único, IV, do Regimento Interno desta Corte.

Isso porque, apesar de haver menor no polo ativo do processo, a matéria em debate não se encaixa no âmbito de competência da Justiça da Infância e da Juventude, definido pelo artigo 148 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), e não se está diante de situação de risco à menor, que, fosse

o caso, poderia amparar a concessão de medida protetiva, com base no artigo 98 da mesma lei.

Este o teor dos dispositivos mencionados:

"Art. 148. A Justiça da Infância e da Juventude é competente para:

I – conhecer de representações promovidas pelo Ministério Público, para apuração de ato infracional atribuído a adolescente, aplicando as medidas cabíveis;

II – conceder a remissão, como forma de suspensão ou extinção do processo;

III – conhecer de pedidos de adoção e seus incidentes;

IV – conhecer de ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente, observado o disposto no art. 209;

V – conhecer de ações decorrentes de irregularidades em entidades de atendimento, aplicando as medidas cabíveis;

VI – aplicar penalidades administrativas nos casos de infrações contra norma de proteção à criança ou adolescente;

VII – conhecer de casos encaminhados pelo Conselho Tutelar, aplicando as medidas cabíveis.

Parágrafo único. Quando se tratar de criança ou adolescente nas hipóteses do art. 98, é também competente a Justiça da Infância e da Juventude para o fim de:

a) conhecer de pedidos de guarda e tutela;

b) conhecer de ações de destituição do poder familiar, perda ou modificação da tutela ou guarda;

c) suprir a capacidade ou o consentimento para o casamento;

d) conhecer de pedidos baseados em discordância paterna ou materna, em relação ao exercício do poder familiar;

e) conceder a emancipação, nos termos da lei civil, quando faltarem os pais;

f) designar curador especial em casos de apresentação de queixa ou representação, ou de outros procedimentos judiciais ou extrajudiciais em que haja interesses de criança ou adolescente;

g) conhecer de ações de alimentos;

h) determinar o cancelamento, a retificação e o suprimento dos registros de nascimento e óbito".

"Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

I – por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;

II – por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;

Acesso ao Sumário

III – em razão de sua conduta".

O artigo 103 do Regimento Interno desta Corte dispõe que "A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la", e a leitura da petição inicial da ação revela que a discussão se restringe ao cumprimento de obrigação pela autarquia estadual, o IAMSPE, em proveito de beneficiário de serviço de saúde, a autora menor diagnosticada com autismo.

Com efeito, a demanda não trata de matéria especificamente relacionada a direitos da criança e do adolescente, mas sim de cobertura médica, ou de recusa de prestação de atendimento médico especializado pela autarquia.

Como este Órgão Especial já afirmou, "Não é porque a demanda envolve criança ou adolescente que a causa será remetida à Câmara Especial", necessariamente (CC nº 0033972-92.2022.8.26.0000, rel. Des. Costabile e Solimene, j. 30.11.2022).

Em outro caso, em tudo semelhante, o Órgão Especial ponderou que "A lide não está fundada em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente, o que inegavelmente afasta a competência da Câmara Especial. O deslinde da controvérsia não passa por tema relacionado ao Estatuto da Criança e do Adolescente, alcançando, apenas reflexamente, direitos individuais vinculados à criança".

Esta a ementa do respectivo acórdão:

"Conflito de Competência. Agravo de instrumento interposto nos autos de ação de obrigação de fazer movida contra o Estado de São Paulo e o IAMSPE objetivando o fornecimento de tratamento para criança portadora de Transtorno do Espectro Autista. Pretensão inicial na obrigação de prestação de serviço público de saúde, e/ou em questão previdenciária, por ser o autor, filho de servidor público estadual, beneficiário do IAMSPE, réu na ação. Recurso não conhecido pela C. 13ª Câmara de Direito Público deste Tribunal ao fundamento de se cuidar de autor menor de idade, com declinação da competência para a C. Câmara Especial, que, de seu turno, suscitou o presente conflito de competência. Hipótese em que não têm aplicação as disposições protetivas do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ausência de interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente. Conflito procedente, declarada competente a Câmara suscitada" (CC nº 0030729-43.2022.8.26.0000, rel. Des. Aroldo Viotti, j. 09.11.2022).

Nesse mesmo sentido, e em casos parelhos, há outros precedentes deste Órgão Especial, como, por exemplo:

"Conflito de Competência – Ação de indenização por dano material e moral – Ajuizamento em face do Estado de São Paulo em razão da recusa em fornecer medicamento a menor de idade – Responsabilidade civil do

Acesso ao Sumário

Estado – Matéria de competência da Seção de Direito Público, da 1ª à 13ª Câmaras – Resolução nº 623/2013, art. 3º, inciso 1.7, com redação dada pela Resolução nº 736/2016, ambas do Órgão Especial – Ação, ademais, que, embora trate de interesse de menor de idade, envolve matéria de natureza patrimonial não elencada no rol taxativo do art. 148 do Estatuto da Criança e do Adolescente – Não aplicação ao caso do art. 33, parágrafo único, inciso IV, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo – Insubsistência de prevenção da Câmara Especial oriunda do julgamento de recursos em ação de obrigação de fazer para compelir o Estado a fornecer medicamento – Conflito procedente – Reconhecimento da competência da 5ª Câmara de Direito Público, suscitante." (CC nº 0026770-64.2022.8.26.0000, rel. Des. Matheus Fontes, j. 14.09.2022).

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Agravo de instrumento – Tutela de urgência deferida nos autos de ação de obrigação de fazer – Fornecimento gratuito de tratamento de saúde – Pretensão inicial fundada predominantemente na obrigação de prestação de serviço público de saúde, em razão de ser a autora beneficiária de plano de assistência médica oferecido pelo IAMSPE – Competência – Autora menor de idade – Inaplicabilidade das disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente – Ausência de interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente – Reconhecimento da competência da Seção de Direito Público para julgamento da causa presente – Conflito conhecido e provido para determinar o retorno dos autos à C. 5ª Câmara de Direito Público." (CC nº 0031464-47.2020. 8.26.0000, rel. Des. Carlos Bueno, j. 25.11.2020).

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Apelação em ação de obrigação de fazer – Pretensão deduzida por menor, devidamente representado, na condição de dependente de associada à Caixa de Assistência ao Servidor Público Municipal de Santos – Capep-saúde, envolvendo cobertura de tratamento médico (sessões de fonoaudiologia) – Matéria que não enfrenta direito de criança ou adolescente em situação de risco (art. 148 da Lei 8069/90), a justificar competência da C. Câmara Especial, nos moldes do art. 33, IV, do RITJ/SP – Pleito que envolve debate sobre direito decorrente da relação institucional mantida entre as partes – Contingência da menoridade irrelevante 'in casu' – Resolução nº 623/2013 deste Tribunal de Justiça – Procedência para firmar a competência da C. 5ª Câmara de Direito Público, suscitada." (CC nº 0036652-55.2019.8.26.0000, rel. Des. Francisco Casconi, j. 09.10.2019).

Fica reconhecida, então, a competência da 6ª Câmara de Direito Público, relator o E. Desembargador Des. ALVES BRAGA JÚNIOR, para o julgamento do recurso, com fundamento no artigo 3º, itens I.7 e I.11, da Resolução nº 623/2013, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Diante do exposto, julga-se procedente o conflito de competência, para fixar a competência da Câmara suscitada, a C. 6ª Câmara da Seção de Direito

Acesso ao Sumário

Público, para o processamento e julgamento do recurso.

Conflitos de Jurisdição

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº 0029644-85.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante M. JUÍZO DO SETOR DE ATENDIMENTO DE CRIMES CONTRA A INFANTE, DEFICIENTE E VÍTIMAS DE TRÁFICO INTERNO DE PESSOAS – SANCTVS, é suscitado M. JUÍZO DA 24ª VARA CRIMINAL DA BARRA FUNDA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NÃO CONHECERAM DO CONFLITO, COM DETERMINAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 61.624)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), 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, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES e AROLDO VIOTTI.

São Paulo, 16 de agosto de 2023.

RICARDO DIP, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE AUTORIDADES JUDICIÁRIAS DA JUSTIÇA COMUM DO ESTADO DE SÃO PAULO. COMPETÊNCIA DA CÂMARA ESPECIAL. ARTS. 33, INCISO II, E 222 DO REGIMENTO INTERNO DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

Não conhecimento do conflito e remessa dos autos à colenda Câmara Especial deste Tribunal de Justiça.

RELATÓRIO:

Desfiou conflito negativo de competência o M. Juízo do Setor de Atendimento de Crimes contra a Infante, Deficiente e Vítimas de Tráfico Interno de Pessoas – Sanctvs em face do M. Juízo da 24ª Vara Criminal do Fórum Central da Barra Funda, que declinara da competência em atenção à idade da vítima, no caso sob exame.

Entendeu de modo diverso o M. Juízo suscitante, sustentando tratar a espécie de ação penal para apuração de agitada prática do delito previsto no art. 215-A do Código penal, e que, segundo a denúncia, o acusado teria praticado ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia, sem a anuência da vítima, vítima que, na ocasião dos fatos, tinha 14 anos de idade. Conclui não ser o crime objeto de competência do Setor de Atendimento de Crimes contra a Infante, Deficiente e Vítimas de Tráfico Interno de Pessoas – Sanctvs, conforme a regra da alínea *e* do art. 2º da Resolução 780/2017 deste Tribunal de Justiça.

É o relatório do necessário, que se remete à Mesa, com independência de pauta, nos termos do que dispõe a regra do art. 170 do Regimento Interno desta Corte.

VOTO:

1. Trata-se de conflito negativo de competência entre o M. Juízo do Setor de Atendimento de Crimes contra a Infante, Deficiente e Vítimas de Tráfico Interno de Pessoas – Sanctvs e o M. Juízo da 24ª Vara Criminal da Barra Funda deste Tribunal de Justiça.

3. Dispõe o Regimento Interno deste Tribunal de Justiça:

> Art. 33. A Câmara Especial, presidida pelo Vice-Presidente do Tribunal, é integrada pelos Presidentes das Seções e pelo Decano. Parágrafo único. **Competirá à Câmara Especial processar e julgar**:
>
> (...)
>
> II – os **conflitos de competência entre juízes** e de atribuição, ressalvada a competência do Órgão Especial;
>
> (...)
>
> Art. 222. Os conflitos de jurisdição e de competência, **entre autoridades judiciárias da Justiça Comum do Estado**, e os conflitos de atribuição, entre autoridades administrativas de diferentes Poderes do Estado ou dos Municípios, serão dirimidos pela Câmara Especial, ressalvada a competência do Órgão Especial" (a ênfase gráfica não é do original).

Compete a este Órgão Especial apenas processar e julgar os conflitos de competência entre órgãos do Tribunal pertencentes a Seções diversas (cf. alínea *e* do inciso I do art. 13 do Reg. Int. deste Tribunal de Justiça), não sendo este o conflito retratado nesses autos.

A propósito, este Órgão Especial, em caso símile, ao julgar, recentemen-

Acesso ao Sumário

te, o conflito de competência 2261451-42.2022 (Rel. Des. Matheus Fontes, julg. em 30-11-2022), entendeu inviável ali conhecer do conflito, determinando a remessa dos autos à Câmara Especial deste Tribunal de Justiça.

POSTO ISSO, meu voto sugere o não conhecimento do conflito, com o envio dos autos à egrégia Câmara Especial deste nosso Tribunal de Justiça.

É como voto.

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Criminal nº (...), da Comarca de São Paulo, em que é embargante (...) (DEPUTADO ESTADUAL), é embargado PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "REJEITARAM OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.772)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, LUIZ ANTONIO DE GODOY, FIGUEIREDO GONÇALVES, CARLOS MONNERAT, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, RICARDO DIP, JAMES SIANO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI e JARBAS GOMES.

São Paulo, 5 de julho de 2023.

MARCIA DALLA DÉA BARONE, Relator

Ementa: Embargos de declaração – Ação Penal – Alegação de omissão – Caráter infringente – Embargante que pretende alterar o resultado do julgado, o que não se admite em sede de embargos de declaração – Ausência dos pressupostos do artigo 619 do Código de Processo Penal – Embargos rejeitados.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos,

Cuida-se de embargos de declaração opostos em face do acórdão de fls. 218/226 que declinou da competência do C. Órgão Especial, com determinação de remessa dos autos ao 1º grau de jurisdição, e julgou prejudicado o agravo interno.

Argumenta que o acórdão teria sido omisso pela alegada inexistência de prevenção em virtude da ação penal nº (...), devendo ser determinada a redistribuição livre por sorteio a novo relator do Órgão Especial. Aduz que na ação penal nº (...) apurava-se crime de peculato em relação a outra assessora, diferente da investigada no presente caso, tratando-se de fatos distintos, que envolvem pessoas, cargos e circunstâncias diversas. Entende ter havido violação do princípio da motivação das decisões, previsto no artigo 93, IX, da Constituição Federal, e nos artigos 489, § 1º, do Código de Processo Civil e 315, § 2º, do Código de Processo Penal. Defende que o aresto padece de omissão, ainda, quanto aos dispositivos constitucionais insertos no artigo 5º, inciso XXXVII; no artigo 53, § 1º; e no artigo 102, inciso I, alínea 'b', todos da Constituição Federal. Defende que o acórdão foi fundamentado na Questão de Ordem na Ação Penal nº 937/RJ, que teria tratado de hipótese absolutamente diversa do caso em apreço, a qual foi decidida de forma não unânime e sem caráter vinculante. Sustenta que compete ao STF, na condição de juízo natural, processar e julgar os membros do Congresso Nacional por infrações penais comuns desde a expedição do respectivo diploma. Afirma que houve violação ao princípio da motivação da sentença. Assevera, ainda, que houve omissão quanto ao entendimento do Supremo Tribunal Federal na Rcl 41910/RJ, Relator Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Julgado em 30/11/2021, suscitado expressamente nos memoriais entregues aos integrantes do Órgão Especial.

É o relatório.

Nos termos do artigo 619 do Código de Processo Penal, aos acórdãos proferidos pelos Tribunais de Apelação, câmaras ou turmas, poderão ser opostos embargos de declaração, no prazo de dois dias contados da sua publicação, quando houver na sentença ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão.

Rejeita-se a alegação de suposta omissão decorrente da alegada inexistência de prevenção em virtude da ação penal nº (...), afastando-se, por consequência, o pedido de redistribuição livre por sorteio a novo relator do Órgão Especial.

Isso porque a questão já foi enfrentada a fl. 204, pela qual restou consignado que *"A distribuição desta Representação Criminal por prevenção à Ação Penal n. (...) (fl. 14) foi realizada nos exatos termos do artigo 105 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça, porquanto ambas tratam do mesmo as-*

Acesso ao Sumário

sunto relacionado a eventual prática de crime de peculato imputado ao réu, no exercício do mandato de Deputado Estadual, ante a alegação de nomeação de assessora de gabinete que, no entanto, não exercia, efetivamente, nenhuma função, recebendo os vencimentos sem efetivamente trabalhar ('funcionária fantasma'), exatamente o mesmo fato imputado na ação penal à qual esta Representação foi distribuída por dependência".

O agravo interno interposto contra mencionada decisão foi julgado prejudicado à unanimidade pelo Col. Órgão Especial por ocasião do julgamento da Representação Criminal na sessão realizada no dia 3 de maio de 2023. O acórdão ora embargado recebeu a seguinte ementa:

> **Agravo interno – Interposição pelo representado contra a decisão que afastou pedido de redistribuição livre por sorteio e manteve a distribuição por prevenção – Julgamento da ação principal – Recurso prejudicado.** Representação Criminal/Notícia de Crime – Réu que exercia mandato como Deputado Estadual e foi eleito 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 privilegiado do parlamentar ora réu – Determinação de remessa dos autos para uma das Varas Criminais da Capital – Impossibilidade de remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal – Incidência da tese fixada no julgamento da AP 937 QO pelo Supremo Tribunal Federal – Fatos ocorridos no exercício do mandato de Deputado Estadual – Fatos aqui apurados que não possuem nenhuma conexão com o novo cargo, porquanto eventualmente 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, prejudicado o agravo interno.
>
> **(TJSP; Representação Criminal/Notícia de Crime 2183354-28.2022.8.26.0000; Relatora: Marcia Dalla Déa Barone; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 03/05/2023; Data de Registro: 05/05/2023)**

Acesso ao Sumário

Os integrantes do Col. Órgão Especial acompanharam a decisão desta Relatora quanto à incidência do artigo 105 do Regimento Interno deste E. Tribunal, tendo restado ratificada a sua competência, por prevenção, para o julgamento da presente Representação Criminal.

Assim, inexiste a suposta omissão no aresto quanto à análise do pedido de reconhecimento de inexistência de prevenção em virtude da ação penal nº (...), já que a questão foi devidamente enfrentada e ratificada, à unanimidade, por este Col. Órgão Especial.

Destarte, não houve violação do princípio da motivação das decisões, previsto no artigo 93, IX, da Constituição Federal, e nos artigos 489, § 1º, do

Código de Processo Civil e 315, § 2º, do Código de Processo Penal, como sustenta o embargante.

O embargante suscita, ainda, omissão no aresto em relação aos dispositivos constitucionais insertos no artigo 5º, inciso XXXVII; no artigo 53, § 1º; e no artigo 102, inciso I, alínea 'b', todos da Constituição Federal, apenas porque não obteve sucesso no acolhimento da sua tese de remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal.

O acórdão não foi omisso por fundamentar a impossibilidade de envio dos autos ao Pretório Excelso na Questão de Ordem na Ação Penal nº 937/RJ.

No entendimento anterior, o Supremo Tribunal Federal adotava a tese de que o foro por prerrogativa de função, ou foro privilegiado, alcançava todos os crimes de que são acusados os agentes públicos previstos no artigo 102, I, 'b' e 'c' da Constituição, inclusive os praticados antes da investidura no cargo e os que não guardavam qualquer relação com o seu exercício. Todavia, alterou-se tal linha de entendimento *"para restringir o foro privilegiado aos crimes praticados no cargo e em razão do cargo"*, pois, *"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"* (AP nº 937 QO, Tribunal Pleno, Rel. Min., Roberto Barroso, j. 03/05/2018, DJE 11/12/2018).

Embora não se cuide de julgado de efeito vinculante, o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal está de acordo com os dispositivos constitucionais afirmados como violados, não se tratando a Rcl 41910/RJ, Relator Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Julgado em 30/11/2021, de igual modo, de julgado com efeito vinculante, não sendo o entendimento adotado pelo Colendo Órgão Especial.

Assim, o v. acórdão não foi omisso nos pontos suscitados pelo embargante, posto que a questão foi expressamente enfrentada no aresto à luz da AP nº 937 QO, Tribunal Pleno, Rel. Min., Roberto Barroso, j. 03/05/2018, DJE 11/12/2018, certo, ainda, que ao aplicar o posicionamento da QO da AP 937 evidentemente restou afastada a aplicação do posicionamento do Supremo Tribunal Federal na Rcl 41910/RJ, Relator Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Julgado em 30/11/2021.

Em recente julgado, este Col. Órgão Especial mais uma vez afirma o seu entendimento quanto à incidência da Questão de Ordem suscitada na Ação Penal nº 937:

> INQUÉRITO POLICIAL – COMPETÊNCIA – INVESTIGADO QUE, EMBORA SECRETÁRIO ESTADUAL, É APONTADO COMO SUSPEITO DE ENVOLVIMENTO EM FATOS QUE PODEM CONFIGURAR, EM TESE,

Acesso ao Sumário

CRIMES OCORRIDOS QUANDO EXERCIA O MANDATO DE PREFEITO DA CAPITAL – FORO PRIVILEGIADO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO RESTRITO AOS CRIMES PRATICADOS NO CARGO E EM RAZÃO DO CARGO – CESSAÇÃO DO MANDATO – COMPETÊNCIA DECLINADA. 1. No julgamento da Questão de Ordem suscitada na Ação Penal nº 937, o STF alterou entendimento anterior para restringir o foro privilegiado aos crimes praticados no cargo e em razão do cargo. 2. Investigado que, nada obstante ocupe atualmente o cargo de Secretário de Governo e Relações Institucionais do Estado de São Paulo, à época dos fatos, em tese, delituosos, era Prefeito do Município de São Paulo. Cessação do foro privilegiado por prerrogativa de função em razão do término do mandato de Prefeito Municipal. Precedentes do Colegiado. Competência declinada, com remessa dos autos a uma das Varas Criminais do Foro Criminal da Comarca da Capital.

(TJSP; Inquérito Policial 0013063-92.2023.8.26.0000; Relator: Décio Notarangeli; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro Central Criminal Barra Funda – 1ª Vara de Crimes Tributários, Organização Criminosa e Lavagem de Bens e Valores da Capital; Data do Julgamento: 10/05/2023; Data de Registro: 11/05/2023)

Em que pesem as alegações da parte embargante, o acórdão se pronunciou, de forma expressa e fundamentada, acerca da matéria de fato e de direito devolvida a seu apreço, não havendo nenhum vício formal ou material a ser retificado, certo que o embargante rebate matéria decidida, sob o manto de embargos, buscando a alteração do julgado, não havendo, assim, fundamentos para nova manifestação deste Colendo Órgão Especial.

Assim, o presente recurso não é meio hábil ao reexame da questão, com o acolhimento de entendimento diverso daquele expresso no julgado, certo que o excepcional efeito infringente somente pode advir da correção de erro material manifesto ou como resultado da declaração, aqui não verificados.

A exigência de prequestionamento que pode gerar o não conhecimento de recurso especial ou extraordinário somente ocorre quando não há apreciação da matéria ventilada, e não quando o resultado não é o desejado pela parte recorrente, como ocorre na espécie, de sorte que fica afastada a contrariedade aos dispositivos legais invocados.

Em face do exposto, não configurado o vício formal apontado, pelo voto, Rejeitam-se os presentes embargos de declaração.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cí-

vel nº 2191655-61.2022.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante PREFEITO DO MUNICÍPIO DE MIGUELÓPOLIS e interessado PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE MIGUELÓPOLIS, é embargado PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "ACOLHERAM EM PARTE OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.626)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI, 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, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO e FLAVIO ABRAMOVICI.

São Paulo, 2 de agosto de 2023.

JACOB VALENTE, Relator

Ementa: *EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Alegação de contradição na decisão colegiada ao estabelecer a modulação de apenas 120 dias para a reorganização administrativa para expurgo dos cargos/funções declaradas inconstitucionais, eis que o Supremo Tribunal Federal tem adotado o prazo de 12 meses – Apontamento, ainda, de erro material na não indicação da locução 'complementar' para a lei 3.663/2017, para não confundi-la com as de natureza ordinária, além da ausência de menção do seu arrastamento na ementa do acórdão – ERRO MATERIAL – Identificação – Situação em que em no acórdão onde se lê 'Lei nº 3.663', leia-se 'Lei Complementar nº 3.663' e, no corpo da ementa, antes da locução 'MODULAÇÃO', fica inserida a seguinte frase: 'ARRASTAMENTO – Declaração de inconstitucionalidade dos mesmos cargos constantes no Anexo V da Lei Complementar nº 3.663, de 10 de março de 2017' – MODULAÇÃO – Julgamento unânime na fixação do marco temporal da modulação dos efeitos da decisão colegiada, con-

Acesso ao Sumário

forme artigo 27 da Lei 9.868/99, que se alterado implicaria em indevido efeito infringente sem amparo em vício formal ou nulidade a ser sanada – Aplicação do prazo de 120 dias em casos análogos por este Colendo Órgão Especial, considerando os mecanismos de gestão e possibilidade de tramitação em regime de urgência dos processos legislativos inerentes para cumprimento de decisão judicial – Embargos parcialmente acolhidos para correção de erro material.*

VOTO

1 – Trata-se de embargos de declaração opostos contra acórdão prolatado as fls. 227/252 nos autos principais desta ação direta, julgada, por unanimidade, procedente (e com modulação) para declarar a inconstitucionalidade 'dos dispositivos normativos e expressões impugnadas na petição inicial, constantes da Lei nº 3.684, de 27 de junho de 2017, com arrastamento, restritivamente aos mesmos cargos, do Anexo V da Lei nº 3.663, de 10 de março de 2017, do Município de Miguelópolis', mantida a irrepetibilidade dos valores pagos, em função do princípio da boa-fé, bem como a necessária reorganização administrativa decorrente, no prazo de 120 dias a partir daquele julgamento.

Diz agora o douto Prefeito Municipal, ora embargante, que há vícios no acórdão derivado de: **a–)** a modulação pelo prazo de 120 dias é demasiadamente exígua e está em contradição com decisões análogas do Supremo Tribunal Federal, razão pela qual deve ser dilatada para 12 meses ou prazo maior do que aquele; **b–)** há erro material ao não identificar, na parte dispositiva, que a Lei nº 3.667/2017 é de natureza 'complementar' e não ordinária, sendo que na ementa o seu arrastamento não foi mencionado. Prequestiona a matéria como requisito objetivo de admissibilidade de recurso aos Tribunais Superiores.

É o relatório necessário.

2 – Segundo o estabelecido no artigo 1022 do C.P.C., o cabimento dos embargos declaratórios está atrelado ao esclarecimento de eventual obscuridade, eliminação de contradição, supressão de omissão ou correção de erro material, esta última que na disciplina normativa anterior podia ser feita de ofício.

As omissões, por seu turno, são aquelas que deixam de se manifestar sobre teses firmadas em julgamento de casos repetitivos ou assunção de competência, bem como as que vulnerem as condutas descritas no artigo 489, § 1º.

Já a contradição é incoerência entre premissas adotadas na decisão colegiada, algo que, desde logo, no caso em testilha, não existe.

Por fim, na obscuridade há a pecha de falta de clareza do posicionamento do magistrado naquele julgamento, diante de fundamentação confusa ou dúbia,

Acesso ao Sumário

que deve sair da penumbra para a luz da razão.

Com efeito, na decisão colegiada a questão da inconstitucionalidade das expressões que envolvem 'cargos comissionados' e 'funções de confiança/gratificada' para atividades de direção, chefia e assessoramento ficou expressamente enfrentada e fundamentada, concluindo-se pela desconformidade com o enquadramento constitucional (Federal e Estadual), razão pela qual a reorganização da estrutura funcional do Município de Miguelópolis decorre de determinação judicial e é de responsabilidade conjunta dos Poderes locais (Executivo e Legislativo).

E considerando os mecanismos de gestão e os ritos de urgência que podem ser impressos em processos legislativos, este Colendo Órgão Especial tem adotado o prazo de 120 (cento e vinte) dias como razoável para os Municípios se enquadrarem.

Não obstante esse fato, bem como a modulação dos efeitos ter sido ratificada pela unanimidade do colegiado, conforme estabelece o artigo 27 da Lei 9.868/99, a tentativa de alteração do marco temporal da modulação implicaria em indevido efeito infringente, eis que não toca qualquer vício formal, ou nulidade, da decisão embargada. Nessa intelecção, a doutrina não acolhe sua pretensão, pois os embargos declaratórios:

> *"têm finalidade de complementar a decisão omissa ou, ainda, de aclará-la, dissipando obscuridade ou contradições. Não tem caráter substitutivo da decisão embargada, mas sim integrativo ou aclaratório. Prestam-se também à correção de erro material. Como regra não tem caráter substitutivo, modificador ou infringente do julgado" (Nery Júnior, Nelson e Andrade Nery, Rosa Maria de. Comentários ao Código de Processo Civil, Novo CPC Lei 13.105/2015, Revista dos Tribunais, 2015, p. 2120).*

A jurisprudência também não o socorre:

> *"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – INOCORRÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU OMISSÃO – REEXAME DA CAUSA – CARÁTER INFRINGENTE – INADMISSIBILIDADE – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – REJEITADOS. – Não se revelam cabíveis os embargos de declaração, quando a parte recorrente – a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão ou contradição – vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa. Precedentes" (MS 24595 ED/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. 12/05/2011).*

> *"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDORES DO ESTADO DE SANTA CATARINA. GRATIFICAÇÃO COMPLEMENTAR DE VENCIMENTO. § 6º DO ARTIGO 1º DA LEI ESTADUAL Nº 9.503/94. OMISSÃO INEXISTENTE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REJEITADOS. "Não padece de omissão o acórdão proferido de forma clara, precisa e suficien-*

Acesso ao Sumário

temente fundamentada, pois é cediço que o Juiz não está obrigado a responder, um a um, aos argumentos expendidos pelas partes. Matéria de fundo dirimida em conformidade com a jurisprudência do Plenário e de ambas as Turmas do STF. Precedentes: RE 426.059, 422.154-AgR, 426.058-AgR, 426.060-AgR e 433.236-AgR. Embargos de declaração rejeitados." (RE 465739 AgR-ED/SC, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, j. 03/10/2006).

Por outro lado, quanto ao apontamento de 'erro material', ele fica reconhecido na forma do artigo 1.022, inciso III, do C.P.C., conforme identificado a fls. 138, e corrigido nos seguintes termos: **a–)** no acórdão, onde se lê 'Lei nº 3.663', leia-se 'Lei Complementar nº 3.663'; **b–)** no corpo da ementa, antes da locução 'MODULAÇÃO', é inserida a seguinte frase: 'ARRASTAMENTO – Declaração de inconstitucionalidade dos mesmos cargos constantes no Anexo V da Lei Complementar nº 3.663, de 10 de março de 2017'

Finalmente, o preceito do artigo 1025 do *Codex* processual eliminou a necessidade de oposição de embargos declaratórios exclusivamente para fins de prequestionamento, cujas matérias ficam consideradas pelo Tribunal Superior ainda que aqueles não sejam conhecidos pelo Tribunal *a quo*. Em relação a esse ponto, este Colendo Órgão Especial tem posição consolidada de longa data:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE MESMO PARA FINS DE PREQUESTIONAMENTO. O ACOLHIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ESTÁ SUBORDINADO AO ATENDIMENTO DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS DE ADMISSIBILIDADE. INDEVIDO CARÁTER INFRINGENTE. EMBARGOS REJEITADOS (Órgão Especial; Embargos de Declaração 2110214-05.2015.8.26.0000/São Paulo; Relator: Nuevo Campos; julg. em 18/11/2015; V.U.).

Com efeito, no acórdão embargado foi expressamente consignado que a lei objurgada viola os artigos 111, 115, incisos II, V e X, e 144 da Carta Bandeirante, e 67, inciso I e § 2º, da LDB, com apoio de precedentes jurisprudenciais.

3 – Destarte, nos termos acima especificados, pelo meu voto, **acolhem-se parcialmente os embargos de declaração apenas para correção de erro material**.

Acesso ao Sumário

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº

2102010-88.2023.8.26.0000, da Comarca de Araçatuba, em que é impetrante PAULO DE MEDEIROS FARIAS e paciente LEONIR DA CONCEIÇÃO, é impetrado CORREGEDOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DENEGARAM A ORDEM. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.877)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, FIGUEIREDO GONÇALVES, GUILHERME G. STRENGER, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, RICARDO DIP, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO e LUIS FERNANDO NISHI.

São Paulo, 21 de junho de 2023.

DÉCIO NOTARANGELI, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* – TRANSFERÊNCIA PARA OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO – INDEFERIMENTO – EXERCÍCIO DE FUNÇÃO ADMINISTRATIVA – ILEGALIDADE OU ABUSIVIDADE – CONSTRANGIMENTO ILEGAL AO DIREITO DE LIBERDADE – INEXISTÊNCIA.

1. Conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, LXVIII). Discussão sobre o local de cumprimento de pena. Matéria administrativa. Inexistência de constrangimento ilegal ao direito de liberdade.

2. A motivação *per relationem* é técnica legítima de fundamentação de decisões judiciais e não configura ofensa ao art. 93, IX, da CF. Precedentes dos Tribunais Superiores. Agravo em execução desprovido com fundamento no parecer de Juiz Assessor da Corregedoria. Inexistência de ilegalidade ou abusividade.

3. O direito de transferência do apenado a estabelecimento prisional próximo à familiares não é

Acesso ao Sumário

absoluto e pode ser indeferido com base na inexistência de vagas em estabelecimentos prisionais adequados ao regime de cumprimento de pena na localidade desejada. Precedentes. Ordem denegada.

VOTO

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado pelo Bel. Paulo de Medeiros Farias em favor de Leonir da Conceição objetivando a expedição de alvará de soltura.

Sustenta o impetrante, em síntese, que a decisão que negou provimento ao agravo em execução é nula por ausência de fundamentação. De resto, discorre sobre o direito do paciente de cumprir pena em presídio próximo à sua família.

Solicitadas informações, prestou-as a digna autoridade apontada como coatora defendendo a legalidade do ato atacado (fls. 166/167). A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não conhecimento da impetração e, no mérito, pela denegação da ordem (fls. 183/193). Anota-se manifestação do impetrante pela concessão da ordem (fls. 196/202).

É o relatório.

A rigor seria caso de não conhecimento da impetração.

Segundo dispõe a Constituição Federal, conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, LXVIII). Em outras palavras, o *habeas corpus* é o remédio constitucional disponibilizado àqueles que têm sua liberdade de locomoção atentada por ilegalidade ou abusividade.

No caso *sub judice*, porém, a discussão se circunscreve ao local de cumprimento da pena imposta em sentença. Não há nos fatos narrados qualquer risco à liberdade de locomoção do paciente que justifique a expedição de alvará de soltura, conforme pedido final.

Nada obstante, conhece-se da impetração para denegar a ordem.

Acesso ao Sumário

Como bem apontado pelo parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça não há qualquer ilegalidade ou abusividade na decisão do ilustre Corregedor Geral da Justiça que, no exercício de função administrativa, negou provimento ao agravo em execução tirado de negativa de transferência do apenado à Comarca de Corumbá, em Mato Grosso do Sul.

Ao contrário do que sustenta o impetrante, a fundamentação *per relationem* é técnica legítima e admitida pelos Tribunais Superiores:

> "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. RAZÕES DE DECIDIR EXPLICITA-

DAS PELO ÓRGÃO JURISDICIONAL. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Inexiste violação do art. 93, IX, da Constituição Federal. A jurisprudência desta Suprema Corte é no sentido de que o referido dispositivo exige a explicitação, pelo órgão jurisdicional, das razões do seu convencimento. Enfrentadas todas as causas de pedir veiculadas pela parte, capazes de, em tese, influenciar o resultado da demanda, fica dispensado o exame detalhado de cada argumento suscitado, considerada a compatibilidade entre o que alegado e o entendimento fixado pelo órgão julgador.

2. Este Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência consolidada quanto à regularidade da fundamentação per relationem como técnica de motivação das decisões judiciais. Precedentes.

3. As razões do agravo interno não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada.

4. A teor do art. 85, § 11, do CPC, o "tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento".

5. Agravo interno conhecido e não provido." (STF – RE 1.397.056 ED-AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Rosa Weber, j. 13/03/23)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR. MANDADO QUE ATENDEU AOS "REQUISITOS LEGAIS. ILICITUDE DAS PROVAS. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. INVESTIGAÇÃO PRÉVIA. DECISÃO SUCINTA, PORÉM, FUNDAMENTADA. "PER RELATIONEM". AGRAVO DESPROVIDO.

1. O entendimento desta Corte Superior é no sentido de que "não há que se falar em nulidade de mandado de busca e apreensão e, consequentemente, das provas obtidas com a realização da diligência, se evidenciado que todos os requisitos legais para o deferimento da medida e sua execução foram atendidos" (AgRg no AREsp n. 1.226.836/SC, relator Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe de 1º/8/2018).

2. No caso, verifica-se que houve o deferimento pelo Juiz primevo de busca e apreensão na residência do ora agravante, mediante representação da autoridade policial, baseada em investigação e diligências, em razão de movimentações suspeitas no domicílio do acusado observadas por policiais em campana, com presença de carros e diversos indivíduos que contatavam o acusado; sendo apreendidos no local 943,51g (novecentos e quarenta e três gramas e cinquenta e um centigramas) de cocaína, divididos em 246 (duzentos e quarenta e seis) porções, 443,51g (quatrocentos e quarenta e três gramas e cinquenta e um centigramas) de cocaína na forma de crack, divididos em 138 (cento e trinta e oito) porções, e 4.639,49g (quatro quilos seiscentos e trinta e nove gramas e

Acesso ao Sumário

quarenta e nove centigramas) de maconha, o que demonstrou a suposta prática do delito de tráfico de drogas e ensejou a prisão em flagrante do agravante.

3. Embora de forma sucinta, restou demonstrada a existência dos requisitos necessários para a decretação das medidas, escorado nos argumentos da representação policial e na requisição do MP/SP.

4. Impende asseverar que não se pode confundir concisão de fundamentos com a sua ausência, capaz de ensejar ofensa ao disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição. Vale destacar, ainda, que é pacífico neste Superior Tribunal de Justiça orientação jurisprudencial segunda a qual é válida a utilização da fundamentação per relationem como razões de decidir.

5. Agravo regimental desprovido." (STJ – AgRg no HC nº 797.460/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 22/05/23)

No caso concreto, a decisão atacada adotou o parecer do Exmo. Juiz Assessor da Corregedoria, André Gustavo Cividanes Furlan, que, de forma fundamentada, reputou inadequado o monitoramento eletrônico no meio aberto, que seria adotado pelo Estado de Mato Grosso do Sul, já que o condenado está inserido em estabelecimento penal adequado (Centro de Progressão Penitenciária de Valparaíso/SP) ao regime de cumprimento de pena (fls. 179/182). O parecer é substancialmente correto e está em consonância com a jurisprudência pátria:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. TRANSFERÊNCIA DO APENADO PARA OUTRA COMARCA. DIREITO NÃO ABSOLUTO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. VIOLAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NÃO VERIFICADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O direito do preso de ter suas reprimendas executadas onde reside sua família não é absoluto, cabendo ao magistrado fundamentar devidamente a sua decisão, analisando a conveniência e real possibilidade e necessidade da transferência, definindo sobre o cumprimento da pena em local longe do convívio familiar.

Precedentes.

2. Na hipótese, demonstrou-se a conveniência da efetivação da transferência para a administração penitenciária de outra unidade federativa, em face da ausência de estabelecimento prisional adequado ao regime em que o Paciente cumpre sua pena, no caso o semiaberto, no Estado de residência dos seus familiares, o que constitui fundamento válido para negativa do pedido de transferência.

3. Não sendo a oitiva direito absoluto do Apenado, não há falar em violação dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

4. Agravo regimental desprovido" (STJ – AgRg no HC nº 613.769/DF, 6ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 22/02/22).

Acesso ao Sumário

Em suma, não padece de qualquer vício de legalidade a decisão atacada que justifique a expedição de alvará de soltura, como pleiteia o impetrante.

Por essas razões, denega-se o *habeas corpus*, nos termos acima especificados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 0004774-73.2023.8.26.0000, da Comarca de Itanhaém, em que é impetrante S.M.D.C., pacientes A.O.V.C.F., F.C. e C.M.C., é impetrado SECRETÁRIO DA SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NÃO CONHECERAM DA ORDEM. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.190/2023)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, FIGUEIREDO GONÇALVES, GUILHERME G. STRENGER, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, 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 e DÉCIO NOTARANGELI.

São Paulo, 21 de junho de 2023.

JARBAS GOMES, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS*. Porte de Trânsito de Arma de Fogo. Reconhecida a ilegitimidade do Secretário de Segurança Pública do Estado para figurar no polo passivo da impetração destinada a contornar o impacto de texto normativo de envergadura federal válido e eficaz (Decreto nº 11.366/2023). Inteligência dos artigos 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal e 647 do Código de Processo Penal. Exame da jurisprudência.

IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de *habeas corpus* preventivo impetrado por *A.O.V.C.F., F.C. e C.M.C.,* em face do *SECRETÁRIO DE SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO*.

Sustentam os pacientes, em síntese, que: a) seriam proprietários do Clube de Tiro C.F.A. Ltda., sediado no Município de Itanhaém; b) seriam atiradores, caçadores e colecionadores de armas de fogo (CAC), além de instrutores de armamento e tiro, condição que os tornaria alvos preferenciais de criminosos; c) a revogação do Decreto federal nº 10.629/2021 teria implicado o cancelamento do porte de trânsito de arma de fogo previsto na Lei federal nº 10.826/2003, o que teria inviabilizado aos CAC, quando em deslocamento, trazer consigo arma de fogo municiada para sua defesa, expondo-os, ademais, à possibilidade de prisão, caso o façam. Requerem a concessão de salvo-conduto para que transitem armados, sem que se submetam ao escrutínio da autoridade policial.

Indeferida a liminar (fls. 38-41), sobrevieram as informações da autoridade apontada como coatora e o parecer ministerial, em que foram suscitadas a ilegitimidade do Secretário da Segurança Pública para figurar no polo passivo da impetração e a inadequação da via eleita (fls. 48-57; 62-67).

É o relatório.

A leitura da inicial revela, com a segurança necessária, que os pacientes, na verdade, investem contra texto normativo de envergadura federal – Decreto nº 11.366, de 11.1.2023 – ao qual imputam vício decorrente de suposta contrariedade à Lei nº 10.826, de 22.12.2003, esta que dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição e sobre o Sistema Nacional de Armas – SINARM.

Mas a isso não se presta o remédio constitucional, destinado que é às hipóteses em que haja risco de *"alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder"* (cf. artigos 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal e 647 do Código de Processo Penal).

Daí a inadequação da via eleita.

Argumentam, ainda, os pacientes, em defesa de sua tese que, a prevalecer o disposto no referido decreto, poderiam sofrer coação e restrição à liberdade de ir e vir por ato do Secretário da Segurança Pública do Estado.

Todavia, a este não atribuem nenhuma deliberação que, eventualmente, viesse a concretizar o temido constrangimento ilegal, pois, houvesse prisão, esta, no caso dos autos, estaria fundada em preceito válido e eficaz, não emanado daquela autoridade.

Demais, *"a autorização para o porte de arma de fogo de uso permitido, em todo o território nacional,* é de competência da Polícia Federal *e somente*

Acesso ao Sumário

será concedida após autorização do Sinarm" (grifamos) (artigo 10, *caput*, da Lei nº 10.826/2003).

Desse cenário emerge, de forma induvidosa, a ilegitimidade passiva do impetrado para figurar no polo passivo do presente instrumento processual.

Esses aspectos – convém lembrar – foram destacados na decisão denegatória da liminar, quando foi assentado que:

> *– inexistem elementos minimamente robustos de ameaça ou de ofensa à liberdade de locomoção dos pacientes, não bastando para evidenciá-las as singelas alegações de suposta subversão da hierarquia dos atos normativos e de notícias relativas à prisão de instrutores de tiro ou de colecionadores de armas; (...)*
>
> *– não se atribuíram, objetivamente, à autoridade apontada como coatora atos ou omissão que resultem violação de salvaguardas outorgadas aos pacientes pelo ordenamento jurídico, o que sugere, desde logo, a ilegitimidade ad causam do impetrado e a inconsistência desta impetração.*
>
> *Com efeito, "reputa-se manifestamente incabível a utilização do 'habeas corpus', em sua versão preventiva, quando o alegado risco à liberdade de locomoção for meramente hipotético. De fato, torna-se insuscetível de conhecimento o 'habeas corpus' quando o impetrante não indicar qualquer ato concreto que revele, por parte da autoridade apontada como coatora, a prática de comportamento abusivo ou de conduta revestida de ilicitude. Para que seja conhecida, a ação de 'habeas corpus' exige a indicação – específica e individualizada – de fatos concretos cuja ocorrência possa repercutir na esfera da imediata liberdade de locomoção física dos indivíduos. A ausência de precisa indicação de atos concretos e específicos, por parte da autoridade apontada como coatora, que revelem prática atual ou iminente de comportamento abusivo ou de conduta revestida de ilicitude, inviabiliza, processualmente, a impetração do 'writ of habeas corpus'"[1];*
>
> *– nada há a indicar que a revogação do Decreto federal nº 10.629/2021 e a consequente implementação das providências previstas no Decreto federal nº 11.366/2023 resulte injusta afronta às liberdades individuais dos pacientes.*

Sintetizam a situação acima descrita os fundamentos expostos pelo Des. Mário Devienne Ferraz, no julgamento, em 17.9.2008, do HC nº 168.761-0/9-00, por este C. Sodalício, no sentido de que *"a mera existência de lei federal, aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Poder Executivo, mesmo que possa ser apontada como contrária à Constituição Federal e crie normas criminalizadoras de condutas ou que altere a tipicidade de delitos já existentes no ordenamento jurídico, não transforma Secretários de Segurança Pública e*

1 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*, 8ª ed. rev., ampl. e atual., Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 1851

Delegados de Polícia da CIRETRAN em autoridades supostamente coatoras. Inexistindo ordem arbitrária que emane diretamente de qualquer dessas autoridades, capaz de ameaçar a liberdade de ir e vir do paciente, não existe possibilidade de se deferir salvo-conduto sob o argumento de que ele possa ter o direito de locomoção violado, porque posto em risco pela lei apontada como ofensiva à ordem constitucional. À configuração de coação ilegal ou ameaça desta por parte de alguma autoridade, se exige a prática de ato pessoal desta última, seja realizando diretamente o ato que acarrete constrangimento ou ameaça deste, ou o determinando a algum subordinado. Ressalvados tais casos, a mera existência de lei em vigor, ainda que na visão do impetrante pudesse dar aparente legitimidade a abusos contra o direito de ir e vir do paciente, não enseja o deferimento de salvo-conduto".

Inviável, pois, a ação constitucional.

Ampara essa conclusão a jurisprudência deste Colegiado:

HABEAS CORPUS PREVENTIVO – PORTE DE ARMAS DE FOGO – CAC'S – Impetrante que busca obter salvo conduto para portar armas de fogo, com a dispensa de vistoria e fiscalização por agentes de segurança – Impetração contra o Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo – Ilegitimidade passiva constatada – Ausência de ato ilegal e concreto praticado pela autoridade – Pretensão genérica que sequer descreve ação ou omissão da autoridade impetrada – Ademais, inadequação da via eleita, manejada com vistas à obtenção de autorização ao porte de armas – Precedentes – HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(HC nº 2304610-35.2022.8.26.0000, rel. Des. Luis Fernando Nishi, j. em 17.5.2023);

HABEAS CORPUS – Impetrante pretende a obtenção de um salvo conduto para portar armas, desobrigado de vistoria e fiscalização dos agentes de segurança pública – Questão já enfrentada pelo Órgão Especial em outro habeas corpus impetrado pelo mesmo impetrante contra o mesmo ato praticado pelo Secretário da Segurança Pública do Estado de São Paulo – Desnecessidade de novo pronunciamento sobre o tema – Habeas corpus não conhecido.

(HC nº 2004181-10.2023.8.26.0000, rel. Des. Ademir Benedito, j. em 26.4.2023);

Habeas Corpus – Paciente praticante de tiro esportivo – Pretensão a um salvo conduto para porte de armas pelo paciente, sem se submeter à vistoria e fiscalização dos agentes de segurança – Apontado o Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo como autoridade coatora – Paciente e autoridade coatora que não possuem prerrogativa de foro – Artigo 74, inciso IV da Constituição Estadual e artigo13, I, "a" do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça – Ilegitimidade Passiva verificada – Risco de prisão do paciente por porte ilegal de arma de

Acesso ao Sumário

fogo dependeria de ato de Delegado de Polícia e não do Secretário de Segurança Pública, que é o superior hierárquico das polícias – Ausência de ato ilegal imputável àquela autoridade – Inadequação da via eleita – Pedido, por via transversa, de liberação do paciente para o porte e transporte de armas nas condições que indica com base em hipótese de abuso do Estado ou de prática arbitrária em eventual abordagem policial – Ordem não conhecida.

(HC nº 2305743-15.2022.8.26.0000, rel. Des. Márcia Dalla Déa Barone, j. em 12.4.2023);

HABEAS CORPUS – Impetração contra possível ato do Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo que possa coibir, mediante prisão, o porte de armas de fogo durante o trajeto residência–clube de tiro do paciente, categorizado como 'CAC' – ILEGITIMIDADE PASSIVA – Autoridade coatora deve ser aquela que ordena ou omite prática que possa interferir no direito de ir e vir do paciente – Situação em que o cumprimento da nova diretriz sobre o porte de arma de fogo por colecionador, atirador desportivo ou caçador será da alçada de Delegado de Polícia Civil, e não do superior hierárquico das polícias, civil e militar, do Estado de São Paulo – Precedentes deste Órgão Especial – Ordem indeferida liminarmente.

(HC nº 2003266-58.2023.8.26.0000, rel. Des. Jacob Valente, j. em 1º.2.2023);

Habeas Corpus. CAC's. Pretensão a um salvo conduto para portar armas, desobrigado de vistoria e fiscalização dos agentes de segurança. Ordem impetrada contra Secretário de Segurança Pública do estado de São Paulo. Ilegitimidade Passiva. Inexistência de qualquer ato ilegal imputável àquela autoridade. Autoridade coatora há de ser a pessoa que ordena ou omite prática do ato impugnado e não o superior que o recomenda ou baixa normas para sua execução. Ordem não conhecida.

(HC nº 2276243-98.2022.8.26.0000, rel. Des. Costabile e Solimene, j. em 14.12.2022);

Habeas Corpus Preventivo. Impetração em favor de guarda civil municipal de Espírito Santo do Pinhal. Pretensão de obter salvo conduto para porte de arma da corporação ou particular. Autoridade coatora. Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo. Ilegitimidade passiva. Reconhecimento. Insurgência contra norma legal. Artigo 6º, inciso IV, da Lei nº 10.826/2003. Ausência de ameaça direta à liberdade de locomoção. Inadequação da via eleita. Inexistência ademais de ilegalidade ou abuso de poder. Precedentes. Ordem não conhecida.

(HC nº 0016184-65.2022.8.26.0000, rel. Des. Aroldo Viotti, j. em 31.8.2022).

Isto posto, não se conhece da impetração.

Acesso ao Sumário

Inquéritos Policiais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Inquérito Policial nº 0014173-29.2023.8.26.0000, da Comarca de São João da Boa Vista, em que são interessadas (...) (PROMOTORA DE JUSTIÇA) e (...).

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DEFERIRAM OS BENEFÍCIOS DA GRATUIDADE PROCESSUAL AO QUERELANTE E REJEITARAM A QUEIXA-CRIME, COM DETERMINAÇÃO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. DAMIÃO COGAN.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.485)**

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, EVARISTO DOS SANTOS e VICO MAÑAS.

São Paulo, 21 de junho de 2023.

FRANCISCO CASCONI, Relator

Ementa: AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA DA PÚBLICA – DELITOS DE FALSIDADE IDEOLÓGICA, DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA E FRAUDE PROCESSUAL (ARTIGOS 299, 339 E 347, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL) – QUERELADAS PROMOTORA DE JUSTIÇA E ADVOGADA – INÉPCIA DA INICIAL – FALTA DE DESCRIÇÃO PORMENORIZADA ACERCA DE ELEMENTOS ESSENCIAIS DOS TIPOS PENAIS EM QUESTÃO – DESRESPEITO AO ARTIGO 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – FALTA, ADEMAIS, DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL – CARÊNCIA DE LASTRO PROBATÓRIO MÍNIMO A JUSTIFICAR INSTAURAÇÃO DA PERSECUÇÃO PENAL – REJEIÇÃO DA PEÇA

Acesso ao Sumário

ACUSATÓRIA (ARTIGO 395, INCISOS I E III DO CPP).

VOTO

Trata-se de ação penal privada subsidiária da pública proposta por (...) em face de (...), Promotora de Justiça, e da advogada (...), imputando-lhes a prática dos crimes de falsidade ideológica, fraude processual e denunciação caluniosa, tipificados, respectivamente, nos artigos 299, 347, parágrafo único, e 339 do Código Penal.

Colhe-se do processado ter sido requerido, pelo querelante, instauração de inquérito policial perante o (...) Distrito Policial da Capital (fls. 09/35), sob o argumento de que, no dia (...), a querelada (...), à época servidora pública, teria dado causa a lavratura de boletim de ocorrência na Delegacia de Polícia de (...) (B.O. nº (...)) para atribuir a ele, indevidamente, a prática dos crimes de racismo, injúria racial e ameaça, o que teria levado à deflagração da persecução penal em juízo em seu desfavor (Inquérito Policial nº (...) e Processo-Crime nº (...)).

O requerimento do querelante tinha o escopo de apurar mencionadas infrações penais (artigos 299, 347, parágrafo único, e 339 do Código Penal) que, sob a sua ótica, teriam sido cometidos pela querelada Promotora de Justiça e respectiva advogada contra ele.

Sintetizando a narrativa apresentada, em (...) a querelada (...), por intermédio da advogada (...), teria requerido sua habilitação como assistente de acusação nos autos do processo penal acima identificado, ocasião em que a Promotora de Justiça, com o escopo de cometer fraude processual, teria induzido a advogada a juntar aos autos procuração ideologicamente falsa, uma vez que da qualificação da pretensa assistente de acusação constava que ela era advogada, quando, na realidade, já não se encontrava mais inscrita nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil. Ainda sob a ótica do querelante, as querereladas teriam praticado o crime de denunciação caluniosa, eis que, segundo ele, não teriam conseguido demonstrar que ele teria cometido crimes de racismo, injúria racial e ameaça.

O requerimento de instauração de inquérito policial subscrito pelo querelante acabou sendo encaminhado à Delegacia de Polícia de (...), local em que os fatos teriam se verificado, departamento policial em que foi instaurado o inquérito policial nº (...) (fls. 03/05).

Ao término das diligências investigatórias, o inquérito policial foi relatado aos 04.05.22 (fls. 66). No aludido caderno investigatório foi aberta vista ao Ministério Público em 19.05.2022 (fls. 69), sendo que, em 06.06.2022, o querelante propôs a presente ação penal privada subsidiária da pública perante o juízo de (...) (fls. 70/91).

Acesso ao Sumário

No transcorrer do procedimento verificou-se a investidura da querelada (...) no cargo de Promotora de Justiça Substituta do Ministério Público do Estado (...), determinando-se a remessa dos autos da ação penal ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado (...), em razão da prerrogativa de foro especial que a Promotora de Justiça passou a ostentar (fls. 142).

É digno de nota que, no Estado (...), inicialmente, o processo penal foi distribuído à (...) Vara Criminal da Comarca de (...), onde passou a tramitar sob o nº (...). Na sequência, constatada que uma das quereladas ostentava foro especial perante o Tribunal de Justiça daquele Estado (fls. 151), os autos foram remetidos à Procuradoria-Geral de Justiça (...), em razão do reconhecimento da incompetência do juízo de primeiro grau (fls. 155).

Ocorre que, logo em seguida, a querelada (...) tomou posse no cargo de Promotora de Justiça Substituta do Ministério Público do Estado de São Paulo, o que motivou a remessa dos autos ao Colendo Órgão Especial Egrégio Tribunal de Justiça Bandeirante (fls. 168/172 e 179/180).

Após a devida distribuição e conferida oportunidade (fls. 187), a douta Procuradoria-Geral de Justiça aportou manifestação a fls. 190/202, em que apontou o não recolhimento das custas processuais, à luz dos artigos 32 e 806 do Código de Processo Penal, bem como 4º, § 9º, alínea "b", da Lei Estadual nº 11.608/2003. No mais, defendeu a inépcia da peça acusatória pela inconsistência das acusações e realçou a ausência de justa causa para persecução penal, concluindo pela rejeição da queixa-crime.

É o Relatório.

De início, concedo ao querelante os benefícios da gratuidade processual, à luz dos documentos acostados a fls. 92/93, considerando ainda a recente obtenção do mesmo benefício em seu favor em processos distintos (v.g. autos nº (...) e (...)), razão pela qual prejudicada a impugnação ministerial quanto ao ponto.

A hipótese, ***venia concessa***, é de pronta rejeição da peça acusatória.

Como cediço, à luz do artigo 41 da Lei Processual Penal, a denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

O dispositivo, de caráter cogente, impõe a observância de requisitos básicos à formalização da peça acusatória, não só com escopo de delimitar a acusação e a análise judicial, mas também cientificar o demandado, de forma clara, precisa e compreensível, acerca dos fatos delituosos que lhe são imputados, como forma de viabilizar o pleno e adequado exercício da ampla defesa.

In casu, o quanto lançado na denominada *"queixa-crime subsidiária"* (fls. 70/91) – e que na essência constitui reiteração do requerimento inicial for-

mulado pelo querelante para instauração de inquérito policial (fls. 9/26) – não se amolda suficientemente ao imperativo legal, inviabilizando o legítimo exercício de defesa pelas querreladas.

Desconexa a imputação de fraude processual (artigo 347, parágrafo único, do Código Penal) irrogada à querelada (...), na medida em que o fato delituoso atribuído na peça acusatória consiste, essencialmente, na afirmação, desta última, feita perante autoridade policial por ocasião da lavratura do Boletim de Ocorrência nº 6.899/2016, e que aos olhos do querelante não corresponderia à verdade por carecer de elementos probatórios.

Ainda que o querelante se oponha a tal fato, não se exteriorizou de que forma estaria caracterizada a inovação artificiosa de estado, de lugar, coisa ou pessoa, na pendência de processo, que pudesse induzir juiz ou perito em erro... Como aponta a doutrina, é elemento normativo do tipo a inovação artificiosa, é dizer, marcada pela utilização de recurso engenhoso, de malícia ou de ardil, o que não está descrito na inicial. Afinal, *"(...) a mera inovação, portanto, não causa a concretização do tipo, dependendo-se da atitude engenhosa e fingida do autor, vale dizer, do seu intuito de fraudar"*[1].

Da mesma sorte, os eventos narrados e atrelados ao delito de falsidade ideológica não se amoldam ao tipo descrito no artigo 299 da Lei Penal.

Quanto ao ponto afirmou-se, ***verbis***:

"A Requerida (...) conforme se verifica no referido B.O. de nº (...), ou seja, em 30 de dezembro de 2016, a mesma se identifica como uma rechtsanwältin (advogada), perante a Polícia Civil do Estado de São Paulo, ela é uma 'doutora'.

Em 16 de julho de 2020, a Requerida (...), atuando como rechtsanwältin da Requerida (...), protocolou petição de Habilitação de Assistente de Acusação, juntamente com procuração ideologicamente falsa, nos autos do Processo-crime de nº (...), como já dito, este Strafverfahren que tramita em desfavor deste Requerente.

O caso em tela, não se trata de mero descuido (mero erro material), até porque a Requerida (...) já teria identificado como rechtsanwältin, em 30 de dezembro de 2016.

Sendo que, em 16 de julho de 2020, é juntado aos autos, procuração ideologicamente falsa, da qual ela se identifica novamente como rechtsanwältin.

(...)

Excelência, o Verbrechen aqui é de FALSIDADE IDEOLÓGICA (art. 299 do Strafgesetzbuch), na modalidade de dolo direto ((...)) e dolo eventual ((...)), esta Requerida em razão do seu ofício de rechtsanwältin, assumiu o risco.

(...)

1 "Código Penal Comentado"; 14ª edição, GEN/Forense; Guilherme de Souza Nucci, pág. 1.398.

A Requerida (...) se identificou como rechtsanwältin para a Requerida (...), esta que é verdadeiramente uma rechtsanwältin, por omissão no sentido de prudência, dever/obrigação de cuidado, em suma, inseriu informação falsa na procuração, que alterou a verdade sobre fato juridicamente relevante. Da qual, a Requerida (...) não é uma rechtsanwältin.

(...)

No caso em tela, a Requerida (...) induziu a sua rechtsanwältin, a Requerida (...), a fazer inclusão de informação falsa." (fls. 79/81).

Em suma, imputa-se prática de falsidade ideológica pelo conteúdo – que se reputa falso – do instrumento de procuração reproduzido a fls. 33, relacionado à qualificação (profissão) da querelada (...), na ocasião identificada como advogada, quando na realidade ostentava ocupação de servidora pública.

Entretanto, a tipificação penal em referência exige que a alteração da verdade tenha por objeto parte substancial da declaração, relacionada a fato juridicamente relevante, com repercussão na órbita da criação de direitos ou obrigações, ou mesmo na prova de determinado evento, circunstâncias que não se evidenciam nos presentes autos.

Isto porque, o fato da querelada ser ou não advogada, no contexto ora tratado, não expõe qualquer repercussão jurídica à outorga de poderes à mandatária (advogada (...), também querelada) representá-la naqueles autos. Trata-se, quando muito, de alteração da verdade (senão erro material) incidente sobre elemento secundário, irrelevante penalmente, pois não relacionado sobre a essência dos fatos que compõem a declaração inserta no próprio instrumento de mandato, o que afasta a representação de relevante ofensa à fé pública a ponto de justificar a imputação da prática do crime de falso.

Ademais, cuidando-se de falsidade ideológica em procuração ***ad judicia***, a configuração do tipo penal, ***verbis***, *"depende do texto alterado, para o fim de configurar o delito previsto neste artigo. Se o agente insere, falsamente, as cláusulas referentes ao mandato propriamente dito, criando relação jurídica inexistente, concretiza-se o tipo penal, pois se trata de fato juridicamente relevante.* ***No entanto, a inclusão de dados secundários ou periféricos, tais como endereço, estado civil e correlatos, não é suficiente para gerar a falsidade ideológica.*** *Nesse sentido: TJSP: 'Habeas Corpus – Falsidade ideológica – Advogado e cliente que declinam na procuração ad judicia endereço diverso de seus domicílios – Trancamento do inquérito policial – Possibilidade – Ausência de dolo e de prejuízos a ação penal e a terceiros – Documento inidôneo para configuração do ilícito em questão – Ordem concedida para trancar o inquérito policial e/ou ação penal' (HC 990.10.366515-5, 16.ª C., rel. Pedro Menin, 22.02.2011, v.u.)"*[2] – destacado.

Não bastasse, o elemento subjetivo do tipo em situações tais (dolo especí-

Acesso ao Sumário

2 "Código Penal Comentado"; 14ª edição, GEN/Forense; Guilherme de Souza Nucci, pág. 1.237.

fico) igualmente não resta caracterizado, ou sequer descrito, não se entrevendo que as quereladas agiram com a vontade livre e consciente de inserir ou fazer inserir no documento declaração falsa ou diversa da que dele deveria constar, com a finalidade específica de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, mesmo porque, inclusive, prontamente retificaram a equivocada declaração (fls. 41/41 e 47).

Por outro lado, analisando a ***quaestio*** sob ótica distinta, evidencia-se a ausência de justa causa para deflagração da ação penal.

É dizer, reputo inexistente lastro probatório mínimo a justificar e legitimar a acusação, e consequentemente a própria intervenção penal, relacionado aos fatos descritos pelo querelante, em relação às quereladas, frente à capitulação penal indicada (artigos 299, 339 e 347, parágrafo único, do Código Penal).

Nesse particular, preciso registro do parecer ministerial de fls. 190/202, cujas razões abaixo transcritas ficam incorporadas como ***ratio decidendi***:

> *"No caso dos autos, não há qualquer elemento de prova que pudesse sustentar imputações de fraude processual, falsidade ideológica e denunciação caluniosa, em desfavor das quereladas.*
>
> *Conforme anteriormente mencionado, sequer foi possível compreender em que teria consistido a fraude processual que o querelante imputa às quereladas.*
>
> *Por outro lado, a retificação imediata dos dados de qualificação constantes da procuração outorgada por (...) a (...) (fls. 32, 33, 37, 40 e 65), deixa evidente que houve mero equívoco na elaboração do texto e que as quereladas jamais agiram os elementos subjetivos exigidos pelo tipo penal inserto no artigo 299 do Código Penal para a configuração do crime de falsidade ideológica.*
>
> *Para ser mais claro, não há qualquer elemento de prova que pudesse sustentar a imputação de que elas teriam agido com a vontade livre e consciente de inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que deveria ser escrita, com a finalidade específica de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.*
>
> *Também não há nos autos qualquer evidência de que, ao dar causa à lavratura do boletim de ocorrência, em cujo histórico constava a narrativa da prática dos crimes de racismo, injúria racial e ameaça pelo querelante, a querelada (...) tivesse conhecimento de sua inocência. Lembre-se de que, ainda que parcialmente, a pretensão punitiva veiculada na peça acusatória que detonou a ação penal contra ele foi acolhida pelo órgão jurisdicional de primeira instância (fls. 48/55) e confirmada pela Colenda 5ª Câmara de Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça, em acórdão assim ementado (Apelação Criminal nº 0000399-81.2017.8.26.0568):*
>
> *'Discriminação de raça, cor ou etnia – Apelação – Nulidades processuais – Inocorrência – Preliminares rejeitadas – Conjunto probatório suficien-*

te para o reconhecimento da conduta ilícita em sua forma qualificada – Dolo específico evidenciado na espécie – Absolvição – Impossibilidade – Pena motivadamente dosada, necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do delito – Sentença mantida – Recurso desprovido.'

Anote-se, ainda, que dois habeas corpus foram denegados pelo órgão jurisdicional colegiado acima apontado (HC 2005133-91.2020.8.26.0000 e HC 2020113-09.2021.8.26.0000 – fls. 104/127).

Nesse contexto, a inépcia da queixa, somada à ausência de justa causa e de pressuposto processual indispensável para o válido desenvolvimento da relação jurídico processual, determina a rejeição da peça acusatória."

Por tais motivos, rejeita-se a queixa-crime com apoio no artigo 395, incisos I e III, do Código de Processo Penal, com determinação de remessa de cópia às quereladas para conhecimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Inquérito Policial nº 0012294-84.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é investigada (...) (JUÍZA DE DIREITO).

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DETERMINARAM O ARQUIVAMENTO DOS AUTOS. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto 61.406)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), JAMES SIANO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, LUIZ ANTONIO DE GODOY, FIGUEIREDO GONÇALVES, CARLOS MONNERAT, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES e AROLDO VIOTTI.

São Paulo, 5 de julho de 2023.

RICARDO DIP, Relator

Ementa: INQUÉRITO POLICIAL. JUIZ DE DIREITO. PEDIDO DE ARQUIVAMENTO FORMULADO PELA PROCURADORIA GERAL DE JUSTI-

Acesso ao Sumário

ÇA. ACOLHIMENTO, NOS TERMOS DO INCISO I DO ART. 3º DA LEI 8.038/1990 (DE 28-5).

VOTO

RELATÓRIO:

Trata o caso de inquérito policial instaurado para apuração de cogitado ilícito penal previsto no Estatuto do Desarmamento – Lei 10.826/2023 (de 22-12) imputado à M. Juíza de Direito (...).

Consta do boletim de ocorrência 4.606/2021, lavrado pela 27ª Delegacia de Polícia da Capital:

> "Comparecem nesta distrital os policiais militares, ora condutor e testemunha, integrantes da VTR - M informando que nesta data foram acionados via telefone para atendimento de ocorrência, no local dos fatos, envolvendo de grande quantidade de munição em depósito particular de policial militar aposentado e já falecido há 12 anos. Que imediatamente se dirigiram ao local dos fatos e foram recebidos pela auxiliar de síndico (...) a qual informou que, nesta data, a ex-proprietária do apartamento n.º (...), senão, a juíza de direito (...), franqueou a entrada de (...) no depósito do apartamento vendido, situado na garagem do prédio, a fim de desocupar o depósito para ingresso do novo proprietário comprador. Ocorre que, ao abrir o depósito (...) se deparou com grande quantidade de munição de alto calibre e acionou os policiais militares" (*e*-pág. 5).

A M. Juíza prestou esclarecimentos, informando, em resumo, não ter conhecimento da existência dos objetos no depósito do apartamento que lhe foi doado, em (...), por seus pais, além de não residir no local desde o ano de (...), tempo em que foi aprovada no concurso da Magistratura paulista (*e*-págs. 61-8).

O digno Procurador de Justiça Mario Antonio de Campos Tebet, no qual se delegou atribuição do Procurador Geral de Justiça de São Paulo, propôs o arquivamento do feito, por entender ausentes indícios bastantes a justificar a instauração ou o prosseguimento de investigação policial (*e*-págs. 125-33).

É o relatório do necessário, conclusos os autos aos 19 de junho de 2023 (*e*-pág. 146).

VOTO:

1. Extrai-se do parecer do Procurador de Justiça oficiante:

"(...) *A análise dos fatos que constituem objeto do presente inquérito, em cotejo com o material probatório que há nos autos, nos leva à segura conclusão de que eles não configuram infração penal pelo ordenamento jurídico pátrio. É que, de fato, não há nenhuma prova de que os objetos encontrados – armas e munições – fossem do conhecimento da magistrada. Foram juntados aos autos documentos que demonstraram que o imóvel era de propriedade e onde viviam os seus pais. Sendo que o ge-*

Acesso ao Sumário

nitor era policial militar reformado, tendo sido diretor do (...) da Polícia Militar e comandante da (...). Nessas circunstâncias, natural que ele tivesse acesso a armas e munições. Também ficou bem demonstrado que, após a morte dos pais, ela não chegou a residir no local. Ela era juíza em (...), e o imóvel foi alugado a terceiros. Apenas quando o apartamento foi vendido é que o novo proprietário acabou tendo acesso ao depósito – diga-se, não identificado, no interior do qual havia o armário com os objetos. Ora, nesse contexto, impossível afirmar que ela tivesse conhecimento e ciência da existência do material ali encontrado. (...) Não por outro motivo, o d. Promotor de Justiça oficiante em primeiro grau, ao requerer a remessa dos autos à Segunda Instância, fez consignar que o fazia 'por cautela', já que não considerava a MM. Juíza, propriamente, investigada (cf. fls. 37). Pois bem, desde aquela oportunidade e, especialmente com os esclarecimentos prestados, vieram aos autos os documentos comprobatórios do quanto alegado, demonstrando a propriedade anterior, a doação com usufruto e a posterior venda, além de ter ficado estreme de dúvidas que ela não mais residia no local. Em suma, não havendo, portanto, prova de autoria da prática de fato típico, ilícito e punível, por parte da d. magistrada, o presente expediente deve ser arquivado. Diante das razões expostas, não despontando destes autos dados plausíveis capazes de levar ao reconhecimento da prática de infração penal por parte de (...), determina-se, por delegação do Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral de Justiça (artigo 116, inciso XIV, da Lei Orgânica do Ministério Público), o ***ARQUIVAMENTO destes autos****, ressalvado o disposto no artigo 18 do Código de Processo Penal"* (e-págs. 131-3 – a ênfase gráfica não é do original).

Para logo, sem mínimo indício de advertência de fato ilícito não há crime possível, e, de toda a sorte, não é viável juridicamente a este Tribunal de Justiça a recusa do vertente arquivamento proposto pela Procuradoria Geral de Justiça; é, pois, o que cabe determinar, de consonância com precedentes deste Órgão Especial, aqui referidos a título ilustrativo:

"– INQUÉRITO POLICIAL – Imputação de crime de peculato – Suposta contratação de 'funcionários fantasmas' – Repasse dos rendimentos salariais para terceira pessoa para fins de constituição de fundo eleitoral em financiamento de candidatura – Ausência de elementos para deflagração de investigação em face da I. Deputado 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" (IP 0005145-37.2023 – Rel. Des. Elcio Trujillo, j. 10-5-2023).

– "Representação criminal – Promotor de Justiça – Promoção de arquivamento por parte da D. Procuradoria Geral de Justiça, motivada pela não configuração dos diversos crimes sugeridos na representação, como falsidade documental, abuso de autoridade e prevaricação, sequer em tese – Inexistência de elemento de prova ou menção a fato específico

Acesso ao Sumário

que permitisse o desencadeamento de diligências investigatórias – Acolhimento – Irrecusabilidade do pedido de arquivamento – Jurisprudência pacífica do E. Supremo Tribunal Federal e deste C. Órgão Especial – Representação arquivada" (RC 2058591-18.2023 – Rel. Des. Luciana Bresciani, j. 12-4-2023).

– "Representação Criminal contra Juíza de Direito, pela prática de falsidade ideológica (art. 299 do Código Penal). Ausência de elementos à persecução criminal. Proposta de arquivamento formulada pelo D. Procurador-Geral de Justiça. Acolhimento. Arquivamento irrecusável, nos termos do artigo 3º, inciso I, da Lei Federal nº 8.038/90" (RC 2261266-04.2022 – Rel. Des. Aroldo Viotti, j. 8-3-2023).

POSTO ISSO, pelo meu voto, proponho ao Colegiado o arquivamento dos autos do versado inquérito policial, nos termos do inciso I do art. 3º da Lei 8.038/1990 (de 28-5).

É como voto.

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 2002732-17.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante ALINE APARECIDA CASTRO SILVA, é impetrado GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DENEGARAM A SEGURANÇA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47.289)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), VICO MAÑAS, 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, FIGUEIREDO GONÇALVES, GUILHERME G. STRENGER, XAVIER DE AQUINO e DAMIÃO COGAN.

São Paulo, 21 de junho de 2023.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA

Concurso público nº 01/18 para o cargo de Agente de Organização Escolar. Preterição. Inocorrência. Candidata aprovada fora do número de vagas, não nomeada e convocada como temporária. Contratação temporária que possui natureza jurídica diversa. Não preenchidos os requisitos estabelecidos no Tema nº 784 – qual seja, preterição arbitrária e imotivada. Precedentes do C. Órgão Especial.

Ordem denegada.

VOTO

1. Trata-se de **mandado de segurança** (fls. 01/21) de candidata aprovada em 33º lugar (lista geral) no Concurso nº 01/18 para o cargo de Agente de Organização Escolar, pretendendo nomeação e posse no cargo, considerando o fim do prazo de validade do certame e sua preterição.

Sustentou, em resumo, possuir direito líquido e certo à nomeação. A contratação de temporários para ocupar as vagas justifica a necessidade de servidores. Inadmissível a abertura de novo certame sem a nomeação dos aprovados no Concurso nº 01/18. Depois de realizado o concurso, a própria Impetrante foi convocada para contratação de forma temporária para o cargo que tem direito de ser efetiva. Havendo disponibilidade de cargos e a necessidade do seu preenchimento, o que se prova com a existência de contratos temporários ocupando esses cargos, os candidatos classificados em concurso público possuem absoluta prioridade sobre os contratados, sob pena de serem preteridos da ordem classificatória do concurso. O que antes era considerado mera expectativa se convola em direito subjetivo à nomeação e posse. Citou jurisprudência. Daí a liminar e concessão da ordem (fls. 01/21).

Indeferida a liminar pretendida (fl. 731), vieram informações (fls. 740/750). Manifestou-se a D. Procuradoria (fls. 781/789). Anote-se (fl. 736).

É o relatório.

2. A ordem deve ser denegada.

Trata-se de **mandado de segurança** (fls. 01/21) de candidata aprovada em 33º lugar (lista geral) no Concurso nº 01/18 para o cargo de Agente de Organização Escolar, pretendendo nomeação e posse no cargo, considerando o fim do prazo de validade do certame e sua preterição.

Segundo consta, a impetrante participou do Concurso nº 01/18 para o cargo de Agente de Organização Escolar, sendo aprovada em 33º lugar na lista geral e na 66ª posição (fl. 710) para a Diretoria de Ensino de Tupã, na qual foram previstas 3 (três) vagas (fl. 66).

Acesso ao Sumário

Alegou a impetrante a inadmissibilidade de abertura de novo certame sem a nomeação dos aprovados no Concurso nº 01/18. Depois de realizado o concurso, a própria impetrante foi convocada para contratação de forma temporária para o cargo que tem direito de ser efetiva. Sustenta ainda que o que antes era considerado mera expectativa se convola em direito subjetivo à nomeação e posse. Daí a impetração (fls. 01/21).

O edital, segundo **FRANCISCO LOBELLO DE OLIVEIRA ROCHA**:

"... é o ato convocatório que dá ciência à coletividade da existência de cargos vagos a serem preenchidos pela Administração Pública e fixa o procedimento e os critérios que serão obedecidos no seu provimento." (Regime Jurídico dos Concursos Públicos – Ed. Dialética – 2.006 – p.56).

Ele fixa regras do certame. Define em que condições se estabelece o relacionamento entre a Administração e aqueles que concorrerão aos cargos. O Poder Público exibe suas condições e o candidato, inscrevendo-se, concorda com elas. Nasce daí o vínculo jurídico do qual decorrem direitos e obrigações. O concurso público, além de princípios constitucionais, como o da legalidade e o da moralidade, rege-se também pelo da vinculação ao edital. Ele faz lei entre as partes.

No caso dos autos, a impetrante foi aprovada **fora** do número de vagas oferecidas para a Diretoria de Ensino de Tupã, o que, em tese, acarretaria mera **expectativa de direito**, exaurida por completo com o fim de seu prazo de validade.

A esse respeito, o **Eg. Supremo Tribunal Federal** firmou a seguinte tese – **Tema nº 784**:

*"**A tese objetiva assentada em sede desta repercussão geral é a de que o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração**, caracterizadas por **comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame**, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Assim, a discricionariedade da Administração quanto à convocação de aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero (Ermessensreduzierung auf Null), fazendo exsurgir o direito subjetivo à nomeação, verbi gratia, nas seguintes hipóteses excepcionais: i) Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE 598.099); ii) Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF); iii) **Quando***

Acesso ao Sumário

surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima. *"* (destaquei e grifei – RE 837.311/PI – DJ-e de 09.12.15 – Red. do acórdão Min. **LUIZ FUX**).

Deste modo, além da preterição comum do candidato aprovado dentro do número de vagas, o **C. STF** ressalvou, como se observa, as hipóteses de preterição de candidatos aprovados fora do número de vagas de forma arbitrária e imotivada.

E com base nesse posicionamento a impetrante pretende o reconhecimento de seu direito a nomeação: *"Não obstante, embora a Impetrante teoricamente tenha apenas direito subjetivo à sua nomeação, a mesma não foi nomeada e ainda foi contratada, no dia 17/08/2021, por prazo determinado, com duração de 12 meses, para exercer justamente a mesma função para a qual foi aprovada no concurso que prestou, fato que ocorreu com outras pessoas na mesma condição da impetrante."* (fl. 03).

E ainda,

"O edital de abertura do concurso informou existir 7 vagas. Assim, temos o surgimento de 120 NOVAS VAGAS, de acordo com os Editais publicados em 24/08/2021, 22/01/2022 e 1/02/2022 e 127 vagas no total, alcançando assim a classificação obtida pela Impetrante. RESSALTA-SE QUE O SALÁRIO DAQUELES CONTRATADOS EM CARÁTER TEMPORÁRIO É IGUAL AO PERCEBIDO PELOS EFETIVOS. Atualmente o candidato aprovado em 223º lugar, em total situação de preterição, está ocupando uma vaga que poderia ser efetiva da IMPETRANTE."

"Sendo, com isso, necessária a intervenção do Poder Judiciário para determinar a contratação da candidata, diante da flagrante violação ao princípio constitucional do concurso público."

"A necessidade de pessoal é patente, uma vez que, existem diversos funcionários temporários, comprovando com isso a preterição ao direito a contratação da reclamante, no cargo de Agente de Organização escolar." (fl. 07).

Todavia, o atual posicionamento do **C. Órgão Especial** é no sentido de que a **convocação** para ocupar **cargo de natureza temporária não** configura a preterição definida pelo **Tema nº 784**, não havendo que se falar em ausência de motivação ou arbitrariedade da Administração para a nomeação da impetrante, ressalte-se, chamada para a escolha de vaga na qualidade de temporária (fls. 68 e 724/726).

Não se justifica, assim, a **concessão da ordem**.

Assim já se pronunciou este **Eg. Tribunal** em casos idênticos ao dos au-

Acesso ao Sumário

tos – concurso Agente de Organização Escolar:

"MANDADO DE SEGURANÇA. Impetração contra atos tidos como ilegais e abusivos do Governador do Estado de São Paulo em relação ao Concurso Público para provimento de Cargo de Agente de Organização Escolar do SQC-III do quadro de apoio escolar QAE em nível regional, conforme os ditames do Edital SE nº 01/2018, datado de 30 de maio de 2018, para o preenchimento de 1495 vagas para o cargo de Agente de Organização Escolar. A impetrante foi aprovada fora do número de vagas do concurso. Inexistência de direito subjetivo à nomeação, mas mera expectativa de direito. O concurso ainda está dentro do prazo de validade. ***Nem mesmo sua contratação temporária para a mesma função na qual foi aprovada autoriza a concessão da ordem, porque inexiste cargo vago criado por lei. A contratação temporária ocorreu apenas para atender necessidades transitórias da administração e não configura forma oblíqua de preterição dos candidatos aprovados.*** *Precedente. Segurança denegada."* (destaquei e grifei – MS nº 2.249.517-24.2021.8.26.0000 – v.u. j. de 20.04.22 – Rel. Des. JAMES SIANO).

"MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO CONTRA ATOS COMISSIVOS E OMISSIVOS DO GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO EM RELAÇÃO AO CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGO DE AGENTE DE ORGANIZAÇÃO ESCOLAR DO SQC-III DO QUADRO DE APOIO ESCOLAR QAE EM NÍVEL REGIONAL, CONFORME OS DITAMES DO EDITAL SE Nº 01/2018, DATADO DE 30 DE MAIO DE 2018. IMPETRANTE APROVADA FORA DO NÚMERO DE VAGAS DO CONCURSO E QUE ALEGA PRETERIÇÃO IMOTIVADA EM VIRTUDE DA CONTRATAÇÃO DE TEMPORÁRIOS PARA O CARGO EM QUESTÃO. ORDEM DENEGADA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO. HIPÓTESE DE MERA EXPECTATIVA DE DIREITO. CONCURSO AINDA NO PRAZO DE VALIDADE. ***CONTRATAÇÃO DE TEMPORÁRIOS QUE ALMEJA APENAS ATENDER NECESSIDADES TRANSITÓRIAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E NÃO CONFIGURA FORMA OBLÍQUA DE PRETERIÇÃO DE CANDIDATOS DEVIDAMENTE APROVADOS NO CERTAME****. PRECEDENTES DESTA CORTE EM CASOS ANÁLOGOS. SEGURANÇA DENEGADA."* (destaquei e grifei – MS nº 2073603-09.2022.8.26.0000 – v.u. j. de 27.07.22 – Rel. Des. **CAMPOS MELLO**).

"Mandado de Segurança impetrado contra ato atribuído ao Excelentíssimo Senhor Governador do Estado de São Paulo. Concurso Público para provimento de cargo de Agente de Organização Escolar do SQC-III, Edital SE nº 01/2018. Alegação de preterição à sua nomeação e vaga efetiva em razão de contratações temporárias para realização das

Acesso ao Sumário

mesmas funções do cargo de Agente de Organização Escolar do SQC-III. Impetrante que foi aprovada fora do número de vagas do concurso. Inexistência de direito subjetivo à nomeação, mas simples expectativa de direito. Concurso cujo prazo de validade anda não escoou. ***A contratação temporária para a mesma função não configura preterição, uma vez que embasada em pressupostos específicos (necessidade transitória da Administração), inexistindo cargo vago criado por lei. Precedentes dos Tribunais Superiores e deste C. Órgão Especial****. Tema 784 do E. STF. Segurança Denegada."* (MS nº 2170546-88.2022.8.26.0000 – v.u. j. de 08.02.23 – Rel. Des. **AROLDO VIOTTI**).

Ausente o **direito líquido e certo**, a ordem deve ser denegada.

Custas na forma da lei.

Descabidos honorários (**art. 25**, da **Lei nº 12.016**, de **07.08.09**, **Súmula** nº **502** do **STF** e **Súmula** nº **105** do **STJ**).

3. Denego a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Criminal nº 2108937-70.2023.8.26.0000, da Comarca de São José dos Campos, em que é impetrante (...), é impetrado E. S. P. DA S. DE D. C.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DENEGARAM A SEGURANÇA, CASSADA A LIMINAR. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50.372)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, RICARDO DIP, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, FLAVIO ABRAMOVICI, RAMON MATEO JÚNIOR, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO e CAMPOS MELLO.

São Paulo, 2 de agosto de 2023.

VIANNA COTRIM, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Mandado de Segurança contra ato do Desembargador Presidente da Seção de Direito Criminal – Impetrante que deixou de apresentar razões de apelação em favor do réu, nos termos do artigo 600, parágrafo 4º, do Código de Processo Penal – Imposição de multa prevista no artigo 265 do mesmo Codex – Possibilidade – Abandono caracterizado – Impetrante que, mesmo após ser intimada duas vezes, não apresentou motivo imperioso que justificasse a desídia – Direito líquido e certo não demonstrado – Segurança denegada, cassada a liminar.

VOTO

Mandado de segurança impetrado por (...) contra ato do Desembargador Presidente da Seção de Direito Criminal em razão da imposição do pagamento de multa por abandono processual (artigo 265 do CPP).

Sustenta a impetrante, em síntese, que deixou transcorrer o prazo para apresentar razões recursais por estar passando por período de gestação de risco, com ameaça de aborto, sendo necessário manter repouso absoluto. Aduz que sempre atuou nos processos de forma diligente, afigurando-se injusta a imposição da penalidade, mesmo porque solicitou seu desligamento do Convênio da OAB/SP antes do término do prazo para apresentar o recurso. Insiste, ainda, que a omissão na prática de ato específico do processo penal, por parte de advogado que permaneceu na causa e atuou nos atos subsequentes, não implica o abandono previsto no artigo 265 do Código de Processo Penal, invocando, em seu prol, a existência de projeto de lei que altera o mencionado dispositivo para extinguir a multa. Alega, no mais, que não estão configuradas as hipóteses de abandono, possuindo direito líquido e certo na medida em que a imposição da multa não observou o contraditório e a ampla defesa. Reputando presentes os requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, pretende a concessão de liminar visando obstaculizar o recolhimento da multa e, ao final, a concessão do *writ*.

Concedida a liminar para suspender o recolhimento da multa e eventual execução junto à Procuradoria Geral do Estado, a digna autoridade apontada como coatora prestou informações às fls. 37/38.

A d. Procuradoria de Justiça, em seu parecer, opinou pela denegação do *mandamus* (fls. 45/50).

É o relatório.

Com efeito, o artigo 265 do Código de Processo Penal dispõe que "o defensor não poderá abandonar o processo senão por motivo imperioso, comunicado previamente o juiz, sob pena de multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários-

Acesso ao Sumário

mínimos, sem prejuízo das demais sanções cabíveis".

Esse dispositivo, aliás, foi reputado constitucional pelo Plenário do C. Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade:

> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. *CAPUT* DO ART. 265 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. APLICAÇÃO DE MULTA DE DEZ A CEM SALÁRIOS MÍNIMO AO ADVOGADO QUE ABANDONA INJUSTIFICADAMENTE O PROCESSO, SEM COMUNICAÇÃO PRÉVIA AO JUÍZO. CONSTITUCIONALIDADE. DISPOSIÇÃO LEGAL QUE VISA ASSEGURAR A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA, A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E O DIREITO INDISPONÍVEL DO RÉU À DEFESA TÉCNICA. AÇÃO DIRETA JULGADA IMPROCEDENTE. (ADI 4398, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 05/08/2020).

No caso, a advogada-impetrante atuou na defesa de (...) nos autos da ação penal n.º (...).

Depois de proferida sentença condenatória, a advogada-impetrante interpôs, em 03.06.2022, recurso de apelação, postulando pela apresentação das razões recursais em segundo grau, nos termos do artigo 600, parágrafo 4º, do Código de Processo Penal.

Os autos foram encaminhados à Seção Criminal e em 25.11.2022 foi aberta vista à impetrante para apresentação das razões de apelação (600, § 4º, do CPP) ou de justificativa sobre a impossibilidade de fazê-lo (fl. 303 da ação penal n.º (...)), sendo o ato disponibilizado no Diário Oficial em 28.11.2022 (fls. 304 da ação penal).

Decorrido o prazo legal (08 dias – art. 600, *caput*, do CPP) sem apresentação das razões recursais pela impetrante, foi determinada nova intimação, por carta de ordem, devidamente cumprida em 16.02.2023 (fl. 318 da ação penal n.º (...)).

Em razão da inércia da advogada-impetrante, que mais uma vez deixou de oferecer as razões de apelação, o Desembargador Presidente da Seção de Direito Criminal impôs à impetrante multa de 10 (dez) salários-mínimos, por abandono do processo, nos seguintes termos:

> "A Advogada (...), nomeada para a defesa da apelante, foi intimada para apresentação das razões de recurso, na fase do artigo 600, § 4º, do CPP, ou para justificar a impossibilidade de fazê-lo, deixando fluir em branco o prazo recursal sem oferecer razões ou justificativas. Intimada mais de uma vez, inclusive PESSOALMENTE, com a advertência acerca da imposição de multa por abandono, quedou-se inerte. A falta da prática de ato indispensável à continuidade do processo e ao julgamento do recurso, sem justificativa de qualquer natureza, representa claro abandono da causa, com evidentes reflexos negativos à parte, que não pode ver apreciado seu inconformismo, e à administração da Justiça. Dentro desse contexto (não apresentação de razões em segundo grau e de

Acesso ao Sumário

qualquer justificativa), imponho à Advogada (...) (OAB/SP n.º (...)), multa de 10 (dez) salários mínimos, por abandono do processo, nos termos do artigo 265, do Código de Processo Penal. Observo que o Colendo Superior Tribunal de Justiça, reiteradamente, vem decidindo pela constitucionalidade do artigo 265, *caput*, do Código de Processo Penal (RMS 67.917/SP, julgado em 22/02/2022, AgRg no RMS 54.798/SP, julgado em 03/08/2021, AgRg no RMS 62.137/SC, julgado em 16/03/2021, AgRg no RMS 64.313/MG, julgado em 06/10/2020). E, no mesmo sentido, já se pronunciou o Colendo Supremo Tribunal Federal, que julgou improcedente a ADI nº 4.398, na qual se questionava a constitucionalidade da multa em comento (STF. Plenário. ADI 4398, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 05/08/2020). O recolhimento da multa deverá ser efetivado no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da intimação da presente decisão (Código 442-1 Fundo Especial de Despesa do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo). Não recolhida a multa processual ora imposta no prazo fixado, expeça-se certidão, encaminhando-se à Procuradoria Geral do Estado, para fins de execução. Comunique-se ao Egrégio Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/SP, para conhecimento e providências que entenderem de rigor. Comunique-se, ainda, por se tratar de advogada dativa, à Defensoria Pública (Comissão de Convênio), para conhecimento e providências que entenderem cabíveis. Baixem-se, com urgência, os autos à origem a fim de que seja nomeado novo defensor público ou dativo à apelante, intimando-se-o, a seguir, para a oferta das razões recursais, seguidas das contrarrazões do representante do *parquet*" (fls. 322/323 da ação penal).

Após a imposição da multa, a impetrante apresentou dois pedidos de reconsideração argumentando encontrar-se com quadro de gravidez de risco, o que lhe impossibilitou o amplo exercício de suas funções de advogada. Os pedidos foram indeferidos sob o seguinte argumento:

"O pedido de reconsideração não merece deferimento, na medida em que o estado gravídico alegado não é, em hipótese alguma, contemporâneo ao início da DESÍDIA apresentada pela douta causídica. Segundo consta dos autos, a primeira intimação da douta patrona para a oferta das competentes razões recursais se deu por meio de publicação de termo de vista em 28 de novembro de 2022, sendo que o documento juntado a fls. 341, datado de 28 de março de 2023, informa gravidez de, aproximadamente, 11 (onze) semanas. Logo, esta teria ocorrido na segunda quinzena do mês de janeiro de 2023, isto é, em data posterior a quase dois meses daquela em que deveria a patrona ter apresentado a peça recursal competente. Injustificada, portanto, a desídia, de modo que mantida a imposição de multa" (fl. 381 da ação penal n.º (...)).

Pois bem. Tenho para mim que o *writ* não merece prosperar.

Conquanto lamentável a condição da impetrante, que apresenta atualmente quadro de gravidez de risco, tal fato não é capaz de afastar a situação de

Acesso ao Sumário

abandono que deu azo à imposição da multa prevista no artigo 265 do Código de Processo Civil.

Com efeito, o documento exibido à fl. 342 da ação penal (processo n.º (...)) atesta que a impetrante, em 28.03.2023, encontrava-se grávida de 11 (onze) semanas, de modo que o início da concepção ocorreu por volta do começo do mês de janeiro de 2023.

Sucede que a primeira intimação para apresentação das razões recursais ocorreu em 28.11.2022 (fls. 304 da ação penal), antes, portanto, do início da gravidez, sem que a impetrante apresentasse, à época, qualquer justificativa para sua inércia.

Paralelamente, a segunda intimação, por carta de ordem, foi cumprida em 16.02.2023, antes, portanto, do cancelamento da inscrição da impetrante do Convênio da OAB com da Defensoria Pública (fl. 22) e de sua internação, em 31.03.2023 (fls. 18/21 destes autos), quando foi constatada a ameaça de aborto.

Logo, não se verifica a existência de qualquer argumento plausível que justifique a atuação desidiosa da advogada de modo a isentá-la da aplicação da penalidade por abandono processual.

Vale lembrar que a desídia injustificada na prática de um único ato processual se enquadra no conceito de abandono e autoriza a aplicação da multa do art. 265 do CPP (AgRg. no RMS. n.º 68.406/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, 6ª Turma, j. 13/12/2022).

Também é assente o entendimento de não haver ofensa ao contraditório ou à ampla defesa na cominação da multa, porquanto prevista expressamente na Lei processual (RMS n. 63.389/MG, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 4/8/2020), não havendo, portanto, que se falar em direito líquido e certo da impetrante.

Cumpre destacar que deixar de cumprir atos indispensáveis ao regular desenvolvimento do processo constitui verdadeira afronta ao devido processo legal e à ampla defesa, paralisando a tramitação processual do feito, além de causar prejuízo ao réu, ficando autorizada, portanto, a imposição da multa prevista no artigo 265 do CPC.

Acesso ao Sumário

Destaco, a propósito, precedentes da lavra deste C. Órgão Especial:

> "Mandado de segurança – Impetração contra Decisão proferida pelo Exmo. Desembargador Presidente da Seção de Direito Criminal desta E. Corte, que aplicou a multa prevista no art. 265 do CPP a advogado que deixou de apresentar razões de apelação na forma do art. 600, § 4º do CPP, mesmo intimado duas vezes para tanto – Intimação inicial realizada após a remessa dos autos à segunda instância e respondida com pedido de apresentação das razões somente após a distribuição do feito ao órgão fracionário responsável pelo julgamento do recurso – Indeferimento do requerimento, com concessão de prazo

de 05 dias para apresentação das razões, sob pena de imposição da sanção em tela – Ausência de justificativa para a inércia, admitindo o próprio impetrante que se tratou de lapso, que ocorreu pois 'acreditava piamente no deferimento da apresentação das razões de apelação após a distribuição do feito' – Dupla intimação e relevância da peça processual não protocolada para a defesa do réu que agravam a omissão do impetrante – Protocolo das razões três dias após a intimação da decisão impugnada que, embora tenha atenuado os prejuízos processuais e ao réu, não exime o impetrante do ato desidioso observado – Reconsideração da decisão que havia destituído o impetrante da defesa do réu que tampouco impede a penalização – Jurisprudência do C. STJ e deste C. Órgão Especial no sentido de que a verificação de desídia em um único ato processual é suficiente para caracterização do abando preconizado no art. 265 do CPP – Segurança denegada" (Mandado de Segurança n.º 2035719-09.2023.8.26.0000; Rel. Des. Luciana Bresciani; j. 19/04/2023).

"Mandado de segurança – Afastamento do patrocínio da causa, nomeação de advogado dativo *ad hoc* e aplicação de multa por abandono processual – Art. 265, CPP – Constitucionalidade referendada na ADI 4.398 – Multa por abandono processual: tipicidade – Advogado que não apresentou razões de apelação em favor do réu representado, após ser intimado por duas vezes para tanto e advertido de possível cominação da penalidade – Multa – Arbitramento em 10 salários – Cabimento – Nomeação de novo advogado – Medida adequada para garantir a defesa do Acusado – Segurança denegada" (Mandado de Segurança n.º 0002951-64.2023.8.26.0000; Rel. Des. Ademir Benedito; j. 29/03/2023).

"MANDADO DE SEGURANÇA – IMPETRAÇÃO CONTRA ATO COATOR ATRIBUÍDO AO PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO QUE, EM AUTOS DE APELAÇÃO, APLICOU AO ADVOGADO NOMEADO PARA DEFESA DO RÉU PENA DE MULTA NO VALOR CORRESPONDENTE A DEZ SALÁRIOS-MÍNIMOS POR ABANDONO DE CAUSA, ANTE A NÃO APRESENTAÇÃO DAS RAZÕES DO RECURSO NA FASE DO ART. 600, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, MESMO INTIMADO – APRESENTAÇÃO EXTEMPORÂNEA SEM JUSTIFICATIVA QUE NÃO IMPEDE A MULTA IMPOSTA – AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE NA APLICAÇÃO DA PENALIDADE – DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO CONFIGURADO – ORDEM DENEGADA, COM REVOGAÇÃO DA LIMINAR" (Mandado de Segurança n.º 2021759-83.2023.8.26.0000; Rel. Des. Matheus Fontes; j. 15/03/2023).

Irrelevante, por outro lado, a existência de Projeto de Lei visando extinguir a aplicação da multa, por se tratar de proposição legislativa que ainda não foi aprovada na Câmara dos Deputados, não produzindo, daí, qualquer efeito no mundo jurídico.

Pelo exposto, por esses fundamentos, denego a segurança, cassada a li-

Acesso ao Sumário

minar. Deixo de fixar honorários advocatícios em atenção ao artigo 25 da Lei nº 12.016/2009 e aos enunciados das Súmulas nº 512 do STF e nº 105 do STJ. Custas na forma da lei.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Criminal nº 2164778-50.2023.8.26.0000, da Comarca de Araraquara, em que é impetrante ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO DE SÃO PAULO, 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. (...).", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 81.950)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME G. STRENGER (Presidente), 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, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI e ADEMIR BENEDITO.

São Paulo, 16 de agosto de 2023.

CAMPOS MELLO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: 1. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO PRATICADO PELO PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. IMPOSIÇÃO DE MULTA, COM FUNDAMENTO NO ART. 265 DO C.P.P. A ADVOGADO QUE DEIXOU DE APRESENTAR RAZÕES DE APELO NO PRAZO DO ART. 600, § 4º, DO C.P.P. 2. SEGURANÇA DENEGADA. 3. SITUAÇÃO RETRATADA NOS AUTOS QUE JUSTIFICA A APLICAÇÃO DA SANÇÃO, CONFORME PRECEDENTES DESTA COR-

TE. 4 . ORDEM DENEGADA.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, em face de ato praticado pelo Presidente da Seção de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Alega a impetrante que foi ilícita a imposição de multa a advogado, pois a perda de prazo para apresentar razões de recurso de apelação se deu por conta de afastamento por motivo de saúde. Aduz que a falta de apresentação de justificativa em juízo se deu em razão de esquecimento provocado pela moléstia que acomete o causídico. Sustenta que por se tratar de recurso ordinário penal, era possível seu exame mesmo sem a juntada das razões. Entende que o art. 265 do Código de Processo Penal é inconstitucional, pois cabe somente à OAB aplicar sanções a advogados. Pede a concessão da ordem.

Processou-se com concessão de liminar, a Presidência da Seção de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo prestou informações, e a Procuradoria-Geral de Justiça se manifestou pela denegação da ordem.

É o relatório.

É caso de ser denegada a ordem.

O objeto da presente impetração consiste na discussão acerca da legalidade da aplicação de multa a advogado de réu em processo penal, em decorrência de suposto abandono do processo pelo defensor.

Anote-se, de início, que o Supremo Tribunal Federal já decidiu a respeito da constitucionalidade do art. 265 do Código de Processo Penal em ação direta de inconstitucionalidade cuja ementa cabe aqui transcrever: "*Ação direta de inconstitucionalidade. caput do art. 265 do código de processo penal. Aplicação de multa de dez a cem salários mínimos ao advogado que abandona injustificadamente o processo, sem comunicação prévia ao juízo. Constitucionalidade. disposição legal que visa assegurar a administração da justiça, a razoável duração do processo e o direito indisponível do réu à defesa técnica. Ação direta julgada improcedente*" (ADI 4.398/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 5.8.2020).

Assentada tal premissa, dispõe o Código de Processo Penal que, se assim desejar o apelante, o prazo para oferta de razões do apelo será aberto no Tribunal, observados os prazos legais (art. 600, § 4º), o que foi requerido pelo patrono do acusado (cf. fls. 79 destes autos e fls. 173 dos autos principais). Remetidos os autos para esta Corte, foi aberta vista ao patrono para oferta das razões (cf. fls. 82 destes autos e fls. 184 dos autos principais), bem como expedida carta de ordem para sua intimação (cf. fls. 84 destes autos e fls. 186 dos autos principais) e efetivada a intimação pessoal em 8.3.2023 (cf. fls. 96 destes autos e fls. 198

Acesso ao Sumário

dos autos principais). Diante da inércia do advogado, o Presidente da Seção de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu que a falta de ato indispensável para o andamento do processo, sem nenhuma justificativa, consubstancia abandono e justifica a aplicação da sanção prevista no art. 265 do C.P.C. (cf. decisão proferida em 25.4.2023 a fls. 111/112 destes autos e fls. 213/214 dos autos principais). Somente em petição protocolada em 8.6.2023 (cf. fls. 152/154 destes autos e fls. 254/256 dos autos principais) informou que, por recomendação médica, deveria afastar-se de suas atividades profissionais pelo período de 30 dias, contados do dia 10.3.2023, data posterior à intimação pessoal efetivada.

Nesse contexto, a própria impetrante admite que a justificativa somente foi apresentada em juízo meses após ter cessado o período de afastamento de suas atividades profissionais. Anote-se que a impetrante até afirma que o esquecimento de apresentar justificativa para a inércia decorreu da doença que acometia o advogado, mas isso constitui mera ilação que não encontra respaldo na prova juntada com a inicial do presente mandado de segurança.

Assim, não se constata nenhuma ilegalidade no ato de imposição de multa pelo Presidente da Seção de Direito Criminal no caso em tela, visto que escorada em situação de fato que justifica a aplicação da multa. Anote-se que o Órgão Especial tem decidido neste sentido em situações análogas: Mandado de Segurança Criminal 2035719-09.2023.8.26.0000, Rel. Des. Luciana Bresciani, j. 19/04/2023; Mandado de Segurança Criminal 2021759-83.2023.8.26.0000, Rel. Des.: Matheus Fontes, j. 16/03/2023; Mandado de Segurança Cível 2228354-90.2018.8.26.0000, Rel. Des. Álvaro Passos, j. 20/02/2019; Mandado de Segurança Cível 2190750-32.2017.8.26.0000, Rel. Des. Evaristo dos Santos, j. 13/12/2017; Mandado de Segurança Cível 2220292-32.2016.8.26.0000, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. 01/02/2017.

Pelo exposto, denego a ordem. Custas na forma da lei.

Acesso ao Sumário

Reclamações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reclamação nº 2078763-78.2023.8.26.0000, da Comarca de Sorocaba, em que é reclamante MUNICÍPIO DE SOROCABA, é reclamado EXMO. SR. DESEMBARGADOR DA 3ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo,

proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A RECLAMAÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 81.807)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, RICARDO DIP, JAMES SIANO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, LUIZ ANTONIO DE GODOY, FIGUEIREDO GONÇALVES, CARLOS MONNERAT, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS e FRANCISCO CASCONI.

São Paulo, 5 de julho de 2023.

CAMPOS MELLO, Relator

Ementa: 1. RECLAMAÇÃO CONTRA ACÓRDÃO PROFERIDO POR UMA DAS CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO DESTA CORTE. 2. CABIMENTO DE RECLAMAÇÃO QUANDO SE TRATA DE DECISÃO PROFERIDA EM CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE, CUJOS EFEITOS VINCULANTES SÃO ERGA OMNES. 3. ACÓRDÃO PROFERIDO QUE, APESAR DE RECONHECER A EXISTÊNCIA DE DECISÃO DE PROCEDÊNCIA PROFERIDA EM REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, DEU PROVIMENTO A APELO INTERPOSTO EM MANDADO DE SEGURANÇA PARA DEFERIR COMPLEMENTAÇÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO PREVISTO EM NORMA CUJA INCONSTITUCIONALIDADE FORA RECONHECIDA. CONFIGURADA SITUAÇÃO PREVISTA NO ART. 988, II, DO C.P.C. 4. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE PARA QUE, NOS TERMOS DO ART. 992, DO C.P.C., CASSADA A DECISÃO PROFERIDA EM DESCONFORMIDADE COM O QUE DECIDIDO NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, OUTRA SEJA PROFERIDA, OBSERVANDO-SE SUA EFICÁCIA VINCULANTE.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de reclamação contra acórdão copiado a fls. 255/266, proferido pela 3ª Câmara de Direito Público desta Corte, que, após cassação de acórdão anterior, reexaminou recurso e deu provimento a apelação interposta contra sentença que denegou mandado de segurança.

Alega o reclamante que o julgamento proferido pela 3ª Câmara de Direito Público contraria decisões do Órgão Especial, que já reconheceram, em controle concentrado, a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 8º da Lei 3.300/1990 e da Lei 4.549/1994, ambas do Município de Sorocaba. Argumenta que houve violação também à autoridade do que restara decidido em outra reclamação decidida por este Órgão Especial. Pede a procedência.

Processada a reclamação sem liminar, foram prestadas informações pelo Des. Relator da apelação, a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela procedência parcial da reclamação e a interessada pelo não conhecimento e pela improcedência.

É o relatório.

A presente reclamação deve ser julgada procedente.

De início convém assentar que compete ao Órgão Especial julgar representação de inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Estadual, nos termos do art. 125, § 2º, da Constituição Federal; arts. 74, VI, e 90, § 5º, do Estado de São Paulo; e art. 13, I, "a", do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo. Via de consequência, para fazer valer sua competência e assegurar a autoridade de seus julgados, também cabe ao Órgão Especial o exame de reclamação (cf. art. 74, X, da Constituição do Estado de São Paulo e art. 195 do RITJSP). A questão não envolve, portanto, hierarquia entre órgãos do mesmo Tribunal. Trata-se, na verdade, de distribuição de competência funcional entre os órgãos da Corte. E é do Órgão Especial a competência para declarar a inconstitucionalidade em arguição incidental e para examinar a constitucionalidade em controle concentrado bem como para preservar sua competência e a autoridade de seus julgados, conforme acima assentado.

Acesso ao Sumário

Registre-se ainda que compete aos Tribunais manter sua jurisprudência estável, íntegra e coerente (cf. art. 926 do C.P.C.). Além disso, o art. 927 do mesmo diploma expressamente dispõe que tanto juízes quanto Tribunais deverão observar "a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados" (cf. inciso V do aludido dispositivo legal).

Relembre-se que este Órgão Especial tem entendido admissível o exame do mérito de reclamações, quando sua decisão se reveste de efeito erga omnes, mesmo em face de decisão proferida por órgão fracionário da Corte (cf. Reclamação 2294075-18.2020.8.26.0000, Rel. Des. Jacob Valente, j. 05/05/2021; Reclamação 2195310-12.2020.8.26.0000; Rel. Des. Antonio Celso Aguilar Cortez,

j. 28/04/2021; Reclamação 2035346-80.2020.8.26.0000, Rel. Des. James Siano, j. 18/08/2021; Reclamação 2266879-44.2018.8.26.0000, Rel. Des. Renato Sartorelli, j. 20/03/2019; Reclamação 2076626-02.2018.8.26.0000, Rel. Des. João Carlos Saletti, j. 24/10/2018; Reclamação 2227404-52.2016.8.26.0000, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. 05/04/2017; Reclamação 2168400-84.2016.8.26.0000, Rel. Des. Salles Rossi, j. 14/12/2016).

Não se desconhece de jurisprudência deste Órgão Especial no sentido de não se conhecer de reclamação contra decisão de órgão fracionário da Corte (cf. Reclamação 2081684-78.2021.8.26.0000, Rel. Des. Renato Sartorelli, j. 02/06/2021; Reclamação 2205039-62.2020.8.26.0000; Rel. Des. Alex Zilenovski, j. 10/03/2021; Reclamação 2231790-86.2020.8.26.0000, Rel. Des. João Carlos Saletti, j. 24/02/2021; Reclamação 2275554-25.2020.8.26.0000, Rel. Des. Ademir Benedito, j. 10/02/2021; Reclamação 2267958-24.2019.8.26.0000, Rel. Des. Xavier de Aquino, j. 27/01/2021; Reclamação 2274493-32.2020.8.26.0000, Rel. Des. Claudio Godoy, j. 27/01/2021). Anoto que já me filiei a essa corrente. Mas análise mais acurada levou-me à conclusão de que o não conhecimento é cabível em hipóteses diversas, nas quais o paradigma da reclamação não consiste em decisão vinculante proferida em controle abstrato de constitucionalidade. Aqui, ao contrário, há sim decisão vinculante, com efeito erga omnes, a qual deve ser necessariamente observada também pelos órgãos fracionários desta Corte. Relembre-se que o processo judicial de controle abstrato *"serve de instrumento de satisfação da pretensão de garantir a supremacia constitucional e depurar o ordenamento jurídico. Tem por finalidade a realização dos escopos fundamentais do Estado"* (Juliano Taveira Bernardes, "Controle Abstrato de Constitucionalidade", Ed. Saraiva, 2004, p. 481).

Anote-se, também, que a reclamação de fato não pode servir de sucedâneo recursal. Não pode dela se valer o reclamante para obter a reforma da decisão reclamada e para que seu interesse seja satisfeito diretamente em sede de reclamação. A procedência da reclamação não implica a reforma da decisão e satisfação direta do interesse da parte reclamante, mas sim a cassação da decisão (cf. art. 992 do C.P.C.), com a consequente determinação para que outra seja proferida pelo órgão competente, sem que a autoridade da decisão vinculante seja violada. O julgamento do recurso que deu origem à reclamação compete à Câmara que proferiu a decisão reclamada.

E no que diz respeito ao presente caso, a leitura da inicial permite que se constate que aquilo que o reclamante pretende é apenas a cassação da decisão reclamada. Aliás, considerando-se o fato de que não cabe reclamação de decisão transitada em julgado (cf. art. 988, § 5º, I, do C.P.C.), a recorribilidade da decisão reclamada, além de não ser óbice ao ajuizamento de reclamação, é, em realidade, seu pressuposto. E também dispôs o legislador que a reclamação e o recurso interposto contra a mesma decisão são independentes, não havendo

Acesso ao Sumário

relação de prejudicialidade entre eles (cf. art. 988, § 6º, do C.P.C.).

Portanto, alegado existir conflito entre decisão de órgão fracionário do Tribunal e orientação vinculante proferida pelo Órgão Especial em controle concentrado de constitucionalidade, é cabível a propositura de reclamação.

Cabe ainda ressaltar que a decisão reclamada determinou a concessão da segurança para determinar tanto a complementação de benefício previdenciário quanto a integração da autora em programa de assistência à saúde. No entanto, apenas a questão acerca da complementação do benefício previdenciário foi objeto da ação direta de inconstitucionalidade e da presente reclamação. Assim, o mérito da presente está restrito a esse capítulo do acórdão reclamado.

No mais, a presente reclamação contém peculiaridades, pois, anteriormente, acórdão proferido pela mesma 3ª Câmara de Direito Público nos autos do Mandado de Segurança n. 1003734-81.2020.8.26.0602 foi objeto de outra reclamação acolhida. Cabe transcrever a ementa da decisão proferida por este Órgão Especial na ocasião:

> "*1. Reclamação contra acórdão proferido por uma das Câmaras de Direito Público desta Corte. 2. Cabimento de reclamação quando se trata de decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade, cujos efeitos vinculantes são erga omnes. 3. Acórdão proferido que, apesar de reconhecer a existência de decisão de procedência proferida em representação de inconstitucionalidade, deu provimento a apelo interposto em mandado de segurança para deferir complementação de benefício previdenciário previsto em norma cuja inconstitucionalidade fora reconhecida. Configurada situação prevista no art. 988, II, do C.P.C. 4. Reclamação julgada procedente para que, nos termos do art. 992, do C.P.C., cassada a decisão proferida em desconformidade com o que decidido na ação direta de inconstitucionalidade, outra seja proferida observando-se sua eficácia vinculante.*"

E quanto aos fundamentos empregados, cabe também reproduzi-los para que se evidencie em que termos fora cassada a decisão proferida pela 3ª Câmara de Direito Público:

> *Em relação à decisão que serve de paradigma nesta reclamação, o Órgão Especial desta Corte declarou a inconstitucionalidade parágrafo único do art. 8º da Lei 3.300/1990 e da Lei 4.549/1994, do Município de Sorocaba, na representação de inconstitucionalidade n. 2272507-14.2018.8.26.0000 (cf. fls. 141/156), cuja ementa cabe aqui transcrever: "I –* Ação direta de inconstitucionalidade. Leis Municipais que dispõem sobre *complementação de proventos de aposentadoria e pensões de servidores públicos inativos do município. II – Inexistência de indicação da respectiva fonte de custeio. Ofensa ao regime constitucional contributivo*

Acesso ao Sumário

e ao princípio do equilíbrio financeiro e atuarial. Inadmissível a criação ou majoração de benefício previdenciário sem a correspondente fonte de custeio, não bastando a previsão de que o benefício será custeado pelo Tesouro Municipal. Violação ao disposto no artigo 218 da Constituição Estadual, que determina a observância aos princípios da seguridade social previstos nos artigos 194 e 195 da Constituição Federal. III – Pedido julgado procedente.". (Rel. Des. Márcio Bartoli, V.U. j. 28.8.2019).

Trata-se de decisão proferida em processo objetivo, cujo julgamento tem eficácia vinculante e erga omnes (cf. art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99). Ressalte-se que essa característica do controle concentrado estende-se também ao controle feito em relação às constituições estaduais pelos Tribunais de Justiça. Nesse sentido: "Trata-se de reconhecer que o controle abstrato de normas de direito estadual e municipal em face da Constituição, tal como autorizado no art. 125, § 2º, da Constituição Federal e disciplinado em diversas Constituições estaduais, não se compatibiliza com fórmulas limitadores da eficácia da decisão, como a prevista no art. 52, X, da Constituição. A decisão proferida em controle abstrato há de ter eficácia erga omnes sob pena de se subverter ou de se descaracterizar por completo o próprio sistema judicial de controle de constitucionalidade (...)" (Gilmar Mendes, "Curso de Direito Constitucional", Ed. Saraiva, 12ª ed., 2017, p. 1486).

Ainda a esse respeito, convém assentar que: "A eficácia erga omnes nada tem a ver com o território do Estado da Constituição que constituiu parâmetro de controle ou quem está sediado o Tribunal de Justiça. Eficácia erga omnes ou geral é eficácia que diz respeito a todos os potenciais sujeitos da norma que foi questionada mediante ação direta. Portanto, a eficácia erga omnes se estende a todos aqueles que possam se ver diante da norma objeto da ação proposta no Tribunal de Justiça do Estado" (Luiz Guilherme Marinoni e outros, "Curso de Direito Constitucional", Ed. Saraiva, 9ª, ed., 2020 p.1443).

Além disso, o efeito das decisões proferidas em controle concentrado é, em regra, ex tunc, visto que o reconhecimento da nulidade atinge a norma desde sua origem. É certo que se admite a modulação de efeito da decisão (cf. art. 27 da Lei 9.868/99). Registre-se que na presente hipótese, no julgamento da ação direta foi determinada a modulação dos efeitos da decisão, para que fossem produzidos após 120 dias do julgamento, assegurada a irrepetibilidade dos valores recebidos de boa-fé (cf. fls. 155/156). Assim, considerado o fato de que, mesmo tendo sido interposto recurso extraordinário, trata-se de inconformismo que não é dotado ordinariamente de efeito suspensivo (cf. art. 1.029, § 5º, do C.P.C.), a declaração de inconstitucionalidade já produzia seus efeitos vinculantes

Acesso ao Sumário

e erga omnes quando interposto o apelo no mandado de segurança que deu origem à presente impugnação.

No que diz respeito ao acórdão proferido pela 3ª Câmara de Direito Público, no julgamento de apelo n. 1003734-81.2020.8.26.0602, (cf. fls. 112/122), cabe também transcrever a ementa do julgado: "APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – Pensionista de servidor aposentado de autarquia municipal – Sentença devidamente fundamentada – Pedido de manutenção do pagamento da complementação da aposentadoria, bem como, da manutenção da assistência à saúde – Possibilidade – Leis Municipais nº 3.300/1990 e 4.549/199 cuja desconformidade com o ordenamento foi reconhecida na ADI nº 2272507-14.2018.8.26.0000 – Solução que não pode atingir situação consolidada há mais de dez anos – Reconhecimento de direito líquido e certo – Vínculo com o Município que permita que a impetrante possa se beneficiar de assistência prestada pela FUNSERV – Sentença denegatória da segurança reformada – Recurso provido.".

Com efeito, verifica-se que ele é posterior ao julgamento da ação direta de inconstitucionalidade. Tanto é assim que houve inclusive menção expressa daquilo que restara decidido por este Órgão Especial (cf. fls. 118). Não obstante, o que se depreende da leitura do acórdão da 3ª Câmara de Direito Público é que a segurança foi concedida para determinar a continuidade da complementação de benefício previdenciário, sob o fundamento de que a declaração de inconstitucionalidade não poderia atingir situações consolidadas. No entanto, consoante acima explicitado, esta Corte já havia determinado o momento de incidência dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em relação às situações anteriores.

Forçoso concluir, então, que a decisão reclamada contrariou frontalmente a decisão deste Órgão Especial, ao deferir a complementação postulada pela impetrante e prevista em norma já declarada inconstitucional por decisão com efeito vinculante. Configurada, portanto, a hipótese do art. 988, II, do C.P.C., é caso de ser julgada procedente a presente reclamação, para que, nos termos do art. 992 do aludido diploma legal, cassada a decisão reclamada no capítulo referente à complementação do benefício previdenciário da interessada, outra seja proferida com observância do que restou decidido na representação de inconstitucionalidade n. 2272507-14.2018.8.26.0000, inclusive, se o caso, conforme a modulação dos efeitos da decisão determinada pelo Órgão Especial.

Acesso ao Sumário

Retornaram os autos à 3ª Câmara de Direito Público, para que outra decisão fosse proferida em conformidade com o julgamento daquela reclamação primitiva, e então foi proferido novo acórdão, que, tal como o anterior, deu pro-

vimento ao apelo e cuja fundamentação limita-se a transcrever ipsis litteris em grande parte os fundamentos antes empregados. Basta, a propósito, ler a ementa do novo acórdão da 3ª Câmara de Direito Público (cf. fls. 256):

> *APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA Pensionista de servidor aposentado de autarquia municipal. Sentença devidamente fundamentada. Pedido de manutenção do pagamento da complementação da aposentadoria, bem como, da manutenção da assistência à saúde. Possibilidade Leis Municipais nº 3.300/1990 e 4.549/199 cuja desconformidade com o ordenamento foi reconhecida na ADI nº 2272507-14.2018.8.26.0000. Solução que não pode atingir situação consolidada há mais de dez anos Reconhecimento de direito líquido e certo Vínculo com o Município que permita que a impetrante possa se beneficiar de assistência prestada pela FUNSERV. Sentença denegatória da segurança reformada. Recurso Provido.*

Ressalve-se ter sido acrescido o seguinte trecho na fundamentação do acórdão (fls. 266):

> *"Vale observar que o acórdão desconstituído transitou em julgado em 04.04.2022 (fls. 448), o que em tese imporia seu respeito, não havendo previsão legal de seu afastamento pela via da reclamação.*
>
> *De qualquer sorte, não se está julgando contrariamente à decisão dada na reclamação. Primeiro porque se entendeu que a impetrante tem direito à complementação em razão das leis municipais 1.068/1963 e 1.197/1963. Depois, em razão de princípios constitucionais (direito adquirido, segurança jurídica e ato jurídico perfeito), que sequer uma decisão em ação direta de inconstitucionalidade pode afastar. Não fora isso, o fundamento da situação fático-jurídica consolidada não afronta a modulação da ação direta informada no acórdão da ação de inconstitucionalidade, pois foi ele estabelecido para preservação de direitos dos servidores, para não precisarem devolver o que ganharam, não para prejudica-los* (sic) *retirando seus direitos decorrentes da consolidação de situação, fundamento que vem sendo admitido pelo Judiciário em inúmeros casos de funcionários".*

No que diz respeito à questão da coisa julgada, anote-se que quem deve aferir os requisitos necessários ao julgamento da reclamação, é o órgão competente para o julgamento da reclamação, no caso, o Órgão Especial. Mas a certidão de trânsito em julgado a fls. 448 dos autos do Mandado de Segurança não prevalece, pois, ainda que a existência de coisa julgada seja impeditiva da formulação de reclamação, na hipótese presente esta foi proposta **antes** da formação da coisa julgada, o que está de acordo com o art. 988 do C.P.C. Tanto é assim que nem mesmo a inadmissibilidade de eventual recurso interposto contra a

Acesso ao Sumário

decisão reclamada prejudica o exame da reclamação (cf. art. 988, 6º, do C.P.C.). Nesse sentido: *"a coisa julgada capaz de impedir o manejo da reclamação (art. 988, § 5º*, I) é a que preexistia à sua interposição, não a que veio a se aperfeiçoar na pendência da própria reclamação" (cf. Humberto Theodoro Júnior, 'Curso de Direito Processual Civil', Volume III, Forense, 50ª ed., 2017, p. 944).

Quanto ao fundamento de que a manutenção do direito à complementação de pensão se deu por força da incidência das Leis Municipais n. 1.068/1963 e 1.197/1963, o que se constata da leitura de ambos acórdãos reclamados, é que, em realidade, a invocação desses dispositivos foi referida a título de obiter dictum, verificada a construção sintática do trecho correspondente: *"Não fora isso, ainda que se entendesse de afastar as leis pela inconstitucionalidade, de forma direta, retornariam a viver as leis Municipais nº(s) 1.068/1963 e 1.197/1963, que não podem ser consideradas revogadas porque as leis que as revogaram, posto declaradas inconstitucionais, é como se nunca tivessem existido e nunca produzido efeito revogatório algum"*. Assim, tendo em vista que a decisão judicial também deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e de boa-fé (art. 489, § 3º, do C.P.C.), a conclusão que se extrai da decisão reclamada é que a complementação da aposentadoria foi sim mantida em função das Leis 3.300/1990 e 4.549/1994, que foram objeto de ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

Nesse contexto, a tentativa de descumprir o que fora decidido pelo Órgão Especial (inclusive por força de princípios como o do direito adquirido, segurança jurídica e ato jurídico perfeito) revela-se canhestra, visto que a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade **já** considerou a proteção à segurança jurídica. E, no que tange ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, eles não subsistem ante o efeito ex tunc da declaração de inconstitucionalidade.

Ressalte-se ainda o parecer da Procuradoria Geral da Justiça (cf. fls. 339), verbis:

> *"Ao determinar que o Município de Sorocaba deve restabelecer a complementação da pensão por morte da beneficiária Araci Martins Salinas, o acórdão, por compreender que a declaração de inconstitucionalidade das leis municipais não poderia afetar situações anteriores, afastou-se do decidido por esse colendo Órgão Especial e concedeu efeitos que não foram atribuídos no venerando acórdão proferido na ação direta de inconstitucionalidade.*
>
> *Ou seja, concedeu à beneficiária da pensão por morte o direito ao recebimento da complementação ad eternum, que não foi alvo de modulação quando do julgamento da ação direta."*

Configurada, portanto, a hipótese do art. 988, II, do C.P.C., é caso de ser julgada procedente em parte a presente reclamação, para que, nos termos

Acesso ao Sumário

do art. 992 do aludido diploma legal, cassada a decisão reclamada, outra seja novamente proferida, com estrita observância do que restou decidido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2272507-14.2018.8.26.0000, nos limites acima expostos.

Pelo exposto, com a limitação assinalada, julgo procedente a presente reclamação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Representação Criminal/Notícia de Crime nº 2210406-33.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é representante PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é representado (...) (JUIZ DE DIREITO).

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DETERMINARAM O ARQUIVAMENTO DOS AUTOS. V.U.", de conformidade com o voto do Relator que integra este Acórdão. **(Voto nº 35.835)**

O julgamento teve a participação dos Exmos Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, FLAVIO ABRAMOVICI, RAMON MATEO JÚNIOR, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, RICARDO DIP, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI e ELCIO TRUJILLO.

São Paulo, 2 de agosto de 2023.

LUIS FERNANDO NISHI, Relator

Ementa: REPRESENTAÇÃO CRIMINAL – Procedimento instaurado para apurar suposto crime de prevaricação atribuído a Magistrado da Justiça Militar do Estado de São Paulo – Proposta de arquivamento por parte da D. Procuradoria-Geral de Justiça que não pode ser recusada – Entendimento consolidado pelo E. Supremo Tribunal Federal e deste C. Órgão Especial – Representação arquivada (art. 3º, I, da Lei nº 8.038/90), com as ressalvas do art. 18 do CPP.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de procedimento investigatório instaurado contra o MM. Juiz Militar **(...)** para apurar eventual crime de prevaricação envolvendo a sentença absolutória prolatada em processo criminal de réus patrocinados pelo advogado (...).

Segundo constou da denúncia anônima apresentada, o Magistrado representado possui estreita amizade com o causídico, de modo a comprometer sua imparcialidade em julgamentos realizados pela Justiça Militar do Estado de São Paulo, notadamente no caso em que, apesar da gravidade dos fatos e das provas dos autos, absolveu policiais militares, acusados de (...), como forma de favorecer seu amigo advogado.

No âmbito do procedimento instaurado, foram realizadas diversas diligências, tais como pesquisas em fontes abertas (fls. 30/47), cópia integral dos autos em que houve a absolvição narrada na notícia anônima (fls. 85 e 192), além da busca de processos patrocinados por (...) perante a (...) Auditoria da Justiça Militar (fls. 99/111, 223/230), com acesso às cópias dos processos judiciais em andamento autorizado pela Corregedoria da Justiça Militar (fls. 1.231/1.725).

Remetidos os autos à D. Procuradoria-Geral de Justiça, opinou seu ilustre representante, por delegação do Procurador-Geral de Justiça (art. 116, XIV, da LOMP), pelo arquivamento da representação criminal, com as ressalvas do art. 18 do Código de Processo Penal (fls. 1.736/1.754).

É o relatório, passo ao voto.

I – A representação criminal deve ser arquivada.

No caso, verifica-se que a D. Procuradoria-Geral de Justiça, após o exame das peças de informação, propôs o arquivamento do feito, concluindo que a presente representação não possui indícios suficientes da prática do crime de prevaricação por parte do denunciado, nos seguintes termos:

> *"Assim sendo, ainda que a amizade pública do Magistrado representado com o advogado representado não tenha sido invocada nos autos (...), da prova amealhada neste procedimento de investigação criminal não se extraem todas as elementares do crime de prevaricação que possa ser atribuído a Magistrado em razão do teor de decisão judicial em processo sob sua responsabilidade funcional.*
>
> *Por outro lado, é relevante a informação constante nos autos (...), que tramitou na Barra Funda, de que (...) abordou preso no Presídio Romão Gomes para dizer de sua amizade com (...). Mas dessa afirmação também não se extraiu conduta concreta do Magistrado em benefício do seu amigo (...) que possa assumir contornos penais.*
>
> *Nos demais casos identificados em que (...) atuou perante a (...)*

Acesso ao Sumário

Auditoria Militar do Estado de São Paulo, muitos deles não desafiados em seu mérito em discordância pelo Ministério Público, também não despontaram elementos que permitissem a aplicação do artigo 319 do Código Penal.

Portanto, suficiente a prova produzida e desnecessária a realização de ulteriores atos de investigação nesta seara criminal, promove-se o arquivamento da representação.

Diante de todo o exposto, requeiro, por delegação do Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral de Justiça (artigo 116, inciso XIV, da Lei Orgânica do Ministério Público e Portarias de números 4925 a 4927/2022 – PGJ), o ***ARQUIVAMENTO*** *da presente representação criminal, com as ressalvas do artigo 18 do Código de Processo Penal."* (fls. 1.753/1.754)

O **E. Supremo Tribunal Federal** possui entendimento consolidado no sentido de que, *"sendo o Ministério Público o único titular da ação penal incondicionada, o pedido de arquivamento formulado pelo Parquet fundado na ausência de conduta criminosa é irrecusável"* (**RE. nº 781.842, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 19/11/2013**).

Nesse sentido:

"Inquérito policial: arquivamento requerido pelo chefe do Ministério Público por falta de base empírica para a denúncia: irrecusabilidade.

1. No processo penal brasileiro, o motivo do pedido de arquivamento do inquérito policial condiciona o poder decisório do juiz, a quem couber determiná-lo, e a eficácia do provimento que exarar.

2. Se o pedido do Ministério Público se funda na extinção da punibilidade, há de o juiz proferir decisão a respeito, para declará-la ou para denegá-la, caso em que o julgado vinculará a acusação: há, então, julgamento definitivo.

3. Do mesmo modo, se o pedido de arquivamento – conforme a arguta distinção de Bento de Faria, acolhida por Frederico Marques –, traduz, na verdade, recusa de promover a ação penal, por entender que o fato, embora apurado, não constitui crime, há de o Juiz decidir a respeito e, se acolhe o fundamento do pedido, a decisão tem a mesma eficácia de coisa julgada da rejeição da denúncia por motivo idêntico (C.Pr.Pen., art. 43, I), impedindo denúncia posterior com base na imputação que se reputou não criminosa.

4. Diversamente ocorre se o arquivamento é requerido por falta de base empírica, no estado do inquérito, para o oferecimento da denúncia, de cuja suficiência é o Ministério Público o árbitro exclusivo.

5. Nessa hipótese, se o arquivamento é requerido por outro órgão do Ministério Público, o juiz, conforme o art. 28 C.Pr.Pen., pode submeter o caso ao chefe da instituição, o Procurador-Geral, que, no entanto, se

Acesso ao Sumário

insistir nele, fará o arquivamento irrecusável.

6. Por isso, se é o Procurador-Geral mesmo que requer o arquivamento – como é atribuição sua nas hipóteses de competência originária do Supremo Tribunal – a esse não restará alternativa que não o seu deferimento, por decisão de efeitos *rebus sic stantibus*, que apenas impede, sem provas novas, o oferecimento da denúncia (C.Pr.Pen., art. 18; Súmula 524).

7. O mesmo é de concluir, se – qual sucede no caso –, o Procurador-Geral, subscrevendo-o, aprova de antemão o pedido de arquivamento apresentado por outro órgão do Ministério Público." (**Inq. nº 1.604-QO/AL, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 13/11/2002**)

A questão já foi objeto de análise em casos análogos por este **C. Órgão Especial**:

"Representação criminal contra promotor de justiça – Promoção de arquivamento por parte da D. Procuradoria Geral de Justiça, motivada por ausência de fatos que justifiquem a instauração de investigação criminal – Acolhimento – Irrecusabilidade do pedido de arquivamento – Jurisprudência pacífica do E. STF e deste C. Órgão Especial – Representação arquivada." **(Representação Criminal nº 2035808-66.2022.8.26.0000, Rel. Des. Luciana Bresciani, j. em 04/05/2022)**

"Representação criminal por suposto crime cometido por Promotor de Justiça. Ausência de elementos que justifique a instauração de ação penal ou mesmo o prosseguimento das investigações. Proposta de arquivamento formulada pelo Ministério Público que não pode ser recusada. Precedentes. Proposta de arquivamento acolhida." **(Representação Criminal nº 2290190-59.2021.8.26.0000, Rel. Des. Cristina Zucchi, j. em 23/02/2022)**

"REPRESENTAÇÃO CRIMINAL. Procedimento instaurado para apurar suposto crime de perseguição atribuído a membro do Ministério Público. Proposta de arquivamento formulada pelo Procurador-Geral de Justiça. Irrecusabilidade do pleito. Precedentes. Arquivamento deferido." **(Representação Criminal nº 2277719-11.2021.8.26.0000, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. em 02/02/2022)**

II – Ante o exposto, e pelo meu voto, acolho o requerimento formulado pela D. Procuradoria Geral de Justiça para determinar o arquivamento da presente representação criminal (art. 3º, I, da Lei nº 8.038/90), ressalvado o disposto no art. 18 do CPP.

Acesso ao Sumário

Representações Criminais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Representação Criminal/Notícia de Crime nº 2210406-33.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é representante PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é representado (...) (JUIZ DE DIREITO).

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DETERMINARAM O ARQUIVAMENTO DOS AUTOS. V.U.", de conformidade com o voto do Relator que integra este Acórdão. **(Voto nº 35.835)**

O julgamento teve a participação dos Exmos Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, FLAVIO ABRAMOVICI, RAMON MATEO JÚNIOR, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, RICARDO DIP, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI e ELCIO TRUJILLO.

São Paulo, 2 de agosto de 2023.

LUIS FERNANDO NISHI, Relator

Ementa: REPRESENTAÇÃO CRIMINAL – Procedimento instaurado para apurar suposto crime de prevaricação atribuído a Magistrado da Justiça Militar do Estado de São Paulo – Proposta de arquivamento por parte da D. Procuradoria-Geral de Justiça que não pode ser recusada – Entendimento consolidado pelo E. Supremo Tribunal Federal e deste C. Órgão Especial – Representação arquivada (art. 3º, I, da Lei nº 8.038/90), com as ressalvas do art. 18 do CPP.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de procedimento investigatório instaurado contra o MM. Juiz Militar **(...)** para apurar eventual crime de prevaricação envolvendo a sentença

absolutória prolatada em processo criminal de réus patrocinados pelo advogado (...).

Segundo constou da denúncia anônima apresentada, o Magistrado representado possui estreita amizade com o causídico, de modo a comprometer sua imparcialidade em julgamentos realizados pela Justiça Militar do Estado de São Paulo, notadamente no caso em que, apesar da gravidade dos fatos e das provas dos autos, absolveu policiais militares, acusados de (...), como forma de favorecer seu amigo advogado.

No âmbito do procedimento instaurado, foram realizadas diversas diligências, tais como pesquisas em fontes abertas (fls. 30/47), cópia integral dos autos em que houve a absolvição narrada na notícia anônima (fls. 85 e 192), além da busca de processos patrocinados por (...) perante a (...) Auditoria da Justiça Militar (fls. 99/111, 223/230), com acesso às cópias dos processos judiciais em andamento autorizado pela Corregedoria da Justiça Militar (fls. 1.231/1.725).

Remetidos os autos à D. Procuradoria-Geral de Justiça, opinou seu ilustre representante, por delegação do Procurador-Geral de Justiça (art. 116, XIV, da LOMP), pelo arquivamento da representação criminal, com as ressalvas do art. 18 do Código de Processo Penal (fls. 1.736/1.754).

É o relatório, passo ao voto.

I – A representação criminal deve ser arquivada.

No caso, verifica-se que a D. Procuradoria-Geral de Justiça, após o exame das peças de informação, propôs o arquivamento do feito, concluindo que a presente representação não possui indícios suficientes da prática do crime de prevaricação por parte do denunciado, nos seguintes termos:

> *"Assim sendo, ainda que a amizade pública do Magistrado representado com o advogado representado não tenha sido invocada nos autos (...), da prova amealhada neste procedimento de investigação criminal não se extraem todas as elementares do crime de prevaricação que possa ser atribuído a Magistrado em razão do teor de decisão judicial em processo sob sua responsabilidade funcional.*
>
> *Por outro lado, é relevante a informação constante nos autos (...), que tramitou na Barra Funda, de que (...) abordou preso no Presídio Romão Gomes para dizer de sua amizade com (...). Mas dessa afirmação também não se extraiu conduta concreta do Magistrado em benefício do seu amigo (...) que possa assumir contornos penais.*
>
> *Nos demais casos identificados em que (...) atuou perante a (...) Auditoria Militar do Estado de São Paulo, muitos deles não desafiados em seu mérito em discordância pelo Ministério Público, também não despontaram elementos que permitissem a aplicação do artigo 319 do Código Penal.*

Acesso ao Sumário

Portanto, suficiente a prova produzida e desnecessária a realização de ulteriores atos de investigação nesta seara criminal, promove-se o arquivamento da representação.

Diante de todo o exposto, requeiro, por delegação do Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral de Justiça (artigo 116, inciso XIV, da Lei Orgânica do Ministério Público e Portarias de números 4925 a 4927/2022 – PGJ), o ***ARQUIVAMENTO*** *da presente representação criminal, com as ressalvas do artigo 18 do Código de Processo Penal."* (fls. 1.753/1.754)

O **E. Supremo Tribunal Federal** possui entendimento consolidado no sentido de que, *"sendo o Ministério Público o único titular da ação penal incondicionada, o pedido de arquivamento formulado pelo Parquet fundado na ausência de conduta criminosa é irrecusável"* (**RE. nº 781.842, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 19/11/2013**).

Nesse sentido:

"Inquérito policial: arquivamento requerido pelo chefe do Ministério Público por falta de base empírica para a denúncia: irrecusabilidade.

1. No processo penal brasileiro, o motivo do pedido de arquivamento do inquérito policial condiciona o poder decisório do juiz, a quem couber determiná-lo, e a eficácia do provimento que exarar.

2. Se o pedido do Ministério Público se funda na extinção da punibilidade, há de o juiz proferir decisão a respeito, para declará-la ou para denegá-la, caso em que o julgado vinculará a acusação: há, então, julgamento definitivo.

3. Do mesmo modo, se o pedido de arquivamento – conforme a arguta distinção de Bento de Faria, acolhida por Frederico Marques –, traduz, na verdade, recusa de promover a ação penal, por entender que o fato, embora apurado, não constitui crime, há de o Juiz decidir a respeito e, se acolhe o fundamento do pedido, a decisão tem a mesma eficácia de coisa julgada da rejeição da denúncia por motivo idêntico (C.Pr.Pen., art. 43, I), impedindo denúncia posterior com base na imputação que se reputou não criminosa.

4. Diversamente ocorre se o arquivamento é requerido por falta de base empírica, no estado do inquérito, para o oferecimento da denúncia, de cuja suficiência é o Ministério Público o árbitro exclusivo.

5. Nessa hipótese, se o arquivamento é requerido por outro órgão do Ministério Público, o juiz, conforme o art. 28 C.Pr.Pen., pode submeter o caso ao chefe da instituição, o Procurador-Geral, que, no entanto, se insistir nele, fará o arquivamento irrecusável.

6. Por isso, se é o Procurador-Geral mesmo que requer o arquivamento – como é atribuição sua nas hipóteses de competência originária do Supremo Tribunal – a esse não restará alternativa que não o seu

Acesso ao Sumário

deferimento, por decisão de efeitos *rebus sic stantibus*, que apenas impede, sem provas novas, o oferecimento da denúncia (C.Pr.Pen., art. 18; Súmula 524).

7. O mesmo é de concluir, se – qual sucede no caso –, o Procurador-Geral, subscrevendo-o, aprova de antemão o pedido de arquivamento apresentado por outro órgão do Ministério Público." (**Inq. nº 1.604-QO/AL, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 13/11/2002**)

A questão já foi objeto de análise em casos análogos por este **C. Órgão Especial**:

"Representação criminal contra promotor de justiça – Promoção de arquivamento por parte da D. Procuradoria Geral de Justiça, motivada por ausência de fatos que justifiquem a instauração de investigação criminal – Acolhimento – Irrecusabilidade do pedido de arquivamento – Jurisprudência pacífica do E. STF e deste C. Órgão Especial – Representação arquivada." **(Representação Criminal nº 2035808-66.2022.8.26.0000, Rel. Des. Luciana Bresciani, j. em 04/05/2022)**

"Representação criminal por suposto crime cometido por Promotor de Justiça. Ausência de elementos que justifique a instauração de ação penal ou mesmo o prosseguimento das investigações. Proposta de arquivamento formulada pelo Ministério Público que não pode ser recusada. Precedentes. Proposta de arquivamento acolhida." **(Representação Criminal nº 2290190-59.2021.8.26.0000, Rel. Des. Cristina Zucchi, j. em 23/02/2022)**

"REPRESENTAÇÃO CRIMINAL. Procedimento instaurado para apurar suposto crime de perseguição atribuído a membro do Ministério Público. Proposta de arquivamento formulada pelo Procurador-Geral de Justiça. Irrecusabilidade do pleito. Precedentes. Arquivamento deferido." **(Representação Criminal nº 2277719-11.2021.8.26.0000, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. em 02/02/2022)**

II – Ante o exposto, e pelo meu voto, acolho o requerimento formulado pela D. Procuradoria Geral de Justiça para determinar o arquivamento da presente representação criminal (art. 3º, I, da Lei nº 8.038/90), ressalvado o disposto no art. 18 do CPP.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0012516-07.2022.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante H.M.S. (MENOR), é apelado MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "No julgamento estendido, por maioria, deram parcial provimento ao recurso voluntário interposto, tudo nos termos da fundamentação supra. Vencida a relatora sorteada que declara voto. Acórdão com o 2º Juiz, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão." **(Voto nº 39.985)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO), vencedor, ANA LUIZA VILLA NOVA, vencida, GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE) (Presidente), FRANCISCO BRUNO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 4 de julho de 2023.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator designado e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: APELAÇÃO – Fase de cumprimento de sentença extinta com fundamento no artigo 924, inciso II, do CPC – Condenação do executado Município de São José do Rio Preto ao pagamento de honorários advocatícios no valor de R$ 500,00 – Razões recursais que se restringem à majoração da verba honorária arbitrada por equidade em conformidade com o disposto no § 8º-A do artigo 85 do CPC – Inviabilidade – O arbitramento dos honorários de sucumbência por equidade é um critério subsidiário aplicável somente quando o proveito econômico ou o valor atribuído à causa forem ínfimos ou não mensuráveis, de modo que não sendo esta a hipótese devem ser observados,

Acesso ao Sumário

em primeiro lugar, os percentuais previstos nos §§ 2º ou 3º do artigo 85 do CPC – Ademais, importante mencionar que o § 8º do artigo 85 o CPC é a viga mestra em relação ao arbitramento dos honorários de sucumbência por equidade, tanto que o § 8º-A a ele faz referência expressa, impondo-se concluir que ambos estão intrinsecamente relacionados, até mesmo pela disposição topológica em que eles se encontram dispostos – Dito de outro modo, a apreciação equitativa dos honorários de sucumbência é regida em primeiro lugar pelo § 8º do artigo 85 da legislação processual vigente, ao passo que o § 8º-A é uma regra de acessória que visa a esclarecer uma base referencial para o modo e a forma que devem ser seguidas para o cálculo do arbitramento tratado no § 8º (equidade) **– No caso, não sendo baixo o valor atribuído à causa que, a propósito, perfaz um montante líquido (R$ 10.764,00), de rigor a aplicação da verba honorária de sucumbência em percentual sobre o valor dado à causa, consoante exegese expressamente constante no § 8º do artigo 85 do CPC (critério subsidiário), e não por equidade – Incidência, ademais, do Tema 1.076 do STJ a afastar a pretendida aplicação do art. 85, § 8º-A, do mesmo dispositivo legal, impondo-se observância ao disposto no artigo 85, § 3º, inciso I, do CPC – Capítulo sentencial impugnado reformado – Recurso provido em parte.**

VOTO

Vistos.

Cuida-se de apelação interposta contra a r. sentença de pp. 111 que julgou extinta a fase de cumprimento de sentença, com fundamento no artigo 924, inciso II, do Código de Processo Civil, em razão do cumprimento da obrigação noticiado pelo executado e conformado pela exequente, oportunidade em que condenou o Município de São José do Rio Preto ao pagamento de honorários no valor de R$ 500,00.

Recorre a parte exequente pugnando pela reforma do capítulo da sentença que arbitrou a verba honorária de sucumbência por equidade em R$ 500,00, porquanto defende que eles deveriam ser fixados em atendimento ao disposto no artigo 85, § 8º-A, do CPC, ou seja, de acordo com os valores constantes na tabela da OAB/SP, além do que o aludido montante é superior ao valor atribuído

Acesso ao Sumário

à causa (10%), o que motiva o não arbitramento em percentual como disposto no artigo 85, § 3º, do CPC (pp. 116/119).

Contrarrazões (pp. 146/149).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça se absteve de intervir no feito (pp. 154/155 e 167).

Os autos foram redistribuídos à Douta Relatora Sorteada (pp. 157/158).

É o relatório.

Conheço da apelação interposta, pois ela preenche todos os requisitos objetivos e subjetivos de admissibilidade recursal.

De início, é importante salientar que a sentença foi prolatada após a vigência da lei n. 14.365/2022 que promoveu, dentre outras modificações, a inclusão dos §§ 6º-A e 8º-A no artigo 85 da legislação processual de referência que, a seu turno, assim dispõem:

§ 6º-A. Quando o valor da condenação ou do proveito econômico obtido ou o valor atualizado da causa for líquido ou liquidável, para fins de fixação dos honorários advocatícios, nos termos dos §§ 2º e 3º, é proibida a apreciação equitativa, salvo nas hipóteses expressamente previstas no § 8º deste artigo.

§ 8º-A. Na hipótese do § 8º deste artigo, 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.*"*

Vale ressaltar que o marco temporal inerente ao regime jurídico legal incidente em relação aos honorários de sucumbência é a data da sentença/decisão/acórdão que os impõe, senão vejamos:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DEFINIÇÃO DO PARÂMETRO PARA O ARBITRAMENTO. DEMANDA DERIVADA DE AÇÃO RESCISÓRIA. BASE DE CÁLCULO. REGRA GERAL. ART. 85, § 2º, DO CPC/2015. VALOR DA CAUSA DEFINIDO EM R$ 1.609.129,63. APLICAÇÃO DO TEMA 1.076/STJ. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DO PARTICULAR ACOLHIDOS, COM EFEITOS MODIFICATIVOS. 1. Embargos de declaração alegando vício de omissão e contradição. 2. Os embargos declaratórios não apresentam vícios formais, foram opostos dentro do prazo e cogitam, objetivamente, de matéria própria dessa espécie recursal (CPC, arts. 1.022 e 1.023). Nada há, enfim, que impeça o seu conhecimento. 3. O inconformismo da parte embargante se amolda aos contornos da via dos embargos de declaração, porquanto o acórdão ora combatido padece de vício de omissão e contradição, se prestando o manejo de tal recurso para o fim de correção do acórdão embargado. ***4. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento segundo o qual***

Acesso ao Sumário

a sentença é o marco temporal para delimitação do regime jurídico aplicável à fixação de honorários advocatícios; assim, indiferente a data do ajuizamento da ação e a data do julgamento dos recursos correspondentes, a lei aplicável para a fixação da verba honorária é aquela vigente na data da sentença que a impõe, ou da primeira decisão que trata da verba honorária, caso seja acórdão (REsp 1.465.535/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 22/08/2016). *5.(...). 9. Embargos de declaração do particular acolhidos, com efeitos modificativos."* (STJ, EDcl no AgInt no REsp n. 1.872.357/AM, relator Ministro Manoel Erhardt (Desembargador Convocado do Trf5), Primeira Turma, julgado em 30/5/2022, DJe de 1/6/2022). (g.n.)

De todo modo, mesmo que assim não o fosse, o Superior Tribunal de Justiça definiu, quando do julgamento do Tema 1.076 (de aplicação obrigatória), que *"a* ***fixação dos honorários por apreciação equitativa não é permitida quando os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados****. É obrigatória nesses casos a observância dos percentuais previstos nos* §§ 2º ou 3º do artigo 85 do CPC – *a depender da presença da Fazenda Pública na lide –, os quais serão subsequentemente calculados sobre o valor: (a) da condenação; ou (b) do proveito econômico obtido; ou (c) do valor atualizado da causa"*, bem como que *"apenas se admite arbitramento de honorários por equidade quando, havendo ou não condenação: (a) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (b) o valor da causa for muito baixo."*. (g.n.)

Portanto, é vedada a apreciação equitativa da verba honorária de sucumbência quando o valor da causa é líquido e mensurável, como é a hipótese dos autos em epígrafe, impondo-se, outrossim, o arbitramento em percentual consoante delimitado pelo artigo 85, § 3º, incisos I a IV, do Código de Processo Civil, salvo quando o proveito econômico/valor da causa for ínfimo, o que não é o caso ora em análise.

À presente demanda foi dado à causa o montante econômico de R$ 10.764,00 (p. 04 da petição inicial), ou seja, de rigor a aplicação do disposto nos §§ 3º (sucumbente a Fazenda Pública, observando-se os percentuais preconizados nos respectivos incisos) e 6º-A (valor da causa mensurado) do artigo 85 do CPC.

Portanto, a verba sucumbencial honorária deve ser arbitrada no importe de 10% sobre o valor atribuído à causa), porquanto ele é líquido, além do que não é ínfimo, ressaltando-se que em virtude do valor atribuído à causa – utilizado como base referencial para a fixação da verba honorária – incide o preconizado no inciso I do § 3º do artigo 85 da legislação processual de regência (10% e 20% sobre o valor da causa), sobretudo porque a demanda não é complexa e nem exigiu um trabalho adicional.

Acesso ao Sumário

Para além, ao contrário do postulado nas razões recursais, não é a hipótese de arbitramento da verba sucumbencial por equidade. Explico.

Inicialmente, o § 2º do artigo 85 do CPC prevê expressamente que *"**os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa**"*, ou seja, como regra – já que a parte inicial do dispositivo faz menção ao termo "serão" – os honorários deverão ser arbitrados entre 10% e 20% tendo como referência, primeiramente, o valor da condenação, do proveito econômico, que se forem mensuráveis, utilizar-se-á o valor dado à causa.

Já o § 8º do artigo 85 o CPC é a viga mestra em relação ao arbitramento dos honorários de sucumbência por equidade, tanto que o § 8º-A a ele faz referência expressa, impondo-se concluir que ambos estão intrinsecamente relacionados, até mesmo pela disposição topológica em que eles se encontram dispostos.

Dito de outro modo, a apreciação equitativa dos honorários de sucumbência é regida em primeiro lugar pelo § 8º do artigo 85 da legislação processual vigente, ao passo que o § 8º-A é uma regra de acessória que visa a esclarecer uma base referencial para o modo e a forma que devem ser seguidas para o cálculo do arbitramento tratado no § 8º (equidade).

Nesse desiderato, a verba honorária sucumbencial com lastro em apreciação equitativa é excepcional e somente deve ser observada (a) nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico obtido; ou (b) quando o valor da causa for muito baixo. Assim, nota-se claramente que a regra admite a fixação de honorários sucumbenciais por equidade **apenas** nas hipóteses anteriormente mencionadas.

A propósito, elucidativos os fundamentos expostos pelo STJ quando do julgamento do REsp nº 1.746.072/PR, rel. min. Nancy Andrighi, rel. p/ acórdão min. Raul Araújo, 2ª Seção, j. 13/2/2019 que fez constar na própria ementa o seguinte raciocínio: *"(...) o § 2º do referido art. 85 veicula a regra geral, de aplicação obrigatória, de que os honorários advocatícios sucumbenciais devem ser fixados no patamar de dez a vinte por cento, subsequentemente calculados sobre o valor: (I) da condenação; ou (II) do proveito econômico obtido; ou (III) do valor atualizado da causa; **que o § 8º do art. 85 transmite regra excepcional, de aplicação subsidiária, em que se permite a fixação dos honorários sucumbenciais por equidade, para as hipóteses em que, havendo ou não condenação: (I) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (II) o valor da causa for muito baixo**"*. (grifei)

E, no caso, não sendo o valor da causa baixo e, ao mesmo tempo, perfazendo montante líquido (R$ 10.764,00), de rigor a aplicação da verba honorária

Acesso ao Sumário

de sucumbência em percentual sobre o valor atribuído à causa, consoante exegese expressamente constante no § 8º do artigo 85 do CPC, e não por equidade.

Por fim, incabível o arbitramento dos honorários recursais previstos no artigo 85, § 11, do CPC, na medida em que houve o provimento do recurso interposto – e não o seu desprovimento, ressaltando que o entendimento sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça é no sentido da necessidade de observância dos seguintes cumulativos para que sejam arbitrados os honorários na fase recursal, a saber: (a) decisão prolatada após a entrada em vigor do CPC de 2015; (b) recurso não conhecido ou desprovido; e (c) que tenha sido arbitrado honorários de sucumbência desde a origem, senão vejamos:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. MULTA E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS. NÃO CABIMENTO. REQUISITOS NÃO CONFIGURADOS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. ***1. De acordo com o posicionamento da Segunda Seção (Resp 1.539.725), é devida a majoração da verba honorária sucumbencial, na forma do artigo 85, parágrafo 11, do CPC/2015, quando estiverem presentes os seguintes requisitos, simultaneamente: (a) decisão recorrida publicada a partir de 18/3/2016, quando entrou em vigor o novo CPC; (b) recurso não conhecido integralmente ou desprovido, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente; (c) condenação em honorários advocatícios desde a origem, no feito em que interposto o recurso****. 2. No caso, o acórdão recorrido que reformou a r. sentença que fixou a verba honorária, afastando o pedido dos autores na ação indenizatória ajuizada na origem, foi publicado em 30/10/2014. Ou seja, antes da vigência do atual Código de Processo Civil, razão pela qual não são cabíveis os honorários advocatícios em grau recursal. 3. O mero inconformismo dos agravantes com a decisão que negou provimento ao seu recurso não enseja de forma obrigatória a imposição da multa, não sendo decorrência lógica do não provimento do recurso em votação unânime. Há necessidade de configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso. 4. Embargos de declaração rejeitados."* (STJ, EDcl no AgInt no REsp 1801784/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/09/2019, DJe 30/09/2019 – grifo nosso).

Acesso ao Sumário

E, na hipótese em apreciação, como enfatizado, houve o provimento da irresignação recursal, o que afasta a imposição de arbitramento da verba honorária recursal que, a seu turno, exigiria o desprovimento ou o não conhecimento do apelo.

Conclui-se, assim, que é o caso de prover em parte o recurso interposto para alterar o capítulo da sentença atinente ao arbitramento dos honorários de sucumbência, os quais devem ser fixados no importe de 10% sobre o valor atribuído à causa, na forma prevista no artigo 85, § 3º, inciso I, do CPC.

Com isto, pelo meu voto, **dou parcial provimento ao recurso voluntário interposto**, tudo nos termos da fundamentação supra.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 5.929)

Ouso, respeitosamente, divergir da douta maioria da Turma Julgadora, que deu parcial provimento ao recurso voluntário interposto pela exequente apelante, a fim de fixar a verba honorária em 10% sobre o valor atribuído à causa (R$ 10.764,00), na forma prevista no art. 85, § 3º, I, do CPC, pois, pelo meu voto, negava provimento ao apelo, para manter os honorários advocatícios arbitrados no valor de R$ 500,00.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 111 que julgou extinto o cumprimento de sentença, com fundamento no artigo 924, inciso II, do Código de Processo Civil, em razão do cumprimento da obrigação noticiado pelo executado e confirmado pela exequente, condenou o Município de São José do Rio Preto ao pagamento de honorários no valor de R$ 500,00.

Em suas razões recursais, a exequente sustenta, em síntese, que os honorários advocatícios devem ser majorados, porquanto fixados em desacordo com o art. 85, § 8º-A, do CPC. Afirma que devem ser arbitrados no valor recomendado pela Seccional da OAB/SP, que representa quantia superior ao montante equivalente a 10% sobre o valor da causa, observada a majoração, nos termos do § 11 do referido dispositivo legal (fls. 116/119).

Apresentação de contrarrazões a fls. 146/149.

A Douta Procuradoria de Justiça deixou de se manifestar, por se tratar de questão relativa a honorários advocatícios e, portanto, de direito disponível (fls. 154/155 e 167).

O recurso foi inicialmente distribuído ao Exmo. Des. Wanderley José Federighi, que ante a prevenção desta Relatora, solicitou a redistribuição, nos termos do art. 105, § 3º, e 182, parágrafo único, do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça. (fls. 157/158)

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Trata-se de cumprimento de sentença que julgou procedente ação de obrigação de fazer para o fornecimento de dieta enteral e fraldas descartáveis pelo executado Município de São José do Rio Preto à autora exequente. Em impugnação, o ente público noticiou o cumprimento parcial da obrigação, o que foi ratificado pela parte contrária. Após, houve requerimento de sequestro de verba pública, em razão da manutenção da situação de adimplemento parcial, tendo o

Acesso ao Sumário

Município, por sua vez, informado o fornecimento dos insumos, de modo que a exequente requereu a extinção do processo, com a consequente fixação de honorários advocatícios.

As razões recursais se restringem aos honorários advocatícios fixados em R$ 500,00, porém, no caso, não comportam majoração.

Apesar de ausente fundamentação quando da fixação dos honorários advocatícios em sentença, verifica-se que foram corretamente arbitrados com base no critério da equidade, na consideração de que causas que tratam do direito fundamental à saúde e à vida, como o presente cumprimento de sentença, são considerados de valor inestimável, portanto, de conteúdo econômico não mensurável, a autorizar a aplicação do § 8º do artigo 85 do CPC, que traz expressa previsão a respeito, o que afasta a pretensão do apelante de aplicação do § 8º-A do mesmo dispositivo legal.

Com efeito, em casos que trataram sobre o direito fundamental à saúde, assim decidiu o C. STJ:

"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. FORNECIMENTO DE TRATAMENTO MÉDICO. DIREITO À SAÚDE. VALOR INESTIMÁVEL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ARBITRAMENTO. EQUIDADE. POSSIBILIDADE. 1. A Corte Especial, no julgamento dos Recursos Especiais 1.850.512/SP, 1.877.883/SP, 1.906.623/SP e 1.906.618/SP (Tema 1.076 – acórdão ainda pendente de publicação), sob o rito dos repetitivos, estabeleceu a seguinte orientação: 'I) A fixação dos honorários por apreciação equitativa não é permitida quando os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados. É obrigatória nesses casos a observância dos percentuais previstos nos §§ 2º ou 3º do artigo 85 do CPC – a depender da presença da Fazenda Pública na lide –, os quais serão subsequentemente calculados sobre o valor: (a) da condenação; ou (b) do proveito econômico obtido; ou (c) do valor atualizado da causa; II) Apenas se admite arbitramento de honorários por equidade quando, havendo ou não condenação: (a) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (b) o valor da causa for muito baixo' (Informativo 730 do STJ, de 28/3/2022). 2. A jurisprudência das Turmas que compõem a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça autoriza o arbitramento de honorários advocatícios por critério de equidade nas demandas em que se pleiteia do Estado o fornecimento de tratamento médico, haja vista que, nessas hipóteses, não é possível mensurar, em geral, o proveito econômico obtido com a ação, por envolver questão relativa ao direito constitucional à vida e/ou à saúde. 3. Agravo interno não provido." (AgInt no REsp n. 1.890.101/RN, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 25/4/2022, DJe de 28/4/2022.)

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO QUE VISA O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO PODER PÚBLICO. ARBITRAMENTO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. CRITÉRIOS DE EQUI-

Acesso ao Sumário

DADE. ART. 85, § 8º., DO CPC/2015. AGRAVO INTERNO DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO PROVIDO. 1. Conforme recente orientação jurisprudencial deste STJ, a obrigação de fazer imposta ao Estado, constituída no fornecimento de medicamentos para tratamento contra enfermidades, objetiva a preservação da vida e/ou da saúde garantidas constitucionalmente, bens cujo valor é inestimável, o que justifica a fixação de honorários por equidade. 2. Agravo Interno da Fazenda do Estado de São Paulo provido, para reconhecer a necessidade de fixação dos honorários advocatícios por critérios de equidade, conforme o teor do art. 85, § 8º., do CPC/2015" (AgInt no AREsp 1568584/SP, Rel. Ministro Manoel Erhardt – Desembargador Convocado do TRF5, Primeira Turma, j. 15.02.2022; DJe 17.02.2022).

Neste mesmo sentido são os precedentes deste C. TJSP a seguir destacados:

"SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. 1. Obrigação solidária dos entes públicos (Tema nº 793/STF). 2. Fornecimento da insulina Glargina pelo ente público do qual o paciente necessita para tratamento da doença. Dispensação de fármaco padronizado, cuja indicação e urgência foram atestadas pelo médico competente. Demanda que não se sujeita aos requisitos do Tema 106 do STJ. Garantia do direito à saúde e à vida. Inteligência do art. 196, da CF, e do art. 219, parágrafo único, item 4, da CE. 3. Possibilidade de imposição de multa cominatória (astreinte) a ente público, como forma de compeli-lo a obedecer a comando judicial. 4. Bloqueio de verbas públicas. Admissibilidade. Medida extrema para satisfação da necessidade do enfermo quando desacatada a ordem judicial e medidas coercitivas outras se revelarem ineficazes. ***5. Fixação da verba honorária nos moldes do § 8º do art. 85 do CPC.*** *6. Recursos denegados."* (TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1016855-17.2022.8.26.0309; Relator: Coimbra Schmidt; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Foro de Jundiaí – Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 08/05/2023; Data de Registro: 08/05/2023) (Grifo nosso).

Este julgado assim dispõe sobre essa questão:

"5. Quanto à irresignação em relação à verba honorária, no que pese o enunciado subjacente ao Tema 1.076 do STJ, a Corte estabeleceu uma segunda exceção à regra ao entender que matérias centradas em temas como ora tratado possui valor econômico inestimável, com o que, a questão passa a ser regida pelo § 8º do art. 85 do Código de Processo Civil:

'PROCESSUAL CIVIL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PROVEITO ECONÔMICO INESTIMÁVEL. APRECIAÇÃO EQUITATIVA. POSSIBILIDADE. TEMA N. 1.076/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

Acesso ao Sumário

do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015. II – A Corte Especial deste Tribunal Superior, na sessão de 16.03.2022, concluiu o julgamento do Tema n. 1.076/STJ (Recursos Especiais ns. 1.850.512/SP, 1.877.833/SP. 1.906.618/SP e 1.906.623/SP, acórdãos pendentes de publicação) adotando o entendimento segundo o qual a fixação de honorários por apreciação equitativa do juiz (art. 85, § 8º, do CPC/2015), restringe-se às causas em que irrisório ou inestimável (onde não seja possível atribuir valor patrimonial à controvérsia, não se estendendo àquelas demandas em que atribuído valor elevado) o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da demanda for muito baixo. III – As ações em face da Fazenda Pública cujo objeto envolva a tutela do direito à saúde, possuem proveito econômico inestimável, possibilitando o arbitramento de honorários advocatícios sucumbenciais por apreciação equitativa. Precedentes. IV – A Agravante não apresenta, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida. V – Em regra, descabe a imposição da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015 em razão do mero desprovimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso. VI – Agravo Interno improvido' (AgInt no REsp n. 1.976.775/RS, 1ª T., Min.ª Regina Helena Costa, DJe 28.9.22.).

'PROCESSUAL CIVIL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. FIXAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA. EQUIDADE. CABIMENTO. BEM DE VALOR INESTIMÁVEL. 1. Na hipótese dos autos, nota-se que que o entendimento do Tribunal de origem está em consonância com a orientação do STJ no sentido de que a obrigação de fazer imposta ao Estado, constituída no fornecimento de medicamentos para tratamento contra enfermidades, objetiva a preservação, garantida constitucionalmente, da vida e/ou da saúde – bens cujo valor é inestimável –, o que justifica a fixação de honorários por equidade. 2. O acolhimento da pretensão recursal demanda reexame do contexto fático-probatório, mormente para reavaliar o proveito econômico da demanda, o valor dos medicamentos fornecidos e os demais requisitos para o arbitramento dos honorários advocatícios, o que não se admite ante o óbice da Súmula 7/STJ. 3. Agravo Interno não provido' (AgInt nos EDcl no AREsp n. 2.100.231/MT, 2ª T., Min. Herman Benjamin, DJe 30.9.22.).

"APELAÇÃO CÍVEL. Ação de obrigação de fazer. Medicamento. Autor que padece de Esclerose Múltipla (CID G35), que necessita realizar tratamento com emprego do medicamento Teriflunomida 14mg, conforme orientação do médico que o assiste, sem condições de arcar com seu custo da terapêutica sem prejuízo do essencial. ***1.Honorários advocatícios. Fixação por equidade. Possibilidade. Causa de trâmite singelo, limitada à fase postulatória, que atrai o critério previsto no art. 85, § 8º, do CPC, como forma de estabelecer os honorários advocatícios. 2.Entendimento harmônico com recente jurisprudência STJ que afirmou o caráter inestimável do proveito econômico em demandas relativas ao fornecimento de medicamentos e como consequência a sucumbência deve ser avaliada com emprego da***

Acesso ao Sumário

equidade. 3.Inexistência de conflito com o precedente vinculante estabelecido no Tema 1.076, que também assentou exceção à regra nos casos em que não se possa avaliar o ganho econômico, tal como ocorre no caso concreto. *4.R.sentença recorrida modificada para fixação dos honorários advocatícios em R$ 2.000,00 (dois mil reais), com emprego da equidade. 5. Recurso interposto pelo ESTADO DE SÃO PAULO provido."* (TJSP; Apelação Cível 1041944-39.2019.8.26.0053; Relator: Oswaldo Luiz Palu; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro Central – Fazenda Pública/Acidentes – 9ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 19/04/2023; Data de Registro: 19/04/2023)

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Alegação de omissão e contradição. Acolhimento, em parte. Tese de ilegitimidade passiva do Estado de São Paulo analisada pelo Acórdão, à luz do Tema 793 fixado pelo C. Superior Tribunal de Justiça. ***Honorários advocatícios. Acolhimento dos embargos, com efeitos modificativos, considerando a natureza inestimável do direito à saúde. Precedente do C. STJ estabelecendo distinguishing em relação ao Tema 1.076. Proveito econômico ilíquido que impõe o arbitramento por apreciação equitativa. Honorários fixados em R$ 2.000,00.*** *Embargos acolhidos, em parte."* (TJSP; Embargos de Declaração Cível 1000958-27.2018.8.26.0102; Relatora: Silvia Sterman; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Cachoeira Paulista – 1ª Vara; Data do Julgamento: 28/03/2023; Data de Registro: 29/03/2023). (Grifo nosso).

Destarte, uma vez correta a aplicação do artigo 85, § 8º, do CPC, sem que haja violação ao decidido no Tema 1.076 do STJ, e considerando que se trata de cumprimento de sentença no qual a obrigação de fornecer os insumos foi satisfeita com o sequestro do valor necessário para a aquisição, com a consequente extinção, o valor arbitrado, levando-se em conta os critérios estabelecidos no § 2º, incisos I a IV, do mesmo dispositivo legal, observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, mostra-se condizente com o trabalho desenvolvido pelo patrono da parte vencedora, pois se trata de singela execução, sem qualquer complexidade.

À vista do exposto, pelo meu voto, **NEGAVA PROVIMENTO** ao recurso, nos termos da fundamentação.

ANA LUIZA VILLA NOVA, Relatora sorteada vencida

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1503994-74.2022.8.26.0362, da Comarca de (...), em que são apelantes W.A.P. (MENOR) e F.O.M., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tri-

Acesso ao Sumário

bunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.898)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 12 de julho de 2023.

FRANCISCO BRUNO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: Apelação – Infância e Juventude – Ato infracional equiparado ao crime de roubo majorado – Sentença que aplicou a medida socioeducativa de internação – Autoria e materialidade demonstradas – Conjunto probatório seguro e coeso – Confissão judicial dos adolescentes e relatos coerentes da vítima e das testemunhas – Responsabilização de rigor – Grave ameaça configurada ante o emprego de simulacro de arma de fogo – Medida socioeducativa de internação adequada – Ato infracional cometido mediante violência e grave ameaça – Reiteração e situação de risco e vulnerabilidade dos adolescentes – Medida adequada. Precedentes – Recurso improvido.

VOTO

A r. sentença de fls. 109/112, cujo relatório se adota, julgou procedente a representação formulada contra os adolescentes **W.A.P.** e **F.O.M.**, aplicando-lhes a medida socioeducativa de *internação*, pela prática de ato infracional análogo ao crime previsto no art. 157, § 2º, II e VII do Código Penal.

Irresignada, apela a defesa pugnando pela improcedência da representação. Subsidiariamente, requer a aplicação da medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade (fls. 142/144).

Respondido o recurso (fls. 157/159), a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo improvimento da apelação (fls. 164/169).

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

Ao que consta da representação, no dia (...), por volta das (...), na Rua (...), nº (...), bairro (...), na cidade e Comarca de (...), os adolescentes W.A.P. e F.O.M., previamente ajustados, agindo em concurso e com unidade de desíg-

Acesso ao Sumário

nios entre si e com terceiro agente não identificado, subtraíram, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma branca – simulacro de arma de fogo, o veículo (...), ano (...), placas (...), pertencente a (...).

Segundo se apurou, os adolescentes W. e F. ajustaram-se entre si e com terceiro agente para praticar roubo com simulacro de arma de fogo. Os roubadores avistaram a vítima com o veículo (...), ano (...), placas (...), ingressando na garagem de sua casa e, antes dela ter tempo de acionar o fechamento do portão, entraram na garagem e exigiram a entrega das chaves do automóvel, determinando ao ofendido, mediante grave ameaça com emprego de simulacro de arma de fogo, que permanecesse no interior do domicílio. Em seguida, os roubadores ocuparam o automóvel, deram a partida e o subtraíram, seguindo em fuga em alta velocidade.

Policiais militares receberam a notícia do roubo e de que os agentes estariam tentando praticar novo roubo em (...), com o veículo (...) subtraído, e, então, cercaram as entradas da cidade. Em dado momento avistaram os adolescentes trafegando com o veículo roubado seguido de uma motocicleta e deram sinal de parada. Não atendidos, houve perseguição ao veículo até a cidade (...), onde os representados pararam, desceram e tentaram fugir a pé, sendo abordados e detidos. O indivíduo da motocicleta conseguiu empreender fuga. Conduzidos à repartição policial, os representados foram reconhecidos pessoalmente pela vítima como sendo os autores do roubo. O simulacro de arma de fogo foi apreendido e o veículo restituído ao ofendido.

Como se vê, a materialidade está devidamente demonstrada pelo boletim de ocorrência (fls. 14/17), auto de apreensão de adolescente (fls. 4/7), termo de declaração (fls. 8), auto de exibição, apreensão e entrega (fls. 9), auto de reconhecimento (fls. 10), e pelas demais provas produzidas.

De igual modo, induvidosa a autoria.

Os apelantes em Juízo confessaram a autoria. W. confessou o roubo com arma de brinquedo e F. disse que praticou o ato infracional para pagamento de uma dívida.

Por seu turno, a vítima declarou que estava ingressando com seu veículo na garagem de sua casa e, antes de ter tempo de fechar o portão, os agentes entraram na garagem e exigiram a entrega das chaves do automóvel, determinando, com emprego de simulacro de arma de fogo, que permanecesse no interior do domicílio. Relatou que, na sequência, os roubadores ocuparam o automóvel, deram a partida e o subtraíram, seguindo em fuga em alta velocidade. Ao final, confirmou que reconheceu os adolescentes na Polícia.

Saliente-se que as declarações de vítimas de crimes contra o patrimônio têm relevante valor probatório, pois, referindo-se a conduta de pessoas desconhecidas, com quem não mantêm relação pessoal, visam apenas a apontar os

Acesso ao Sumário

autores e esclarecer os fatos.

Na medida em que não há qualquer interesse pessoal na responsabilização de pessoas inocentes, o reconhecimento pessoal feito pelas vítimas também é dotado de força probatória significativa.

Frise-se, por oportuno, que é entendimento pacificado do C. Superior Tribunal de Justiça que *"a inobservância das formalidades legais para o reconhecimento pessoal do acusado não enseja nulidade, por não se tratar de exigência, mas apenas recomendação, sendo válido o ato quando realizado de forma diversa da prevista em lei, notadamente quando amparado em outros elementos de prova (HC 278.542/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 18/08/2015)"* (Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. AgRG no AREsp nº 763.235/PR. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Data de julgamento: 01/10/2015). E, ainda que não houvesse reconhecimento pessoal algum, os recorrentes foram apreendidos em seguida, por policiais militares, na posse da *res furtiva*, sem conseguir fornecer qualquer explicação plausível que pudesse ilidir a imputação levada a efeito pela vítima.

Mas não é só.

O policial Militar E. relatou que sua equipe recebeu a notícia do roubo e de que os agentes estariam tentando praticar novo roubo em (...), com o veículo (...) subtraído, e, então, cercaram as entradas da cidade. Em dado momento, os policiais avistaram os adolescentes trafegando com o veículo roubado seguido de uma motocicleta e deram sinal de parada. Prosseguiu aduzindo que não foram atendidos, de modo que houve perseguição ao veículo até a cidade (...), onde os representados foram abordados e detidos.

No mesmo sentido depoimento do policial militar e A.S.

Diante desse contexto, não há que se falar em fragilidade probatória, uma vez que estão demonstradas, com segurança, a materialidade e a autoria do ato infracional equiparado ao crime de roubo majorado.

Com efeito, a confissão judicial foi corroborada pelas declarações da vítima e pelo depoimento das testemunhas, elementos esses que são suficientes para que se repute comprovada a prática do ato infracional, mormente porque nada há no sentido da existência de elementos que ao menos indiquem, por parte da vítima e testemunhas, qualquer interesse em incriminar injustamente os representados.

A procedência da representação, portanto, era de rigor.

No que tange à medida socioeducativa aplicada, de *internação*, nada a reparar.

Importa observar, neste aspecto, que as medidas socioeducativas não têm apenas caráter punitivo, mas, sobretudo, objetivos pedagógicos, cuja finalidade principal é auxiliar o adolescente desregrado em seu desenvolvimento pessoal, a

fim de que possa adquirir senso crítico e melhorar seu quadro comportamental.

O que se pretende com a fixação de tais medidas é proporcionar a reabilitação e a reeducação do adolescente em conflito com a lei, instituindo-lhe freios e, principalmente, responsabilidades, para que retome os estudos, adquira capacitação profissional, ou, ao menos, para que desperte maior senso de solidariedade social e cultive vínculos comunitários sadios.

É por esse motivo que a medida socioeducativa deve ser escolhida levando-se em consideração a sua eficácia no caso concreto, bem como as circunstâncias particulares e a gravidade da infração, nos termos do art. 112, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente: *"A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração"*.

Diante desse cenário, a internação parece mesmo ser a medida necessária e adequada, de modo que deve ser conservada, porquanto o MM. Juiz *a quo* bem fundamentou a sua aplicação, justificando sua necessidade e excepcionalidade para o caso.

Para a aplicação dessa medida socioeducativa de exceção, por mais que seja grave o ato infracional cometido pelo adolescente, deve se atentar para o que dispõe o artigo 122 da Lei n.º 8.069/90:

> *"A medida de internação só poderá ser aplicada quando:*
>
> *I – tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa;*
>
> *II – por reiteração no cometimento de outras infrações graves;*
>
> *III – por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta "*

O ato infracional é de extrema gravidade, praticado com violência e grave ameaça contra a pessoa e em concurso de agentes, de sorte que foi observado o inciso I do aludido dispositivo.

Ademais, como bem destacado pelo douto Procurador de Justiça Dr. Gilberto Cabett Júnior, em seu parecer, as condições pessoais também recomendam a internação: *"...condições pessoais dos Apelantes (F.O.M. possui duas passagens pela Fundação CASA, não denota crítica de sua conduta, faz uso de álcool, tabaco e maconha colombiana diariamente; W.A.P. não frequenta escola, faz uso de mais de 20 baseados de maconha por dia, além de lança-perfume e álcool; ambos possuem envolvimento com tráfico de drogas; estruturação infracional e, transitam livremente pela esfera delitiva sem que suas responsáveis consigam interromper o ciclo de escolhas negativas), há de se concluir ser a internação a única medida socioeducativa adequada. Ressalta-se que os Apelantes recebem precária orientação familiar e demonstram total desinteresse pelas atividades que lhe proporcionam crescimento moral e intelectual,*

Acesso ao Sumário

envolvendo-se com o tráfico de drogas (fls. 18 e 21/22) e praticando roubo para quitar dívida advinda do tráfico, fato que só pode ser corrigido com a institucionalização. Ademais, as circunstâncias do fato denotam a extrema gravidade e o meio social corrompido no qual os Apelantes estão inseridos. A conduta ainda foi praticada visando a obtenção de bem de elevado valor, notadamente um automóvel, de modo que os adolescentes ansiavam pelo produto da "comercialização" do bem no mercado ilícito, desencadeando uma cadeia de crimes e envolvimento no mundo infracional." (fls. 167).

Além disso, ambos os relatórios polidimensionais revelaram que os adolescentes se encontram em situação de vulnerabilidade e expostos a riscos (fls. 88/94 e fls. 96/101), o que exige uma intervenção estatal mais firme e atenta, a reforçar a adequação da medida cominada.

Em suma, é de se concluir que, caso colocados em meio aberto, não receberiam o auxílio e a orientação eficazes para compreender a inadequação e a extrema gravidade de seus atos, a ponto de, sozinhos, afastarem-se do meio infracional em que estão inseridos.

A internação de ambos, portanto, não é só salutar mas também necessária e em consonância com a proteção integral prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Acerca do cabimento da internação em ato infracional análogo ao delito de roubo já se pronunciou esta Colenda Câmara Especial:

> *"APELAÇÃO. INFÂNCIA E JUVENTUDE. Ato infracional equiparado ao crime de roubo em concurso de agentes (artigo 157, § 2º, inciso II, do Código Penal). Materialidade e autoria demonstradas. Insurgência recursal restrita à medida socioeducativa aplicada. Cabimento da internação. Ato infracional cometido mediante violência. Necessidades pedagógicas, circunstâncias, gravidade concreta da infração e condições pessoais consideradas. Recurso desprovido" (Apelação Cível nº 1503079-33.2021.8.26.0015 – Câmara Especial – Relator Beretta da Silveira – j. 11/03/2022 – Data de publicação: 11/03/2022).*
>
> *"APELAÇÃO CÍVEL – Infância e Juventude – Ato infracional equiparado ao crime de roubo majorado – Representação julgada procedente – Aplicação de internação – Recurso defensivo – Efeito suspensivo – Pedido prejudicado – Improcedência da representação – Descabimento – Materialidade e autoria satisfatoriamente demonstradas – Acervo fático-probatório coeso e seguro – Substituição da medida socioeducativa de internação por outra mais branda – Desarrazoabilidade – Imprescindibilidade da medida extrema como forma de viabilizar o processo de ressocialização e reeducação do infrator – Sentença mantida – Apelo desprovido" (Apelação Cível nº 1500313-76.2021.8.26.0477 – Câmara Especial – Relator Guilherme Gonçalves Strenger – j. 10/03/2022 – Data de publicação: 10/03/2022).*

Acesso ao Sumário

Portanto, diante das peculiaridades do ato infracional e das condições pessoais desfavoráveis dos adolescentes, a medida de internação, além de necessária, é a mais adequada a viabilizar o processo de reeducação e ressocialização.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1043783-66.2022.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante MUNICÍPIO DE GUARULHOS, é apelado L.M.B.R. (MENOR).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "No julgamento estendido, por maioria, NÃO CONHECERAM da remessa necessária e DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao recurso voluntário do Município para reduzir o valor da causa para R$ 7.799,06. Vencida a relatora sorteada que declara voto. Acórdão com o 2º Juiz, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão." **(Voto nº 39.955)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO), vencedor, ANA LUIZA VILLA NOVA, vencida, GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE) (Presidente), FRANCISCO BRUNO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 11 de julho de 2023.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator designado e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: APELAÇÃO – OBRIGAÇÃO DE FAZER – Pretensão da criança voltada a compelir o ente público demandado ao fornecimento de vaga em creche em unidade de ensino da rede pública municipal, próxima de sua residência, julgada procedente na origem – Razões recursais que se restringem ao valor da causa – Impugnação ao valor da causa acolhimento – Valor deve corresponder ao valor anual estimado por aluno de creche integral para o Estado de São Paulo (R$ 7.799,06) – Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação de obrigação de fazer, proposta pela criança **L.M.B.R.** (nascida em (...)), representada por sua genitora, objetivando vaga em creche, em período integral, da rede pública ou conveniada, próxima a residência da família.

Sobreveio sentença de procedência, que julgou procedente a ação de obrigação de fazer ajuizada pela menor para condenar o Município de Guarulhos a *"conceder a autora, vaga em creche em distância não superior a 2 km de sua casa"*. Os honorários advocatícios foram fixados em 10% sobre o valor da causa, *"reduzidos pela metade ante a ausência de impugnação."* (fls. 52/56).

Houve interposição de recurso voluntário pelo Município de Guarulhos. Sustenta, em síntese, que o valor da causa estimado pela autora é muito elevado, considerando que a causa não possui conteúdo econômico, visto se tratar de obtenção de vaga em creche. Aponta que o parâmetro para a fixação do valor deve ser aquele determinado nos termos da Portaria Interministerial nº 4, de 27/12/2019, do MEC, e para o ano de 2019, o valor anual mínimo por aluno de creche pública no Estado de São Paulo é de R$ 5.530,42, em regime de período integral, de modo que deve ser retificado o valor dado à causa. Para tal finalidade, pede provimento ao recurso (fls. 61/65).

Ausente apresentação de contrarrazões, conforme certidão de fl. 70.

A D. Procuradoria Geral de Justiça, considerando interposta a remessa necessária, opinou pelo seu desprovimento e deixou de se manifestar quanto ao recurso voluntário (fls. 86/89).

Em sessão de julgamento virtual, a **Exma. Relatora Desembargadora Ana Luiza Villa Nova proferiu voto negando provimento ao recurso voluntário mantido o valor da causa**, quando então este **Relator Designado apresentou voto divergente para dar provimento parcial ao recurso e acolher a impugnação ao valor da causa e modificar o valor da causa** (que deve corresponder ao valor anual estimado por aluno de creche integral para o Estado de São Paulo – R$ 7.799,06).

Em face ao resultado não unânime do apelo, instaurou-se a técnica de julgamento ampliado (art. 942 do CPC). Aderindo à divergência o Exmo. 3º Juiz, Des. Francisco Bruno, 4º Juiz, Des. Guilherme Gonçalves Strenger e o Exmo. 5º Juiz, Des. Xavier de Aquino, pelos fundamentos a seguir apresentados.

É o relatório.

Malgrado o entendimento externado pela ínclita Desembargadora Relatora Dra. Ana Luiza Villa Nova para negar provimento ao recurso do Município de Guarulhos, hei por bem divergir de seu voto quanto à alteração do valor da causa.

Acesso ao Sumário

Conforme constou no voto da relatora, *"primeiramente, cumpre ressaltar que, ao contrário do que foi anotado no parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça, a r. sentença não foi submetida à remessa necessária, o que está em conformidade com o entendimento desta Câmara Especial, que considera mensurável o valor decorrente da pretensão buscada na ação, a despeito de se tratar de obrigação de fazer, o qual não supera o limite previsto no Código de Processo Civil, para submissão ao reexame necessário.*

Ressalte-se, ainda, que embora ausente do dispositivo da r. sentença o julgamento quanto à impugnação ao valor da causa apresentada pelo Município de Guarulhos, de acordo com os termos da respectiva fundamentação, ficou mantido o valor atribuído na inicial, de R$ 12.000,00.

Extrai-se dos autos que a criança-autora L.M.B.R. possui idade compatível com a faixa etária da vaga pleiteada (fl. 15 – art. 208, inciso IV da Constituição Federal) e, apesar de ter providenciado sua inscrição na instituição escolar infantil, foi impossibilitada de efetivar matrícula em creche, figurando em lista de espera (fl. 19).

A despeito do direito material reconhecido na origem, as razões da apelação estão voltadas apenas à pretensão de redução do valor da causa."

Neste prisma, de acordo com o Anexo I da Portaria Interministerial **MEC/ME n. 7, de 29 de dezembro de 2022**, que estabelece parâmetros referenciais anuais do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – Fundeb para o exercício de **2023**, o valor anual estimado por aluno de creche integral para o Estado de São Paulo é **R$ 7.799,06**, com igual valor para a pré-escola integral. Para creche em período parcial, o mesmo documento estima valor anual na ordem de **R$ 7.199,13**; para a pré-escola em regime parcial, **R$ 6.599,20**[1]. **Portanto, o conteúdo econômico da sentença – absolutamente aferível à luz do caso concreto –, corresponde ao importe de R$ 7.799,06.**

O valor da causa deve corresponder ao **valor anual estimado por aluno** de creche integral para o Estado de São Paulo **(R$ 7.799,06)**, razão pela qual corrijo-o, conforme pleito recursal. Ademais, o conteúdo econômico da sentença – absolutamente aferível à luz do caso concreto –, é inferior aos patamares estipulados pelos incisos II e III do § 3º do artigo 496 do CPC.

Entendimento **que encontra respaldo na jurisprudência recente desta C. Câmara Especial:**

"APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA Infância e Juventude. Ação de obrigação de fazer. Vaga em creche Período integral Sentença que julgou procedente o pedido. Não cabimento de remessa necessária, pois ausente hipótese de sujeição ao duplo grau de jurisdição obrigatório Inteligên-

1 Disponível em <**https://www.fnde.gov.br/index.php/acesso-a-informacao/institucional/legislacao/item/14408- portaria-interministerial-n%C2%BA-7,-de-29-de-dezembro-de-2022**>

Acesso ao Sumário

cia do artigo 496, § 3º, III, do Código de Processo Civil. Não caracterizada sentença ilíquida. Conteúdo econômico que pode ser facilmente aferido por simples cálculo aritmético. Valor anual estimado por aluno na modalidade creche bem inferior ao limite legal estabelecido para a sujeição da sentença ao duplo grau de jurisdição. Precedentes do STJ e da Câmara Especial. Recurso interposto. Direito à educação. Direito público subjetivo de natureza constitucional. Exigibilidade independente de regulamentação. Normas de eficácia plena. Determinação judicial para cumprimento de direitos públicos subjetivos. Inexistência de ofensa à autonomia dos poderes ou determinação de políticas públicas Súmula 65, TJSP. Concretização do direito pelo fornecimento de vagas em condições de serem usufruídas. Limitação à ordem cronológica de atendimento. Impossibilidade. Planejamento geral do fornecimento de educação pela administração pública não impede a efetivação de direito público subjetivo individual. Reserva do possível afastada. Disponibilização de vaga em creche próxima. Responsabilização do Município pelo transporte em caso de matrícula em unidade distante. Verba honorária. Redução. Possibilidade. Vedação do arbitramento por apreciação equitativa. Observância do Tema sob o regime de recurso repetitivo 1.076 do c. STJ. Precedentes. Fixação dos honorários em 15% sobre o proveito econômico obtido, considerando o custo anual da creche municipal, nos termos do artigo 85, § 3º, I, do CPC. Remessa necessária não conhecida. Recurso voluntário parcialmente provido." (TJSP: Apelação/Remessa Necessária 1009049-28.2022.8.26.0309; Relator: Francisco Bruno (Pres. Seção de Direito Criminal); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Jundiaí – Vara do Júri/Exec./Inf. Juv.; Data do Julgamento: 29/11/2022; Data de Registro: 29/11/2022);

"APELAÇÃO e REEXAME NECESSÁRIO OBRIGAÇÃO DE FAZER. Pretensão voltada a compelir o ente público demandado ao fornecimento de vaga em creche por período integral, julgada procedente na origem. Reexame necessário não conhecido. Conteúdo econômico da obrigação imposta na sentença absolutamente mensurável por meros cálculos aritméticos que, por seu turno, é inferior ao valor de alçada (CPC, art. 496, § 3º.) Hipótese que reclama o não conhecimento do recurso oficial. Jurisprudência consolidada no âmbito desta Colenda Câmara Especial. APELAÇÃO. Dever do Poder Público (inc. IV, do art. 208, da CF; inc. V, do art. 53 e inc. IV, do art. 54, ambos do ECA). Nos termos do § 2º, do art. 211, da Constituição Federal compete prioritariamente aos Municípios a atuação quanto ao ensino fundamental e à educação infantil, na qual se inserem creche e pré-escola Súmulas 63 e 65 deste Eg. Tribunal de Justiça. Não avistável incompatibilidade, antes harmonização, entre a garantia à educação e a convivência familiar. Honorários advocatícios fixados em R$ 2.000,00 Valor da causa que deve corresponder ao valor anual estimado por aluno de creche integral para o Estado de São Paulo (R$ 7.459,20). Honorários

Acesso ao Sumário

que são fixados em 15% do valor corrigido da causa. Admitido o bloqueio de verbas públicas, em caso de descumprimento da obrigação, malgrado ausência de sua imposição na r. sentença. Recurso oficial não conhecido e voluntário provido parcialmente, com observação (correção de ofício do valor da causa).” (TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1012274-56.2022.8.26.0309; Relator: Wanderley José Federighi (Pres. Seção de Direito Público); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Jundiaí – Vara do Júri/Exec./Inf. Juv.; Data do Julgamento: 19/12/2022; Data de Registro: 19/12/2022).

Considera-se prequestionada toda a matéria veiculada no recurso para fins de eventual acesso às instâncias superiores.

Com isto, pelo meu voto **NÃO SE CONHECE** da remessa necessária e **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso voluntário do Município para reduzir o valor da causa para **R$ 7.799,06.**

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 5.892)

Ouso, respeitosamente, divergir da douta maioria da Turma Julgadora, que deu parcial provimento ao recurso voluntário do Município, para acolher a impugnação ao valor da causa a fim de reduzi-lo para R$ 7.799,06, que corresponde ao valor anual estimado por aluno de creche integral para o Estado de São Paulo, pois, pelo meu voto, negava provimento ao recurso voluntário.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 52/56 que julgou procedente a ação de obrigação de fazer ajuizada pela menor L.M.B.R. para condenar o réu a *“conceder a autora, vaga em creche em distância não superior a 2 km de sua casa”*. Os honorários advocatícios foram fixados em 10% sobre o valor da causa, *“reduzidos pela metade ante a ausência de impugnação.”*

Em suas razões recursais, o Município de Guarulhos sustenta, em síntese, que o valor da causa estimado pela autora é muito elevado, considerando que a causa não possui conteúdo econômico, visto se tratar de obtenção de vaga em creche. Aponta que o parâmetro para a fixação do valor deve ser aquele determinado nos termos da Portaria Interministerial nº 4, de 27/12/2019, do MEC, e para o ano de 2019, o valor anual mínimo por aluno de creche pública no Estado de São Paulo é de R$ 5.530,42, em regime de período integral, de modo que deve ser retificado o valor dado à causa. Para tal finalidade, pede provimento ao recurso (fls. 61/65).

Ausente apresentação de contrarrazões, conforme certidão de fl. 70.

A D. Procuradoria Geral de Justiça, considerando interposta a remessa

Acesso ao Sumário

necessária, opinou pelo seu desprovimento e deixou de se manifestar quanto ao recurso voluntário (fls. 86/89).

É o relatório.

Primeiramente, cumpre ressaltar que, ao contrário do que foi anotado no parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça, a r. sentença não foi submetida à remessa necessária, o que está em conformidade com o entendimento desta Câmara Especial, que considera mensurável o valor decorrente da pretensão buscada na ação, a despeito de se tratar de obrigação de fazer, o qual não supera o limite previsto no Código de Processo Civil, para submissão ao reexame necessário.

Ressalte-se, ainda, que embora ausente do dispositivo da r. sentença o julgamento quanto à impugnação ao valor da causa apresentada pelo Município de Guarulhos, de acordo com os termos da respectiva fundamentação, ficou mantido o valor atribuído na inicial, de R$ 12.000,00.

Extrai-se dos autos que a criança-autora L.M.B.R. possui idade compatível com a faixa etária da vaga pleiteada (fl. 15 – art. 208, inciso IV da Constituição Federal) e, apesar de ter providenciado sua inscrição na instituição escolar infantil, foi impossibilitada de efetivar matrícula em creche, figurando em lista de espera (fl. 19).

A r. sentença julgou procedente a ação e improcedente a impugnação ao valor da causa ofertado pelo Município de Guarulhos, e que não comporta modificação.

A despeito do direito material reconhecido na origem, as razões da apelação estão voltadas apenas à pretensão de redução do valor da causa.

Verifica-se que o montante atribuído à causa pela autora de R$ 12.000,00 está de acordo com o parâmetro adotado por esta C. Câmara Especial, uma vez que é compatível com os custos de manutenção de uma criança em creche, conforme o valor estabelecido pela Portaria Interministerial nº 7, de 29/12/2022[2], que, no exercício de 2023, corresponde à quantia de R$ 7.799,06.

Compartilha do mesmo entendimento os seguintes precedentes desta Col. Câmara Especial:

REMESSA NECESSÁRIA – Sentença que não se inclui no rol do art. 496, do Código de Processo Civil – Custo anual de vaga em creche que se limita a R$ 8.180,24, conforme indicador denominado "valor anual total mínimo por aluno (VAAT-MIN)", divulgado no bojo de Portaria Interministerial nº 07 de 29/12/2022, expedida pelos Ministérios da Educação e da Economia – Demanda desprovida de vulto capaz de justificar o reexame necessário – Remessa necessária não conhecida. APELAÇÃO CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. INFÂNCIA E JUVENTUDE. DIREITO À EDUCAÇÃO. Vaga em creche. Sentença de procedência, confirmando a tutela de urgência concedida. Matrícula da criança impetrante em unidade de ensino próxima de sua residência

Acesso ao Sumário

2 Portaria Interministerial do MEC/ME nº 7, de 29 de dezembro de 2022, do Anexo I

(até dois quilômetros) ou em outra mais distante, desde que forneça transporte escolar gratuito. Sentença mantida. Direito fundamental resguardado pela Constituição Federal e legislação infraconstitucional. Inafastabilidade da obrigação conferida ao Município. Dever confirmado pelo Supremo Tribunal Federal no Tema de repercussão geral nº 548, cujo mérito foi recentemente julgado pelo Excelso. Reserva do possível que não se aplica aos direitos fundamentais de eficácia plena e imediata. Imposição que não caracteriza ingerência indevida do Poder Judiciário na Administração Pública. Multa cominatória. Redução do valor fixado para o importe de R$ 300,00 por dia, limitado a R$ 30.000,00. Impugnação ao valor da causa. Não acolhimento. Valor compatível com os custos de manutenção da criança em estabelecimentos educacionais, considerando o disposto na Portaria Interministerial nº 07 de 29/12/2022. Recurso de apelação provido, em parte, para reduzir a multa cominatória. (TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1004842-56.2022.8.26.0609; Relatora: Silvia Sterman; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Taboão da Serra – 2ª Vara Criminal da Comarca de Taboão da Serra; Data do Julgamento: 16/01/2023; Data de Registro: 16/01/2023)

APELAÇÃO e REEXAME NECESSÁRIO – OBRIGAÇÃO DE FAZER – Pretensão ao fornecimento de vaga em creche, por período integral, próxima à residência – Reexame necessário não conhecido – Conteúdo econômico da obrigação imposta na sentença absolutamente mensurável por meros cálculos aritméticos – Não caracterizada a hipótese de sentença ilíquida – Incidência do § 3º do artigo 496 do CPC – Condenação que não alcança o teto máximo para fins de observância ao duplo grau de jurisdição obrigatório diante dos custos daí advenientes – Necessária otimização da prestação jurisdicional que conferirá uma melhor racionalização dos recursos humanos e financeiros do Poder Judiciário a permitir significativos avanços qualitativos e de celeridade às irresignações recursais voluntariamente apresentadas pelos interessados – APELAÇÃO – Preliminar de sobrestação do feito afastada – Dever do Poder Público de fornecer a vaga em tempo integral (inc. IV, do art. 208, da CF; inc. V, do art. 53 e inc. IV, do art. 54, ambos do ECA) – Nos termos do § 2º, do art. 211, da Constituição Federal, compete prioritariamente aos Municípios a atuação quanto ao ensino fundamental e à educação infantil, na qual se inserem creche e pré-escola – Súmulas 63 e 65 deste Eg. Tribunal de Justiça – Não avistável incompatibilidade, antes harmonização, entre a garantia à educação e a convivência familiar – Acertada rejeição da impugnação ao valor da causa, que não se mostra desproporcional aos custos de manutenção de uma criança em creche pública ou particular – Redução do valor da multa diária arbitrada (R$ 500,00) para R$ 300,00, limitada em R$ 30.000,00, a ser revertida ao Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do Município – Manutenção dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa (R$ 12.000,00), perfazendo R$ 1.200,00, em consonância com o disposto nos §§ 8º e 11º, do art. 85, do CPC – Sentença proferida antes da modificação legislativa do § 8º, do art. 85, do CPC – O c. STJ firmou entendimento segundo o qual a data da sentença é o marco temporal para delimitação do regime jurídico aplicável à fi-

Acesso ao Sumário

xação de honorários advocatícios – Recurso oficial não conhecido e provido em parte o apelo do Município (redução das astreintes). (TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1003416-09.2022.8.26.0609; Relator: Wanderley José Federighi (Pres. da Seção de Direito Público); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Taboão da Serra – 2ª Vara Criminal da Comarca de Taboão da Serra; Data do Julgamento: 23/09/2022; Data de Registro: 23/09/2022)

Além disso, entendo que causas como a ora examinada, que trata de direito fundamental à educação, a exemplo das causas que tratam do direito fundamental à saúde e à vida, devem ser consideradas como de valor inestimável, de modo que é indiferente o valor dado à causa, que se atribui para fins fiscais ou de alçada apenas, considerando ainda que causas como a presente, que envolvem obrigação de fazer, não apresentam conteúdo econômico imediato, portanto, não há de se falar em possibilidade ou não de aferição do proveito econômico, incompatível com a natureza da ação e do que se pede.

Por fim, em razão da sucumbência nesta fase recursal, majoro os honorários advocatícios fixados na sentença em 10% sobre o valor da causa, o que corresponde ao montante de R$ 1.200,00, para o equivalente a 11% sobre o mesmo parâmetro, observada a redução da verba honorária, nos termos do artigo 90, § 4º, do CPC com fundamento no artigo 85, § 2º, incisos I a IV, e § 11, considerando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Isto posto, pelo meu voto, **NEGAVA PROVIMENTO** ao recurso, nos termos da fundamentação.

ANA LUIZA VILLA NOVA, Relatora sorteada

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1018093-12.2022.8.26.0361, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante MUNICÍPIO DE MOGI DAS CRUZES, é apelado A.A.G.S. (MENOR).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial 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 34.768)**

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, 15 de agosto de 2023.
XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Ação de Obrigação de Fazer – Infância e Juventude – Município de Mogi das Cruzes – Reconhecimento da procedência do pleito inicial (oferecimento de vaga em unidade educacional infantil mantida pela Municipalidade e próxima à residência da criança autora) e obrigação cumprida após a citação – Processo extinto, com resolução do mérito, a teor do art. 487, III, "a", do Código de Processo Civil – Necessária correspondência do valor da causa ao proveito econômico esperado – Honorários advocatícios sucumbenciais devidos pelo ente público – Princípio da Causalidade (art. 85, § 10 do CPC/2015) – Ausência de justificativa para arbitramento da verba honorária em seu percentual máximo – Demanda a envolver tema de direito amplamente pacificado, que não demanda complexidade e/ou maiores questionamentos – Redução do percentual de honorários que se impõe – Nova redução pela metade, na forma do § 4º do art. 90 do CPC/2015, igualmente devida – Apelação provida.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Município de Mogi das Cruzes em face de r. sentença (fls. 84/85), cujo relatório se adota, que, em Ação de Obrigação de Fazer ajuizada pela criança A.A.G.S. (nascida em (...)) contra o ente público apelante (com vistas ao oferecimento de vaga em creche), homologou o reconhecimento do pleito formulado e julgou extinto o processo, com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, III, "a", do Código de Processo Civil, condenando o requerido ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em 20% sobre o valor da causa atualizado e reduzidos pela metade, em razão do reconhecimento da procedência do pedido.

Postula o apelante a redução da verba honorária por se tratar, sob sua ótica, de causa de baixa complexidade, que não demandou excessivo labor e tempo. De maneira que não haveria justificativa para a fixação de honorários no percentual máximo legal, justificando-se, por conseguinte, sua redução para 10% do valor atribuído à causa, com subsequente minoração, a teor do art. 90, § 4º, do CPC/2015, à metade (5%) desse montante (fls. 92/97).

Acesso ao Sumário

Em contrarrazões (fls. 102/106), o apelado aduz, em apertada síntese, que os honorários advocatícios foram fixados no piso legal e, assim, não comportam qualquer redução.

A Procuradoria-Geral de Justiça, a seu turno, opinou pela manutenção da r. sentença e não se manifestou quanto à questão debatida no recurso (fls. 158/161).

É a síntese do necessário.

No caso em tela, o Município de Mogi das Cruzes reconheceu, em sua primeira manifestação nos autos, a procedência do pedido inicial e comprovou o cumprimento da obrigação que lhe foi imposta na decisão concessiva de tutela antecipada digitalizada a fls. 17/21, disponibilizando a matrícula do infante *"no (...) – (...)"*, unidade escolar localizada *"a 1.5 km em relação ao endereço residencial (...) declarado pela família"* (cf. fls. 27/28).

O D. Juízo de Primeiro Grau, então, após manifestações do autor (fls. 32/35) e da Promotoria de Justiça de Mogi das Cruzes (fls. 79/82), homologou o reconhecimento do pedido inicial e julgou extinto o feito, com fundamento no artigo 487, III, "a", do Código de Processo Civil, condenando o réu *"ao pagamento de honorários advocatícios ora arbitrado e desde já reduzido de 20% para 10% sobre o valor da causa atualizado, em razão do reconhecimento do pedido, nos termos do artigo 90, § 4º do CPC"*.

Pois bem.

A pretensão foi obtida ao longo do processamento da demanda porque, consoante demonstrado nos autos, à parte autora foi disponibilizada vaga em unidade educacional infantil mantida pelo Município de Mogi das Cruzes e próxima à residência da criança autora, tendo o ente público, assim, reconhecido a procedência do pedido inicial, de maneira que era mesmo de rigor a extinção do feito, na forma da alínea "a" do inciso III do art. 487 do vigente Código de Processo Civil.

E, conforme dispõe o artigo 85, § 10, do CPC/2015, *"nos casos de perda do objeto, os honorários serão devidos por quem deu causa ao processo"*.

Ora, considerando que o autor fez pedido administrativo, mas não foi atendido, e que o Município somente forneceu a vaga em creche depois do ajuizamento da demanda, certo é que este deu causa ao processo. Assim, pelo Princípio da Causalidade, deve o Município arcar com honorários advocatícios em favor do patrono do autor.

Em relação, no entanto, ao valor da causa, cabe consignar que, *in casu*, foi ele arbitrado genericamente, a tornar necessária sua correção de ofício.

Nesse passo, considerando o custo anual do pedido formulado pela criança-autora (matrícula em creche, por período integral, no Estado de São Paulo) – que, nos termos do Anexo I da Portaria Interministerial do MEC/ME n. 4, de

18 de agosto de 2022, é de R$ 7.459,20 – é esse o valor que deve ser atribuído à causa, na forma do § 3º do art. 292 do CPC/2015, posto vigente à época do ajuizamento da demanda (setembro de 2022).

A base de cálculo do valor dos honorários sucumbenciais, por sua vez, deve ser fixada na forma do § 2º do art. 85 do CPC/2015, sendo de rigor, *in casu*, a aplicação analógica do disposto no art. 90, § 4º do mesmo *Codex*, à vista da ausência de impugnação ao pedido do autor, de modo que o valor arbitrado a título de honorários advocatícios deve ser reduzido à metade (e atualizável a partir do ajuizamento da demanda).

Inviável, contudo, adotar sem maiores considerações, como se vê na r. sentença objurgada, o percentual máximo do inciso I do § 3º do art. 85 do CPC. Por regra, os honorários devem ser fixados observando-se a complexidade e as dificuldades inerentes ao processo, dentre outros quesitos, conforme fixado no § 2º do mesmo artigo.

O caso dos autos trata de demanda por vaga em creche, há muito massificado e pacificado pela jurisprudência desta C. Câmara Especial. Não envolveu qualquer afazer não usual, além de não apresentar complexidade. O ente público, não bastasse, reconheceu a procedência do pedido.

Por sua vez, o Juízo *a quo* não apresentou qualquer justificativa para fixar a verba honorária no percentual máximo legal, de modo que assiste razão ao Município quando pugna por sua redução.

Em provimento, portanto, ao apelo em análise, arbitram-se os honorários advocatícios sucumbenciais devidos pelo Município de Mogi das Cruzes no percentual de 10% sobre o valor da causa fixado no presente voto (R$ 745,92), que deverão ser reduzidos à metade, a teor do art. 90, § 4º, do CPC/2015, quando do seu pagamento.

Da forma como ora se julga recentemente decidiu, em caso análogo, esta C. Câmara Especial, *in verbis*:

> *"APELAÇÃO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. INFÂNCIA E JUVENTUDE. Pretensão à obtenção de vaga em unidade educacional infantil mantida pela Municipalidade, que deve ser próxima à residência da criança. Vaga disponibilizada após o ajuizamento da ação. Extinção do processo com resolução do mérito na instância de origem, por reconhecimento do pedido, nos termos do artigo 487, III, 'a', do Código de Processo Civil. Valor da causa que deve corresponder ao proveito econômico esperado. Retificação. Honorários advocatícios sucumbenciais devidos pelo Município. Princípio da causalidade. Aplicação do artigo 85, § 10, do Código de Processo Civil. Ausência de justificativa para fixação em seu percentual máximo. Demanda de massa, envolvendo questão de direito amplamente pacificada que não demanda complexidade ou afazer inusual. Redução do percentual de honorários devida. Redução pela meta-*

Acesso ao Sumário

de da verba honorária, ainda, na forma do § 4º do art. 90 do mesmo Código. Recurso provido." (Apelação Cível nº 1015847-43.2022.8.26.0361, Rel. Des. Beretta da Silveira – Presidente da Seção de Direito Privado; j. em 28/02/2023).

Ex positis, **dá-se provimento ao apelo para redução da verba honorária**, nos termos do voto.

Apelações/Remessas Necessárias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1011104-87.2023.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que são apelantes FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado R.S.C.F.R. (MENOR).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao apelo e ao reexame necessário. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 55.291)**

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, 31 de julho de 2023.

GUILHERME GONÇALVES STRENGER, Vice-Presidente e Relator

Ementa: Apelação cível e Remessa necessária – Infância e Juventude – Mandado de Segurança – Ensino infantil – Aptidão para cursar etapa seguinte do ensino infantil – Direito de matrícula – Negativa embasada na faixa etária – Descabimento – Capacidade de aprendizado que deve ser analisada de forma individual – Observância dos arts. 208, V, da CF/88 e 54, V, do ECA – Precedentes – Remessa necessária e apelo voluntário desprovidos.

Acesso ao Sumário

VOTO

VISTOS.

Trata-se de remessa necessária e apelação interposta pela Fazenda Pública do Estado de São Paulo em face da r. sentença de fls. 141/145, que concedeu a ordem em mandado de segurança impetrado por R.S.C.F.R. *(MENOR)* em face do DIRETOR DA ESCOLA (...) e da DIRETORIA DE ENSINO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO, para o fim de determinar às autoridades impetradas a efetivarem a matrícula do impetrante R.S.C.F.R (*D.N (...)*) no método (...) (Maternal II), no ano letivo de 2023.

O recorrente sustenta, em síntese, que o corte etário está regulamentado pela Deliberação CEE nº 166/2019. Afirma que a data de corte etário para matrícula na Pré-Escola e no ensino fundamental é definida pelas Diretrizes Curriculares Nacionais, e, respectivamente, aos 4 e 6 anos de idade, completos ou a se completar até 31 de março do ano letivo para o qual se realiza a matrícula. Aduz, ainda, que o impetrante completará 3 anos de idade após 31 de março de 2023, devendo ser matriculada no Maternal I da educação infantil no ano letivo de 2023, conforme a Deliberação 166/2019. Requer, assim, o conhecimento e provimento do recurso, reformando-se a r. sentença (fls. 153/157).

Houve resposta ao apelo (fls. 174/180), e a d. Procuradoria-Geral de Justiça ofereceu parecer pelo desprovimento do recurso (fls. 193/196).

É o relatório.

Conhece-se do recurso voluntário interposto e da remessa necessária, nos termos do artigo 14, § 1º, da Lei nº 12.016/2009.

Cuida-se de *mandado de segurança* por meio do qual se garantiu a matrícula do menor no método (...) (Maternal II), no ano letivo de 2023.

Como é cediço, adota-se, em regra, o critério etário como requisito para acesso e ingresso das crianças nos diferentes níveis da educação infantil. Não é, porém, o único, visto que o artigo 208, V, da Constituição Federal e o artigo 54, V, do Estatuto da Criança e do Adolescente, impõem ao Estado o dever de garantir o livre acesso a níveis mais elevados de ensino, segundo a capacidade de cada um.

No sentido expresso e claro das sobreditas normas, já se pronunciou o Colendo Superior Tribunal de Justiça, afirmando que "*a capacidade de aprendizagem da criança deve ser analisada de forma individual, não genérica, porque tal condição não se afere única e exclusivamente pela idade cronológica*" (REsp. 753.565-MS, Rel. MIN. LUIZ FUX).

Logo, em face da regra da faixa etária, há duas exceções: a hipótese de criança com idade superior ser inapta à progressão, o que exige retenção na mesma série cursada, e o caso de criança com idade inferior ser apta à progressão, em razão da sua efetiva evolução pedagógica, educacional e cognitiva.

No caso, trata-se de criança apta e a negativa à sua progressão está fundada exclusivamente na sua faixa etária, com fundamento em deliberação do

Acesso ao Sumário

Conselho Estadual de Educação.

Comprovam a capacidade do impetrante os relatórios de avaliação psicopedagógicas de fls. 27/30 e 31/37, subscritos respectivamente pela Pedagoga / Psicopedagoga / Neuropsicopedagoga – Diretora Executiva – Gera Neurociências Aplicada a Educação, Angela Maria Traldi Cecato e pela Psicopedagoga ABPp 11.407, Mestre e Doutora em Educação Especial Pós-Doutorado em Psicologia (UFSCAR) e em Educação (UNESP), Profa. Dra. Andréa Carla Machado, que evidenciam o excelente desempenho do menor, bem como sua aptidão para a progressão pleiteada.

Como bem destacou o Juízo *a quo* "*O Relatório de avaliação psicopedagógica juntado às fls. 27/30 indica que o menor vem sofrendo prejuízo e retrocesso em seu desenvolvimento ao permanecer matriculado em turma com criança de faixa etária inferior*", acrescentando que "*o relatório de avaliação psicopedagógica juntado às fls. 31-37 corrobora a alegação do impetrante de apresentar capacidade intelectual e média superior às crianças de sua idade*" (fl. 142).

Portanto, os aludidos documentos demonstram, de forma indubitável, que o critério etário deve ser relativizado à vista da existência dos elementos concretos que corroboram a possibilidade de o menor ingressar na formação escolar, consoante sua capacidade e aptidão.

Se a criança obteve o devido aproveitamento satisfatório na etapa cursada, estando apta a frequentar o nível de ensino subsequente, não deve ser compelida a manter-se estagnada na mesma etapa, sob pena de desrespeito aos seus superiores interesses e violação do princípio da isonomia em relação às crianças com a mesma aptidão educacional.

A r. sentença, portanto, deu acertado desfecho à ação mandamental, que, ademais, está em sintonia com a jurisprudência consolidada pela Colenda Câmara Especial:

> *"REMESSA NECESSÁRIA. Mandado de Segurança. Matrícula na educação infantil. Deliberação nº 73/2008, do Conselho Estadual de Educação. Recusa administrativa fundada no limite etário estabelecido pelo Conselho Nacional de Educação do Ministério da Educação, reproduzido na Deliberação do Conselho Estadual de Educação nº 166/2019. Corte etário declarado constitucional pelo STF, no julgamento da ADC n.º 173 e ADPF n.º 292. Excepcionalidade. Observância dos requisitos necessários para o enquadramento na exceção estabelecida pelo Pretório Excelso. Avaliação psicopedagógica. Concessão da segurança. Sentença mantida. Remessa necessária não provida. (TJSP; Remessa Necessária Cível 1076930-67.2022.8.26.0100; Relatora: Silvia Sterman; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Central Cível – Vara da Infância e da Juventude; Data do Julgamento: 28/02/2023; Data de Registro: 28/02/2023)."*

Acesso ao Sumário

"REMESSA NECESSÁRIA – Infância e Juventude – Mandado de Segurança – Pretensão de matrícula da criança na Educação Infantil II, com três anos incompletos – Capacidade de aprendizado que deve ser analisada de forma individual – Observância dos arts. 208, V, da CF/88 e 54, V, do ECA – Parecer favorável subscrito por psicóloga – Negativa embasada na faixa etária – Restrição derivada de critério etário estabelecido pela Portaria CNE nº 1.035/2018 e pela Deliberação CEE nº 166/2019 – C. Supremo Tribunal Federal que, no julgamento da ADPF 292 e ADC 17, declarou a constitucionalidade de dispositivos legais e de normas do CNE que estabelecem corte etário para o ingresso de crianças no ensino infantil e fundamental – Excepcionalidade – Criança que já está cursando a Educação Infantil II, de modo que se consolidou sua situação com o decurso do tempo – Fato consumado – Melhor interesse da criança – Precedentes – Multa cominatória – Possibilidade – Redução à luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, mantida a limitação fixada na r. sentença – Custas e despesas processuais não devidas – Remessa necessária parcialmente provida. (TJSP; Remessa Necessária Cível 1000561-52.2022.8.26.0352; Relator: Francisco Bruno (Pres. Seção de Direito Criminal); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Miguelópolis – 1ª Vara; Data do Julgamento: 30/11/2022; Data de Registro: 30/11/2022).

"REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. INFÂNCIA E JUVENTUDE. Criança com desenvolvimento escolar compatível com a série em que matriculada. Ato da administração que determinou a regressão à série anterior no curso do ano letivo. Pretensão à rematrícula no 3º ano do ensino fundamental. Aptidão para o avanço de etapa. Recusa da escola com base no sistema de corte etário. Garantia constitucional de livre acesso a série de ensino conforme a capacidade individual da criança. Inteligência do artigo 208, V, da Constituição Federal e do artigo 54, V, do Estatuto da Criança e do Adolescente. RECURSO DESPROVIDO. (TJSP; Remessa Necessária Cível 1001544-88.2022.8.26.0663; Relator: Beretta da Silveira (Pres. da Seção de Direito Privado); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Votorantim – Vara Criminal; Data do Julgamento: 28/11/2022; Data de Registro: 28/11/2022)"

Ante o exposto, *NEGO PROVIMENTO* à remessa necessária e apelo voluntário interposto.

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cí-

Acesso ao Sumário

vel nº 0023154-47.2023.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é suscitante MMª. JUÍZA DE DIREITO DA 11ª VARA CÍVEL DE CAMPINAS, é suscitado MM, JUIZ DE DIREITO DA 14ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL II – SANTO AMARO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram do conflito negativo para declarar a competência da MMª. Juíza de Direito suscitante da 11ª Vara Cível de Campinas. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 116.424)**

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, 29 de junho de 2023.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação regressiva de ressarcimento de danos materiais proposta por seguradora distribuída para a 14ª Vara Cível do Foro Regional de Santo Amaro, em razão do domicílio da autora. Apresentação de preliminar de contestação pela ré com alegação de incompetência do Juízo de Santo Amaro, que foi acolhida pelo juízo suscitado. Remessa do feito para a comarca de Campinas, que alberga o domicílio da ré. Insurgência da Juíza da 11ª Vara Cível de Campinas. Impossibilidade. Ausência de interposição de recurso pela autora contra a decisão de acolhimento da incompetência do juízo suscitado. Competência territorial, relativa, indeclinável de ofício nos termos da súmula nº 33 do C. STJ. Competência da Juíza suscitante da 11ª Vara Cível de Campinas.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de **conflito negativo de competência** suscitado pela **MMª. JUÍZA DE DIREITO DA 11ª VARA CÍVEL da COMARCA DE CAMPINAS** em face do **MM. JUIZ DE DIREITO DA 14ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DE SANTO AMARO, COMARCA DA CAPITAL,** nos autos

da ação regressiva de ressarcimento de danos nº 1004081-66.2023.8.26.0002 proposta por Mapfre Seguros Gerais S.A. contra a Companhia Piratininga de Força e Luz – CPFL Piratininga.

Argumentou que na **ação de ressarcimento** de danos a seguradora se sub-roga, além do direito material dos seus segurados, também no direito processual, de forma que possui as mesmas prerrogativas do consumidor em ajuizar a ação em seu domicílio.

Não há interesse que justifique a intervenção da Procuradoria Geral de Justiça no feito.

É O RELATÓRIO.

Está configurado o conflito negativo de competência, pois ambos os Juízes se consideraram incompetentes para processar e julgar a ação, nos termos do art. 66, inciso II, do Código de Processo Civil.

Assiste razão ao Juiz suscitado.

Cuida-se de ação regressiva de ressarcimento de danos proposta por Mapfre Seguros Gerais S.A. contra a Companhia Piratininga de Força e Luz – CPFL Piratininga, em que a seguradora busca a condenação da requerida ao pagamento da quantia de R$ 10.776,92 (dez mil, setecentos e setenta e seis reais e noventa e dois centavos) em razão de danos materiais causados aos seus segurados.

A ação foi distribuída para a 14ª Vara Cível do Foro Regional de Santo Amaro. Citada, a ré, em preliminar de contestação, requereu o reconhecimento da incompetência do juízo suscitado para processar a demanda, que foi acolhida pelo Magistrado, o qual determinou a remessa do feito para a comarca de Campinas. Não houve a interposição de recurso de agravo de instrumento contra a decisão. Recebidos os autos, a Juíza da 11ª Vara Cível de Campinas suscitou o presente conflito.

No caso, uma vez que não houve insurgência da autora mediante recurso contra a decisão do Juiz suscitado que decidiu sobre a competência da suscitante, conclui-se que ambas as partes concordaram com essa declinação.

Em consequência, ao suscitar o presente conflito de competência, a suscitante acaba por declinar de competência relativa de ofício, o que é vedado pelos artigos 64 e 65 do Código de Processo Civil e pela súmula nº 33 do C. Superior Tribunal de Justiça.

Não cabe a esta Câmara Especial analisar a existência ou não de relação de consumo nem a possibilidade de sub-rogação nos direitos dos segurados nessas hipóteses de ação regressiva da seguradora mas, tão somente, afastar a declinação da competência de ofício feita pela suscitante.

Ante o exposto, **CONHEÇO DO CONFLITO NEGATIVO** para declarar a competência da MMª. Juíza de Direito suscitante da 11ª Vara Cível de

Acesso ao Sumário

Campinas.

Comunique-se e cumpra-se, com urgência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0024936-89.2023.8.26.0000, da Comarca de Catanduva, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DA COMARCA DE CATANDUVA, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DE CATANDUVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram do conflito negativo de competência e declararam a competência do Juízo suscitado (MM. JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE CATANDUVA). V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44.283)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 1º de agosto de 2023.

FRANCISCO BRUNO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação de obrigação de fazer – Pedido de fornecimento de medicamento, em tratamento contínuo – Valor da causa retificado, em observância ao art. 292, § 2º, do CPC – Afastada a competência do Juizado Especial, uma vez que o novo valor da causa ultrapassa 60 salários-mínimos – Inteligência do art. 98, I, da CF/88 e art. 2º, *caput* e § 2º, da Lei 12.153/09 – Precedentes – Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo suscitado.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de *conflito negativo de competência* suscitado pelo **MM. JUÍZO DE DIREITO DA VARA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL** em face

do **MM. JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL**, ambos da Comarca de Catanduva, nos autos da *ação de obrigação de fazer de fornecimento de medicação de alto custo* ajuizada por P.S.S. em face do Município de Catanduva e do Estado de São Paulo (Proc. nº (...)).

O feito foi inicialmente distribuído ao Juízo suscitado, o qual declinou da sua competência, por entender que, como o valor da causa (R$ 16.557,58) não superava 60 salários-mínimos, o feito deveria tramitar junto à Vara do Juizado da Fazenda Pública da comarca, conforme art. 2º, *caput* e § 4º, da Lei nº 12.153/2009. Assim, tratando-se de competência absoluta, determinou a remessa dos autos à Vara do Juizado da Fazenda Pública local (Juizado Especial Cível) (fls. 38/41 dos autos de origem).

Desse entendimento diverge o Juízo suscitante, por entender que o valor da causa em obrigação de fazer para entrega de medicamentos de uso contínuo deve corresponder à sua utilização por doze meses, conforme art. 2º, § 2º, da Lei nº 12.153/2009, bem como art. 292, § 2º, do CPC, razão pela qual determinou à parte autora que emendasse a inicial para retificar o valor dado à causa (fl. 45 dos autos de origem), o que foi realizado (fls. 46/47 dos autos de origem) e acolhido pelo Juízo (fls. 48/49 dos autos de origem). Aduz que o novo valor da causa corresponde a R$ 337.377,24, o que supera o teto de 60 salários- mínimos do Juizado Especial (fls. 63/66 dos autos de origem).

Foi designado o **Juízo suscitado (MM. JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE CATANDUVA)** para apreciar e decidir questões urgentes (fls. 10/11).

É o relatório.

Conheço do conflito negativo de competência, com fundamento no art. 66, II, do Código de Processo Civil, na medida em que ambos os Juízos recusam a competência para processar e julgar a demanda.

O presente conflito negativo de competência foi suscitado incidentalmente à *ação de obrigação de fazer* ajuizada por P.S.S. em face do Município de Catanduva e do Estado de São Paulo. Da análise dos autos, verifica-se que a parte autora pleiteia o fornecimento do medicamento *Lenvatinib*, em tratamento contínuo, até progressão da doença ou toxicidade limitante.

In casu, razão assiste ao Juízo suscitante.

Registre-se, inicialmente, que, segundo o art. 8º do Provimento CSM nº 2.203/09, nas Comarcas em que não foram instalados os Juizados Especiais de Fazenda Pública, ficam designados para processamento das ações de competência do JEFAZ:

(i) as Varas da Fazenda Pública, onde instaladas;

(ii) as Varas do Juizado Especial, com competência cível ou cumulativa, onde não haja Vara da Fazenda Pública instalada;

Acesso ao Sumário

(iii) os Anexos de Juizado Especial, nas comarcas onde não haja Vara da Fazenda Pública e de Juizado Especial, designados os Juízes das Varas Cíveis ou Cumulativas para o julgamento.

Considerando que na Comarca de Catanduva não existem Varas do Juizado Especial da Fazenda e tampouco as Varas Especializadas da Fazenda Pública, são as varas do Juizado Especial que acumulam tais competências, nos termos do item (ii) acima apontado.

Assim, o presente conflito versa, em última análise, sobre a competência da Vara Cível ou da Vara do Juizado Especial da Fazenda (ou aquela que tiver competência para tanto), para o processamento de feito.

Pois bem.

De acordo com o artigo 98, I, da Constituição Federal, a competência dos Juizados Especiais Cíveis é limitada pelo valor atribuído à causa, bem como à menor complexidade da demanda.

Em reforço a tal norma constitucional, o artigo 2º da Lei nº 12.153/2009 impõe o limite de **60 salários-mínimos** para o julgamento das causas cíveis pelos Juizados Especiais da Fazenda Pública.

Conforme se depreende dos autos, o autor necessita, mensalmente, de três caixas do fármaco *Lenvatinib* – duas caixas, de trinta cápsulas cada, na dosagem de 10mg, bem com uma caixa, de trinta cápsulas cada, na dosagem de 4mg –, cujo orçamento mensal corresponde à quantia de R$ 28.114,77 (fls. 34/37 e 46/47 dos autos de origem).

Anote-se, por oportuno, que o valor de R$ 28.114,77 corresponde somente ao **custo mensal do tratamento**, razão pela qual o Juízo suscitante determinou a emenda da inicial para que fosse retificado o valor atribuído à causa (fl. 45 dos autos de origem), o que foi realizado pela parte autora (fls. 46/47 dos autos de origem). Assim, o novo valor da causa passou a ser R$ 337.377,24 (fls. 48/49 dos autos de origem), o que reflete o **custo anual do tratamento pleiteado.**

Nesse aspecto, pontua-se que o artigo 292, § 2º, do CPC estabelece, *verbis*:

*"**O valor das prestações vincendas será igual a uma prestação anual, se a obrigação for por tempo indeterminado ou por tempo superior a 1 (um) ano**, e, se por tempo inferior, será igual à soma das prestações."* (destacou-se).

Diante desse contexto, o feito deve ser processado no Juízo suscitado, na medida em que o valor atribuído à causa, que reflete o custo anual do medicamento pretendido, supera o limite de 60 salários-mínimos estabelecido no artigo 2º, *caput*, da Lei nº 12.153/2009, *verbis*:

"Art. 2º – É de competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública

Acesso ao Sumário

processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários-mínimos." (grifei)

Cumpre registrar, também, que, conforme dispõe o parágrafo 2º do citado dispositivo legal, quando a pretensão versar sobre obrigações de trato sucessivo, para fins de competência do Juizado Especial, deverá ser observada a soma de 12 parcelas vincendas e de eventuais parcelas vencidas, não podendo, tal somatório, exceder o valor referido no *caput* acima transcrito.

Dessa forma, **deverá o feito tramitar no Juízo suscitado**, conforme precedentes desta C. Câmara Especial:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Obrigação de fazer para fornecimento de medicamentos contra a Fazenda Pública Municipal – Ação originariamente distribuída ao Juízo comum – Remessa determinada diante do valor atribuído à causa e da competência absoluta do JEFAZ – Descabimento – Causa cujo valor deve ser composto pela soma do valor correspondente às prestações exigidas, nos termos do art. 292, § 1º e § 2º do CPC – Montante que supera o teto de competência dos juizados fazendários – Reconhecimento da incompetência do Juizado Especial Fazendário – Critério de natureza absoluta – Inteligência do art. 2º, caput, da Lei nº. 12.153/09 – Hipótese de processamento e julgamento dos autos na Vara comum – Conflito acolhido – Competência do suscitado (MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Judicial da Comarca de Ribeirão Pires). (TJSP; Conflito de competência cível 0033533-18.2021.8.26.0000; Relator: Renato Genzani Filho; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Ribeirão Pires – Vara do Juizado Especial Cível e Criminal; Data do Julgamento: 15/10/2021; Data de Registro: 15/10/2021)

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Juizado Especial da Fazenda Pública e Vara Cível – Valor da causa – Atribuição inicial genérica, ensejando remessa dos autos para o Juizado Especial – Determinação de correção do valor da causa, considerando o teor do artigo 292, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil e artigo 2º, § 2º, da Lei nº 12.153/2009 – Modificação do valor da causa, que ultrapassa o limite do artigo 2º, da Lei nº 12.153/2009 – Incompetência absoluta do Juizado Especial da Fazenda Pública – Competência do Juízo Cível comum – Conflito conhecido para declarar a competência da 4ª Vara Judicial de Cubatão (Juízo Suscitante). (TJSP; Conflito de competência cível 0012765-76.2018.8.26.0000; Relator: Fernando Torres Garcia (Pres. Seção de Direito Criminal); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Cubatão – 4ª Vara; Data do Julgamento: 20/08/2018; Data de Registro: 21/08/2018)).

Acesso ao Sumário

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Juizado Especial da Fazenda Pública e Vara Cível – Valor da causa – Atribuição inicial genérica, ensejando remessa dos autos para o Juizado Especial – Determinação de correção do valor da causa, considerando o teor do artigo 292, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil e artigo 2º, § 2º, da Lei nº 12.153/2009 – Modificação do valor da causa, que ultrapassa o limite do artigo 2º, da Lei nº 12.153/2009 – Incompetência absoluta do Juizado Especial da Fazenda Pública – Competência do Juízo Cível comum – Conflito conhecido para declarar a competência da 4ª Vara Judicial de Cubatão (Juízo Suscitante).” (TJSP CC 0012765-76.2018.8.26.0000, Câmara Especial, Rel. Des. FERNANDO TORRES GARCIA, PRES. DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL, j. 20.08.2018).

Ante o exposto, conheço do conflito negativo de competência e declaro a competência do **Juízo suscitado (MM. JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE CATANDUVA)**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0027371-36.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA REGIONAL DE COMPETÊNCIA EMPRESARIAL E DE CONFLITOS RELACIONADOS À ARBITRAGEM, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA CÍVEL DE GUARULHOS.

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 para DECLARAR a competência do MM. Juiz de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de Guarulhos. V.U.”, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 116.721)**

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, 7 de agosto de 2023.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊN-

CIA. Ação de rescisão contratual c.c. restituição de mercadorias e reconvenção para cobrança de notas fiscais e instrumento de confissão de dívida. Matéria não afeta à competência das Varas Empresariais e de Conflitos relacionados à Arbitragem da Capital. Inteligência do art. 2º da Res. Nº 763/16 desse E. TJSP. Matéria submetida às Varas Cíveis comuns. Precedentes da Câmara Especial. Competência do Juiz de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de Guarulhos.

VOTO

Cuida-se de **conflito negativo de competência** suscitado pelo **MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA REGIONAL DE COMPETÊNCIA EMPRESARIAL E DE CONFLITOS RELACIONADOS À ARBITRAGEM DO FORO ESPECIALIZADO DE SÃO PAULO** em face do **MM. JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE GUARULHOS**, nos autos da ação de rescisão contratual cumulada com pedido de restituição de bens nº 1021267-52.2022.8.26.0224, proposta por E-foco Comercial Eireli em face de Imperium Logística Ltda.

Argumenta que se trata de ação de rescisão contratual, que discute termos e condições do negócio jurídico entabulado pelas partes, além da retenção indevida de produtos e de mudanças nas condições inicialmente pactuadas, sem relação com as matérias de competência das Varas Empresariais e de Conflitos relacionados à Arbitragem. Aduz que a matéria é afeta à Parte Especial, Livro I – Direito das Obrigações, do Código Civil, não inserida, pois, no rol taxativo da Resolução n.º 825/2019, de tal modo que não é competente para processamento e julgamento do feito a Vara Especializada.

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 artigo 66, inciso II, do Código de Processo Civil.

Quanto à ausência de competência da Vara Especializada, assiste razão ao MM. Juiz suscitante.

Trata-se de ação de rescisão contratual cumulada com restituição de bens ou restituição dos valores respectivos, proposta por E-foco Comercial Eireli em face de Imperium Logística Ltda. (fls. 01/16 da origem).

Apresentada contestação com reconvenção (fls. 108/141 da origem), contestação à reconvenção (fls. 415/423 da origem), réplica (fls. 427/451 da ori-

Acesso ao Sumário

gem), e especificadas as provas pelas partes (fls. 455/457 e 458/460 da origem), o MM. Juiz de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de Guarulhos declinou da competência e determinou a redistribuição a uma das Varas Regionais Empresariais (fls. 522 da origem).

Remetidos os autos, o MM. Juiz da 1ª Vara Regional de Competência Empresarial e de Conflitos Relacionados à Arbitragem do Foro Especializado da Comarca de São Paulo suscitou o presente conflito (fls. 535/541 da origem).

As Varas Empresariais e de Conflitos relacionados à Arbitragem da Comarca da Capital, criadas pela Resolução nº 763/16 do E. Tribunal de Justiça de São Paulo, têm sua competência determinada no art. 2ª da referida resolução:

"*As Varas Empresariais e de Conflitos relacionados à Arbitragem da Comarca da Capital terão competência para as ações principais, acessórias e conexas, relativas à matéria prevista no Livro II, Parte Especial do Código Civil (arts. 966 a 1.195) e na Lei n. 6.404/1976 (sociedades anônimas), bem como a propriedade industrial e concorrência desleal, tratadas especialmente na Lei n. 9.279/1996, a franquia (Lei n. 8.955/1994) e as ações decorrentes da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96).*".

No presente caso, o objeto da lide é a declaração de rescisão do contrato de prestação de serviços de logística contratados com a ré e a restituição das mercadorias por esta armazenadas.

Sustenta a autora que a prestação de serviços iniciou-se aproximadamente cinco meses antes da elaboração do contrato pela ré. Durante esse período, quando seu estoque inteiro já estava armazenado nas instalações da ré, esta teria começado a realizar cobranças em valores muito superiores aos acordados e aos de mercado, não enviava relatórios de fechamento de coletas, tampouco comprovantes de entregas das notas fiscais, o que gerou desacordo comercial e rescisão prévia antes mesmo da assinatura formal do contrato de prestação de serviços, oportunidade em que a ré teria se apropriado indevidamente das mercadorias da autora.

A autora reconhece a existência de dívida decorrente do desacordo comercial, porém, em montante inferior ao cobrado pela ré, equivalente a R$ 115.558,26, acrescentando que depende da devolução das mercadorias que foram retidas para cumprir seu distrato com a marca Ana Hickmann.

A reconvenção, a seu turno, visa a cobrança do valor de R$ 245.507,25 (atualizado em agosto de 2022), representado pelas notas fiscais e pelo instrumento de confissão de dívida com garantia real (estoque).

A ré argumenta que a retenção de 50% das mercadorias ofertadas em garantia estava prevista no instrumento, em caso de inadimplemento, que a autora não realizou o pagamento do débito contraído e mantém as mercadorias armazenadas em seu galpão há mais de 13 (treze) meses, sem o pagamento sequer do

Acesso ao Sumário

custo mensal do seguro.

Em outras palavras, pelo que consta, as partes não celebraram entre si qualquer contrato para a constituição de uma sociedade empresarial em comum. Ao contrário, a hipótese versa apenas sobre a contratação da ré para prestar os serviços de logística, armazenamento, manutenção, guarda e vigilância das mercadorias da autora. Apesar de reflexos indiretos em matéria empresarial, o contrato em tese entabulado, tal como descrito na petição inicial e na contestação/reconvenção, parece assumir contornos relacionados às regras da prestação de serviços em geral, cujo inadimplemento por uma das partes não implicaria, por si só, a incidência das normas especiais do Direito de Empresa.

Verifica-se, portanto, que a discussão atinente à demanda se refere à matéria que não está incluída nas hipóteses que atraem a competência da Vara Especializada.

Nesse sentido, os seguintes precedentes desta C. Câmara Especial:

"*Conflito de competência – Ação de rescisão de contrato de prestação de serviços – Distribuição perante o juízo cível comum – Remessa ordenada à Vara especializada empresarial – Descabimento – **Contrato de prestação de serviços sem qualquer relação com a matéria inserida no rol taxativo do art. 2º da Res. nº 763/16 do c. Órgão Especial – Escopo da especialização da Justiça, ademais, que não se coaduna com indiscriminada ampliação de seu espectro de competência** – Precedentes – Conflito acolhido – Competência do suscitado (18ª Vara Cível Central da Capital).*" (TJSP – Câmara Especial – Conflito de competência cível nº 0021505-52.2020.8.26.0000 – Rel. Des. **Renato Genzani Filho** – j. em 03/08/2020 – V.U. – **destaques nossos**).

"*CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de indenização por danos materiais. Distribuição à 44ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital. Determinação de remessa dos autos para uma das Varas Empresariais e Conflitos de Arbitragem da Capital. Descabimento. **Autora que busca a condenação da ré pela alegada má prestação de serviços de consultoria, dos quais teria resultado o insucesso do franqueamento de seu modelo de negócios. Demanda calcada na responsabilidade civil e no direito das obrigações.*** Ação em que não se procura o exercício de qualquer forma de cognição sobre matérias relacionadas a contrato de franquia, regido pela lei nº 8.955/1994. Matéria estranha ao rol de competências materiais disposto no artigo 2º da Resolução do Órgão Especial nº 763/2016. Conflito julgado procedente. Competência do Juízo da 44ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital, ora suscitado." (TJSP – Câmara Especial – Conflito de competência cível nº 0026533-64.2021.8.26.0000 – Rel. Des. **Issa Ahmed** – j. em 28.07.2021 – V.U. – **destaques nossos**);

"*CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DECLARA-*

Acesso ao Sumário

TÓRIA DE RESCISÃO CONTRATUAL. 'Contrato de Promessa de Compra e Venda Mercantil com Licença de Uso de Marca e Outros Pactos'. Parceria comercial que passara a não se mostrar economicamente eficiente ao Posto Revendedor, mas tão somente à Distribuidora de combustível, considerando a alta precificação dos produtos fornecidos pela ré em caráter de exclusividade. Redistribuição dos autos à 1ª. Vara Regional de Competência Empresarial e de Conflitos Relacionados à Arbitragem da 1ª. RAJ da Capital. Descabimento. Pedido que não se fundaria na violação dos elementos da propriedade industrial. Matéria não inserida no rol previsto no art. 2º da Resolução nº 824/2019 do TJSP. Tema versado que remete ao direito das obrigações. Questão sobre o uso de marca (propriedade industrial), prevista na Lei nº. 9.279/96, que seria acessória e secundária. Competência das Varas Cíveis. Precedente. CONFLITO PROCEDENTE. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO." (TJSP – Câmara Especial – Conflito de competência cível nº 0017060-83.2023.8.26.0000 – Rel. Des. **Sulaiman Miguel** – j. em 22.05.2023 – V.U.).

"*CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de rescisão contratual cumulada com indenização por danos materiais e morais. Vara Empresarial e Vara Cível. Demanda de natureza cível comum. Conflito conhecido para declarar a competência do I. Juízo da 36ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital (suscitado).*" (TJSP – Câmara Especial – Conflito de competência cível nº 0012371-93.2023.8.26.0000 – Rel. Des. **Silvia Sterman** – j. em 07.06.2023 – V.U.).

Assim, como se trata de matéria submetida às Varas Cíveis comuns, a competência para julgar é do MM. Juiz suscitado.

Ante o exposto, **CONHEÇO DO CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA** para **DECLARAR** a competência do **MM. Juiz de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de Guarulhos.**

Cumpra-se e comunique-se, com urgência.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 2160402-21.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante J. RUFINU'S DIESEL LTDA., são suscitadas MMª. JUÍZA DE DIREITO DA 32ª VARA CÍVEL DA CAPITAL e MMª. JUÍZA DE DIREITO DA 7ª VARA CÍVEL DE OSASCO.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do conflito. V.U. Presente a advogada Drª. Kelly Machado Sicilia.", de conformidade com o voto do Relator, que

integra este acórdão. **(Voto nº 41.268)**

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, 31 de julho de 2023.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA – Conflito suscitado pela parte – Execução de título extrajudicial em desfavor dos proprietários de empresa em recuperação judicial – Decisão proferida por juízo cível, que ordenou a liquidação de cotas sociais já penhoradas da empresa recuperanda para satisfação do título executivo – Pretensão da parte suscitante para que o pedido constritivo seja analisado pelo juízo da recuperação judicial – Impossibilidade – Matéria sujeita a recurso próprio já interposto, inclusive, sem afetar a competência jurisdicional – Inexistência de dois ou mais juízos declarando-se competentes para o julgamento de um mesmo processo – Inocorrência da hipótese prevista no art. 66, inciso I, do CPC – Observância à alteração feita pela Lei nº 14.112/2020 ao artigo 6º da Lei de Falências que, por seu turno, autoriza o juízo recuperacional, quando invocado e caso entenda pertinente, a decidir sobre a suspensão dos atos de constrição (§§ 7ª-A e 7º-B) – Precedentes – Conflito não conhecido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de conflito positivo de competência suscitado pela **J. RUFINU'S DIESEL LTDA. – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL** contra as **MMª. JUÍZA DE DIREITO DA 32ª VARA CÍVEL DO FORO CENTRAL DA COMARCA DE SÃO PAULO** e **MMª. JUÍZA DE DIREITO DA 7ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE OSASCO**, em relação à execução de título extrajudicial ajuizada pela empresa JLS S.A., para satisfação de crédito no valor de R$ 1.479.343,13, em curso perante o Juízo da 32ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo (proc. nº 1066916-92.2020.8.26.0100).

Acesso ao Sumário

A ação de recuperação judicial nº 1022949-91.2016.8.26.0405 foi ajuizada em 23/09/2016 perante a 7ª Vara Cível da Comarca de Osasco. Posteriormente, em 29/09/2016, foi deferido o processamento da recuperação judicial, bem como a suspensão dos processos e execuções movidas contra a recuperanda (fls. 117/118, proc. nº 1022949-91.2016.8.26.0405).

O plano de recuperação judicial foi aprovado em Assembleia Geral de Credores ocorrida em 14 de outubro de 2020 e, após homologado em 18 de fevereiro de 2021 (fls. 3990/4007 e fls. 4244/4246, proc. nº 1022949-91.2016.8.26.0405).

No curso da execução de título extrajudicial já referida e após citação dos executados, como não houve adimplemento ou garantia do crédito objeto da execução, o MM. Juízo, aos 26/07/2022, deferiu o requerimento de penhora de cotas sociais da pessoa jurídica suscitante *J Rufinu's Diesel Ltda.*, de propriedade dos executados Geraldo Aristides Rufino e Marlene Matias Rufino (fls. 584/585, proc. de origem).

Após, aos 10/10/2022, foi deferida de imóveis e de crédito no valor de R$ 78.400,00, pertencente ao executado Guilherme junto à empresa *J. Rufinu's*, constituído em 20/05/2019 e, portanto, após o deferimento do processamento do pedido de recuperação judicial. Para consecução da ordem, a MMª. Juíza da execução determinou o encaminhamento de ofício ao MM. Juízo recuperacional, a fim de viabilizar a transferência de valores para conta vinculada à execução. Ainda, a despeito da penhora de cotas sociais, consignou o MM. Juízo que não vislumbrava a possibilidade de liquidá-las, visto que a medida inviabilizaria a recuperação judicial da empresa (fls. 1029/1030, proc. de origem).

Na mesma oportunidade, o pleito de liquidação das cotas penhoradas formulado pela exequente foi indeferido pela MMª. Juíza da 7ª Vara Cível da Comarca de Osasco, após considerar que a medida inviabilizaria a recuperação judicial em andamento.

No dia subsequente, em 11/10/22, a exequente *JSL S/A* noticiou a referida ordem de penhora nos autos da Recuperação Judicial e, perante o Juízo Recuperacional, requereu sua habilitação como terceira interessada, bem como a intimação da *J. Rufinu's* (em recuperação judicial), para que esta procedesse ao depósito judicial do montante de R$ 78.400,00, no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de aplicação de multa diária de R$ 10.000,00 (fls. 5374/5379, proc. nº 1022949-91.2016.8.26.0405).

Em 30/11/2022, ouvidas as partes, o Juízo Recuperacional concedeu o prazo de 10 (dez) dias para que a empresa Suscitante procedesse ao levantamento de informações e eventual juntada de recibo de adimplemento do aludido crédito (fl. 5460, proc. nº 1022949-91.2016.8.26.0405). Ato contínuo, aos 16/12/2022, a *J. Rufinu's* juntou nos autos da recuperação judicial comprovante de quitação do crédito devido ao Sr. Guilherme transferido diretamente em fa-

vor da empresa exequente, no valor de R$ 83.310, 48 (fls. 5579/5580, proc. nº 1022949-91.2016.8.26.0405).

Já nos autos de execução, foram interpostos embargos de declaração pela exequente contra a decisão que indeferiu a pretensão de liquidação das cotas penhoradas. Acolhendo as razões deduzidas, aos 03/11/2022, a MMª. Juíza da 7ª Vara Cível de Osasco alterou o posicionamento antes exarado, com fulcro no entendimento esposado pela Terceira Turma do E. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial Nº 1.803.250-SP, ao admitir a possibilidade de penhora de cotas societárias para garantir o pagamento de dívidas particulares dos sócios.

Nesse desiderato, a MMª. Juíza da Execução determinou que a empresa suscitante de propriedade dos executados apresentasse em Juízo seu balanço especial, no prazo de 1 mês, a fim de propiciar a análise das providências seguintes a serem tomadas (fls. 1054/1055, proc. de origem).

Contudo, escoado o prazo estabelecido e constatada a omissão dos representantes da empresa suscitante na apresentação dos dados requeridos, em 16/02/2023, o MM. Juízo da execução determinou a liquidação das cotas ou das ações da empresa *J. Rufinu's* com posterior depósito em Juízo dos valores apurados em espécie, nomeando administrador para promovê-la (fls. 1144/1145, proc. de origem).

Irresignados, os executados requereram a reconsideração da decisão prolatada pelo Juízo da Execução, sob o argumento de que a empresa *J. Rufinu's* deveria ter sido citada para apresentação de balanço especial, uma vez que não integra o polo passivo da demanda. Em 28/02/2023, a pretensão foi rechaçada pela MMª. Juíza, por reputar demonstrado nos autos que a empresa foi intimada por *e-mail* a apresentar os balanços requeridos (fl. 1161, proc. de origem).

Pondera a Suscitante que a penhora de cotas, já determinada pelo Juízo da execução, constitui medida de garantia que exerce efeitos bem distintos e menos gravosos sobre a sociedade empresarial daqueles suportados pela medida constritiva de liquidação das mesmas cotas.

Isso porque, consoante deduzido pelos representantes da Suscitante, a liquidação de cotas implica no ingresso de novos indivíduos no capital social da pessoa jurídica, exige ato de disposição do patrimônio e importa redução do capital social, além de ensejar desembolso financeiro, ainda mais significativo para a empresa em recuperação judicial, com prejuízo aos recursos de que se vale para bom cumprimento do plano já aprovado junto aos seus credores.

Alega a Suscitante que, nada obstante a homologação do plano de recuperação judicial, a MMª. Juíza da execução deferiu o requerimento de penhora e, posteriormente, de liquidação das ações com posterior depósito em Juízo dos valores apurados em espécie, existindo confronto direto entre as duas decisões

Acesso ao Sumário

judiciais.

Argumenta que o noticiado conflito reside na circunstância dos dois Juízos suscitados reputarem-se competentes para deliberar acerca do patrimônio e para julgar as causas que envolvem os interesses e bens da empresa recuperanda, independentemente da fase em que o processo de recuperação judicial se encontre.

Sustenta, nessa linha, que o processamento da recuperação impede a constrição do patrimônio da empresa em recuperação, mormente diante do risco concreto de prejuízo referente ao avanço do processo de recuperação judicial e ao cumprimento de plano de recuperação.

Por tais razões, requer a concessão de tutela de urgência, para que sejam sustados os efeitos da decisão de liquidação das cotas da empresa *J. Rufinu's*, bem como dos atos jurídicos subjacentes e de todo e qualquer outro ato expropriatório de seu patrimônio que venha a ser determinado pela MMª. Juíza Suscitada da 32ª Vara Cível da Comarca de São Paulo.

No mérito, pretende a anulação da decisão que determinou a liquidação das cotas e a prática de atos a ela relacionados. Outrossim, pugnam seja reconhecida a competência exclusiva do Juízo Recuperacional da 7ª Vara Cível da Comarca de Osasco para decidir acerca da possibilidade de efetuar constrições e de questões que afetem o patrimônio e os negócios jurídicos da empresa *J. Rufinu's*, ao menos enquanto durar o processo de seu soerguimento.

Pugnam, ao final, seja reconhecida a competência do Juízo da 7ª Vara Cível da Comarca de Osasco (fls. 01/13).

É o relatório.

Respeitado o entendimento em sentido contrário, o presente conflito não deve ser conhecido.

É entendimento desta C. Câmara Especial não estar caracterizado conflito de competência em virtude da prolação de decisões que determinam a constrição de ativos de empresas em recuperação judicial, proferidas em processos individuais não sujeitos aos efeitos desta última, a saber:

"CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA suscitado por empresa em recuperação judicial. Ausência de conflito entre os suscitados sobre o mesmo processo. Não incidência das hipóteses do art. 66 do CPC. Precedentes. Conflito não conhecido." (TJSP; Conflito de competência cível 2129582-87.2021.8.26.0000; Relator: Dimas Rubens Fonseca (Pres. da Seção de Direito Privado); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de São Bernardo do Campo – 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 18/06/2021; Data de Registro: 18/06/2021);

"CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO. PARTE EXECUTADA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. SEGURO-GARANTIA. DE-

Acesso ao Sumário

FERIMENTO DO PEDIDO DE LEVANTAMENTO. IRRESIGNAÇÃO POR MEIO DE SUSCITAÇÃO DE CONFLITO DE COMPETÊNCIA. DESCABIMENTO. Sobrestamento das demandas contra as recuperandas que se restringe ao período antecedente à homologação do plano de recuperação judicial e que não implica em alteração da competência para o processamento daqueles feitos. Inexistência de vis atractiva do juízo recuperacional em relação às execuções individuais. Conflito de competência que não é sucedâneo do recurso cabível. Ausência de controvérsia entre Juízos Suscitados a respeito da competência para processamento e julgamento do pedido de cumprimento de sentença. Não configuração de conflito positivo de competência. Inteligência do art. 66, I, do CPC. Conflito não conhecido." (TJSP; Conflito de competência cível 0014513-41.2021.8.26.0000; Relatora: Daniela Cilento Morsello; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Jundiaí – 5ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 14/06/2021; Data de Registro: 14/06/2021);

Como é sabido, ainda que o conflito de competência possa ser suscitado por qualquer das partes, nos termos do artigo 951 do Código de Processo Civil, é imprescindível que exista pelo menos dois juízos declarando-se competentes (conflito positivo) ou incompetentes (conflito negativo) para apreciar uma mesma ação, como se deflui do artigo 66, incisos I e II, da mesma Lei Processual.

E da análise dos elementos constantes dos autos depreende-se não haver conflito entre os juízos apontados pela Suscitante.

Com efeito, não se pode considerar haver conflito quer negativo, quer positivo, de competência entre os juízos, pois não é possível depreender a existência de duplicidade de decisões proferidas pelos Suscitados, reclamando para si ou não a competência para o processamento da ação de execução de título extrajudicial ajuizada pela empresa *JLS S.A.*, em face da empresa *GFR Administração e Participações Ltda.*, dentre outros réus, para a cobrança de R$ 1.479.343,13, referente ao inadimplemento de Contrato de Confissão de Dívida e Outras Avenças (fls. 01/08, proc. de origem).

Outrossim, de consignar que, em se tratando de recuperação judicial de empresas, diversamente da falência, não há que se falar em *vis atractiva* do juízo recuperacional sobre as ações e execuções que tramitam contra a empresa beneficiada pela novação legal dos débitos.

Impende destacar, ainda, que o presente incidente não serve como sucedâneo recursal, o qual, inclusive, já fora interposto.

Com efeito, da decisão insurgida proferida pelo Juízo da 32ª Vara Cível da Capital que determinou a liquidação das cotas sociais que perfazem objeto da ordem de penhora, aos 16/03/2022, os representantes da Suscitante interpuseram agravos de instrumento com pedido de efeito suspensivo autuados sob o nº 2059291-91.2023.8.26.0000 e nº 2058956-72.2023.8.26.0000.

Acesso ao Sumário

Em 20/03/2023, aos referidos agravos não foi atribuído efeito suspensivo em decisão prolatada pelo Des. Rel. Luís Roberto Reuter Torro, da 27ª Câmara de Direito Privado (fls. 41/43, proc. nº 2059291-91.2023.8.26.0000 e fls. 33/35 do proc. nº 2058956-72.2023.8.26.0000). Após apresentação de contraminuta, os autos foram encaminhados à conclusão do Exmo. Des. Relator.

Frustrada a pretensão de antecipação total ou parcial de tutela deduzida nos agravos, os representantes da Suscitante interpuseram os agravos internos de nº 2058956-72.2023.8.26.0000/50000 e nº 2058956-72.2023.8.26.0000/50001, os quais foram encaminhados à conclusão, após apresentação de contraminuta pela exequente (fl. 17, proc. nº 2059291-91.2023.8.26.0000 e do proc. nº 2058956-72.2023.8.26.0000).

Ou seja, a matéria já foi objeto de recurso próprio para sua eventual reforma, estes sim, adequados ao mister almejado pela parte suscitante, na medida em que a pretensão ora deduzida questiona, de fato, a legalidade e a correção da decisão que determinou a liquidação das cotas sociais penhoradas para satisfação do título executivo, o que não se dá pela via transversa da definição do juízo competente para análise de todo e qualquer pedido de constrição patrimonial da empresa.

Por fim, destaca-se que nem mesmo em tese poder-se-ia afirmar a existência de conflito positivo ou negativo de competência, diante da alteração feita pela Lei nº 14.112/2020 ao artigo 6º da Lei nº 11.101/2005[1], de acordo com a qual o Juízo recuperacional, quando invocado e caso entenda pertinente, tem competência para suspender os atos de constrição sobre o patrimônio da empresa, o que não aconteceu na espécie. E, aliás, tampouco seria suscetível de deslocamento da competência ou, por si, viabilizaria a propositura do presente conflito.

Com isto, **não conheço** do presente conflito de competência.

Acesso ao Sumário

1 § 7º-A. O disposto nos incisos I, II e III do caput deste artigo não se aplica aos créditos referidos nos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei, admitida, todavia, a competência do juízo da recuperação judicial para determinar a suspensão dos atos de constrição que recaiam sobre bens de capital essenciais à manutenção da atividade empresarial durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º deste artigo, a qual será implementada mediante a cooperação jurisdicional, na forma do art. 69 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), observado o disposto no art. 805 do referido Código. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

§ 7º-B. O disposto nos incisos I, II e III do caput deste artigo não se aplica às execuções fiscais, admitida, todavia, a competência do juízo da recuperação judicial para determinar a substituição dos atos de constrição que recaiam sobre bens de capital essenciais à manutenção da atividade empresarial até o encerramento da recuperação judicial, a qual será implementada mediante a cooperação jurisdicional, na forma do art. 69 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), observado o disposto no art. 805 do referido Código. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

Conflitos de Jurisdição

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº 0011620-09.2023.8.26.0000, da Comarca de Presidente Prudente, em que é suscitante MMª. JUÍZA DE DIREITO DA UNIDADE REGIONAL DE DEPARTAMENTO ESTADUAL DE EXECUÇÃO CRIMINAL – DEECRIM 5ª RAJ DE PESIDENTE PRUDEN, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE OSASCO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria, conheceram do conflito de jurisdição para declarar a competência da magistrada suscitante, integrante do DEECRIM 5ª RAJ, competente para julgar a execução penal do impetrante e, consequentemente, do mandado de segurança objeto do presente conflito. Vencida a relatora sorteada que declara.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 116.801)**

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), vencedor, DANIELA CILENTO MORSELLO, vencida e WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 16 de agosto de 2023.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator Designado e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. Mandado de segurança contra ato do Diretor do CDP de Osasco, por suposta ilegalidade no procedimento apuratório de falta grave imputada ao impetrante enquanto ali custodiado. Ajuizamento do "mandamus" perante a 2ª Vara da Fazenda Pública de Osasco. Remessa dos autos para o Juízo da Vara das Execuções Criminais de Osasco. Nova remessa para o Juízo responsável pela Corregedoria do presídio a que transferido o impetrante (Penitenciária Flórida Paulista, sob jurisdição do DEECRIM da 5ª RAJ – Presidente Prudente). Superveniente instaura-

Acesso ao Sumário

ção da execução penal do paciente. Princípio da unicidade da execução penal. Competência da magistrada suscitante, integrante do DEECRIM – 5ª RAJ, competente para julgar a execução penal do impetrante e, consequentemente, do mandado de segurança objeto do presente conflito.

VOTO

Trata-se de conflito de jurisdição suscitado pela MMª. Juíza de Direito da Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal – DEECRIM 5ª RAJ da Comarca de Presidente Prudente em face do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Osasco, nos autos do mandado de segurança nº 1023806-30.2022.8.26.0405.

O incidente foi regularmente processado, tendo sido designado o Juízo Suscitante para apreciação das medidas urgentes (fls. 25/28).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo conhecimento do conflito, declarando-se a competência do Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Osasco para o processamento do feito (fls. 12/14).

É o relatório.

Sempre respeitosamente, ouso divergir da D. Relatora, Dra. Daniela Cilento Morsello, pelos motivos que passo a expor.

Está configurado o conflito negativo de jurisdição, pois ambos os Juízes recusaram sua competência, nos termos do artigo 114, I, do Código de Processo Penal.

João Victor Mendes Severino impetrou mandado de segurança contra ato do Diretor Técnico III do Centro de Detenção Provisória de Osasco, alegando cerceamento do seu direito de defesa, bem como decisão condenatória genérica e carente de fundamentação, pela prática de falta grave (agressão a outro detento), fixando-lhe a penalidade prevista no art. 82, III e IV da Resolução S.A.P. nº 144/2010[1], no procedimento interno disciplinar nº 9/20211. Postula, assim, a declaração de nulidade do aludido procedimento.

Os autos foram inicialmente distribuídos ao Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Osasco, que declinou de sua competência, acolhendo o parecer ministerial no sentido de que matéria ali tratada versa sobre suposta ilegalidade ocorrida no cumprimento da pena do impetrante, cuja fiscalização compete à Vara das Execuções Criminais[2].

Os autos foram então redistribuídos ao Juízo da Vara do Júri e das Exe-

Acesso ao Sumário

1 suspensão ou restrição de direitos e isolamento na própria cela ou em local adequado, nas unidades prisionais que possuem alojamento coletivo.

2 Autos mandado de segurança nº 1023806-30.2022.8.26.0405 (fls.458)

cuções Criminais da Comarca de Osasco, que também se considerou incompetente, sob o fundamento de que não há execução em andamento e o reeducando estaria preso, preventivamente, na Penitenciária Flórida Paulista, razão pela qual determinou a redistribuição ao DEECRIM 5ª RAJ (Presidente Prudente)[3].

O mencionado Juízo, por sua vez, instaurou o presente incidente, por considerar que tanto o local dos fatos, quanto a matéria debatida nos autos, consistente em análise de eventual irregularidade perpetrada pelo corpo diretivo do Centro de Detenção Provisória II de Osasco, não são da competência daquela Corregedoria dos Presídios[4].

A nobre relatora conheceu do presente conflito para o fim de declarar a competência do Juízo Corregedor dos Presídios da Unidade do Departamento de Execuções Criminais da 1ª Região Administrativa Judiciária (São Paulo) para apreciação do mandado de segurança.

Contudo, divirjo neste ponto por entender como competente o juízo suscitante.

Verifica-se dos autos do processo de conhecimento[5] que o impetrante foi preso em flagrante delito em 17/11/2021, e encaminhado ao CDP de Osasco em 18/11/2021, por força de decisão que converteu a prisão cautelar em prisão preventiva (fls.60/64)[6].

Em 23/02/2022, o impetrante obteve liberdade provisória[7], sendo, entretanto, detido, preventivamente, em 25/02/2022, mas, desta vez, em virtude de decisão judicial da magistrada da 17ª Vara Criminal da Capital[8], e, novamente, encaminhado ao CDP de Osasco.

Neste centro de detenção provisória, em 08/03/2022, o impetrante teria praticado falta grave, ensejando a instauração, pelo diretor do estabelecimento prisional, do procedimento interno disciplinar 009/2022 (fls.15/365), conforme preceitua artigo 61 da Resolução SAP 144/2010.

Posteriormente, nos autos n. 1537003-27.2021.8.26.0050, o impetrante foi condenado e, transitado em julgado para o Ministério Público, expediu-se guia de recolhimento em 16/03/2023[9], gerando a execução n. 0003702-70.2023.8.26.0996.

Em 08/04/2023, o impetrante foi recolhido à Penitenciária de Flórida Paulista[10].

Desta forma, expedida guia de recolhimento e iniciado cumprimento de

3 Autos mandado de segurança 1023806-30.2022.8.26.0405 (fls.485)
4 autos do mandado de segurança nº 1023806-30.2022.8.26.0405 (fls.48/487 e fls.503/504)
5 autos 1528004-36.2021.8.26.0228
6 autos 1528004-36.2021.8.26.0228
7 autos 1528004-36.2021.8.26.0228 (fls.236/237)
8 autos 1537003-27.2021.8.26.0050 (fls.182/183)
9 1537003-27.2021.8.26.0050 (fls.729/730)
10 autos do mandado de segurança n. 1023806-30.2022.8.26.0405 (fls. 461)

Acesso ao Sumário

pena, passa o juiz da execução penal a deter competência sobre todos os incidentes afetos à execução[11], dentre eles a homologação (ou não) da falta disciplinar, pois é sobre a execução penal do impetrante que aquela pode gerar efeitos.

Ou seja, havendo processo de execução penal em andamento, a competência para apreciar questões relacionadas à prisão ou ao cumprimento da pena, por fato anterior ou posterior ao início da execução, é do juízo da execução penal, seja no âmbito administrativo ou judicial.

Isso porque, a competência do juízo da execução penal é firmada pela matéria e pelo local em que o sentenciado estiver atualmente preso, e não por conta do processo em que a questão a ser apreciada se originou.

No caso em tela, ainda que a falta disciplinar tenha se originado no CDP de Osasco, o início de cumprimento de pena na Penitenciária de Flórida Paulista, vinculada ao DEECRIM – 5ª RAJ (Presidente Prudente), por força da resolução 629/2013, atrai a competência para apreciar as questões afetas à execução penal do impetrante.

Aliás, depreende-se das informações prestadas pelo Diretor do estabelecimento prisional de Osasco às fls.388/399[12] no mandado de segurança objeto do presente conflito, que o mesmo procedimento disciplinar n. 009/2022, envolvendo outros detentos, foi analisado pelos magistrados que compõe o DEECRIM/5ª RAJ, sendo um deles, inclusive, a ora suscitante (fls.397/399[13]).

Ante o exposto, conheço do conflito de jurisdição para declarar a **competência da magistrada suscitante, integrante do DEECRIM – 5ª RAJ**, competente para julgar a execução penal do impetrante e, consequentemente, do mandado de segurança objeto do presente conflito.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 10.333)

Ouso divergir da douta maioria, com a máxima vênia, pelas razões que passo a expor.

Trata-se de conflito de jurisdição suscitado pela MMª. Juíza de Direito da Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal – DEECRIM 5ª RAJ da Comarca de Presidente Prudente em face do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Osasco, nos autos do mandado de segurança nº 0003399-56.2023.8.26.0996.

A Douta Turma Julgadora conheceu do conflito de jurisdição para declarar a competência da magistrada suscitante, integrante do DEECRIM 5ª RAJ,

Acesso ao Sumário

11 Princípio da Unicidade da Execução Penal
12 1023806-30.2022.8.26.0405
13 1023806-30.2022.8.26.0405

para julgar o mandado de segurança objeto do presente conflito.

No entanto, entendo que a competência para o seu julgamento é do Juízo da Corregedoria dos Presídios da Unidade do Departamento de Execuções Criminais da 1ª Região Administrativa Judiciária (São Paulo).

Isto porque a competência para o julgamento do mandado de segurança, em regra, é definida pela categoria da autoridade coatora e/ou pela sua sede funcional.

No caso em testilha, a autoridade coatora é o diretor do Centro de Detenção Provisória II de Osasco, e o controle da legalidade dos atos de diretores de presídios é realizado pelo Juízes de Direito com competência de Corregedoria dos Presídios de cada unidade prisional.

Nesse diapasão, vale transcrever trecho do acórdão da 5ª Câmara de Direito Criminal, de relatoria da Ilustre Desembargadora Claudia Fonseca Fanucchi:

"O princípio da hierarquia, insculpido no artigo 650, § 1º, do Código de Processo Penal, igualmente aplicável aos mandados de segurança, orienta que o ato coator somente pode ser objeto do writ se impetrado perante Juízo ou Tribunal de grau jurisdicional superior ao da autoridade que teria violado direito líquido e certo.

Não é o caso dos autos, já que os diretores de presídios estão sujeitos aos Juízes de Direito com competência de Corregedoria dos Presídios de cada unidade prisional.

Ada Pellegrini Grinover, esmiuçando o tema, preleciona que '...para o mandado de segurança em geral, a competência está assentada em dois elementos: a) a qualificação da autoridade coatora, como federal ou local; b) a hierarquia da autoridade. Trata-se, portanto, pelo menos em princípio, de competência estabelecida em virtude da qualidade e hierarquia da autoridade coatora, e não pela natureza da questão objeto do writ. Na segurança contra ato jurisdicional, a autoridade coatora será sempre um juiz ou um tribunal. E a competência para conhecê-la e julgá-la será do órgão jurisdicional competente para rever, em grau de recurso, as decisões do juiz ou tribunal cujo ato foi atacado pelo writ..." (in "Recursos no Processo Penal", Editora RT, 6ª edição, 2009, pág. 323). (Mandado de Segurança Criminal 2019734-34.2022.8.26.0000; Relatora Claudia Fonseca Fanucchi; 5ª Câmara de Direito Criminal; j. 09.02.2022).

Destarte, conquanto inexistisse execução em andamento por ocasião da impetração e o impetrante esteja, atualmente, preso na Penitenciária Flórida Paulista, vinculada à Unidade do Departamento de Execuções Criminais – DEECRIM 5ª RAJ da Comarca de Presidente Prudente, o ato impugnado não proveio da autoridade administrativa da aludida unidade prisional, de modo que o Juízo Suscitante, de fato, não possui competência para a apreciação do *man-*

Acesso ao Sumário

damus.

Tampouco é competente a 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Osasco, uma vez que a matéria discutida nos autos é de natureza criminal, decorrente do encarceramento do impetrante, sendo a questão atinente à apuração de falta disciplinar de reeducando expressamente prevista na Lei de Execuções Penais, gerando, inclusive, reflexos na execução da pena.

A competência para o processamento e julgamento da ação mandamental, portanto, é do Juízo com atribuição de Corregedoria sobre o Centro de Detenção Provisória II de Osasco, que, de acordo com o artigo 3º, II, da Resolução OE nº 626/2013, está vinculado à Unidade do Departamento de Execuções Criminais da 1ª Região Administrativa Judiciária (São Paulo).

Em caso análogo, já decidiu esta Colenda Câmara Especial:

"Conflito Negativo de Jurisdição – Mandado de segurança impetrado contra ato de Diretor de presídio, perante juiz cível – Remessa do feito ao juízo criminal da Comarca, que recusou sua competência e enviou os autos ao juízo das execuções da Comarca de Campinas – 'Mandamus' que se insurge contra a apuração e sancionamento de preso por falta disciplinar cometida durante o cumprimento de pena – Natureza criminal da matéria – Competência territorial definida segundo a sede funcional da autoridade coatora – Atribuição do juízo das execução criminal da região judiciária para rever os atos dos responsáveis das unidades prisionais – Competência fixada com base no Prov. 2141/13 do CSM e Resolução nº 619/13 do OE, desta Corte – Conflito acolhido – competência do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara das Execuções Criminais da Comarca de Campinas." (Conflito de Jurisdição nº 2177514-47.2016.8.26.0000; Relator Renato Genzani Filho; j. 26.06.2017).

Pelo exposto, meu voto **conheceu do conflito de jurisdição para o fim de declarar a competência do Juízo da Corregedoria dos Presídios da Unidade do Departamento de Execuções Criminais da 1ª Região Administrativa Judiciária (São Paulo) para apreciação do mandado de segurança.**

DANIELA CILENTO MORSELLO, Relatora sorteada vencida

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Cível nº 2170679-96.2023.8.26.0000, da Comarca de São Simão, em que é impetrante

Acesso ao Sumário

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente A.A.J.S. (MENOR).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.940)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 10 de agosto de 2023.

FRANCISCO BRUNO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: *Habeas Corpus*. Infância e juventude. Ato infracional equiparado a tráfico de entorpecentes. Pleito para recorrer em liberdade. Impossibilidade. Sentença que fundamentou adequadamente a fixação da medida socioeducativa de internação e a necessidade de manutenção da segregação cautelar. Paciente que respondeu a todo o processo internado e que não pode, com a sentença que fixa a internação, ser solto provisoriamente. Reincidência. Ausência de flagrante ilegalidade. Ordem denegada.

VOTO

O Defensor Público Bruno César da Silva impetra a presente ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de A.A.J.S., por entrever constrangimento ilegal por parte do MM. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de São Simão (autos nº (...)).

Narra que o paciente foi representado e condenado ao cumprimento de medida socioeducativa de internação em razão do cometimento de ato infracional equiparado ao crime de tráfico de entorpecentes.

Aduz, contudo, que a fixação da internação implica constrangimento ilegal, pois ausentes os requisitos do art. 122 do ECA.

Alega que *"a internação, portanto, só está autorizada quando não houver qualquer outra medida adequada ao caso (...)"* e que, cotejando as hipóteses legais, a excepcionalidade não está presente.

Expõe que o ato infracional não foi cometido mediante violência ou grave ameaça e que o enunciado da Súmula 492 do E. STJ, veda a aplicação de inter-

Acesso ao Sumário

nação pelo fato isolado de se tratar de ato infracional equiparado a tráfico.

Relata, ainda, que o adolescente é primário, pois os autos nº (...) referem-se a Boletim de Ocorrência Circunstanciada, que foi extinto e arquivado a pedido do Ministério Público e que não há reiteração de condutas graves.

Requer, em liminar, a imediata desinternação do paciente e, no mérito, a concessão da ordem para fixação de medida socioeducativa diversa da internação.

A liminar foi indeferida, com a dispensa das informações da D. Autoridade apontada como coatora (fls. 26/29).

A D. Procuradoria Geral de Justiça, com o parecer de fls. 36/41, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

Cuida-se de paciente responsabilizado pela prática de atos infracionais equiparados a crimes previstos no art. 33, *caput* da Lei n.º 11.343/06, sendo-lhe aplicada a medida socioeducativa de *internação* (fls. 10/15).

Pretende-se, por meio deste *writ*, questionar a sentença no capítulo em que aplicou ao paciente a medida de internação.

Cumpre anotar, de início, que sempre entendi que a via excepcional do *habeas corpus* não pode ser usada como substitutivo de recurso próprio, no caso o de apelação, de modo que o presente *mandamus* sequer comportaria conhecimento.

Afinal, na situação dos autos, em que há um recurso de apelação pendente de julgamento (fls. 148/152 dos autos de origem), e ainda que não se olvide que o *habeas corpus* não é propriamente um recurso, conhecer-se de *writ* que se insurge contra o mesmo ponto impugnado na apelação (a aplicação de medida socioeducativa mais branda, em meio aberto) significa desconsiderar o princípio da unirecorribilidade (ou singularidade), pois o mesmo aspecto da sentença está sendo impugnado por dois meios processuais distintos, a exigir duplicidade de manifestações judiciais sobre a mesma questão, o que não parece razoável.

Acesso ao Sumário

De qualquer sorte, ressalvado meu entendimento, e curvando-me à orientação majoritária desta Colenda Câmara Especial, objetivando, exclusivamente, a preservação da uniformidade de julgamentos, passo a apreciar o mérito do pedido.

E nesse particular a ordem deve ser denegada.

Isto porque, se é certo que o *habeas corpus* deve ser conhecido em razão da interpretação extensiva acima mencionada, como substitutivo do recurso adequado a combater a sentença, segundo entendimento consolidado do STJ, sua via de cognição remanesce estreita, de sorte que a concessão da ordem exige a evidente presença da ilegalidade da ameaça de coação ao direito de locomoção.

Como já sedimentado no âmbito desta Egrégia Câmara Especial, *"O writ (...) não é via propícia ao deslinde de intrincadas questões de fato ou ao juízo de merecimento e de conveniência que, demandando confronto de provas, incumbe à instância ordinária"* (HC-TJSP 2027330-79.2016, Comarca de São Paulo – Rel. Des. Ricardo Dip – Acórdão julgado em 07/03/2016 – Dje. 06/04/2016).

Ocorre que no caso em apreço não se constata, em absoluto, o aludido constrangimento ilegal.

A r. sentença (fls. 10/15), concorde-se com ela ou não, está devidamente fundamentada e os motivos nela invocados são suficientes para justificar a medida aplicada, de tal sorte que jamais poderiam ser chamados de "ilegais".

Destacou-se, a propósito, que o paciente é reincidente e encontra-se em situação de marcada vulnerabilidade: *"O adolescente já teve passagens anteriores relativas ao uso de drogas e nota-se que a prática de atividades ilícitas se intensificou, tendo em vista a gravidade das condutas apuradas nestes autos. O abandono escolar e o envolvimento com indivíduos facilitadores de acesso à arma de fogo evidenciam que o adolescente vem vivenciando um processo de franca exposição a situações de alta vulnerabilidade, inserindo-se em um ciclo de violência urbana de alto risco para sua própria segurança física, que deve ser freado imediatamente. (...) A medida é adequada e necessária ao caso. Realmente, em quadros em que está comprovada toda uma história de vida mais delicada, assim como a insuficiência ao menos momentânea dos mecanismos informais de controle social família, escola, comunidade, trabalho etc., não logrando eles, neste instante, fazer frente a um envolvimento infracional mais veementemente implantado, importante e expositivo da vida e da integridade da própria parte representada, é imprescindível bloquear, de modo mais afirmativo, os contatos negativos que vêm sendo experimentados irrefreadamente no meio aberto."*

Nesse cenário, dado que as circunstâncias concretas do ato infracional e as condições pessoais do paciente são desfavoráveis, recomenda-se maior cautela, por parte do julgador, na aplicação de medida em meio aberto, de modo que não se pode falar em constrangimento ilegal.

Noutras palavras, não há nos autos elementos evidentes a demonstrar que o paciente reúna condições de se recuperar se adotada medida socioeducativa em meio aberto, hipótese em que ele não receberia o auxílio e a orientação eficazes para compreender a inadequação e a extrema gravidade de seus atos, a ponto de, sozinho, afastar-se do meio criminoso em que se encontra profundamente inserido.

Importa observar que as medidas socioeducativas não têm apenas caráter punitivo, mas, sobretudo, objetivos pedagógicos, cuja finalidade principal é auxiliar o adolescente desregrado em seu desenvolvimento pessoal, a fim de que

Acesso ao Sumário

possa adquirir senso crítico e melhorar seu quadro comportamental.

O que se pretende com a fixação de tais medidas é proporcionar a reabilitação e a reeducação do adolescente em conflito com a lei, instituindo-lhe freios e, principalmente, responsabilidades, para que retome os estudos, adquira capacitação profissional, ou, ao menos, para que desperte maior senso de solidariedade social e cultive vínculos comunitários sadios.

É por esse motivo que a medida socioeducativa deve ser escolhida levando-se em consideração a sua eficácia no caso concreto, bem como as circunstâncias particulares e a gravidade da infração, nos termos do art. 112, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente: *"A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração"*.

E diante desse contexto, e ao menos nos limites estreitos de cognição do *habeas corpus*, a medida de internação se apresenta compatível com as circunstâncias do ato infracional e com as condições pessoais do paciente.

Nem se argumente que o fato do ato infracional ter sido cometido sem violência ou grave ameaça impede a aplicação da medida de internação.

Isto porque, nada obstante a primariedade do jovem, as circunstâncias pessoais desfavoráveis acima apontadas sugerem a necessidade dessa medida mais drástica mesmo que não se tenha violência ou grave ameaça.

Tampouco a menção à Súmula nº 492 do STJ altera tal conclusão eis que, como visto, no presente caso a definição pela internação não decorreu automaticamente da natureza do ato infracional praticado, mas também considerou as condições concretas desfavoráveis do adolescente.

De resto, o paciente ficou internado ao longo de toda a instrução e, na sentença, o MM. Juízo *a quo* esmiuçou as circunstâncias concretas do caso, conforme transcrito na decisão acima, confirmando a necessidade de manutenção da segregação cautelar.

Não faria sentido manter a internação provisória ao longo de toda a instrução e, ao cabo, com a confirmação da prática do ato infracional, deferir o recurso em liberdade para, depois, confirmada a necessidade da internação, apreendê-lo novamente.

Tal raciocínio importaria medida contrária ao interesse do menor, pois evidente o prejuízo na continuidade das intervenções socioeducativas.

Em casos análogos, assim já se decidiu:

"No caso dos autos, os adolescentes foram apreendidos em flagrante pela suposta prática de ato grave e análogo ao roubo triplamente majorado que, a par das circunstâncias que particularizaram as condutas antisociais, autorizou fosse decretada a internação provisória dos menores, a qual foi mantida ao longo de toda a instrução processual, não sendo

Acesso ao Sumário

agora razoável que se pretenda a concessão do direito de recorrer em liberdade, mediante a simples alegação de ausência do trânsito em julgado da sentença socioeducativa." (RHC n. 32.100/PA, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 12/6/2012, DJe de 26/6/2012)

"Habeas Corpus. Ato infracional equiparado ao crime de tráfico de entorpecentes. Representação julgada procedente com aplicação da medida em meio aberto. Pleito de concessão de efeito suspensivo ao recurso. Execução imediata da medida socioeducativa que é de rigor, à luz de sua finalidade pedagógica. Inocorrência de constrangimento ilegal. Ordem denegada." (TJSP; Habeas Corpus Cível 2175177-75.2022.8.26.0000; Rel. Daniela Cilento Morsello; Câmara Especial; Vara da Infância e da Juventude, Atos Infracionais e Medidas Socioeducativas da Comarca de Campinas; j. 31/08/2022)

"HABEAS CORPUS. ATO INFRACIONAL. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO QUE APLICOU AO PACIENTE A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO E DETERMINOU O SEU IMEDIATO CUMPRIMENTO. RECORRER EM LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. Writ impetrado contra constrangimento ilegal supostamente imposto por Magistrado que aplicou, em sentença, a medida socioeducativa de internação. (...) 3. Necessária a ocorrência de induvidoso constrangimento ilegal, situação que não está presente no caso em análise, em que se pretende a substituição da medida socioeducativa de internação, aplicada em regular procedimento, observados os princípios do contraditório e da ampla defesa. 4. Falta de interesse processual pela inadequação da via eleita. 5. No âmbito da Infância e Juventude, o cumprimento imediato das medidas socioeducativas tem por objetivo dar pronta resposta aos atos infracionais cometidos, proporcionando melhor assimilação e maior eficácia da medida. 6. Ordem denegada." (TJSP; Habeas Corpus Cível 2277214-20.2021.8.26.0000; Rel. Luís Soares de Mello Neto (Vice-Presidente); Câmara Especial; Foro de São Carlos – 2ª Vara Criminal; j. 14/12/2021)

Nem mesmo a concessão do direito de recorrer em liberdade, o que em última análise significaria atribuir efeito suspensivo ao recurso, merece ser acolhida.

Afinal, como se sabe, prevalece o entendimento no sentido de que a atribuição de efeito suspensivo à apelação interposta pelo adolescente contra a sentença que impôs medida socioeducativa privativa de liberdade destoa do intuito protetor implementado pela Constituição Federal de 1988 na medida em que o cumprimento da medida socioeducativa somente após o trânsito em julgado da sentença esvaziaria seu caráter preventivo, pedagógico e disciplinador.

A medida socioeducativa objetiva, precipuamente, como visto, a reeducação e a ressocialização do adolescente, de modo que, sentenciado o processo, a medida imposta deve ser imediatamente iniciada.

Acesso ao Sumário

Noutras palavras, condicionar o cumprimento da medida socioeducativa ao trânsito em julgado da sentença que acolheu a representação significaria, em última análise, inviabilizar o alcance do objetivo ressocializador da resposta estatal, já que permitiria a manutenção do adolescente em situação de risco, com a exposição ao mesmo condicionante que o conduziu à prática infracional.

Além disso, iniciar-se a efetiva execução da medida socioeducativa somente certo tempo depois da prática do ato infracional representaria ofensa aos princípios da atualidade, brevidade e intervenção precoce que devem reger as medidas socioeducativas, mormente se levarmos em conta a finalidade pedagógica das medidas impostas nestas demandas.

Quanto ao tema, já deixou assente o Colendo Superior Tribunal de Justiça que *"os recursos serão recebidos, salvo decisão em contrário, apenas no efeito devolutivo, ao menos em relação aos recursos contra sentença que acolhe representação do Ministério Público e impõe medida socioeducativa ao adolescente infrator, sob pena, mais uma vez o digo, de frustração da principiologia e dos objetivos a que se destina a legislação menorista [...] as medidas previstas nos arts. 112 a 125 da Lei n. 8.069/1990 não são penas e possuem o objetivo primordial de proteção dos direitos do adolescente, de modo a afastá-lo da conduta infracional e de uma situação de risco. [...] Logo, condicionar, de forma peremptória, o cumprimento da medida socioeducativa ao trânsito em julgado da sentença que acolhe a representação – apenas porque não se encontrava o adolescente já segregado anteriormente à sentença – constitui verdadeiro obstáculo ao escopo ressocializador da intervenção estatal, além de permitir que o adolescente permaneça em situação de risco, exposto aos mesmos fatores que o levaram à prática infracional."* (AgInt no HC 332.308/MG – Rel. MIN. RIBEIRO DANTAS – Quinta Turma – julg. em 05/10/2017 – grifei).

Não é demais anotar, por fim, que o Estatuto da Criança e do Adolescente adota a sistemática recursal do Código de Processo Civil, no qual inexiste efeito suspensivo para o apelo neste caso pois a sentença confirmou a decisão que decretou a internação provisória do adolescente.

Acesso ao Sumário

Em suma, seja em razão das peculiaridades do ato infracional e das condições pessoais do adolescente, seja porque o paciente permaneceu internado provisoriamente durante toda a instrução, seja em obediência aos princípios da proteção integral e da intervenção precoce na vida do adolescente, bem como da necessidade de pronto encaminhamento socioeducativo, de rigor a manutenção do cumprimento da medida de internação, o que se faz em perfeita consonância com o princípio da proteção integral, previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, com vistas a viabilizar o seu processo de reeducação e ressocialização.

Ausente, pois, qualquer constrangimento ilegal que deva ser reparado por meio da presente impetração.

Ante o exposto, pelo meu voto, **denego** a ordem.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL DE PRESIDENTES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 0378916-63.2009.8.26.0000/50002, da Comarca de Campinas, sendo agravante MÁRCIO ROGÉRIO SILVEIRA DE ANDRADE e agravado MUNICÍPIO DE CAMPINAS.

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 48.622)**

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, 29 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 extraordinário.

– Determinação expressa do E. STF para aplicação do tema 41/STF ao caso em análise.

– As questões relativas à constitucionalidade do instituto da estabilidade financeira e à ausência de direito adquirido no regime jurídico de servidores públicos são idênticas à matéria examinada pela Suprema Corte, no *leading case* RE n. 563.965/RN – TEMA 41/STF.

– Inviabilidade de reexame de prova em Recurso Extraordinário, nos termos da Súmula 279/STF.

Agravo desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo interposto por Márcio Rogério Silveira de Andrade (fls. 458/465) contra decisão que negou seguimento (CPC, art. 1.030, I, alínea

'b') a recurso extraordinário por reconhecida identidade da matéria com orientação firmada pela Suprema Corte nos autos do RE n. 563.965/RN.

Alegou o agravante, em síntese, que haveria distinção entre o caso concreto e o precedente aplicado, uma vez que pleiteia vantagem pessoal pecuniária e direito indenizatório por quantias não pagas ao longo do tempo.

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

Inicialmente, ressalte-se que a aplicação do Tema 41/STF ao caso em análise se deu por determinação expressa do E. Supremo Tribunal Federal, como se vê às fls. 446.

Foi em cumprimento à determinação acima referida e ao art. 1.030, inc. I, alínea "b", do Código de Processo Civil, que a decisão agravada considerou que a decisão da Turma Julgadora converge com RE 563.965/RN (Tema 41) do Col. Supremo Tribunal Federal, com a seguinte tese:

> I – Não há direito adquirido a regime jurídico, desde que respeitado o princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos;
>
> II – A Lei complementar 203/2001, do Estado do Rio Grande do Norte, no ponto que alterou a forma de cálculo de gratificações e, consequentemente, a composição da remuneração de servidores públicos, não ofende a Constituição da República de 1988, por dar cumprimento ao princípio da irredutibilidade da remuneração.

Nessa esteira, vale reproduzir trechos do v. Acórdão da Turma Julgadora (fls. 242/245) convergentes à aplicação da tese na sistemática dos repetitivos – *verbis*:

> O direito à percepção das diferenças de vencimentos por desvio de função não implica incorporação, de modo que não houve afronta a direito adquirido nem a lei ou julgado de Corte Superior. Ademais, no caso concreto ficou explícito que o autor prestou novo concurso público, assumiu outro cargo e deixou aquele em relação ao qual haveria incorporação proporcional da diferença pelo exercício de cargo superior. Vale dizer, não há como incorporar diferenças entre cargos não exercidos atualmente, uma vez que houve desligamento de um para assunção de outro.
>
> (...)
>
> O autor não tem razão.
>
> Ficou incontroverso que ele prestou novo concurso público e assumiu outro cargo, de diretor educacional, distinto daquele que exercia quando esteve comissionado, com outro nível salarial, de modo que deixou de ser titular do cargo em relação ao qual se justificaria a incorporação proporcional da diferença pelo exercício de cargo superior. Neste sentido, como bem anotou a sentença, deve ser lido o artigo 133 da Constituição Estadual, que, a propósito, não é contrariada pelas Leis Municipais n. 7802/94, n. 8676/95, n. 108/96 e n. 9198/96, invocadas pelo autor. Não

Acesso ao Sumário

> há como incorporar agora diferença entre cargos não exercidos atualmente. Aliás, todas são expressas no sentido de que a incorporação, para fim de aposentadoria, exige que nesse momento de aposentação o servidor esteja no exercício do cargo ou função de confiança e/ou de carreira, ou isolado. Mesmo que se admita a incorporação proporcional, ou parcial, ela só poderia ser mantida durante o exercício do cargo do qual esteve o servidor afastado e com a aposentadoria nesse cargo. Se houve desligamento em razão de novo concurso para outro cargo, inicia-se outra carreira e essa diferença não é devida. (fls. 243/244)

Ademais, não obstante a argumentação recursal, é impertinente para fins de análise da adequada subsunção do acórdão à tese repetitiva perquirir-se sobre o correto dimensionamento feito pela Turma Julgadora, seja porque extrapolaria o espectro deste recurso, seja porque extrapolaria o âmbito de análise reservado à aplicação de temas julgados pelos Tribunais Superiores, seja sobretudo porque inexoravelmente dependeria da reanálise de provas contidas nos autos, sendo, portanto, matéria fática, que não se coaduna com o recurso extraordinário conforme preceituado na Súmula 279 da Corte Suprema.

Assim, não há como proceder à modificação do decidido, pois a decisão recorrida está em harmonia com o paradigma julgado pela Col. Suprema Corte.

Finalmente, nunca é demais salientar que, sobre a necessidade de prequestionamento para possibilitar o acesso às instâncias superiores, considera-se prequestionada a matéria infraconstitucional e constitucional invocada, eis que é pacífico que o magistrado não é obrigado a citar todos os dispositivos legais reclamados pela parte quando a questão trazida ao juízo já foi suficientemente enfrentada e decidida no corpo do voto condutor.

Por derradeiro, sem avistar intuito protelatório no manejo do presente recurso, deixa-se de infligir ao agravante a multa prevista no art. 1.021, § 4º do Código de Processo Civil.

Em face de tais razões, **nega-se provimento** ao agravo interno.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 1008633-23.2020.8.26.0344/50001, da Comarca de Marília, em que são agravantes COUTO ROSA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS SPE2 LTDA. e CIPASA DESENVOLVIMENTO URBANO S/A, é agravado FLJ MONTAGENS DE REDES COM.PREST.SERV.LTDA. – ME.

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 114.634)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), FRANCISCO BRUNO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE -PRESIDENTE).

São Paulo, 3 de julho de 2023.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. RESOLUÇÃO DE CONTRATO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. Contrato submetido ao Código de Defesa do Consumidor. Abusividade da cláusula que prevê a restituição de valores somente ao término da obra ou de forma parcelada. Restituição imediata e parcial, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento do negócio (tema 577). Ausência de demonstração do desacerto da aplicação do entendimento firmado no E. STJ em julgamento repetitivo. Percentual fixado dentro dos limites jurisprudenciais. Ausência de sucumbência. Decisão mantida. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de **Agravo Interno Cível** interposto por Couto Rosa Empreendimentos Imobiliários Spe2 Ltda. e outro contra decisão que, em demanda de rescisão contratual cumulada com pedido de devolução de quantias pagas, **NEGOU SEGUIMENTO a Recurso Especial**, pois o V. Acórdão recorrido observou a orientação estabelecida no E. Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.300.418/SC, julgado sob o regime dos recursos repetitivos. Busca a retenção de 30% dos valores pagos, considerando que o percentual de devolução estipulado pelo V. Acórdão, incidiria em excesso e desproporcionalidade, acarretando-lhe grandes prejuízos, em razão dos gastos oriundos do contrato rescindido.

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.

Acesso ao Sumário

É O RELATÓRIO.

Anote-se, inicialmente, que o Agravo Interno está sujeito à competência da Câmara Especial de Presidentes, nos termos do art. 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental nº 565/2017.

O recurso apenas comportará provimento se o recorrente demonstrar que, por ausência de similitude fática, a tese firmada no E. Superior Tribunal de Justiça sob o regime dos recursos repetitivos não se aplica ao caso concreto (*distinguishing*). Neste sentido, o AgInt no RE no AgRg nos EREsp nº 1.039.364/ES, Rel. Min. **Laurita Vaz**, Corte Especial, DJe de 6.2.2018, e o AgInt no RE no AgInt nos EDcl no RMS nº 48.747/DF, Rel. Min. **Humberto Martins**, Corte Especial, DJe de 19.6.2018.

E este não é o caso dos autos.

A identidade fática e jurídica entre o V. Acórdão objeto do inconformismo especial e o paradigma apontado na decisão recorrida é evidente.

Com efeito, julgado o Recurso Especial nº 1.300.418/SC, sob o regime dos recursos repetitivos, o E. Superior Tribunal de Justiça decidiu que, nos contratos submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, é abusiva a cláusula contratual que determina a restituição dos valores devidos somente ao término da obra ou de forma parcelada, na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel, por culpa de quaisquer contratantes. Em tais avenças, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador – integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento. Confira-se a fls. 630/632.

Neste contexto, o V. Acórdão recorrido (fls. 446/456) está em perfeita sintonia com a orientação superior, ao concluir pela retenção de 10% dos valores pagos, para compensar as despesas operacionais da vendedora.

Destaca-se trecho do V. Acórdão: *"Importante ressaltar que o contrato foi celebrado entre as partes em 25/04/2014, não se aplicando ao caso concreto os ditames da Lei Federal 13.786/2018, mostrando-se suficiente a indenização dos corréus no montante de 10% sobre o total pago, ficando expressamente rechaçada a pretensão de elevação para 30%."* (fls. 454).

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

De resto, em relação ao percentual de retenção, como bem indicou a decisão recorrida, o E. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que o alienante pode reter entre 10% e 25% dos valores pagos, de modo que apenas condenações em percentuais diversos permitem a admissão do Recurso Especial, o que não ocorreu na hipótese.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 0047991-42.2012.8.26.0554/50000, da Comarca de Santo André, sendo agravante NORDON INDÚSTRIAS METALÚRGICAS S.A. e agravado MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50.382)**

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, 11 de julho de 2023.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: AGRAVO – Decisão monocrática que negou seguimento ao recurso extraordinário.

A decisão que nega seguimento a recurso deve ser desafiada pelo agravo previsto no artigo 1.030, § 2º, do CPC.

Erro grosseiro. Inaplicabilidade do princípio da fungibilidade.

Recurso não conhecido.

VOTO

Trata-se de agravo (fls. 209/224) interposto, com base no artigo 1.042 do Código de Processo Civil, contra decisão que, em cumprimento ao artigo 1.030, inciso I, alínea "a" c/c 1.035, § 8º do Código de Processo Civil, negou seguimento a recurso extraordinário por reconhecida identidade de matéria com orientação firmada pelo Col. Supremo Tribunal Federal em julgado sob a técnica dos recursos seriais, nos autos do ARE 748.371 – Tema 660/STF.

Alegou o agravante, em síntese, que restou demonstrado em seu recurso extraordinário os dispositivos de lei federal, jurisprudência e súmula tidos por violados.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

O recurso não merece conhecimento.

A decisão que **nega seguimento** a recurso extraordinário, em virtude de o acórdão recorrido estar em consonância com tese firmada sob o rito dos recursos repetitivos ou da repercussão geral, desafia o **agravo interno**, conforme expressamente previsto no art. 1.030, § 2º, do Código de Processo Civil.

Já o agravo em recurso extraordinário, com fundamento no artigo 1.042, do CPC deverá ser interposto contra decisão que inadmite recurso, que não é o caso dos autos.

O agravo interno, porém, é dirigido para conhecimento do mesmo órgão que negou seguimento ao recurso extraordinário, o que subtrai a competência da Corte Superior para conhecimento da irresignação, não sendo, assim, possível a aplicação do princípio da fungibilidade.

Nesse sentido:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. DECISÃO DE NEGATIVA DE SEGUIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. ÚNICO RECURSO CABÍVEL. AGRAVO INTERNO PREVISTO NO ART. 1.030, § 2º, DO CPC. INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. **ERRO GROSSEIRO**. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. NÃO CABIMENTO 1. O único recurso cabível da decisão que nega seguimento aos recursos às instâncias superiores (STJ e STF), em virtude de o acórdão recorrido estar em consonância com tese firmada sob o rito dos recursos repetitivos ou da repercussão geral, é o agravo interno, a teor do expressamente previsto no art. 1.030, § 2º, do CPC. 2. A decisão agravada foi publicada já na vigência do atual Código de Processo Civil, o que inviabiliza a aplicação do princípio da fungibilidade, uma vez que não há mais dúvidas objetivas acerca do recurso cabível. Agravo interno improvido. (AgInt no AREsp 2148444 / PB, Min. Rel. *HUMBERTO MARTINS*, Segunda Turma, DJe 16/02/23).

Fosse pouco, a parte recorrente não impugnou especificamente o fundamento da negativa de seguimento, não demonstrando por qual motivo o Tema 660/STF seria inaplicável, não atendendo, assim, ao princípio da dialeticidade, conforme estabelece o art. 932, inc. III, e art. 1.021, § 1º, ambos do Código de Processo Civil.

Conforme pacificado no Superior Tribunal de Justiça, à luz do princípio da *dialeticidade, constitui ônus do Recorrente expor, de forma clara e precisa, a motivação ou as razões de fato e de direito de seu inconformismo, impugnando os fundamentos da decisão recorrida, de forma a amparar a pretensão recursal deduzida, requisito essencial à delimitação da matéria impugnada e consequente predeterminação da extensão e profundidade do efeito devolutivo do recurso interposto, bem como à possibilidade do exercício efetivo do contraditório.*

Acesso ao Sumário

Nessa linha, o entendimento jurisprudencial consagrado na Súmula n. 182/STJ, segundo o qual compete à Agravante, sob pena de não conhecimento do agravo, impugnar especificamente os fundamentos da decisão hostilizada... a necessidade de impugnação aos fundamentos da decisão agravada está expressamente disposta no art. 932, III, combinado com o art. 1.021, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015 (STJ, AgInt no Rec. Em MS nº 43.766/RJ – 2013/0314698-0, j. 17.12.2019, rel. Min. Regina Helena Costa).

Em face de tais razões, **não conheço do agravo**.

Anoto a existência de recurso contra a decisão que inadmitiu o recurso especial, cuja competência para apreciação é do Col. Superior Tribunal de Justiça (fls. 226/241).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 1006707-28.2019.8.26.0510/50001, da Comarca de Rio Claro, em que é agravante BANCO DAYCOVAL S/A, são agravados LUIZ FERNANDO HARTUNG, DENISE CESAR HARTUNG, WORLD SITE SOLUTIONS LOCAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO DE BENS LTDA, JOSÉ HARTUNG JUNIOR, KÁTIA APARECIDA SOUZA HARTUNG, ANAHI DE LOURDES HARTUNG, MARTHA JANET DA SILVA, NAIA CRISTINA HARTUNG, VICENTE PAULO HARTUNG, HARPEX ARTEFATOS DE MADEIRA LTDA e PEDRO ALESSANDRO CAVALLI.

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 117.049)**

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 julho de 2023.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO EM RECURSO ES-

Acesso ao Sumário

PECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Necessidade de observância à regra geral do art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC, inclusive no tocante à ordem dos critérios a serem adotados. Fixação por equidade. Hipótese restrita à presença das situações previstas no art. 85, § 8º, do CPC, independentemente de haver condenação (tema 1076). Ausência de demonstração do desacerto da aplicação do entendimento estabelecido no E. STJ em julgamento repetitivo. Decisão mantida. RECURSO DESPROVIDO.

AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Necessidade de prévia análise de normas infraconstitucionais. Repercussão geral afastada no E. STF no Recurso Extraordinário com Agravo nº 748.371/MT (tema 660). Decisão mantida. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de **Agravos Internos Cíveis** interpostos por Banco Daycoval S/A contra decisões que, em demanda anulatória, **NEGOU SEGUIMENTO a Recurso Especial**, pois o V. Acórdão recorrido observou a orientação estabelecida no E. Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais nºs 1.850.512/SP, 1.877.883/SP, 1.906.623/SP e 1.906.618/SP, julgados sob o regime dos recursos repetitivos e abordou matéria cuja repercussão geral foi afastada no E. Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário com Agravo nº 748.371/MT.

Nas razões de agravo interno em recurso especial, alega ausência de trânsito em julgado. Aduz que o tema 1076 se refere apenas às partes que litigam contra a Fazenda Pública e não se aplica à esfera privada.

Nas razões de agravo interno em recurso extraordinário, alega a existência de repercussão geral da matéria referente aos honorários advocatícios. Afirma a ocorrência de cerceamento de defesa, pois foi negada aos interessados da esfera do Direito Privado a participação na discussão da formação do tema 1.076 do E. STJ. Aduz, ainda, que não houve a participação da Febraban como *amicus curiae* na formação do tema 1.076 como representante dos bancos. Assinala que a aplicação indiscriminada do Tema 1.076 do E. STJ nos casos de Direito Privado violam à ampla defesa e o contraditório.

Não houve oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo 1º da

Acesso ao Sumário

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, julgados os Recursos Especiais nºs 1.850.512/SP, 1.877.883/SP, 1.906.623/SP e 1.906.618/SP, sob o regime dos recursos repetitivos, o E. Superior Tribunal de Justiça decidiu que *"i) A fixação dos honorários por apreciação equitativa não é permitida quando os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados. É obrigatória nesses casos a observância dos percentuais previstos nos §§ 2º ou 3º do artigo 85 do CPC – a depender da presença da Fazenda Pública na lide –, os quais serão subsequentemente calculados sobre o valor: (a) da condenação; ou (b) do proveito econômico obtido; ou (c) do valor atualizado da causa; ii) Apenas se admite arbitramento de honorários por equidade quando, havendo ou não condenação: (a) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (b) o valor da causa for muito baixo."*. Confira-se a fls. 1219/1221.

Neste contexto, o V. Acórdão recorrido (fls. 985/994) está em perfeita sintonia com a orientação superior, ao fixar a verba honorária em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Confira-se trecho do V. Acórdão: *"No mais, merece acolhimento o inconformismo dos autores, relativo aos honorários advocatícios da sucumbência, uma vez que inaplicável a equidade, tendo em vista que a situação verificada autoriza a fixação sobre o valor da causa (...). Portanto, nos termos do artigo 85, § 2º do Código Civil, fixo a verba honorária, devida aos advogados dos autores, no montante equivalente a 10% sobre o valor atualizado da causa, já considerado o trabalho desenvolvido agora nesta sede"* (fls. 993/994).

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

Por outro lado, a Repercussão Geral é o instrumento processual inserido

Acesso ao Sumário

na Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que tem por objetivo possibilitar ao E. Supremo Tribunal Federal selecionar os Recursos Extraordinários sujeitos à efetiva análise de acordo com critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica.

Dispõe o art. 1.035 do CPC, *verbis*: *"O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1º. Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo. (...)"*.

O E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo nº 748.371/MT, assinalou que a controvérsia relativa à violação aos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal não apresenta repercussão geral, quando o julgamento da causa depender de prévia análise das normas infraconstitucionais, conforme se infere da 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 ao art. 85, § 2º, do Código Civil. Por conseguinte, correta a decisão agravada ao reconhecer a ausência de repercussão geral nas teses suscitadas pelo recorrente.

A decisão agravada, nestes termos, apenas aplicou a sistemática da repercussão geral, com fundamento no art. 1.030, I, "a", 1ª parte, do CPC.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** aos agravos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2212787-14.2021.8.26.0000/50001, da Comarca de Bragança Paulista, sendo agravante EMBALABOR INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. e agravado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 48.867)**

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, 3 de agosto 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 controvérsia na qual se pretende saber se a parte executada, ainda que não apresente elementos concretos que justifiquem a incidência do princípio da menor onerosidade (art. 620 do CPC de 1973), possui direito subjetivo à aceitação do bem por ela nomeado à penhora em Execução Fiscal é matéria idêntica à tratada no rito dos recursos repetitivos Resp. n. 1.337.790/PR – TEMA 578/STJ.

Nega-se provimento ao recurso.

VOTO

Trata-se de agravo interposto por EMBALADOR INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (fls. 285/295) contra decisão que, em cumprimento ao art. 1.030, inciso I, alínea 'b', do Código de Processo Civil, negou seguimento ao recurso especial pela identidade da matéria decidida no acórdão, à luz da orientação firmada no rito dos recursos repetitivos – REsp. n. 1.337.790/PR.

Alegou a agravante, em síntese, que houve equívoco na aplicação do paradigma. Aduziu que o recurso especial possui os requisitos para sua admissibilidade. Diz que a decisão agravada não se atentou para a particularidade envolvendo o caso em apreço, especialmente por desconsiderar a realidade subjacente aos autos, de modo que não pode prevalecer a genérica e infundada decisão de inadmissão do Recurso Especial nos termos do Tema 578/STJ.

É o relatório.

Tendo em vista que a decisão impugnada negou seguimento ao recurso e diante do que estabelece o art. 1.030, § 2º do Código de Processo Civil, recebo o recurso como agravo interno.

O recurso não merece provimento.

Acesso ao Sumário

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 1.337.790/PR (Tema 578/STJ), DJ de 07.10.2013, do Col. Superior Tribunal de Justiça, quando se fixou a seguinte tese: *Em princípio, nos termos do art. 9°, III, da Lei 6.830/1980, cumpre ao executado nomear bens à penhora, observada a ordem legal. É dele o ônus de comprovar a imperiosa necessidade de afastá-la, e, para que essa providência seja adotada, mostra-se insuficiente a mera invocação genérica do art. 620 do CPC.*

Não se avista desacerto na decisão ora agravada quanto ao REsp. n. 1.337.790/PR, sob a técnica de casos seriais, haja vista que a questão abordada refere-se à existência de eventual direito subjetivo do executado à aceitação, pela exequente, de bem oferecido à penhora em desconformidade à gradação legal dos arts. 11 da Lei 6.830/1980 e 655 do CPC/73.

Consigne-se, por oportuno, trecho do v. acórdão recorrido, convergente ao tema aplicado na sistemática dos repetitivos:

> A agravante requer a reforma da decisão que indeferiu a nomeação de dos insumos de sua propriedade (insumos de sua propriedade, consistente em 192.000 peças de copo dosador, 80ml graduado, composição de polipropileno, no valor unitário de R$ 0,626590, descritos a fls. 148) em caução, na medida em que foram avaliados em valor suficiente para a garantia da execução fiscal (totalizando o montante de R$ 120.305,28). Visa a obter a suspensão do processo executivo fiscal nº 1501777-81.2016.8.26.0099. Aduz, em suma, a possibilidade de nomeação de bem à penhora fora da ordem estabelecida pelo artigo 11 da Lei 6.830/80, com base no princípio da menor onerosidade ao executado.
>
> O pedido de reforma da decisão impugnada não comporta provimento, porquanto a simples alegação de que os referidos bens foram avaliados em valor suficiente para a garantir a execução fiscal e que a manutenção da recusa pode causar-lhe grave dano de difícil ou incerta reparação não basta para caracterizar o perigo de dano "in casu", visto que a decisão ora impugnada não se mostra em si demasiado em face aos documentos acostados aos autos.
>
> Além disso, não há indícios aparentes de ilegalidade na recusa dos bens ofertado pela agravante.
>
> A despeito de toda a irresignação da agravante, a Fazenda tem, de fato, o direito de recusar o bem oferecido, por se tratar de bem de difícil liquidez, já que a execução visa à satisfação do interesse da agravada.
>
> Neste sentido é o posicionamento firmado pelo C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial n.º 1.337.790/PR, admitido

Acesso ao Sumário

como representativo de controvérsia:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. NOMEAÇÃO DE BENS À PENHORA. PRECATÓRIO. DIREITO DE RECUSA DA FAZENDA PÚBLICA. ORDEM LEGAL. SÚMULA 406/STJ. ADOÇÃO DOS MESMOS FUNDAMENTOS DO RESP 1.090.898/SP (REPETITIVO), NO QUAL SE DISCUTIU A QUESTÃO DA SUBSTITUIÇÃO DE BENS PENHORADOS. PRECEDENTES DO STJ.

1. Cinge-se a controvérsia principal a definir se a parte executada, ainda que não apresente elementos concretos que justifiquem a incidência do princípio da menor onerosidade (art. 620 do CPC), possui direito subjetivo à aceitação do bem por ela nomeado à penhora em Execução Fiscal, em desacordo com a ordem estabelecida nos arts. 11 da Lei 6.830/1980 e 655 do CPC.

2. Não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a divergência, tal como lhe foi apresentada.

3. Merece acolhida o pleito pelo afastamento da multa nos termos do art. 538, parágrafo único, do CPC, uma vez que, na interposição dos Embargos de Declaração, a parte manifestou a finalidade de provocar o prequestionamento. Assim, aplica-se o disposto na Súmula 98/STJ: "Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório".

4. A Primeira Seção do STJ, em julgamento de recurso repetitivo, concluiu pela possibilidade de a Fazenda Pública recusar a substituição do bem penhorado por precatório (REsp 1.090.898/SP, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 31.8.2009). No mencionado precedente, encontra-se como fundamento decisório a necessidade de preservar a ordem legal conforme instituído nos arts. 11 da Lei 6.830/1980 e 655 do CPC.

5. A mesma ratio decidendi tem lugar in casu, em que se discute a preservação da ordem legal no instante da nomeação à penhora.

6. Na esteira da Súmula 406/STJ ("A Fazenda Pública pode recusar a substituição do bem penhorado por precatório"), a Fazenda Pública pode apresentar recusa ao oferecimento de precatório à penhora, além de afirmar a inexistência de preponderância, em abstrato, do princípio da menor onerosidade para o devedor sobre o da efetividade da tutela executiva. Exige-se, para a superação da ordem legal prevista no art. 655 do CPC, firme argumentação baseada em elementos do caso concreto. Precedentes do STJ.

7. Em suma: em princípio, nos termos do art. 9º, III, da Lei 6.830/1980, cumpre ao executado nomear bens à penhora, observada a ordem legal.

Acesso ao Sumário

É dele o ônus de comprovar a imperiosa necessidade de afastá-la, e, para que essa providência seja adotada, mostra-se insuficiente a mera invocação genérica do art. 620 do CPC.

8. Diante dessa orientação, e partindo da premissa fática delineada pelo Tribunal a quo, que atestou a "ausência de motivos para que (...) se inobservasse a ordem de preferência dos artigos 11 da LEF e 655 do CPC, notadamente por nem mesmo haver sido alegado pela executada impossibilidade de penhorar outros bens (...)" – fl. 149, não se pode acolher a pretensão recursal.

9. Recurso Especial parcialmente provido apenas para afastar a multa do art. 538, parágrafo único, do CPC. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ. (STJ, REsp 1337790/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/06/2013, DJe 07/10/2013)

No caso em exame, considerando que houve recusa justificada pelo r. Juízo a quo e, ainda que posteriormente, pela agravada acerca dos bens ofertados, bem como que a recorrente não apresentou nenhum dado concreto para justificar a superação da ordem legal de preferência, caso é de se manter a decisão agravada ora em discussão.

No mesmo sentido, cito precedentes deste C. Tribunal de Justiça:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EXECUÇÃO FISCAL GARANTIA Decisão que deferiu a pretensão da executada à substituição de seguro-garantia por carta de fiança fidejussória Irresignação Cabimento Impossibilidade de substituição de seguro-garantia por fiança emitida por instituição não bancária Modalidade de garantia que não se caracteriza como depósito em dinheiro, fiança bancária, seguro garantia ou nomeação de bens à penhora Indicação à penhora de bens de terceiro que exigiria concordância da exequente Inteligência dos arts. 7º, II, 9º, "caput", incisos, e § 3º, 15, I, e 19, II da LEF Ainda que a execução deva ser realizada de modo menos gravoso para o devedor, remanesce a obrigação de que a execução se dê em favor do credor Precedente do TJSP Decisão reformada Recurso provido.

(TJSP; Agravo de Instrumento 3006555-84.2020.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Marcos Pimentel Tamassia, dj. 02/03/2021)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – EXECUÇÃO FISCAL". NOMEAÇÃO DE BENS À PENHORA – RECUSA JUSTIFICADA – ADMISSIBILIDADE. É admissível a recusa do credor à nomeação de bens à penhora quando justificada numa das hipóteses do art. 656 do CPC. Nomeação que não atende à ordem legal. Bem móvel integrante do estoque rotativo. Risco de comercialização e frustração da garantia. Nomeação

Acesso ao Sumário

indeferida. Decisão mantida. Recurso desprovido. (TJSP, Agravo de Instrumento nº 2138353-98.2014.8.26.0000. 9ª Câmara de Direito Público TJ/SP Rel. Des. Décio Notarangeli J. em 17.09.2014)

Agravo de Instrumento – Execução Fiscal – Penhora – Rejeição do bem ofertado – Ausência de comprovação da propriedade e do valor atribuído – Bens de difícil comercialização – Decisão mantida Recurso desprovido. (TJSP, 4ª Câmara de Direito Público – Agravo de Instrumento nº 0221972-28.2012.8.26.0000 Rel. Desembargadora Ana Luiza Liarte j. 03.12.2012).

AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL BENS DE DIFÍCIL COMERCIALIZAÇÃO – DESRESPEITO À ORDEM DO ART. 11 DA LEI DE EXECUÇÃO FISCAL Não aceitos como garantia de execução Penhora bem recusada pela Fazenda com justificativa aceita. Agravo não provido. (TJSP – 2ª Câmara de Direito Público Agravo de Instrumento nº 0134934-75.2012.8.26.0000, Rel. Desembargador José Luiz Germano, j. 16.10.2012).

A decisão ora impugnada, portanto, não comporta reforma, na medida em que, necessária a observância da ordem de preferência de bens garantidores da execução fiscal, a teor do quanto estabelecido pelo art. 11 da LEF ordem esta que deve servir de base para a aplicação do princípio da menor onerosidade albergado pelo art. 805 do Código de Processo Civil. (Fls. 209/213).

Impertinente para fins de análise da adequada subsunção do acórdão à tese repetitiva perquirir-se sobre o correto dimensionamento feito pela Turma Julgadora, seja porque extrapolaria o espectro deste recurso, seja porque extrapolaria o âmbito de análise reservado à aplicação de temas julgados pelos Tribunais Superiores, seja sobretudo porque inexoravelmente dependeria da reanálise de provas contidas nos autos, sendo, portanto, matéria fática, que não se coaduna com o recurso extraordinário conforme preceituado na Súmula 7, da Corte Superior.

Assim, não há como se proceder à modificação do decidido, de vez que em perfeita harmonia com o paradigma julgado pela Corte Superior.

Diante da inexistência de erro na subsunção do caso concreto à sistemática dos recursos repetitivos fica mantida a decisão.

Por derradeiro, sem avistar intuito protelatório no manejo do presente recurso, deixa-se de infligir à agravante a multa prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil.

Em face de tais razões, **nega-se provimento** ao agravo interno.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Criminal nº 1502220-55.2019.8.26.0510/50003, da Comarca de (...), em que é agravante (...), é agravado (...).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos agravos internos, devendo a Secretaria cumprir, oportunamente, a determinação contida na parte final do despacho de fls. 542. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44.464)**

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, 10 de agosto de 2023.

FRANCISCO BRUNO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: AGRAVOS INTERNOS. DECISÕES MONOCRÁTICAS QUE, EM PARTE, NEGARAM SEGUIMENTO AOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL.

RECURSO SEM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA (Tema 660/STF).

RECURSO REPETITIVO COM JULGAMENTO DEFINITIVO DO MÉRITO (Tema 1121/STJ).

HIPÓTESES IDÊNTICAS. DESPROVIMENTO.

1. Ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, com extensão do entendimento ao princípio do devido processo legal e aos limites da coisa julgada. Necessidade de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais (Tema 660/STF).

2. Estupro de vulnerável (art. 217-A do CP). Desclassificação para o delito de importunação sexual (art. 215-A do CP). Impossibilidade. Presente o dolo específico de satisfazer à lascívia, própria ou de terceiro, a

Acesso ao Sumário

prática de ato libidinoso com menor de 14 anos configura o crime de estupro de vulnerável, independentemente da ligeireza ou da superficialidade da conduta, não sendo possível a desclassificação para o delito de importunação sexual. Hipóteses idênticas (Tema 1121/STJ).

3. Agravos internos não providos, com determinação.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravos internos interpostos contra as decisões da Presidência da Seção de Direito Criminal (fls. 473/474 e 475/477) que, com fundamento no Tema 660 do Excelso Supremo Tribunal Federal, negou seguimento, em parte, ao recurso extraordinário, nos termos dos artigos 1.030, I, "a", do Código de Processo Civil e 638 do Código de Processo Penal e, no mais, não o admitiu; e que, com fundamento no Tema 1121 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, negou seguimento, em parte, ao recurso especial, nos termos dos artigos 1.030, I, "b", do Código de Processo Civil e 638 do Código de Processo Penal e, no mais, o admitiu parcialmente.

Sustenta a Defesa, em síntese, que houve equívoco na aplicação do Tema 660/STF, consignando que o mesmo originou-se de julgado de natureza cível sendo, portanto, distinto do caso ora em análise. Afirma que a matéria trazida no recurso extraordinário possui repercussão geral, uma vez que vinculada à violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal, da retroatividade de lei penal mais benéfica e da individualização da pena, expressamente previstos no artigo 5º, XL, XLVI, LIV e LV da Constituição Federal. De outra banda, no tocante ao Tema 1121/STJ, diz que a questão aventada no recurso especial não está em consonância com o citado precedente, asseverando que o fato tido como provado pelas instâncias ordinárias possui grau de lesividade muito menor do que o necessário para a configuração do crime do artigo 217-A do Código Penal, o que demanda a revaloração e o reenquadramento jurídico para o tipo penal do artigo 215-A do mesmo *Codex*. Pugna, assim, pelo provimento dos agravos, com o seguimento dos recursos constitucionais (fls. 490/495 e 496/501).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou às fls. 508/518 e 530/541.

Registro, ainda, a determinação contida na parte final do despacho de fls. 542, para a remessa, oportunamente, dos autos aos Colendos Tribunais Superiores, competentes para a apreciação do agravo de fls. 479/488 e do recurso especial admitido parcialmente (fls. 473/474).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Câmara Especial de Presidentes

Conheço dos presentes agravos internos, nos termos do artigo 33-A, § 1º, I, do Regimento Interno deste Tribunal, não merecendo, contudo, provimento.

Houve a interposição de recursos especial e extraordinário pela Defesa. O especial buscou, entre outras teses, a desclassificação do crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP) para o delito previsto no artigo 215-A do Código Penal (fls. 381/411). O extraordinário apontou, entre outras discussões, ofensa aos artigos 5º, LIV e LV da Carta Magna, acenando por nulidade processual, porque não facultado à defesa se manifestar após a habilitação do assistente de acusação e apresentação de memoriais, em evidente inversão da ordem dos atos processuais (fls. 412/431).

Sucede que, quando do juízo de prelibação das insurgências, constatou-se que tais questões constitucionais indicadas nos apelos extremos já haviam sido submetidas ao rito da sistemática de precedentes dos recursos repetitivos e da repercussão geral, de forma que sua observância era necessária, em obediência à expressa previsão legal (artigos 1.030, I, "a" e "b", da Lei Adjetiva Civil e 638 do Código de Processo Penal – fls. 473/474 e 475/477), e não vislumbro, nos agravos agora em análise, a existência de distinção ou qualquer outra peculiaridade capaz de afastar a aplicação do Tema 1121 do Superior Tribunal de Justiça, bem como do Tema 660 do Supremo Tribunal Federal, ao caso concreto.

Nessa linha, o teor do v. acórdão, em especial às fls. 350, justifica a aplicação da sistemática de precedentes dos recursos repetitivos, uma vez que está em conformidade com o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, Tema 1121/STJ, manifestado nos Recursos Especiais nºs 1.959.697/SC, 1.957.637/MG, 1.958.862/MG e 1.954.997/SC, no sentido de que presente o dolo específico de satisfazer à lascívia, própria ou de terceiro, a prática de ato libidinoso com menor de 14 anos configura o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), independentemente da ligeireza ou da superficialidade da conduta, não sendo possível a desclassificação para o delito de importunação sexual (art. 215-A do CP).

Acesso ao Sumário

Adequada, também, a aplicação do Tema 660 do Excelso Pretório, observando que no recurso extraordinário houve expressa alegação de violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal (art. 5º, LIV e LV, da CF – fls. 419/422), em que foi arguida nulidade processual, sob a alegação de não ter sido oportunizado à Defesa manifestar-se após a apresentação de memoriais pelo assistente de acusação, matéria essa que demandaria a prévia análise de normas infraconstitucionais, tanto que também foi discutida no recurso especial de fls. 381/411, em especial às fls. 386/389, com a expressa indicação de dispositivos de lei federal como violados.

Bem por isso, a decisão vergastada está em conformidade com o entendimento do Pretório Excelso que, no Recurso Extraordinário com Agravo nº

748.371/MT (Tema 660), assentou não possuir repercussão geral a matéria relativa à violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa quando o julgamento da causa depender de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais, com extensão desse entendimento ao princípio do devido processo legal e aos limites da coisa julgada.

Ressalto, outrossim, que a natureza da demanda que originou o precedente não constitui critério a ser sopesado em sua aplicação, bastando que a matéria aventada no recurso se subsuma à hipótese fixada no tema do Excelso Pretório. A corroborar tal interpretação, decisão do próprio Supremo Tribunal Federal aplicando o mencionado precedente em feito criminal:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. MATÉRIA CRIMINAL. CRIME DE EXTORSÃO. ART. 158, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PROVAS. INDEFERIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. TEMAS 424 E 660 DA REPERCUSSÃO GERAL. DOSIMETRIA DA PENA. REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 93, IX, DA CF/88. INEXISTÊNCIA. TEMA 339. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 279 DO STF. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. ANÁLISE PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A discussão referente ao indeferimento de produção de prova é de índole infraconstitucional, conforme o Tema 424 da repercussão geral. Os princípios da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal e dos limites da coisa julgada, quando debatidos sob a ótica infraconstitucional, não revelam repercussão geral apta a tornar o apelo extremo admissível (Tema 660). Precedentes. 2. As instâncias ordinárias evidenciaram, de forma concreta, as razões pelas quais se impunha a fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da pena imposta ao ora agravante, de modo que não há como acolher a alegação de negativa de jurisdição decorrente da alegada ausência de motivação, restando incólume o art. 93, IX, da Constituição Federal. 3. O Tribunal a quo, ao manter o regime inicial fixado em primeira instância, deixou expressamente consignado que 'O regime para o desconto das penas privativas de liberdade deve ser o fechado, tendo em vista que os réus ostentam uma tendência mórbida para a prática de crimes, e que, como policiais, munidos de armas de fogo e de informações privilegiadas, extorquiam comerciantes utilizando-se de toda infraestrutura estatal, inclusive de viaturas, devendo os apelantes passar pelos três estágios executórios', de modo que eventual divergência em relação ao entendimento adotado pelo Tribunal de origem demandaria o revolvimento dos fatos e provas constantes dos autos, o que in-*

viabiliza o processamento do extraordinário, nos termos da Súmula 279 do STF. Precedente. 4. No que concerne ao reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva de ofício, verifico que, diante da possibilidade de ocorrência de causas impeditivas, interruptivas ou suspensivas do curso prescricional, recomendável que o tema seja enfrentado em sede própria pelas instâncias ordinárias 5. Agravo Regimental a que se nega provimento." [1].

Portanto, resta demonstrado que as decisões impugnadas foram precisas e individualizadas, pautando-se pelas circunstâncias aduzidas nos apelos extremos e pelos termos do aresto, os quais foram adequadamente ponderados com os precedentes qualificados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Por outro lado, a alegação defensiva de que houve a demonstração da repercussão geral não supera a interpretação fixada no precedente vinculante (Tema 660/STF), cuja aplicação foi escorreita.

Dessa forma, os paradigmas das Cortes Superiores ajustam-se perfeitamente à hipótese dos autos, sendo de rigor a manutenção da sistemática de precedentes dos recursos repetitivos e da repercussão geral aplicada.

Ante o exposto, nego provimento aos agravos internos, devendo a Secretaria cumprir, oportunamente, a determinação contida na parte final do despacho de fls. 542.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 1020479-11.2021.8.26.0309/50000, da Comarca de Jundiaí, em que é agravante MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ, é agravado A.G.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 55.443)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), BERETTA DA SILVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO), FRANCISCO BRUNO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL) e WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

Acesso ao Sumário

1 ARE 1.278.146 AgR-segundo; Rel. Min. EDSON FACHIN; SEGUNDA TURMA, j. 11/11/2021, publ. 10/01/2022.

São Paulo, 11 de agosto de 2023.

GUILHERME GONÇALVES STRENGER, Vice-Presidente e Relator

Ementa: AGRAVO INTERNO. DECISÃO QUE INADMITE RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANIFESTAMENTE INCABÍVEL. AGRAVO NÃO CONHECIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo interno interposto pelo Município de Jundiaí em face da r. decisão de fls. 156/159, que inadmitiu o recurso especial de fls. 129/135, tirado do v. acórdão de fls. 88/102, de relatoria da e. Desembargadora Ana Luiza Villa Nova.

Não houve resposta ao recurso (fls. 18) e a d. Procuradoria-Geral de Justiça ofereceu parecer, opinando pelo desprovimento (fl. 11 e 23).

É o relatório.

O agravo interno não comporta conhecimento.

Com efeito, de acordo com o disposto no artigo 1.042 do Código de Processo Civil, contra decisão que não admite recurso especial cabe recurso de agravo para o Colendo Superior Tribunal de Justiça, no prazo de 15 (quinze) dias.

Desse modo, a irresignação apresentada é inadequada para os fins almejados, sendo forçoso reconhecer, no caso em comento, a falta de preenchimento do pressuposto objetivo da adequação para permitir seu conhecimento, uma vez que os recursos de Agravo Interno (CPC, art. 1.030, § 2º c.c. o art. 1.021) e de Agravo de Despacho Denegatório de Recurso Especial (CPC, art. 1.042, *caput*) possuem naturezas jurídicas completamente diversas e finalidades distintas e inconfundíveis entre si, o que impede até mesmo a aplicação do princípio da fungibilidade recursal, já que não se trata de erro escusável.

A propósito:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO (ART. 1.042 DO NCPC) – DECISÃO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 1.030, I, B DO CPC DE 2015 – CABIMENTO DE AGRAVO INTERNO NOS TERMOS DO ARTIGO 1.030, § 2º, CPC DE 2015 – INTERPOSIÇÃO DO AGRAVO PREVISTO NO ARTIGO 1.042 DO CPC DE 2015 – ERRO GROSSEIRO – INAPLICÁVEL O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL – DECISÃO MONOCRÁTICA DA PRESIDÊNCIA DO STJ QUE NÃO CONHECEU DO RECLAMO.

Acesso ao Sumário

1. A decisão agravada foi publicada já na vigência do atual Código de Processo Civil, o qual prevê no art. 1.030, I, 'b', § 2º, do CPC de 2015, que cabe agravo interno contra a decisão que nega seguimento a recurso especial interposto contra acórdão em conformidade com entendimento do STJ em recurso repetitivo.

2. A parte agravante interpôs agravo em recurso especial previsto no art. 1.042, caput, do CPC de 2015 e não o agravo interno perante o Tribunal local, não sendo admitida, consoante a lei e jurisprudência do STJ, a aplicação do princípio da fungibilidade recursal. Precedentes.

3. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp 985.072/MG, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 07/12/2017, DJe 14/12/2017)

Além disso, ressalta-se posição já assentada no Colendo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a interposição de recurso manifestamente descabido não suspende ou interrompe o prazo para a utilização da via processual adequada ao reexame do pronunciamento jurisdicional então impugnado:

AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGOU SEGUIMENTO. APLICAÇÃO DA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO CABÍVEL: AGRAVO INTERNO/REGIMENTAL. RECURSO INTERPOSTO MANIFESTAMENTE INCABÍVEL. CERTIFICAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO. COMPLEMENTAÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INVIABILIDADE.

1. Insurge-se a parte agravante contra decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário em razão da aplicação da sistemática da repercussão geral.

2. Caberá agravo interno/regimental contra decisão que negar seguimento a recurso extraordinário que discuta questão constitucional sobre a qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou que esteja em conformidade com entendimento daquela Corte exarado no regime de repercussão geral (§ 2º do art. 1.030 do CPC).

3. No caso dos autos, a interposição do agravo em recurso extraordinário consubstancia erro grave. Não incidência do princípio da fungibilidade.

4. "Não terá seguimento pedido ou recurso dirigido ao Supremo Tribunal Federal, quando manifestamente incabível, ou apresentado fora do prazo, ou quando for evidente a incompetência do Tribunal" (Súmula 322/STF).

5. O recurso manifestamente incabível ou intempestivo não suspende ou interrompe o prazo para interposição de outro recurso. Precedentes: ARE 813.750 AgR, Relatora Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 28/10/2016, publicado em 22/11/2016; ARE 823.947 ED, Relator Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 15/12/2015, publicado em 19/2/2016; ARE 819.651 ED, Relator Min. LUIZ FUX, Primeira

Acesso ao Sumário

Turma, julgado em 9/9/2014, publicado em 10/10/2014.

6. Inviável a complementação de recurso extraordinário, nos termos do art. 1.024, § 4º, do CPC, quando já houver decisão relativa a esse recurso, bem como quando ausente julgamento de embargos de declaração que modifique a decisão objeto do recurso extraordinário. Agravo em recurso extraordinário não conhecido. Recurso extraordinário complementar não conhecido com determinação de certificação do trânsito em julgado. (ARE no RE no AgInt no AREsp 917.481/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, CORTE ESPECIAL, julgado em 29/11/2017, DJe 12/12/2017).

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 1001039-85.2020.8.26.0431/50000, da Comarca de Pederneiras, em que é agravante CONTROLLER PEDERNEIRAS EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS SPE LTDA, é agravado SERGIO CARLOS CAPOBIANCO JUNIOR.

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 115.907)**

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, 14 de agosto de 2023.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. RESOLUÇÃO DE CONTRATO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. Contrato submetido ao Código de Defesa do Consumidor. Abusividade da cláusula que prevê a restituição de valores somente ao término da obra ou de forma parcelada. Restituição imediata e integral em caso de

Acesso ao Sumário

culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor pelo desfazimento do negócio (tema 577). Ausência de demonstração do desacerto da aplicação do entendimento firmado no E. STJ em julgamento repetitivo. Decisão mantida. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de **Agravo Interno Cível** interposto por Controller Pederneiras Empreendimentos Imobiliários SPE Ltda contra decisão que, em demanda de rescisão contratual cumulada com pedido de devolução de quantias pagas, **NEGOU SEGUIMENTO a Recurso Especial**, pois o V. Acórdão recorrido observou a orientação estabelecida no E. Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial no 1.300.418/SC, julgado sob o regime dos recursos repetitivos. Alega a inaplicabilidade da tese repetitiva, sobretudo porque discute a violação da Lei nº 6.766/79, com as alterações trazidas pela Lei nº 13.786/18, que disciplina a resolução do contrato por inadimplemento do promitente comprador e que, por se tratar de matéria de mérito, deve ser analisada exclusivamente pelo E. Superior Tribunal de Justiça. Aduz que, diante do inadimplemento do comprador, devem ser respeitadas as cláusulas contratuais previstas para a hipótese de desfazimento do negócio, com a possibilidade de retenção de 20% dos valores pagos.

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

Acesso ao Sumário

contratual que determina a restituição dos valores devidos somente ao término da obra ou de forma parcelada, na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel, por culpa de quaisquer contratantes. Em tais avenças, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador – integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento. Confira-se a fls. 365/367.

Neste contexto, o V. Acórdão recorrido (fls. 330/337) está em perfeita sintonia com a orientação superior, ao concluir pela devolução integral e imediata dos valores pagos, em razão da culpa da vendedora pelo desfazimento do negócio.

Destaca-se trecho do V. Acórdão: *"Destarte, caracterizada a culpa da ré, impõe-se a restituição integral da quantia quitada, diante da frustração experimentada pelo comprador, impedindo a posse plena do imóvel, a qual deve ser de forma imediata e em parcela única. Pois, a Súmula 2 deste e. Tribunal estabelece que, '**A devolução das quantias pagas em contrato de compromisso de compra e venda de imóvel deve ser feita de uma só vez, não se sujeitando à forma de parcelamento prevista para a aquisição**'. E, ainda, consoante a Súmula 543 do c. STJ: '**Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento**'."* (fls. 334).

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos, sem qualquer usurpação de competência do E. Superior Tribunal de Justiça.

As razões do recurso envolvendo a aplicação da Lei nº 6.799/79 buscam a prevalência de tese já rejeitada no julgamento do paradigma repetitivo supramencionado. Nesse sentido: *"Quanto à fundamentação relativa à negativa de prestação jurisdicional, do agravo igualmente não se pode conhecer, por ficar prejudicado. Isso porque a referida inadmissão é relativa ao exame de elementos sobre a correta aplicação do precedente firmado, notadamente sobre a compatibilidade de rito, cuja pretensão recursal de reforma não pode ser apreciada."* (AREsp nº 2043258/MG, Rel. Min. **Raul Araújo**, DJe de 31.3.2022, g.n.). No mesmo sentido: AgInt no AREsp nº 1929387/SP, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, Terceira Turma, DJe de 17.8.2022; AgInt no AREsp nº 2036404/SP, Rel. Min. **Raul Araújo**, Quarta Turma, DJe de 8.6.2022; AgInt no AREsp nº 1932969/PR, Rel. Min. 1.932.969/PR, Quarta Turma, DJe de 26.5.2022; AgInt no AREsp nº 2008628/ES, Rel. Min. **Marco Buzzi**, Quarta Turma, DJe de 13.5.2022; AgInt nos EDcl no AREsp nº 1926303/DF, Rel. Min. **Nancy Andrighi**, Terceira Turma, DJe de 9.12.2021; e AgInt no AREsp nº 1717595/BA, Rel.

Acesso ao Sumário

Min. **Ricardo Villas Boas Cueva**, Terceira Turma, DJe de 18.12.2020.

De resto, no tocante à aplicação da Lei nº 13.786/2018, 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.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 1026680-85.2018.8.26.0224/50000, da Comarca de Guarulhos, sendo agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO e agravada MARLI APARECIDA NABAS LOPES E OUTROS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 52.523)**

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).

Acesso ao Sumário

São Paulo, 23 de agosto 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 matéria referente à possibilidade de aplicação retroativa de lei mais benéfica (Lei nº 14.230/2021) para responsabilidade por atos de improbidade administrativa é idêntica à matéria examinada pela Suprema Corte no leading case RE n. 843.989/PR – TEMA 1199/STF.

Agravo desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo interposto com fundamento no artigo 1.030, § 2º do Código de Processo Civil (fls. 1/11 do Incidente) contra decisão que negou seguimento (CPC, artigo 1.030, inciso I, alínea "b") a recurso especial por reconhecida identidade da matéria com orientação firmada pela Suprema Corte nos autos do RE n. 843.989/PR.

Alegou o agravante, em síntese, que a decisão contraria o decidido no Tema 1199/STF, pois toda a razão de decidir do precedente aponta na direção da irretroatividade da *novatio legis* para os processos já em curso, ainda que a lei seja mais benéfica ao acusado. Diz que nenhum dos quatro pontos referidos na tese seria aplicável ao presente caso, por se tratar de ato doloso.

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

Com efeito, em cumprimento ao artigo 1.030, inciso I, alínea 'b', do Código de Processo Civil, a decisão agravada considerou que o v. Acórdão da Turma Julgadora converge com o decidido no RE n. 843.989/PR (Tema nº 1199) do Col. Supremo Tribunal Federal, quando se fixou as seguintes teses:

> 1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se – nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA – a presença do elemento subjetivo – DOLO;
>
> 2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 – revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa –, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes;
>
> 3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administra-

Acesso ao Sumário

tiva culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente;

4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei.

Não se avista desacerto na decisão ora agravada, na medida em que o v. Acórdão da Eg. Turma Julgadora harmoniza-se com o julgamento do RE n. 843.989/PR, pois afastou a presença do elemento subjetivo doloso, conforme se observa da seguinte passagem:

... detectada a ilegalidade do afastamento da licitação, todavia, indispensável a presença de ação ou omissão dolosa para a caracterização do ato de improbidade administrativa que cause lesão ao erário, a teor do disposto no caput, do artigo 10 e no parágrafo 1º, do artigo 17-C, da LIA.

Dispõe o parágrafo 1º, do artigo 17-C:

"Art. 17-C. A sentença proferida nos processos a que se refere esta Lei deverá, além de observar o disposto no art. 489 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil):

[...]

§ 1º A ilegalidade sem a presença de dolo que a qualifique não configura ato de improbidade."

E ainda reza o parágrafo 2º, do artigo 1º, da Lei nº 8.429/92:

"Art. 1º O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelará a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei.

(...)

§ 2º. Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente."

Referidos dispositivos passaram a exigir do Ministério Público o ônus de comprovar não somente irregularidades na conduta do agente público e de outros que concorram para a prática do ato ímprobo, mas também a desonestidade, a corrupção e as vantagens obtidas por eles de forma objetiva, situação que não se verifica no caso concreto.

É entendimento assentado no Colendo Superior Tribunal de Justiça que 'para a correta fundamentação da condenação por improbidade administrativa, é imprescindível, além da subsunção do fato à norma, estar caracterizada a presença do elemento subjetivo. A razão para tanto é que a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé.' (REsp

Acesso ao Sumário

nº 1.573.026/SE, Rel. Min. Og Fernandes, 2ª Turma, j. 08.06.2021)

No presente caso, apesar de MARLI APARECIDA NABAS LOPES ter solicitado e assinado a contratação das EDITORAS TERRA DO SABER e LIBERTY para a compra de 174.524 livros e 1.450 kits educacionais, não se vislumbra a presença de má-fé no procedimento, ainda que seja censurável o exíguo tempo de tramitação e a falta de comparação com outras obras similares. Ausente a demonstração da intenção (elemento subjetivo) de frustrar o certame ou de eventual conluio com as editoras e seus sócios para favorecimento próprio ou de terceiros e em detrimento à Administração Pública.

Por sua vez, nem se detecta qualquer intenção das pessoas jurídicas, por intermédio de seus sócios, em burlar dolosamente a licitação ou a caracterização de conduta desonesta.

Dessa forma, ante a ausência de conduta dolosa por parte das Rés, não está caracterizada a improbidade administrativa.

Cabe acrescentar ainda que não foi comprovado o dano ao erário, pois o Autor deixou de demonstrar que o valor da contratação excederia a média praticada no mercado, tampouco a existência de produtos semelhantes, cuja aquisição seria possível por preços menores.

Assim, não tendo sido demonstrado, objetivamente, eventual prejuízo suportado pelos cofres públicos, o Autor também deixou de provar o necessário para impor o ressarcimento de danos.

Além disso, inexistente informação de que os materiais contratados não tenham sido entregues. Logo, foram eles incorporados ao patrimônio municipal, que passou a dele dispor e utilizar, o que impede a conclusão de que as contratações tenham sido inúteis, até porque realizadas com fundamento no juízo de conveniência e oportunidade próprio do mérito administrativo, cuja revisão pelo Poder Judiciário somente se admite em caso de manifesta ilegalidade.

Ainda que tenha havido ilegalidade na forma da contratação, não se verifica necessariamente a ilegalidade em seu objeto, de modo que descabida a declaração de nulidade dos Contratos nºs 016601/2017 fls. 413/416 e nº 016701/2017 fls. 273/276.

E a mera anulação dos contratos com o retorno das partes ao status quo ante, mediante o ressarcimento dos valores das avenças, corrigido e com juros, e a devolução do acervo à Editora, tampouco se mostra a melhor solução porque, depois de anos de uso, caberia ao Município arcar, no mínimo, com a depreciação do produto causada pelo uso, sob a pena de configuração de enriquecimento sem causa.

De todo o modo, não verificada a presença de dolo, elemento essencial para a configuração do ato ímprobo descrito pelo artigo 10, da Lei de Improbidade Administrativa, salientando que não houve demonstração de má-fé ou conduta desonesta das requeridas, sem comprovação da intenção de ferir o erário municipal. (grifos nossos) (fls. 1535/1542).

Acesso ao Sumário

Ficou claro na decisão acima que não foi comprovada a presença de dolo, elemento necessário para a configuração da Improbidade Administrativa.

E quanto à retroatividade da nova Lei, o item terceiro da tese do repetitivo aqui aplicado, Tema 1199/STF, diz que: *A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente.*

Dessa forma, diante da inexistência de erro na subsunção do caso concreto à sistemática dos recursos repetitivos, fica mantida a decisão.

Ademais, ressalte-se ser 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 à agravante a multa prevista no artigo 1.021, § 4º do Código de Processo Civil.

Com isso, **nego provimento** ao agravo interno.

Anoto a existência de recurso contra a decisão que inadmitiu o recurso especial, cuja competência para apreciação é da Corte Superior (fls. 1706/1715).

Acesso ao Sumário

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1009231-03.2016.8.26.0510, da Comarca de Rio Claro, em que é apelante DANIEL PIEROBON, é apelado 1º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE RIO CLARO-SP.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram da apelação e julgaram prejudicada a dúvida, v u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.048)**

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, 13 de julho de 2023.

FERNANDO ANTONIO TORRES GARCIA, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – DÚVIDA INVERSA JULGADA PROCEDENTE – CARTA DE ADJUDICAÇÃO – TÍTULO COM PRENOTAÇÃO CANCELADA PELO DECURSO DO PRAZO DE VALIDADE, SEM REAPRESENTAÇÃO PARA NOVO PROTOCOLO – DÚVIDA INVERSA PREJUDICADA – RECURSO NÃO CONHECIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta por Daniel Pierobon contra a r. sentença proferida pelo MM. Juiz Corregedor Permanente do 1º Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos, Civil das Pessoas Jurídicas e Tabelião de Protesto da Comarca de Rio Claro, que manteve a recusa do registro da carta de adjudicação extraída dos autos do processo de nº 0004714-11.2008.8.26.0038 referente ao imóvel objeto da matrícula nº 11.407 da referida serventia extraju-

dicial (fls. 83/84).

Em suas razões, o apelante insistiu no registro da carta de adjudicação, o que é imprescindível para dar continuidade ao procedimento de retificação de registro imobiliário desencadeado, alegando que os motivos que levaram ao bloqueio da referida matrícula não se justificam nem podem ser opostos a ele (fls. 87/97).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 109/111 e 137).

É o relatório.

A dúvida está prejudicada, sendo de rigor o não conhecimento do recurso.

Assim se afirma pois o recorrente suscitou a dúvida diretamente ao MM. Juiz Corregedor Permanente do Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de Rio Claro, mas não reapresentou o título, para protocolo, junto à serventia extrajudicial.

Note-se que a insurgência do recorrente contra a recusa de registro da carta de adjudicação foi apresentada aos 08 de novembro de 2016 (fls. 01/07), mais de 30 (trinta) dias depois do protocolo nº 146.504 que foi realizado aos 21 de julho de 2016 (fls. 08).

E sem protocolo não pode subsistir, válida e eficazmente, nenhum processo registral concernente a registro *stricto sensu* (= dúvida) ou averbação (= processo administrativo comum, ou pedido de providências), porque, a admitir-se tal, a decisão final seria condicional, pois dependente da apresentação do título e, ainda, das vicissitudes que pudessem ocorrer entre a data da decisão e a da nova prenotação eficaz.

Sobre a questão, este Colendo Conselho Superior da Magistratura já decidiu:

> *"REGISTRO DE IMÓVEIS – Carta de adjudicação – Inexistência de prenotação* válida e eficaz *– Dúvida inversa prejudicada – Recurso não conhecido."* (Apelação nº 1000746-36.2018.8.26.0543, DJe 08.02.2023).
>
> *"REGISTRO DE IMÓVEIS – Dúvida inversa julgada procedente – Instrumento particular de doação para fim de regularização fundiária urbana – Título com prenotação cancelada pelo decurso de prazo de validade, sem reapresentação para novo protocolo – Dúvida prejudicada – Recurso não conhecido."* (Apelação nº 1000393-52.2018.8.26.0526, DJe 11.03.2020).

Ante o exposto, pelo meu voto**, não conheço** da apelação, prejudicada a dúvida.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1015545-84.2023.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante RENATO AUGUSTO FREGONEZI, é apelado PRIMEIRO 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: "Deram provimento, vu.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.042)**

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, 13 de julho de 2023.

FERNANDO ANTONIO TORRES GARCIA, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – DÚVIDA – ESCRITURA PÚBLICA DE VENDA E COMPRA – CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO - CND – EXIGÊNCIA AFASTADA, SEGUNDO ATUAL ORIENTAÇÃO DESTE CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA E DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – SUBITEM 117.1, CAPÍTULO XX, TOMO II, DAS NORMAS DE SERVIÇO DA CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA – APELO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por **RENATO AUGUSTO FREGONEZI** contra a r. sentença proferida pela MM. Juíza Corregedora Permanente do 1º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de São Paulo, que manteve a recusa do registro da escritura pública de venda e compra, cessão e quitação referente ao imóvel matriculado sob nº 97.482, da referida serventia extrajudicial (fls. 79/85).

Acesso ao Sumário

Da nota devolutiva de fls. 66, que qualificou negativamente o título, constou a seguinte exigência:

"1) Reiteramos a exigência formulada anteriormente nesta prenotação, no sentido de: 'apresentar Certidão de Débitos Relativos a Créditos Tributários Federais e à Dívida Ativa da União, expedida pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, em nome de IRMÃOS CURY S.A.'."

Alegou o apelante, em síntese, que a exigência apresentada pelo Registrador contraria jurisprudência pacífica deste Colendo Conselho Superior da Magistratura, que reiteradamente vem afastando a necessidade de apresentação da certidão negativa de débito – CND em nome da alienante do imóvel, para registro da transferência de propriedade (fls. 94/100).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 124/126).

É o relatório.

Como se sabe, o disposto no artigo 47, I, "b", da Lei nº 8.212/1991, não é requisito para registro *stricto sensu*.

A jurisprudência consolidada e reiterada deste Colendo Conselho é no sentido de que as certidões negativas de tributos federais e contribuições previdenciárias, porque não dizem respeito ao fato jurídico por inscrever, não podem ser exigidas como condição para a prática de ato de registro previsto no artigo 167, I, da Lei nº 6.015/1973. A lição está recolhida nas Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, e vem sendo reafirmada nos julgados deste Colegiado. Assim:

"Com exceção do recolhimento do imposto de transmissão e prova de recolhimento do laudêmio, quando devidos, nenhuma exigência relativa à quitação de débitos para com a Fazenda Pública, inclusive quitação de débitos previdenciários, fará o oficial, para o registro de títulos particulares, notariais ou judiciais." (subitem 117.1, Capítulo XX, Tomo II, das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça).

"Registro de Imóveis – Carta de Adjudicação – Desqualificação do título judicial, exigindo-se certidão negativa de débitos (CND) expedida conjuntamente pela Receita Federal e pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – Impossibilidade – Item 119.1, do Capítulo XX, Tomo II, das NSCGJ – Registrador que não pode assumir o papel de fiscal dos tributos não vinculados ao ato registrado – Dúvida improcedente – Apelação provida." (Apelação Cível n. 1000791-27.2017.8.26.0625, Rel. Des. Geraldo Francisco Pinheiro Franco, j. 15.5.2018, DJe 17.7.2018). Consta do voto: *"Não se justifica a exibição de CND (certidões negativas de débitos previdenciários e tributários), diante da contemporânea compreensão do Colendo Conselho Superior da Magistratura, iluminada*

Acesso ao Sumário

por diretriz estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal (ADI n. 173-DF e ADI n. 394-STF, rel Min. Joaquim Barbosa, j. 25.9.2008), a dispensá-la, porquanto a exigência, uma vez mantida, prestigiaria vedada sanção política." (Apelação Cível n. 0013759-77.2012.8.26.0562, rel. Des. Renato Nalini, j. 17.1.2013; Apelação Cível n. 0021311-24.2012.8.26.0100, rel. Des. Renato Nalini, j. 17.1.2013; Apelação Cível n. 0013693-47.2012.8.26.0320, rel. Des. Renato Nalini, j. 18.4.2013; Apelação Cível n. 9000004-83.2011.8.26.0296, rel. Des. Renato Nalini, j. 26.9.2013; e Apelação Cível n. 0002289-35.2013.8.26.0426, rel. Des. Hamilton Elliot Akel, j. 26.8.2014; Apelação Cível n. 14803-69.2014.8.26.0269, rel. Manoel de Queiroz Pereira Calças, j. 30.6.2016). Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal, em diversas ocasiões, já se posicionou pela inconstitucionalidade de atos do Poder Público que traduzam exercício abusivo e coercitivo de exigência de obrigações tributárias, inclusive com natureza de contribuições previdenciárias. Tal entendimento se encontra consubstanciado em enunciados da Suprema Corte (Súmulas 70, 323 e 547), no sentido de que a imposição, pela autoridade fiscal, de restrições de índole punitiva, quando motivada tal limitação pela mera inadimplência do contribuinte, revela-se contrária às liberdades públicas ora referidas (RTJ 125/395, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI), conforme voto do E. Ministro CELSO DE MELLO: 'O fato irrecusável, nesta matéria, como já evidenciado pela própria jurisprudência desta Suprema Corte, é que o Estado não pode valer-se de meios indiretos de coerção, convertendo-os em instrumentos de acertamento da elação tributária, para, em função deles e mediante interdição ou grave restrição ao exercício da atividade empresarial, econômica ou profissional constranger o contribuinte a adimplir obrigações fiscais eventualmente em atraso' (STF, RE 666405/RS). Na situação em apreço, a confirmação da exigência representa indevida restrição ao acesso de título à tábua registral, imposta como forma oblíqua e instrumentalizada para, ao arrepio e distante do devido processo legal, forçar o contribuinte ao pagamento de tributos. Caracteriza, em síntese, limitação a interesses privados e desacordo com a orientação do E. STF, à qual se alinha este Colendo Conselho Superior da Magistratura, mascarando uma cobrança por quem não é a autoridade competente, sem observância do procedimento adequado à defesa dos direitos do contribuinte, em atividade estranha à fiscalização que lhe foi cometida, certo que as obrigações tributárias em foco não decorrem do ato registral buscado. Segundo lição de Humberto Ávila, 'a cobrança de tributos é atividade vinculada procedimentalmente pelo devido processo legal, passando a importar quem pratica o ato administrativo, como e dentro de que limites o faz, mesmo que – e isto é essencial – não haja regra expressa

Acesso ao Sumário

ou a que seja p*revista estabeleça o contrário.'* (Sistema Constitucional Tributário, 5ª. Ed., São Paulo. Saraiva, 2012, p. 173)."

"REGISTRO DE IMÓVEIS – Escritura de compra e venda – CND da Receita Federal – Exigência afastada, conforme atual orientação do CNJ, do CSM e nos termos das NSCGJ – Penhoras promovidas em execuções fiscais ajuizadas pela Fazenda Nacional – Documentos apresentados para o registro que somente autorizam o cancelamento da averbação de uma dessas penhoras – Impedimento para o registro – Dúvida procedente – Recurso não provido." (Apelação Cível n. 1056244-85.2017.8.26.0114, Rel. Des. Geraldo Francisco Pinheiro Franco, j. 28.6.2018, DJe 18.3.2019). Consta do voto: *"O tema objeto do debate não é novo. Tampouco existe unanimidade na doutrina quanto à possibilidade de afastamento dessa exigência pela via administrativa. Nada obstante, são diversos os precedentes deste E. Conselho Superior da Magistratura quanto à inexigibilidade da certidão negativa de tributos federais (CND) para ingresso de títulos no registro de imóveis. De fato, a exigência da CND pode configurar forma heterodoxa e atípica de exigibilidade de débitos tributários, sem o devido processo legal, em afronta à Constituição Federal, por traduzir verdadeira sanção política ao jurisdicionado. O próprio Supremo Tribunal Federal, em diversas ocasiões, já se posicionou pela inconstitucionalidade de atos do Poder Público que traduzam exercício coercitivo de exigência de obrigações tributárias, inclusive com natureza de contribuições previdenciárias. [...]. A doutrina se posiciona no mesmo sentido quanto à impossibilidade de cobrança atípica, feita em ofensa ao due process of law: 'Em Direito Tributário a expressão sanções políticas corresponde a restrições ou proibições impostas ao contribuinte, como forma indireta de obrigá-lo ao pagamento do tributo, tais como a interdição do estabelecimento, a apreensão de mercadorias, o regime especial de fiscalização, entre outras. Qualquer que seja a restrição que implique cerceamento da liberdade de exercer atividade lícita é inconstitucional, porque contraria o disposto nos artigos 5º, inciso XIII, e 170, parágrafo único, do Estatuto Maior do País. (...) São exemplos mais comuns de sanções políticas a apreensão de mercadorias sem que a presença física destas seja necessária para a comprovação do que o fisco aponta como ilícito; o denominado regime especial de fiscalização; a recusa de autorização para imprimir notas fiscais; a inscrição em cadastro de inadimplentes com as restrições daí decorrentes; a recusa de certidão negativa de débito quando não existe lançamento consumado contra o contribuinte; a suspensão e até o cancelamento da inscrição do contribuinte no respectivo cadastro, entre muitos outros. Todas essas práticas são flagrantemente inconstitucionais, entre outras razões, porque: a)*

implicam indevida restrição ao direito de exercer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, assegurado pelo art. 170, parágrafo único, da vigente Constituição Federal; e b) configuram cobrança sem o devido processo legal, com grave violação do direito de defesa do contribuinte, porque a autoridade que a este impõe a restrição não é a autoridade competente para apreciar se a exigência é ou não legal'." (MACHADO, Hugo de Brito, Sanções Políticas no Direito Tributário, Revista Dialética e Direito Tributário n. 30, p. 46/47).

Ademais, também já decidiu o Colendo Conselho Nacional de Justiça:

"É inconstitucional restrição imposta pelo Estado ao livre exercício de atividade econômica ou profissional, quando aquelas forem utilizadas como meio de cobrança indireta de tributos." (Pedido de Providências n. 0001230-82.2015.2.00.0000, j. 16.9.2017, DJ 16.9.2017).

Ante o exposto, pelo meu voto, **dou provimento** à apelação, a fim de que se proceda ao registro pretendido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental Cível nº 2088877-76.2023.8.26.0000/50000, da Comarca de (...), em que é agravante A.P.C., é agravado CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA.

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 31.871)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (PRESIDENTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE), FERNANDO TORRES GARCIA (CORREGEDOR GERAL), 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, 1º de agosto de 2023.

RICARDO ANAFE, Presidente do Tribunal de Justiça e Relator

Ementa: Agravo Interno – Pedido para que o Magistrado que se declarou suspeito por motivo de foro íntimo, informe a partir de qual momento surgiu o

Acesso ao Sumário

motivo da suspeição – Não cabimento do pedido – Prerrogativa do magistrado de declarar-se suspeito por motivo de foro íntimo, sem necessidade de declarar suas razões – Declaração que não enseja anulação dos atos anteriores, portanto irrelevante ao resultado prático do processo – Agravo não provido.

VOTO

A.P.C. interpôs agravo interno contra a decisão que determinou o arquivamento do requerimento formulado para que sua defesa fosse informada a partir de qual momento surgiu o motivo da suspeição comunicada a este Tribunal pelo Juiz de Direito (...) e, caso o Magistrado não tenha declinado tal informação, para que fosse intimado a informar o marco temporal de sua suspeição, com alegação de que tal informação é de suma importância ao resultado prático do processo.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Em suas razões, a agravante não apresentou argumentos suficientes para afastar os fundamentos da decisão recorrida, em que se concluiu ser inviável o atendimento do pedido da requerente.

Conforme a decisão agravada, nos termos do artigo 145 do Código de Processo Civil, § 1º, *"poderá o juiz declarar-se suspeito por motivo de foro íntimo, sem necessidade de declarar suas razões."* Tal prerrogativa, aplicável também no âmbito do processo penal, assegura a imparcialidade do magistrado, essencial ao devido processo legal.

Para além de dever, é direito do magistrado declarar-se suspeito por motivo de foro íntimo, sem expor suas razões, incluído nestas o momento de sua caracterização. Sua divulgação, como pretendido pela agravante, pode, em última instância, acabar por revelar indiretamente as razões da suspeição.

Acesso ao Sumário

Anote-se que não há qualquer justificativa para se supor que os fundamentos que levaram à suspeição do Magistrado tenham surgido antes do momento de sua declaração, tanto assim que não houve sua arguição pela agravante.

Ademais, a informação pretendida pela agravante é irrelevante ao resultado prático do processo, uma vez que a declaração de suspeição por foro íntimo não enseja anulação dos atos anteriores. Neste sentido:

> "AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. INDEFERIMENTO LIMINAR. ENUNCIADO 691 DA SÚMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **SUSPEIÇÃO DO MAGISTRADO SINGULAR E DA PROMOTORA DE JUSTIÇA. IMPOSSIBILIDADE DE ANULAÇÃO DOS ATOS ANTERIORMENTE PRATICADOS**. LEGALIDADE DA PRISÃO DOS

ACUSADOS JÁ DISCUTIDA EM ANTERIORES REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS IMPETRADOS NA ORIGEM. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE. DESPROVIMENTO DO RECLAMO.

(...)

3. **Esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento de a suspeição por foro íntimo, declarada em decorrência de causa superveniente, não enseja a anulação dos atos processuais anteriores, circunstância que demonstra a ausência de plausibilidade jurídica da tese suscitada na impetração e reforça a impossibilidade de seu processamento**.

4. Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC 498477/ES, rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 22/04/2019) **(grifo nosso)**.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PECULATO. LAVAGEM DE DINHEIRO. USO DE DOCUMENTO FALSO. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. **SUSPEIÇÃO DECLARADA PELO JUÍZO DE 1º GRAU. NULIDADE DOS ATOS ANTERIORES. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA SUPERVENIENTE**. MODIFICAÇÃO DESTE ENTENDIMENTO. NECESSIDADE DE INCURSÃO FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE NO RECURSO ORDINÁRIO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE PARA PROTEGER A ORDEM PÚBLICA, POR CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL E PARA ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. REQUISITOS CONFIGURADOS. PRISÃO NECESSÁRIA. RECURSO DESPROVIDO.

I – Na linha dos precedentes desta Corte, **a suspeição por causa superveniente não opera retroativamente, vale dizer, não importa em nulidade dos atos processuais anteriores a esse fato**.

II – Na hipótese, ao receber a defesa escrita do acusado, na qual constou a questão como preliminar, o d. Juízo de 1º Grau declarou a suspeição, justificada em 'motivo novo e de foro íntimo', esclarecendo ter sido atingido em sua honra pelas afirmações apresentadas na referida peça.

III – **O superveniente reconhecimento, motu proprio, da suspeição do Juiz não inquina, por si só, os atos pretéritos por ele praticados**, notadamente quando a alegação da Defesa de que o motivo é anterior exige, para seu reconhecimento, o amplo exame de matéria fático-probatória, providência inviável em sede de recurso ordinário em habeas corpus. (...) (RHC 93065/SP, rel. Min. Felix Fisher, 5ª Turma, DJe 09/05/2018) **(grifos nossos)**

Destarte o caso era mesmo de arquivamento dos autos.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1025936-35.2022.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes VITOR GABRIEL LEÃO SOUZA SILVA e DANIELA MORENO LEÃO SOUZA PEREIRA, é apelado 16º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS DA COMARCA DA CAPITAL.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Anularam a sentença e julgaram prejudicada a dúvida, com observação, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.056)**

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, 10 de agosto de 2023.

FERNANDO ANTONIO TORRES GARCIA, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: APELAÇÃO – CONSULTA FORMULADA PELA REGISTRADORA À CORREGEDORIA PERMANENTE – DESCABIMENTO – QUALIFICAÇÃO REGISTRAL QUE É DA INCUMBÊNCIA DA CONSULENTE – AUSÊNCIA DE NOTA DEVOLUTIVA E INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO DO ARTIGO 198 DA LEI Nº 6.015/1973 – SENTENÇA ANULADA, DÚVIDA PREJUDICADA, COM OBSERVAÇÃO PARA QUE A OFICIAL REALIZE A QUALIFICAÇÃO DO TÍTULO.

VOTO

Trata-se de apelação (fls. 59/71) interposta por **Daniela Moreno Leão Souza Pereira e Vitor Gabriel Leão Souza Silva**, para atacar a r. sentença proferida pela Corregedoria Permanente do 16º Oficial de Registro de Imóveis da Capital que julgou procedente a dúvida e negou o registro de instrumento particular de compra e venda com alienação fiduciária em garantia na matrícula nº 145.043 de imóvel daquela serventia.

Acesso ao Sumário

Os recorrentes deduzem preliminares de ausência de capacidade postulatória da Oficial e nulidade da intimação eletrônica por ela enviada e, no mérito, defendem a validade do negócio jurídico e pedem a suspensão do presente processo para aguardar a solução da audiência de conciliação a ser realizada nos autos da "Ação Declaratória de Nulidade de Documentos Particular e Negócios Jurídicos c/c Indenização por Danos Morais c/c Tutela Provisória de Urgência para Suspensão de Prenotação Cartorária" movida por Tania Rosa de Lima Oliveira Santos.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo afastamento das preliminares e, no mérito, pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

A Oficial do 16º Registro de Imóveis da Capital pediu orientação de como proceder à Corregedoria Permanente porque foi informada de que a assinatura da vendedora em um instrumento particular de compra e venda com alienação fiduciária de um imóvel já prenotado era falsa.

Relata que o referido título atendia, em tese, a todos os requisitos registrários para ingresso no fólio real, mas diante da notícia de fraude, acompanhada de Boletim de Ocorrência e cópia de ação de nulidade movida pela interessada, entendeu por bem solicitar orientação da MMª Juíza Corregedora quanto a realizar ou não o registro do título, já que comunicada da eventual fraude.

Posteriormente, a Registradora solicitou o recebimento do pedido de orientação como ação para suscitação de dúvida, aduzindo à determinação da Corregedoria Permanente em audiência ocorrida por meio de videoconferência (fls. 33).

Sobreveio a decisão judicial a fls. 34/35, valendo destacar o seguinte trecho:

> *"2) Na compreensão deste juízo, houve reconsideração da qualificação positiva em função do contato feito pela coproprietária, com apresentação de documentos evidenciando possível fraude no título apresentado (falta de higidez formal – assinaturas conflitantes).*
>
> *Neste contexto, deverá o Oficial apresentar nota devolutiva e notificar a parte interessada sobre a suscitação de dúvida e sobre o prazo para impugnação".*

Apesar da determinação judicial, não consta tenha sido elaborada a nota de exigência, limitando-se a Oficial a notificar os interessados, por *e-mail*, da suscitação da dúvida (fls. 41/44).

Não houve impugnação dos interessados e a sentença de procedência da dúvida foi prolatada, baseada no fundamento de que *"diante da notícia de falsidade comunicada pela coproprietária do imóvel a quem a firma é atribuída, o reconhecimento oficial de autenticidade das assinaturas volta a se impor como*

Acesso ao Sumário

requisito formal, sem o qual o registro não pode ser admitido, sob pena de violação à segurança jurídica e isto independentemente de eventuais medidas judiciais voltadas à anulação do contrato por vícios intrínsecos".

Contra essa sentença é que os adquirentes se voltam em recurso, deduzindo preliminares de ausência de capacidade postulatória da oficial e nulidade da intimação eletrônica que lhes teria sido encaminhada.

No mérito, suscitam a validade do negócio jurídico que firmaram com os vendedores do imóvel e o Banco Santander, noticiando que há perspectiva de realização de acordo nos autos do processo nº 1024381-80.2022.8.26.0100, ajuizado pela vendedora Tania Rosa de Lima Oliveira Santos.

Data vênia das razões da sentença, ela deve ser anulada pelos fundamentos adiante descritos.

Inicialmente, não era pertinente a formulação de consulta por parte da 16ª Oficial de Registro de Imóveis da Capital à Corregedoria Permanente para a finalidade de solucionar a situação concreta com que se deparou.

Apresentada a escritura de compra e venda com alienação fiduciária em garantia a registro, cabia à Oficial proceder à sua qualificação registral.

"Fundada, pois, na legalidade e na independência jurídica do oficial de registro de imóveis, a qualificação registral é 'o juízo prudencial, positivo ou negativo, da potência de um título em ordem a sua inscrição predial, importando no império de seu registro ou de sua irregistração' 16". (Josué Modesto Passos e Marcelo Benacchio, A Dúvida no Registro de Imóveis, Revista dos Tribunais, pág. 44; 16 – Ricardo Henry Marques Dip, Princípios II, Série Registros sobre Registros, p. 113, n. 361).

A qualificação abrange aspectos materiais e formais, mas isso *"não significa dizer que ela deva abarcar absolutamente todos os aspectos do título: com efeito, a qualificação recai apenas (e isso já não é pouco!) sobre determinados elementos ou circunstâncias que, indicando-o como causa jurídica e instrumento adequado, permitam verificar a legalidade das formas extrínsecas do documento, a capacidade dos interessados, a validade e a eficácia dos atos dispositivos e a identidade pessoal e real (coincidência entre o sujeito constante do título e do registro imobiliário) 29".* (Josué Modesto Passos e Marcelo Benacchio, A Dúvida no Registro de Imóveis, Revista dos Tribunais, pág. 45; 29 – Díez-Picazo, Fundamentos del derecho civil patrimonial, v. III, Navarra, Aranzi, 2008, p. 442-444).

Ao Oficial, portanto, abrem-se dois caminhos: atendidos os aspectos materiais e formais pertinentes, opera-se a qualificação positiva e o consequente registro pretendido; do contrário, segue-se a qualificação negativa e a expedição da nota devolutiva com a descrição por escrito da exigência, para que o interessado possa satisfazê-la ou requeira a suscitação de dúvida, na forma do artigo

198 da Lei nº 6.015/1973.

A consulta de como proceder diante dos fatos narrados, deduzida pela Oficial, não era, portanto, admissível.

A hipótese em apreço demandava simplesmente que isso fosse comunicado à Oficial.

No entanto, pela decisão a fls. 34/35, a MMª Juíza Corregedora Permanente entendeu ter havido reconsideração da qualificação positiva por parte da Oficial em razão do contato feito pela coproprietária do imóvel e que estava indicada no instrumento contratual como vendedora, com apresentação de documentos destinados a demonstrar possível fraude no título. E por conta desse entendimento, determinou que a Oficial elaborasse nota devolutiva e notificasse a parte interessada sobre a suscitação de dúvida e sobre o prazo para impugnação.

Mas não houve a elaboração da nota devolutiva e, portanto, não se deu cumprimento ao procedimento do artigo 198 da lei 6.015/1973, que prescreve:

> *"Art. 198. Se houver exigência a ser satisfeita, ela será indicada pelo oficial por escrito, dentro do prazo previsto no art. 188 desta Lei e de uma só vez, articuladamente, de forma clara e objetiva, com data, identificação e assinatura do oficial ou preposto responsável, para que:*
>
> *[...]*
>
> *V – o interessado possa satisfazê-la; ou*
>
> *VI – caso não se conforme ou não seja possível cumprir a exigência, o interessado requeira que o título e a declaração de dúvida sejam remetidos ao juízo competente para dirimi-la.*
>
> *[...]"*

Sem a nota devolutiva, não se abriu validamente a oportunidade aos interessados para satisfazer as exigências ou para requerer a suscitação da dúvida, desimportando eventual intimação dos apresentantes do título sobre a consulta antes formulada pela Oficial.

Nesse sentido, a sentença deve ser anulada, a fim de que a Oficial faça a qualificação do título e caso entenda existir exigência a ser satisfeita, que proceda nos termos do artigo 198 da Lei nº 6.015/1973, com a elaboração de nota devolutiva e intimação dos interessados a seu respeito.

Importante notar que a prenotação está válida como se vê da certidão da serventia a fls. 122.

Ante o exposto, pelo meu voto, **anulo** a sentença, **julgo prejudicada** a dúvida, com observação para que a Oficial faça a qualificação do título e, se o caso, proceda nos termos do artigo 198 da Lei nº 6.015/1973.

Acesso ao Sumário

NOTICIÁRIO

RUBENS RIHL PIRES CORRÊA (Desembargador)

Discurso proferido em nome do Tribunal de Justiça, por ocasião da "Posse Solene do Desembargador Maurício Fiorito" (Cerimônia realizada em 20.06.2023).

Excelentíssimo Senhor Presidente, Desembargador Ricardo 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 desta Egrégia Corte.

Excelentíssimo Senhor Desembargador Maurício Fiorito, também apresento os meus cumprimentos, extensivo aos demais colegas e amigos da Magistratura. Ilustríssima Senhora Sônia Murari Fiorito, Digníssima Genitora do Eminente Desembargador empossado, deixo minhas homenagens ampliando-as aos demais familiares e aos convidados.

Senhores Funcionários dessa Egrégia 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 chamá-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.

Acesso ao Sumário

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. Como 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 transcorrido, 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 Corte frequentada pelo empossado. Se levarmos em conta essas variáveis, a produção diária será muito 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 do Observatório da Democracia da Universidade Nove de Julho, além de ter participado de diversos seminários, congressos e palestras.

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 Egrégio Tribunal de Justiça.

Tenho como base algumas reflexões de Ray Dalio, famoso investidor, que já disse que "os novos tempos serão radicalmente diferentes daqueles em que vivemos". Exemplo disso são os fenômenos naturais inesperados, como doenças, escassez de alimentos, inundações, entre tantos outros. Variáveis essas que exigirão das Instituições e dos Magistrados e Funcionários em particular, séria consideração. Esses elementos já são, por si só, mais do que impactantes do que muitas guerras e depressões econômicas que o mundo já conheceu. O relacionamento humano se modificou e o contato físico entre as pessoas diminuiu consideravelmente. A sociedade possui outros valores hoje.

Outra visão desses obstáculos relaciona-se aos questionamentos envolvendo a Inteligência Artificial Geral (AGI) e a temida Superinteligência Artificial (ASI) onde, até o momento, sequer há regras ou mesmo leis ou parâmetros para que possamos resolver os litígios. Não bastasse o estágio atual do ChatGPT, que caminha para a sua quinta versão pública, em breve poderemos encontrar a Superinteligência, com plena e autônoma consciência, originalidade, distinção ou, no dizer dos técnicos, a singularidade. Para termos uma noção do quanto tais ferramentas avançaram – e clamo aqui o testemunho de nossa Presidência – em recente encontro com o Doutor Tito Arciniega, Vice-Presidente de Vendas Corporativas 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, ela absorve 10 anos do conhecimento humano. E não se surpreendam se, no próximo semestre, esse prazo cair para 15 dias. Portanto, os desafios são gigantescos.

Acesso ao Sumário

Harari já disse que a inteligência artificial ainda é um "bebê" perto do potencial dela. Ela funciona 24 horas por dia, 7 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? Como o Sistema de Justiça se comportará em face de tamanha mudança?

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 termos 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, Senhoras e Senhores, tentarmos ser um pouco do que o Eminente Desembargador Fiorito é.

Certo de que o Senhor Felisberto Fiorito, falecido, a Senhora sua mãe, Sonia Murari Fiorito, a Doutora Luciane Ferrari de La Pietra Fiorito, esposa, e os filhos Lara e Enrico hoje estejam com muito orgulho e desfrutando dessa nova fase da vida de Sua Excelência, desejo, sinceramente, Eminente Desembargador, o sucesso sempre presente em sua vida e que seja muito feliz.

Muito obrigado.

MAURÍCIO FIORITO (Desembargador)

Discurso proferido por ocasião de 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 a permissão para, em seu nome, também saudar os amigos, servidores e familiares aqui presentes. Antes da minha oração, quero tranquilizar a todos para garantir que serei breve.

Quero, inicialmente, agradecer ao meu amigo Rubens Rihl pelas gentis palavras à minha pessoa dirigidas, elogios que me encheram de orgulho, emoção, e muitas delas, com certeza, não sou merecedor.

Conforme os anos passam, mais reflito sobre a vida e caminhos que percorremos 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 com 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 suas 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 de 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 certezas das opções que fiz durante minha jornada. Fiz a escolha da faculdade de Direito, de estudar muito e optar pela Magistratura como minha profissão de fé, e não me arrependo nem um segundo de ter escolhido as comarcas de Iguape, Ubatuba, São Bernardo do Campos, das Sucessões e Famílias 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 de bússola para 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 processos 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, resolveu 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, mas 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

RICARDO MAIR ANAFE (Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso de encerramento proferido por ocasião da "Posse Solene do Desembargador Maurício Fiorito" (Cerimônia realizada em 20.06.2023).

Gostaria, de antemão, de saudar Sua Excelência, o Doutor Raul Christia-

no Sanchez, Secretário da Justiça em exercício, representando Sua Excelência, o Governador do Estado de São Paulo. Cumprimentar Sua Excelência, o Desembargador Guilherme Gonçalves Strenger, Vice-Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo. Cumprimentar Sua Excelência, o Desembargador Paulo Sérgio Brant de Carvalho Galizia, Presidente do Tribunal Regional Eleitoral. Cumprimentar Sua Excelência, o Desembargador Rubens Rihl Pires Corrêa, Orador em nome do Tribunal, pela bem-humorada oração. Foi uma oração absolutamente diferente, mas foi muito bacana, parabéns. Cumprimentar Sua Excelência, o Desembargador Artur César 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, e justificar a ausência de Sua Excelência, o Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia, Corregedor-Geral da Justiça, que se encontra em correição hoje, na cidade de Presidente Prudente. Cumprimentar Sua Excelência, o Coronel Orlando Eduardo Giraldi, Presidente do Tribunal de Justiça Militar de São Paulo. Cumprimentar Sua Excelência, o Conselheiro Eduardo Tuma, Presidente do Tribunal de Contas do Município de São Paulo. Cumprimentar Sua Excelência, a Doutora Janine Gomes Berger de Oliveira Macatrão, Procuradora do Estado, representando a Procuradora-Geral. Cumprimentar Sua Excelência, o Doutor João Felippe Belém de Gouvêa Reis, Coordenador do Núcleo Especializado em Segunda Instância e Tribunais, representando o Defensor Público-Geral. Cumprimentar Sua Excelência, a Doutora Eunice Prudente, Secretária Municipal da Justiça, representando o Prefeito da Capital. Cumprimentar o Doutor Paulo Debellis Mascaretti, Presidente do Tribunal de Justiça no biênio 2016/2017. Cumprimentar Sua Excelência, o Desembargador José Maria Câmara Júnior, Diretor da Escola Paulista de Magistratura. Cumprimentar Sua Excelência, o Desembargador Afonso de Barros Faro Júnior, Ouvidor Substituto do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e Coordenador da Depre (Diretoria de Execuções de Precatórios e Cálculos) do Tribunal de Justiça. Cumprimentar Sua Excelência, a Doutora Ana Maria Brugin, Presidente do Instituto Paulista de Magistrados. Cumprimentar o Doutor Leonardo Sica, Vice-Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil Seção São Paulo, representando a Presidente. Cumprimentar o Doutor Antonio Carlos de Oliveira Freitas, Diretor-Adjunto da Associação dos Advogados de São Paulo, representando o Presidente. Saudar Sua Excelência, o Doutor José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro, Conselheiro nato do Instituto dos Advogados, representando o Presidente do IASP. Cumprimentar o Coronel PM Miguel Elias Daffara, Chefe da Assessoria Policial Militar do Tribunal de Justiça, representando o Comandante-Geral. Cumprimentar o Doutor Tiago Antonio Salvador, Delegado de Polícia Chefe da Assessoria Policial Civil do Tribunal de Justiça, representando o Delegado-Geral.

Acesso ao Sumário

Cumprimentar os Senhores Desembargadores, Juízes, Membros do Ministério Público, Defensores Públicos, Advogados, Autoridades Civis, Militares, os familiares do Desembargador Maurício Fiorito, os Senhores Servidores da Justiça, que tanto fazem por este Tribunal, minhas Senhoras e meus Senhores.

O protocolo é longo, mas procurarei ser absolutamente breve no meu discurso, até porque o grande protagonista é o Desembargador Maurício Fiorito, aquele que está tomando posse, não o Presidente do Tribunal.

O Doutor Maurício Fiorito foi chamado de "trator", ele que sempre foi um "limpa trilho", como na minha época se falava, aquela peça que ia à frente do trem, limpando o trilho, permitindo que o trem por ali passasse. Sempre trabalhou muito e sempre teve um desempenho fantástico como Magistrado, e isso é absolutamente indiscutível. O vosso trabalho, o seu desempenho como Profissional do Direito, como Desembargador, é uma perfeita unanimidade. Agora das "Terras Altas" e das "Terras Baixas", confesso que eu não sabia. Geralmente, quando a gente falava em terras altas, bem, o Doutor Chico Bruno, Presidente de Seção de Direito Criminal e eu, nós estamos falando de uísque, das Highlands, mas não do Game of Thrones.

As menções a Terras Altas, Terras Baixas e o Dia da Marmota não são uma expressão de gozação, isso se chama amizade.

MÔNICA DE ALMEIDA MAGALHÃES SERRANO (Desembargadora)

Discurso proferido em nome do Tribunal de Justiça, por ocasião da "Solenidade de Outorga do Colar do Mérito Judiciário aos Ministros Luiz Fux e Regina Helena Costa" (Cerimônia realizada em 26.06.2023).

Boa tarde a todas e todos os presentes, caros colegas, Desembargadores e Desembargadoras, Magistradas e Magistrados, Procuradoras e Procuradores, Advogadas, Advogados, Defensores e Defensoras e Membros representantes do Ministério Público, além de Servidores. Peço licença, ademais, para cumprimentar as Autoridades presentes, bem como os integrantes desta Colenda Mesa, na pessoa do Excelentíssimo Presidente desta Corte, Desembargador Ricardo Mair Anafe.

Prezados homenageados por esta Corte.

Outorga-se hoje o Colar do Mérito a dois grandes expoentes da Magistratura. É um tributo de alta distinção, instituído desde 1973, para agraciar pessoas naturais ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras por seus méritos e relevantes serviços prestados à cultura jurídica.

Muito feliz e relevante o agraciamento.

Acesso ao Sumário

Como é sabido, a Constituição Federal do Brasil bem circunscreve o Brasil enquanto Estado Democrático de Direito, cujo poder se exerce por meio dos três Poderes distintos e independentes: Judiciário, Legislativo e Executivo.

Nessa ambiência democrática é que se caracteriza a jurisdição constitucional brasileira, cabendo à Suprema Corte a interpretação final das normas constitucionais e, ao Superior Tribunal de Justiça, as controvérsias no âmbito infraconstitucional.

Contudo, esse papel interpretativo não encerra tarefa simples.

O ilustre Ministro e Doutrinador, que eu peço licença para citar, Luís Roberto Barroso bem nos alerta acerca da expansão da jurisdição e de uma certa "transferência de poder para as instituições judiciais em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo", e afirma:

"A legitimidade democrática da jurisdição constitucional enfrenta algumas objeções consistentes, dentre as quais se destaca a denominada dificuldade contramajoritária. De fato, o Poder Judiciário, integrado por agentes públicos não eleitos, pode invalidar atos do Executivo e do Legislativo, cujos Membros têm o batismo do voto popular. Nada obstante, é certo que a democracia não se aceita apenas no princípio majoritário, mas também na realização de valores substantivos, na concretização dos direitos fundamentais e na observância de procedimentos que assegurem a participação livre e igualitária das pessoas. A tutela desses valores, direitos e procedimentos é o fundamento de legitimidade da jurisdição constitucional".

Os Tribunais Superiores, por assim dizer, constantemente são instados a se pronunciar sobre questões relevantes e caras ao País, com o desígnio de uma deliberação que atenda aos reclamos sociais.

Ao exercício da Magistratura em tal contexto, já não basta mais a sólida formação jurídica, o que fica claro que nossos homenageados têm em demasia. Importa, outrossim, a firmeza de conduta e o olhar voltado à concretização dos direitos fundamentais, à redução das desigualdades sociais, ao acolhimento das minorias e, principalmente, à defesa da democracia.

Por essa razão, os oras condecorados fazem jus ao Colar do Mérito por justamente reproduzirem essa figura de substancialidade de um Magistrado. A outorga da Medalha quer justamente homenagear e reconhecer o trabalho desenvolvido por Vossas Excelências.

Não podemos, contudo, deixar de ilustrar a trajetória de cada qual.

O Ministro Luiz Fux, para além de seu mister em melhor interpretar a Constituição, ocupando a Suprema Corte por mais de dez anos, exibe currículo admirável. Foi Promotor de Justiça de 1979 a 1982; Juiz de Direito do Estado do Rio de Janeiro, aprovado em primeiro lugar em concurso de provas e títulos em 1982; Juiz do Tribunal de Alçada e Desembargador do Tribunal de Justiça

do Estado do Rio de Janeiro; Ministro do Superior Tribunal de Justiça de 2001 a março de 2011; e nomeado como Ministro do Supremo Tribunal Federal, função que exerce desde 2011; Presidente do Tribunal Superior Eleitoral de fevereiro a agosto de 2018; Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça de setembro de 2020 a setembro de 2022.

O Ministro é, também, Professor Doutor, Titular da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Aprovado com nota 10, com distinção e louvor. Autor de mais de 20 obras sobre o Processo Civil, Presidente da Comissão de Elaboração do novo Código de Processo Civil, em vigor desde 2016. Conferencista nacional e internacional, convidado da Harvard Law School, Oxford University e Council of the Americas. É Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas e da Academia Brasileira de Filosofia e Membro Fundador da Academia Brasileira de Letras da Magistratura.

Foi nomeado Ministro do Supremo Tribunal Federal em 10 de fevereiro de 2011 e empossado em 3 de março de 2011, após aprovação por unanimidade pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal. Vale destacar que, durante a gestão do Ministro na Presidência do Supremo, encerrada no dia 12 de setembro de 2022, foi contabilizado o menor acervo total dos últimos 27 anos, com 22.354 processos em tramitação, ou seja, 21% a menos em relação à data de sua posse.

Pontua-se entre os vários processos (poderíamos citar vários) relatados pelo Ministro Luiz Fux o Recurso Extraordinário com Repercussão Geral de número 1224374, Tema 1079, em que o voto do Ministro Fux, por unanimidade dos votos do Plenário, confirmou regra do Código de Trânsito Brasileiro que impõe multa, retenção e apreensão da Carteira Nacional de Habilitação do motorista que se recusa a fazer teste do bafômetro ou qualquer outro exame clínico voltado a aferir presença de álcool ou outra substância psicoativa no sangue.

Oportuno, ainda, trazer à baila as palavras do Conselheiro Vieira de Mello Filho, por ocasião de homenagem feita ao Ministro por sua atuação no Conselho Nacional de Justiça.

Acesso ao Sumário

Vieira de Mello Filho lembrou os eixos que nortearam a gestão de Fux, destacando a proteção aos Direitos Humanos e ao meio ambiente; o combate à corrupção e à criminalidade organizada; e a digitalização do Judiciário, com a ampliação do acesso à Justiça. Ele também ressaltou a atuação diligente em relação à violência contra a mulher, com a aprovação de normas e de projetos voltados à superação da violência de gênero.

Há que se estender aqui tais palavras à atuação rotineira do Ministro Fux no decorrer de suas atividades no Supremo, que sempre se dá com retidão e integridade.

No tocante à Ministra Regina Helena Costa, eu quero dizer que a tenho como amiga e como fonte de inspiração e modelo de Jurista e Magistrada.

Primeiramente, de igual modo, como não poderia deixar de ser, guarda a Ministra currículo irrefutável.

Livre-docente em Direito Tributário, Doutora e Mestre em Direito do Estado pela PUC-SP, Professora associada de Direito Tributário da Faculdade de Direito e dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da PUC-SP. É Autora de vários livros, como "Código Tributário Nacional Comentado em sua Moldura Constitucional", já na 3ª edição; "Curso de Direito Tributário – Constituição e Código Tributário Nacional", na 13ª edição; "Imunidades Tributárias – Teoria e Análise da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal"; "Princípio da Capacidade Contributiva"; e "Praticabilidade e Justiça Tributária – Exequibilidade da Lei Tributária e Direitos do Contribuinte".

Obras essas que, ao lado de outras e de vários artigos de exponencial valor científico, a predicam como, sem nenhum favor, a mais reputada tributarista brasileira, herdeira que é da Escola de Direito Tributário da PUC-SP, concebida pelo saudoso Professor Geraldo Ataliba, de quem a homenageada foi orientanda nos cursos de Mestrado e Doutorado.

Foi Procuradora do Estado de São Paulo, Procuradora da República, Juíza Federal e Desembargadora do TRF da 3ª Região, cargos estes aos quais acedeu por concurso, sempre aprovada em primeiro lugar. Como coroamento dessa mais do que abrilhantada carreira, foi nomeada, em agosto de 2012, Ministra do Superior Tribunal de Justiça, onde igualmente vem deixando as marcas do seu profundo conhecimento jurídico e de seu apodítico caráter.

Em tal sentir, vale mencionar, também, que foi Coordenadora Científica, juntamente com o Ministro Gurgel de Faria, da 1ª Jornada de Direito Tributário, que ocorreu no Conselho da Justiça Federal, uma realização do Centro de Estudos Judiciários, com o apoio do Superior Tribunal de Justiça e da Associação dos Juízes Federais do Brasil.

Necessário lembrar, finalmente, que seu nome e sua atuação constituem a demonstração prática da necessidade de se aumentar a representação feminina em todos os espaços de poder no país, pois, como bem afirmou a ministra Rosa Weber, "é preciso que se diga que o déficit de representatividade feminina significa um déficit para a própria democracia brasileira".

Em tal passo, quero dizer que Vossa Excelência, Ministra Regina Helena Costa, honradamente me representa, enquanto mulher, substancialmente dizendo.

Quero afirmar, ao final, que Vossas Excelências me representam enquanto Magistrados, que dignificam o Judiciário, além de fazerem concretizar os valores fundantes de nossa Constituição.

Acesso ao Sumário

Que Deus ilumine e fortaleça o caminho de Vossas Excelências na determinação de bem prover a sociedade brasileira, de fortalecer a democracia, incrementar o valor da dignidade da pessoa humana e persistir na virtude moral.

Parabéns.

REGINA HELENA COSTA (Ministra do Superior Tribunal de Justiça)

Discurso proferido por ocasião da "Solenidade de Outorga do Colar do Mérito Judiciário" a ela e ao Ministro Luiz Fux (Cerimônia realizada em 26.06.2023).

Boa tarde a todas e a todos.

Com grande prazer, muito lisonjeada estou aqui, Presidente Ricardo Anafe, da Egrégia Corte do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, um dos maiores e mais importantes Tribunais deste país, na pessoa de quem cumprimento todos os Membros desta casa, todos os Senhores Desembargadores.

Também quero cumprimentar especialmente a Doutora Mônica Serrano, que é realmente minha amiga, e daí por que a generosidade de seu discurso de saudação no que tange à minha pessoa, e na pessoa de quem eu cumprimento todas as profissionais do Direito que estão aqui presentes.

E também uma referência especial ao Ministro Luiz Fux, que é merecedor de todas as homenagens, é referência da Magistratura, foi referência e ainda o é para mim. Muito obrigada, estou lisonjeada de estar na presença de Vossa Excelência recebendo essa homenagem.

Eu vou dizer brevíssimas palavras, porque a gente sempre fica emocionada com homenagens de amigos – e estou entre amigos – e fico muito feliz por isso.

Quando eu olho o trajeto que percorri durante as últimas décadas, é um trajeto longo, tanto na Magistratura, onde já se vão 32 anos, quanto no Magistério, na Pontifícia Universidade Católica, onde já se vão 38 anos. Eu percebo que a melhor coisa que colhi em todo esse trajeto foram os tantos amigos que eu fiz, dos quais muitos estão aqui hoje.

Sempre costumo lembrar um pensamento do poeta Paulo Bomfim que, acredito, muitos dos Senhores e Senhoras conhecem. Paulo Bomfim é um poeta paulistano, como eu, que recebeu a alcunha de "Príncipe dos Poetas Brasileiros". Ele nos deixou em 2019, aos 92 anos, depois de uma profícua obra literária. Em um dos seus livros, chamado "Navegante", publicado em 2007, registrou o seguinte pensamento: "de tanto caminhar nos tornamos caminhos".

Acesso ao Sumário

Eu penso que, à vista de todo esse tempo que já estou na Magistratura e no Magistério, como mencionei, já me tornei caminho. E eu espero que as novas gerações, espero que tantos outros venham para abrir novos caminhos, descortinar novos caminhos mais inspirados e muito melhores.

Com isso, vou encerrar agradecendo, uma vez mais, a todo o Tribunal de Justiça de São Paulo, por essa homenagem tão importante para mim, tão significativa; à Doutora Mônica Serrano, pela generosidade de sempre; e também à minha mãe, sem a qual eu não poderia ter chegado até aqui, nem feito tudo o que eu fiz.

Muito obrigada.

LUIZ FUX (Ministro do Supremo Tribunal Federal)

Discurso proferido por ocasião da "Solenidade de Outorga do Colar do Mérito Judiciário" a ele e a Ministra Regina Helena Costa (Cerimônia realizada em 26.06.2023).

Muito boa tarde a todos e a todas. Tendo em vista que eu não tive a honra e o prazer de conviver neste Tribunal, na medida em que sou oriundo do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, me permitam a liturgia, primeiramente, de saudar a Desembargadora Mônica Serrano, que nos concedeu uma honra muito maior do que nós merecíamos, relembrando o nosso passado, o nosso presente e, evidentemente, nós construímos o nosso futuro com o nosso presente.

Queria saudar todos aqui presentes. O meu amigo "Tozé", que está sentado ali, querido amigo. Saudar o Desembargador Ricardo Mair Anafe por essa honra que me concede; Doutor Raul Christiano de Oliveira Sanchez, Secretário em exercício de Justiça e Cidadania; Desembargador Guilherme Gonçalves Strenger, Vice-Presidente do Tribunal de Justiça; Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia, Corregedor-Geral da Justiça; 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 do Tribunal. Saudar meus amigos antigos do Superior Tribunal de Justiça (STJ), na pessoa do Doutor Massami Uyeda; saudar aqui os meus Assessores; saudar todos aqui na pessoa do Juiz de Direito de São Paulo, Doutor Abhner Youssif Mota Arabi, que me dá a honra e o prazer de trabalhar comigo; e o Desembargador Paulo Sérgio Brant de Carvalho Galizia, Presidente do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo.

Eu queria dizer aos senhores que esse é o momento em que fazemos um mergulho no nosso passado. Eu me lembro, em um determinado dia, às quatro

Acesso ao Sumário

e meia da manhã, enquanto a minha mulher preparava a mamadeira da minha primeira filha, eu caminhava para um porto do Rio de Janeiro para pegar a barca Rio-Niterói, pois passaria a exercer, na Comarca de Trajano de Moraes, o meu primeiro cargo como Juiz de Direito. E não é por outra razão que eu trago no sacrário de meu peito um respeito imenso pela Magistratura, pelos seus componentes, defendo dia a dia, hora a hora, a nossa Magistratura, composta por valorosos jovens, valorosos homens experimentados. E isso, evidentemente, é a minha profissão de fé, que é uma das razões pelas quais eu dediquei o amor da minha vida, como disse na última sessão, ao defender os riscos de implantação de um Juiz de Garantias sem a estrutura necessária do Poder Judiciário.

A minha querida homenageada, Regina Helena Costa, com esse currículo magnífico, insuperável, citou a Senhora sua Mãe, aqui presente, que eu pensei que fosse sua irmã, pois está muito atlética. E eu também queria citar uma pessoa muito querida da minha família, porque a minha ida para a Magistratura foi antecedida de uma história que, para mim, representa o ar que eu respiro, representa os meus ancestrais, representa o meu Brasil, representa o berço dos meus filhos. Eu sempre gosto de contar isso porque acho que, hodiernamente, falta amor à coisa pública, falta amor ao país. E eu estou na Magistratura graças a uma exigência severa de um velho romeno, que foi meu pai, hoje saudoso, pois não está mais presente.

Eu trabalhava na Shell Brasil S/A Petróleo e era Assessor do Professor Barbosa Moreira, no exercício da atividade de estagiário *pro bono*. Na oportunidade, precisava, de alguma maneira, ter um salário, porque o meu pai era um homem modesto, veio da Romênia, exilado, perseguição nazista. Consegui, naquela oportunidade, fazer um concurso muito difícil para a Shell Brasil S/A Petróleo, uma empresa que acrescentou muito na minha vida e no meu currículo. Com 22 anos, fui exercer a diretoria jurídica da Bahia e o trabalho foi exitoso. Eu era um estudante que me dedicava muito à universidade e o *headhunter* foi lá e me contratou.

Quando voltei, fui chamado pelo *staff* da *holding* e o CEO me disse que, como eu era muito jovem e não tinha nenhum vício profissional e pessoal, eles queriam forjar a minha carreira como executivo da Shell, iniciando pela África e, depois, chegando aos mais altos patamares da carreira executiva da empresa. Bom, para um jovem que passou a sua juventude com extremas limitações. Eu não tinha nem carro, enquanto todos os amigos que passavam no vestibular ganhavam um de presente, como se não fosse obrigação estudar. Essa era a regra do meu pai comigo: "você estuda para você. Se quiser, você estuda. Se não quiser, você não estuda. Mas isso é para você, para a sua vida".

Logrei esse emprego e eles, então, disseram: "nós vamos mandar você para a Inglaterra, para você ser forjado um executivo para a Shell". E eu, que vivera momentos tão difíceis, cheguei em casa entusiasmado ao extremo e disse:

"pai, eu vou para a Inglaterra", com aquele entusiasmo que qualquer jovem, na minha situação, ficaria.

Ele, então, me olhou profundamente. Era muito meu amigo, tínhamos diferença de idade muito pequena, eu com 22 e ele com 42 anos. Ele, então, disse para mim: "você não vai, não". Eu falei: "mas eu vou voltar ao Brasil, vou visitar a família". Pensei que fosse alguma coisa de afeto e saudade. E ele, então, disse: "você não vai, não, porque você estudou em colégio público, estudou em universidade pública, esse país recebeu a sua família toda exilada da perseguição nazista e eu nunca tive que gastar um tostão para você estudar, para hoje chegar a esse patamar. Então você vai devolver ao Brasil tudo o que o Brasil fez pela nossa família". E assim foi. Ele tinha o desejo de que eu fizesse concurso para a Magistratura. Eu fui Promotor de Justiça por concurso e, posteriormente, fiz concurso para a Magistratura.

Então o homem, quando caminha, não pode esquecer que o que vai à frente é o seu passado e essa é uma partícula do meu passado.

Por outro lado, já no exercício da jurisdição e tendo estudado – a gente vai viver a vida inteira estudando e não sabendo nada –, me dedicava muito à leitura de Piero Calamandrei, que fora Jurista e Cientista Político. Pude viver na prática, como Juiz de entrância do interior, como Juiz da Primeira Instância, como Juiz do Tribunal de Alçada e como Desembargador, que ele tinha razão quando afirmava que a Justiça era a ponte por onde passavam todas as misérias e todas as aversões.

E é lamentável, muito lamentável, que a sociedade não saiba o ônus que é o trabalho dos Magistrados, dos Juízes, dos Desembargadores, o que nós enfrentamos, as escolhas trágicas que temos que fazer no momento de decidir causas tão sensíveis. Hodiernamente, a crítica mais cotidiana – e eu queria aproveitar a fala da Desembargadora Mônica Serrano hoje –, a maior crítica que se lança sobre o Judiciário é que o Judiciário, na tripartição de poderes, se mete absolutamente em tudo. Só que o leigo não sabe que a Justiça e a jurisdição só se exercem quando ela é provocada. E hoje temos que ter cuidado até para dizer isso, que a Justiça só age quando provocada. Isso era uma expressão italiana, mas eles acham que a Justiça só age quando provocada porque ela quer reagir às provocações. Mas, na verdade, a Justiça só age se alguém formular algum pedido e a Constituição Federal é clara ao estabelecer que nós não podemos pronunciar o *non liquet*, o "não julgo".

As Cortes Supremas estrangeiras têm o direito de dizer "não vamos julgar isso agora", quando há um desacordo moral razoável em torno de um determinado tema. Mas nós somos obrigados a julgar pelo princípio da inafastabilidade. A Constituição estabelece: "nenhuma lesão ou ameaça a direito deve escapar ao Judiciário". Hodiernamente, já se desenvolveu até na Europa uma tendência de

Acesso ao Sumário

os tribunais decidirem não decidir. É uma virtude passiva, decidir não decidir e devolver o problema a quem de direito, porque nós não somos votados, nós não temos preço social, o que prevalece para o Juiz é uma independência olímpica, mas nós não temos que prestar conta a nenhum eleitorado.

Mas o que ocorre na prática quando se fala em judicialização da política? Na arena própria, que é a política, não se quer resolver o problema, porque há um preço social a pagar, há um eleitorado que está querendo saber como é que se vai decidir essa ou aquela causa. Mas nós, Juízes, não temos eleitorado. Então, se não conseguem lá, lançam para o Poder Judiciário. E hoje é a coisa mais comum de se ouvir: "vamos ao Supremo". Quer dizer, o "vamos ao Supremo", ir para um lugar, onera sobremodo o Tribunal que às vezes passa a usufruir negativamente de níveis alarmantes de satisfação. Porque, na verdade, nós decidimos questões que gravitam em torno de valores morais. A Constituição Federal não se limita a estabelecer competências, ela estabelece valores, dignidade humana, razoabilidade, eficiência, moralidade. Então nós temos as nossas escolhas, com parâmetros constitucionais. Evidentemente que onde há desacordo moral, o Judiciário tem de decidir e, quando a decisão não agrada – e hoje o Brasil está polarizado –, a culpa é sempre do Judiciário.

Mas nós temos de lutar intensamente, porque a luta pela Justiça é algo que sempre foi consagrado pela História. Em um afresco do Vaticano, na área reservada à Justiça, Platão aponta para o céu e Aristóteles, para a Terra. Para Platão, a Justiça era uma coisa dos céus e, para Aristóteles, era um trabalho dos homens. E ninguém, mais do que Hans Kelsen, estudou a Justiça. E esse homem, que foi um teórico da Justiça, começou escrevendo o "Império da Justiça", depois escreveu "Um Sonho de Justiça", depois escreveu "A ilusão da Justiça" e, ao morrer, no ocaso da sua vida, ele escreveu: "O que é a Justiça?", com a sapiência de quem se dedicara a esse valor. O que é a Justiça? Então ele dizia: "o importante não é saber o conceito, é não parar de perguntar".

Então, nesse momento em que nós vivemos no limite do sentimento constitucional do povo em relação ao Poder Judiciário, é hora de enfrentarmos todas as questões que advenham, com coragem, porque exige dos Juízes conhecimento enciclopédico, nobreza de caráter e uma independência olímpica. Na realidade, então, nós estamos em um momento crucial, mas fomos forjados para isso. É hora de uma grande travessia, pois, se nós não ousarmos fazê-la, o Poder Judiciário ficará para sempre à margem dele mesmo.

Muito obrigado por essa homenagem, Presidente.

Acesso ao Sumário

RICARDO MARI ANAFE (Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso de encerramento por ocasião da "Solenidade de Outorga do Colar do Mérito Judiciário aos Ministros Luiz Fux e Regina Helena Costa" (Cerimônia realizada em 26.06.2023).

Boa tarde.

De antemão, eu gostaria de saudar Sua Excelência, o Doutor Raul Christiano de Oliveira Sanchez, Secretário em exercício da Justiça e Cidadania, representando Sua Excelência, o Governador do Estado de São Paulo; saudar Sua Excelência, o Desembargador Guilherme Gonçalves Strenger, vice-presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo; cumprimentar Sua Excelência, o Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia, Corregedor-Geral da Justiça de São Paulo; cumprimentar Sua Excelência, o Desembargador Artur César Beretta da Silveira, Presidente da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça; 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 Mônica de Almeida Magalhães Serrano, Oradora em nome do Tribunal de Justiça de São Paulo; cumprimentar Sua Excelência, o Desembargador Paulo Sérgio Brant de Carvalho Galizia, Presidente do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo; cumprimentar todas as Autoridades presentes já declinadas; cumprimentar a Senhora Marlene Marcolino Costa, Mãe da Ministra Regina Helena Costa; cumprimentar todos os Senhores Desembargadores, Juízes, Membros do Ministério Público, Defensores Públicos, Advogados, Senhores Servidores, todos aqueles que nos assistem, que estão conosco, minhas Senhoras e meus Senhores.

É uma honra para o Tribunal de Justiça conceder a Medalha do Mérito Judiciário, do nosso queridíssimo e amado Tribunal, a duas figuras marcantes do Poder Judiciário brasileiro. É premissa da Medalha a honradez, a dignidade, o conhecimento e o que se oferece à Justiça de São Paulo. Sem sombra de dúvida, honradez, dignidade, conhecimento já foram decantados pela nossa Oradora. E nós conhecemos a vida de ambos. Ou seja, não há a menor dúvida: à vida de São Paulo muito se ofereceu, à vida do Brasil muito se ofereceu. As decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal afetam a vida de todos os brasileiros, em especial aquelas de repercussão geral, aquelas dos repetitivos, as ações diretas de inconstitucionalidade e as ações dos preceitos fundamentais.

Como Vossa Excelência, Ministro Luiz Fux, já havia adiantado, a importância de um Juiz de carreira no Supremo Tribunal Federal, em especial, no que diz respeito ao assunto que está mais em voga, o Juiz de Garantias. Não vou

Acesso ao Sumário

discutir aqui o mérito, mas a colocação do que é necessário para os Tribunais, a adequação dos Tribunais aos Juízes de Garantia, se for o caso. Todo o desforço econômico, todo o desforço de pessoal, dos novos Juízes para uma adequação ao Juiz de Garantias, uma *vacatio legis*, que é aquela prevista, é muito pequena, não é possível, é absolutamente inviável, mesmo para São Paulo, que tem o Dipo [Departamento de Inquéritos Policiais], que já foi objeto de tantas discussões e tantas observações. Então, essa postura é a de quem se preocupa com o Poder Judiciário, com sua organização, com a Magistratura, seus Servidores e todos aqueles que atuam no Poder Judiciário. Daí o nosso agradecimento e a nossa honra em poder oferecer a Medalha do Mérito Judiciário a Vossa Excelência.

Da Ministra Regina Helena Costa, eu não vou dizer que éramos vizinhos, porque, na realidade, os nossos pais eram vizinhos, e nós éramos adolescentes, há muitos anos. E tive a honra de conhecer os pais da Regina, a sua irmã, e fizemos juntos o primeiro crédito do mestrado de Direito Tributário na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (e aí eu tenho um carinho todo especial: eu sou um filho da PUC, na origem, sou graduado pela PUC). Foi um período fantástico, com o Paulo de Barros Carvalho. A Regina foi a única nota dez da classe. A Regina tem um conhecimento invejável e as suas colocações em matéria de Direito Tributário – e aí fala quem é do Direito Público, da Seção de Direito Público de São Paulo – são muito importantes. Abre um viés de análise puramente técnico, o que, para quem gosta de Direito Tributário, é uma delícia. Então, essa é mais uma razão da Medalha do Mérito Judiciário de São Paulo.

Repito: para o Tribunal de Justiça é uma honra essa concessão. Falo em nome de todos os Membros do Conselho Superior da Magistratura, de todos os Juízes e Servidores de São Paulo e, como Chefe de Poder, falo também em nome da população de São Paulo, da População Bandeirante.

Muitíssimo obrigado a ambos. Muitíssimo obrigado por me ouvirem.

Declaro encerrada a solenidade.

Acesso ao Sumário

ADEILSON FERREIRA NEGRI (Juiz Diretor do Fórum de Araçatuba)

Discurso proferido por ocasião da "6ª Vara Cível da Comarca de Araçatuba" (Cerimônia realizada em 14.07.2023).

[Cumprimentos]

A última vara com competência cível foi instalada em Araçatuba em 22 de maio de 1999, passaram-se 24 anos daquela data a esta parte e com os anos, passaram também a máquina de escrever, o papel sulfite, o papel carbono, os carimbos, enfim, o processo físico, entramos na era digital.

O processo digital exigiu uma nova forma de trabalho, muito mais dinâmica, e resultou na redução do tempo de tramitação do processo a ponto de alguns casos mais simples receberem sentença em cerca de 45 dias. Isso era impensável há 15 anos.

Seguindo sua missão, o Tribunal de Justiça de São Paulo retomou seus investimentos e seu espírito de inovação, retratado recentemente na criação e instalação das Varas Empresariais Regionais em Sorocaba, Campinas e São José do Rio Preto (a instalar) que atenderá à Região de Araçatuba. Trata-se de uma nova leitura de demandas específicas garantindo a máxima especialização na matéria a ser julgada, resultando em maior celeridade e segurança jurídica.

Nessa senda, a instalação da 6ª Vara Cível de Araçatuba também é exemplo da preocupação da Presidência do TJSP com a prestação jurisdicional adequada frente a demanda crescente, fruto dos conflitos da vida moderna, como as fraudes digitais, as ofensas em redes sociais, os negócios digitais, a robotização etc.

Para se ter uma ideia da demanda a que temos nos referido, em razão da distribuição diferenciada, essa nova unidade judiciária, hoje instalada, contará, ao final de um ano, com cerca de 6.000 processos. Difícil imaginar outro local do país, quiçá do mundo, com um crescimento tão exponencial no volume de trabalho em tão pouco tempo.

Em um futuro próximo, para não dizer atual, a inteligência artificial revolucionará, novamente, nossa forma de trabalhar. Porém, nenhuma máquina jamais substituirá a inteligência emocional e o senso de justiça de advogados, promotores de Justiça, defensores públicos, procuradores e juízes que optaram por dedicar suas vidas profissionais ao estudo do Direito, às vezes com sacrifício do convívio familiar, em busca da solução de um caso trazido a sua análise, nem retirará o brilho nos olhos daquele que obteve justiça para sua causa.

Dito tudo isso, só me resta agradecer.

Agradecer à Presidência do TJSP e sua assessoria e à Corregedoria Geral da Justiça pela sensibilidade e celeridade na análise do pleito da instalação da 6ª Vara Cível de Araçatuba.

Aos meus colegas da Comarca de Araçatuba, especialmente Doutor Antonio Fernando Sanches Batagelo, do Cível, que nos ajudaram compilando os dados necessários para o pedido da 6ª Vara.

À OAB local, na pessoa da Presidente Doutora Lucila Ruriko Koga Gomes dos Santos, que apoiou o pedido por compreender e sentir, verdadeiramente e na prática, a necessidade dessa nova unidade judiciária.

Ao meu gabinete, assistentes e escreventes que me auxiliam diariamente, sem eles seria humanamente impossível dar vazão aos processos trazidos a julgamento.

Acesso ao Sumário

Aos servidores da UPJ de Araçatuba.

Aos servidores da administração do fórum, que com esforço incomum, tornam possível a realização do trabalho fim.

Agradecer a Deus por tudo.

Por fim, termino minhas palavras renovando o compromisso que prestei há 20 anos quando ingressei na carreira, assegurando a comunidade de Araçatuba e perante meu Presidente e meu Corregedor o compromisso de cumprir os deveres do cargo com retidão, amor a justiça, fidelidade as leis e as instituições vigentes, representando dignamente o TJSP ao qual tenho orgulho de pertencer.

Muito obrigado.

MARIA OLÍVIA PINTO PORTO ESTEVES ALVES (Desembargadora)

Discurso proferido em nome do Tribunal de Justiça, por ocasião da "Posse Solene da Desembargadora Márcia Lourenço Monassi" (Cerimônia realizada em 20.07.2023).

Muito boa tarde a todas e todos presentes que estão aqui a prestigiar esta cerimônia de posse da Desembargadora Márcia Monassi. Eu cumprimento todas as Autoridades presentes, nas pessoas do Excelentíssimo Senhor Presidente deste Egrégio Tribunal de Justiça, Desembargador Ricardo Mair Anafe, a quem agradeço a confiança para falar em nome desta Corte. Ainda, na pessoa do Excelentíssimo Senhor Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Paulo Dias de Moura Ribeiro, meu esposo. Na pessoa do Excelentíssimo Procurador-Geral de Justiça, Doutor Maria Sarrubbo, que representa a nobre instituição do Ministério Público, de onde provém nossa querida empossada. Queria também cumprimentar um grande amigo, o Secretário Fábio Prieto, meu colega de faculdade. Nas pessoas deles, eu cumprimento todas as Autoridades da mesa e, também, as que estão presentes nesta solenidade.

Acesso ao Sumário

Cumprimento, ainda, a mãe da Desembargadora Márcia, Senhora Ruth, sua filha, a jovem Nicole, o seu simpático companheiro, que conheço, Paulo, e todos os seus familiares e amigos, cuja presença contamina este Tribunal de orgulho e afeto pela homenageada. Meus cumprimentos, ainda, a seus irmãos, Paulo e Cristiane, que não estão presentes por impedimentos incontornáveis, mas que, com certeza, compartilham desta felicidade neste momento.

É com muita honra, emoção e alegria que venho dar as boas-vindas à Excelentíssima Desembargadora Márcia Lourenço Monassi e dizer que este Tribunal a recebe de braços abertos. Estou certa de que, diante do marco que deixou pela brilhante carreira que fez no Ministério Público, Sua Excelência muito

acrescentará à Magistratura paulista.

Minhas Senhoras e meus Senhores, a trajetória profissional da Desembargadora Márcia, hoje uma grande amiga, é respeitável e por isso vou fazer apenas um breve resumo. Márcia Lourenço Monassi tomou posse no Ministério Público em novembro de 1993, com apenas 24 anos de idade. Foi Promotora de Justiça Titular das Comarcas de General Salgado, Itatiba, Santo André e São Paulo. Atuou e auxiliou a criação do Grupo Especial de Delitos Econômicos na Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social da Capital; coordenou o Laboratório de Tecnologia Contra a Lavagem de Dinheiro do Ministério Público de São Paulo; instalou o Sistema de Investigação de Movimentações Bancárias, utilizado até hoje para a quebra de sigilo bancário; atuou no Setor de Crimes Praticados por Prefeitos; idealizou e instalou, no Fórum Criminal da Barra Funda, o Núcleo de Investigação Criminal para pesquisa e consulta de dados para a localização de vítimas, testemunhas, acusados etc.

Não fosse o bastante, além de uma extensa história acadêmica, ainda é coautora das obras "Lavagem de Dinheiro" (Ed. Malheiros) e "Criminalidade Organizada" (Ed. Saraiva).

E incansável, agora, abraçou nova luta, com muita perseverança e determinação, até conseguir ser indicada e escolhida para compor esta Corte.

Como se vê, é pessoa estudiosa, ética, trabalhadora, perseverante, profissional de notório conhecimento jurídico, combativa e dedicada à luta pela aplicação da Justiça. Não há dúvida de que, assim como honrou o Ministério Público, honrará a toga paulista!

Como Desembargadora e como Mulher, sinto-me extremamente emocionada de apresentá-la e, ao mesmo tempo, recebê-la neste gigante e centenário Tribunal.

Cara Desembargadora, para além de tudo isso, Vossa Excelência honra as mulheres e ilumina novos caminhos para que tantas outras possam chegar até aqui. Vossa Excelência reafirma o que disse Fernando Pessoa: "tudo vale a pena se a alma não é pequena".

Não podemos esquecer que, há muito pouco tempo, as mulheres não eram consideradas capazes de eleger seus representantes e, por isso, nem sequer tinham coragem de buscar seus sonhos em carreiras jurídicas. Hoje, graças à luta e persistência de mulheres como Maria Augusta Saraiva, Zuleika Kenworthy, Esther Ferraz, Ellen Gracie, Rosa Weber, Carmen Lúcia, Zélia Antunes, Berenice Cesar, lracema Garcia, Sílvia, Flora, Ana Liarte, Lígia, dentre tantas outras e, agora, Márcia, as mulheres estão a ocupar os lugares que querem e são altamente capazes de ocupá-los.

Isto porque descobre-se, a cada dia, que o mais importante para a saúde de uma sociedade é que todas as pessoas, sem qualquer discriminação, tenham

Acesso ao Sumário

respeitados os seus direitos fundamentais, dentre eles o direito a exercer seus dons e capacidades em sua mais inteira plenitude.

Como escreveu o grande poeta moçambicano Mia Couto: "um país em que as mulheres só podem ser a sua metade está condenado a ter apenas metade do seu futuro".

Aliás, se, nas palavras do filósofo Séneca, "pequena é a parte da vida em que vivemos", não se pode mesmo aceitar que alguém se julgue superior por conta de gênero, de raça, de religião, de convicção etc., a tal ponto de ofender e aniquilar a existência de outro ser humano. E ainda, infelizmente, vemos isso a todo momento na nossa sociedade, que já vive a experiência da inteligência artificial, e não absorve a tão essencial inteligência emocional.

Parabéns, Márcia, por sua caminhada. Parabéns ao seu companheiro, sua filha, sua mãe, família e amigos, que têm o privilégio de compartilhar esta sua caminhada.

Encerro com Cora Coralina: "o que vale na vida não é o ponto de partida e, sim, a caminhada. Caminhando e semeando, no fim, terás o que colher". Que Deus continue a iluminar os seus caminhos.

Parabéns, Márcia.

MARIO LUIZ SARRUBBO (Procurador-Geral de Justiça do estado de São Paulo)

Discurso proferido por ocasião da "Posse Solene da Desembargadora Márcia Lourenço Monassi" (Cerimônia realizada em 20.07.2023).

Boa tarde a todas, boa tarde a todos.

Inicio saudando Sua Excelência, o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Desembargador Ricardo Mair Anafe, em nome de quem cumprimento todos os demais Desembargadores, Magistrados, Magistradas desta Corte de Justiça. Saúdo Sua Excelência, Doutor Fábio Prieto, Digníssimo Secretário de Estado da Justiça e da Cidadania, neste ato representando Sua Excelência, o Governador do Estado, em nome de quem peço vênia para cumprimentar todas as demais e os demais Secretários de Estado e Autoridades do Poder Executivo estadual e municipal. Saúdo meu querido amigo, Sua Excelência, Ministro Paulo Dias de Moura Ribeiro, Ministro Ouvidor do Superior Tribunal de Justiça. Saúdo o Senhor Tomé Abduch, Deputado Estadual, em nome de quem peço vênia para cumprimentar todas as demais Autoridades do Poder Legislativo. Saúdo minha querida amiga, hoje Desembargadora, Doutora Marcia Lourenço Monassi. Senhoras e Senhores Advogados, Defensores Públicos,

Acesso ao Sumário

Defensoras Públicas.

Honrados com atencioso convite para, nesta sessão solene, saudarmos a mais nova integrante desse Egrégio Tribunal pelo Quinto Constitucional do Ministério Público, desde já, enfatizamos a relevância da tarefa que nos foi confiada, seja em razão da admiração que sempre nutrimos pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, bem como pelos laços de carinho, respeito e fraterna amizade que nutrimos pela empossanda, minha querida amiga, hoje Desembargadora, Doutora Marcia Monassi.

Esta solenidade é, para os Membros do Ministério Público, o momento da mais absoluta contradição. Pela quarta vez em nosso mandato na Procuradoria Geral de Justiça, realça, em nossa alma, o sentimento de perda de mais um dos nossos competentes profissionais. Por outro lado, o sentimento é também de efusiva alegria, pois, assim como os Doutores Cristiano Jorge Santos, Fernando Pastorelo Kfouri, e Fernando Reverendo Vidal Akaoui, a Doutora Marcia Monassi é profissional firme, dedicada e competente. E, com toda certeza, nesta nova etapa de sua exitosa carreira, exercerá suas funções com altivez, dignidade, cultura jurídica e o indispensável bom senso, à altura da grandeza e do prestígio desta que é a maior Corte Judicial da América Latina.

O instituto do Quinto Constitucional carrega consigo a essência do pluralismo político, que, por sua vez, constitui fundamento da República Federativa do Brasil, nos exatos termos do artigo 1º, inciso V, da nossa Carta Magna. O ingresso nas fileiras dos Tribunais de profissionais com experiências distintas da carreira da Magistratura representa, na verdade, a contribuição de experiências diversificadas. E, reconhecidamente, tem sido um fator de equilíbrio nas decisões dos Tribunais.

No caso do Quinto Constitucional do Ministério Público, importa ressaltar que todos nós, assim como o Magistrado de carreira, nos submetemos a rigorosíssimo concurso de ingresso, somos avaliados em estágio probatório de vitaliciamento e exercemos nossas atribuições em carreira absolutamente equiparada com a do Poder Judiciário.

Mas não se trata, por óbvio, de uma simples mudança de função. O espírito da norma constitucional impõe à mais nova integrante desta Corte, Desembargadora Marcia Monassi, que, agora, no exercício da jurisdição, consciente da enorme responsabilidade que é a distribuição da Justiça, no solitário momento da decisão da causa, mantenha acesa a tocha sagrada que alimenta o fogo do ideal de Justiça e transformação de cada integrante do Ministério Público de São Paulo.

Que a experiência amealhada em quase 30 anos de carreira no Ministério Público, como Promotora de Justiça Substituta da 41ª Circunscrição Judiciária de Ribeirão Preto, tendo atuado, ainda, como Titular em General Salgado,

Itatiba, Santo André, Promotoria de Justiça Criminal da Capital e, também, no Gabinete da Procuradoria Geral de Justiça, possa fortalecer ainda mais o Tribunal de Justiça de São Paulo. Mais do que isso, que os seus ideais de Justiça, seu reconhecido equilíbrio e bom senso, e sua grande vocação para novos desafios a transformem em uma Magistrada desapegada da velha tradição formalista da dogmática jurídica, que valorizava apenas os aspectos lógicos e formais do direito positivo, mas, sim, em uma Juíza de vanguarda, que, ao aplicar a norma abstrata ao caso concreto, preencha o hiato existente entre a igualdade jurídica formal e as desigualdades socioeconômicas, nesses tempos de profundas e rápidas transformações econômicas, políticas, científicas e socioculturais. Minha querida amiga Desembargadora Marcia Monassi, nós do Ministério Público desejamos que você permaneça nessa nova etapa uma agente do justo, muito mais do que da Justiça.

Encerro saudando a família e os amigos da empossanda, pedindo vênia para fazê-lo em nome da querida filha, Nicole, augurando a hoje Desembargadora Marcia uma linda e profícua trajetória na Magistratura, informada pelas melhores inspirações. Não lhe faltam, como eu gosto de dizer nesses momentos, competência, conhecimento jurídico, equilíbrio e a energia de uma jovem promotora de Justiça substituta. É esta, Doutora Marcia, a verdadeira convicção de todos os seus sempre companheiros e companheiras de Ministério Público. Sucesso.

Muito obrigado.

MÁRCIA LOURENÇO MONASSI (Desembargadora)

Discurso proferido por ocasião de sua "Posse Solene como Desembargadora" (Cerimônia realizada em 20.07.2023).

Acesso ao Sumário

Excelentíssimo Desembargador Ricardo Mair Anafe, Digníssimo Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo. Excelentíssimo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Paulo Dias de Moura Ribeiro, em nome de quem peço vênia para saudar a todos os Desembargadores e Magistrados aqui presentes. Excelentíssimo Senhor Fábio Prieto de Souza, digno Secretário Estadual da Justiça e Cidadania, aqui representando Sua Excelência, o Governador do Estado de São Paulo, Tarcísio de Freitas. Excelentíssimo Doutor Mario Luiz Sarrubbo, Digníssimo Procurador-Geral de Justiça, em nome de quem cumprimento a todos os Procuradores de Justiça e Promotores aqui presentes. Gostaria de saudar também as Autoridades do Poder Legislativo aqui presentes. Senhores Secretários, demais Autoridades, bem como os Senhores Defensores Públicos, Procuradores do Estado, Advogados, Delegados, Policiais Militares, Servido-

res, meus familiares, meus amigos.

Para o escritor francês Jean de la Bruyere, "não há, no mundo, exagero mais belo que a gratidão". E assim, Senhor Presidente, venho diante dessa sala repleta de autoridades, de familiares, de amigas e amigos, falar de gratidão.

Chego ao Tribunal de Justiça de São Paulo para somar, como penso que somei por quase 30 anos no Ministério Público de São Paulo. Sim, foram quase três décadas!

Além do trabalho cotidiano nas Comarcas de General Salgado, Itatiba, Santo André e São Paulo, procurei atender sempre aos chamados que me foram feitos pela instituição.

Participei ativamente da criação do Gaeco do ABCD, do Grupo de Delitos Econômicos, especializado no combate à lavagem de dinheiro e cartéis, do Laboratório de Tecnologia Contra Lavagem de Dinheiro, da coordenação inovadora do CAEX e do nosso Núcleo de Investigação da Barra Funda, recurso que trouxe celeridade à localização de vítimas, testemunhas e réus, bem como auxílio aos Promotores em processos mais complexos. Os Magistrados aderiram e perdemos a conta de quantas audiências e júris deixaram de ser adiados com auxílio e rapidez das pesquisas feitas pelo Núcleo.

Aqui, neste Tribunal, também quero somar para além do trabalho diário, e me empenharei para isso.

Agradeço imensamente à Desembargadora Maria Olívia Pinto Esteves Alves por toda ajuda nesta caminhada, pelo incentivo, pela recepção carinhosa e pelas palavras gentis proferidas nesta noite. Conte sempre comigo, minha querida.

Agradeço também ao Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo. Seus Membros, sempre muito receptivos, apontaram-me dificuldades que eu encontraria, mas me asseguraram que seriam vencidas, e o foram.

Agradeço também ao Senhor Governador Tarcísio de Freitas, que escolheu para este Tribunal a primeira Promotora de Justiça, aumentando a representatividade feminina nesta que é considerada uma das maiores Cortes em atividade no mundo.

Sou muito grata, ademais, aos Senhores Secretários de Estado, pela confiança que me foi depositada, assim como ao Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo.

Gostaria de agradecer ao Excelentíssimo Procurador-Geral de Justiça, Doutor Mário Sarrubbo, que me apoiou desde o início nessa jornada, assim como aos Membros do Conselho Superior do Ministério Público. A votação unânime para compor a lista sêxtupla em duas ocasiões encheu-me de orgulho e gratidão.

Acesso ao Sumário

À minha família, em especial a minha mãe, Ruth, que, viúva, ainda jovem, com três filhos pequenos, nada nos deixou faltar. Abro aspas e afirmo que, de fato, "o amor de mãe é o combustível que capacita um ser humano comum a fazer o impossível". Em seu nome, mãe, minha eterna Professora, homenageio todas as mulheres nas suas mais diversas profissões.

À Nicole, minha filha amada, razão da minha vida e da vontade de seguir lutando por Justiça, meu amor incondicional e meu exemplo de vida, de luta, de respeito ao próximo e de trabalho. Agradeço a Deus pela filha que você é, amorosa, estudiosa, companheira e, claro, alegre e bem-humorada.

Ao Paulo Afonso, companheiro incentivador de todas as horas, meu amor e respeito. Sem a sua ajuda, parceria e cumplicidade, você sabe, tudo seria mais difícil.

No Dia do Amigo agradeço às minhas amigas e amigos o apoio e incentivo nas horas difíceis e nos momentos de alegria também. Vocês me completam.

Nessa jornada, me senti acolhida e encorajada. Aqui nesta sala, Senhoras e Senhores, estão presentes amigos e amigas de mais de 40 anos. Todos sabem como são importantes para mim.

Muito obrigada a todos e, notadamente, ao Ministério Público do Estado de São Paulo, a seus membros, meus colegas, amigos e funcionários. Que orgulho ter pertencido aos seus quadros. Tomei posse aos 24 anos e tudo o que sou devo a essa instituição. Para mim, meus amigos, não é um adeus, não é uma despedida, pois seguiremos juntos trabalhando e buscando Justiça, cada qual em prol da sociedade bandeirante. Como disse Rui Barbosa: "com a lei, pela lei e dentro da lei".

À Magistratura Bandeirante, meus agradecimentos pela confiança e recepção afetiva. As boas-vindas foram afetuosas e, mais do que isso, todos, sem exceção, de Servidores a Desembargadores, liderados pelo nosso Presidente Ricardo Mair Anafe, tornaram as dificuldades normais de qualquer início irrisórias e imperceptíveis. De coração, Senhor Presidente, grande líder, muito obrigada.

Acesso ao Sumário

Tomo posse como Desembargadora me sentindo abençoada por Deus, feliz, disposta ao trabalho e conhecedora das características que são apontadas por Sócrates como essenciais ao julgador: ouvir atentamente, considerar sobriamente e decidir imparcialmente.

Prometo, Senhor Presidente, agir com independência e imparcialidade, e honrar a toga como honrei a beca.

Boa noite a todos e muito obrigada.

RICARDO MAIR ANAFE (Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso de encerramento por ocasião da "Posse Solene da Desembargadora Márcia Lourenço Monassi" (Cerimônia realizada em 20.07.2023).

Boa tarde. De antemão cumpre saudar Sua Excelência, o Doutor Fábio Prieto, Secretário 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 de São Paulo. Cumprimentar Sua Excelência, o Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia, Corregedor-Geral da Justiça de São Paulo. Cumprimentar Sua Excelência, a Desembargadora Maria Olívia Pinto Esteves Alves, Oradora em nome do Tribunal de Justiça de São Paulo e, de pronto, cumprimentá-la por sua doce oração, parabéns. Cumprimentar Sua Excelência, o Ministro Paulo Dias Moura Ribeiro, do Superior Tribunal de Justiça, que, antes de mais nada, apesar de ser Ouvidor, é Embaixador do Tribunal de Justiça de São Paulo no Superior Tribunal de Justiça, o que dá uma honra imensa a este Tribunal. Cumprimentar Sua Excelência, o Desembargador José Carlos Gonçalves Xavier de Aquino, Decano do Tribunal de Justiça. Cumprimentar Sua Excelência, o Desembargador Artur César 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, o Doutor Mario Luiz Sarrubbo, Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, que fez um brilhante pronunciamento, parabéns. Cumprimentar Sua Excelência, Doutor Orlando Eduardo Geraldi, Presidente do Tribunal de Justiça Militar de São Paulo. Cumprimentar Sua Excelência, o Senhor Vice-Presidente do Tribunal Regional Eleitoral, o Desembargador Silmar Fernandes, representando seu Presidente. Cumprimentar o Ministro Gilberto Kassab, ora Secretário de Governo de Relações Institucionais do Estado de São Paulo. Cumprimentar Sua Excelência, o Deputado Guilherme Derrite, ora Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo. Cumprimentar Sua Excelência, o Deputado Tomé Abduch e, em nome de Vossa Excelência, cumprimento todos os integrantes do Poder Legislativo do Estado São Paulo. Cumprimentar a Doutora Priscilla Souza e Silva Menário Scofano, Procuradora do Estado Assistente, representando a Senhora Procuradora-Geral. Cumprimentar o Doutor Júlio Grostein, Defensor Público, representando o Defensor PúblicoGeral. Cumprimentar Sua Excelência, a Desembargadora Ligia Cristina de Araújo Bisogni, Ouvidora do Tribunal de Justiça de São Paulo e Auxiliar Regional da Mulher da Região Sudeste do Conselho Nacional de Justiça. Cumprimentar a Doutora Liliana Mercadante Mortari, Corregedora do Ministério Público em exercício. Cumprimentar Sua Excelência, Doutor Wallace Paiva

Acesso ao Sumário

Martins Júnior, Subprocurador-Geral de Justiça, que nos acompanha em todas as sessões do Órgão Especial. Cumprimentar o Doutor José Carlos Cosenzo, Subprocurador-geral de Justiça de Políticas Criminais. Cumprimentar Sua Excelência, Doutora Vanessa Ribeiro Mateus, Presidente da Associação Paulista de Magistrados, a nossa Apamagis. Cumprimentar o Doutor Pedro Eduardo de Camargo Elias, Promotor de Justiça, Primeiro-Secretário da Associação Paulista do Ministério Público. Cumprimentar o Senhor Coronel PM Miguel Elias Daffara, chefe da Assessoria Policial Militar do Tribunal de Justiça, representando, também, o Comandante-Geral. Cumprimentar o Doutor Tiago Antonio Salvador, Delegado de Polícia da Assessoria Policial Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, representando o Senhor Delegado-Geral. Cumprimentar Sua Excelência, o Prefeito do Município de São Bernardo do Campo, Orlando Morando. Cumprimentar a Senhora Cleuza Guimarães, Assessora do Secretário Municipal de Justiça, representando o Prefeito do Município de São Paulo. Cumprimentar os Senhores Desembargadores, Juízes, Membros do Ministério Público, Defensores Públicos, Advogados, Autoridades Civis e Militares, Familiares, Amigos da empossanda, Senhores Servidores do Tribunal de Justiça, minhas Senhoras e meus Senhores.

O ingresso no Tribunal de Justiça é sempre uma satisfação imensa, porque este não é apenas o maior Tribunal do país. Sem sombra de dúvidas, é o maior Tribunal do país, o maior da América Latina. É um Tribunal que se integra na Justiça Estadual. A Justiça Estadual é responsável por 80% de todos os processos que tramitam no Brasil. Eles são julgados pelas Justiças Estaduais. E, no caso de São Paulo, este Tribunal detém mais de um quarto de toda a movimentação nacional, somando-se todos os Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais, Tribunais do Trabalho e Tribunais Militares. E esse Tribunal é tão grandioso, não por seus números, com 19 milhões de processos em movimentação, não por seu número de Desembargadores, 360, 2400 Juízes, 40 mil Servidores em atividade. Sua grandiosidade vem do trabalho, da dedicação, do comprometimento de todos os Magistrados deste Tribunal, Desembargadores, Juízes e de seus Servidores. Isso o torna não apenas o maior Tribunal do país, mas, com todas as vênias, o melhor Tribunal do país.

Acesso ao Sumário

Quando Sua Excelência, a nobre Desembargadora Marcia Monassi, leu o seu juramento e, ao final, novamente, renovou seu compromisso, é o juramento que nós celebramos uma vez, quando entramos na carreira, todos nós, Juízes de carreira. É o juramento que prevalece, um norte para cada um de nós, todos os dias. Não são palavras em vão, não ficam ao vento. O compromisso de respeito à Constituição, às leis, à sua melhor aplicação, com fiel integridade e retidão, é o compromisso que nós repetimos todos os dias.

Sua excelência, a Desembargadora Marcia Monassi, é recebida neste Tribunal com braços abertos. É uma felicidade imensa de ter ouvido o juramento

e sua renovação ao final de seu discurso. Isso revela a profissional que sempre foi no Ministério Público. Recebeu a beca impoluta, devolveu-a impoluta, sem mácula, como recebe a toga da Justiça Bandeirante. Justiça essa que, em 3 de fevereiro, próximo futuro, celebra sesquicentenário de sua existência. Um sesquicentenário de muita honra, muita glória, em que cada pilastra do granito de Itu, do Salão dos Passos Perdidos, ostenta o nome de todos os Juízes que por aqui passaram, de todos os Desembargadores que por aqui passaram e ali sedimentaram os grandes fundamentos do Tribunal de Justiça de São Paulo: a honra, a dignidade e a busca, todos os dias, da melhor prestação jurisdicional.

Quando se fala em semear e colher, faço uma pequena divergência: o semear é sempre opcional; o colher, a seu turno, é sempre obrigatório. Nós colhemos o que semeamos. E é isso que se sucede. Uma grande profissional, como a Doutora Marcia, colheu o que semeou. Nada a mais, nada a menos.

A gratidão à família e aos amigos é a demonstração mais pura que o ser humano pode ter. Não há nada mais bonito em uma oração do que a gratidão, o amor aos pais, aos filhos, às pessoas que são queridas e aos entes queridos, nada é mais importante.

Esse Tribunal não faz diferença nenhuma entre homens, mulheres, sexo, cor, raça ou que o for. Os nossos concursos, como nos concursos do Ministério Público, na maioria das vezes, há metade de mulheres, metade de homens. Branco, preto, amarelo, não faz a menor diferença. A única diferença que se busca no Tribunal de Justiça de São Paulo é dedicação, compromisso ao Tribunal de Justiça. E o que revela os maiores profissionais é que, além dessa dedicação, desse compromisso, há um amor a este Tribunal. O amor em prestar a melhor jurisdição todos os dias. É o respeito a todos que por aqui passam, é o respeito a todos que aqui demandam.

Eu não tenho a menor dúvida de que Sua Excelência, a Desembargadora Marcia Lourenço Monassi, de carreira brilhante já pontuada por nossa Oradora, por Sua Excelência, o Procurador-geral, e os apontamentos feitos pela própria Desembargadora, e todo esse carinho, amor e gratidão estão a demonstrar que o Tribunal está engrandecido, enriquecido, com a sua posse, com a sua presença, com o seu exercício diário.

Em meu nome, em nome de todos os Magistrados e Servidores do Tribunal de Justiça, nós agradecemos ao Ministério Público. Ele pode lamentar, mas eu confesso que não, pela vinda de Vossa Excelência. Seja muito feliz, muito bem recebida nesse Tribunal.

Muitíssimo obrigado a todos.

Declaro encerrada esta solenidade.

Acesso ao Sumário

ARTUR CÉSAR BERETTA DA SILVEIRA (Desembargador)

Discurso proferido em nome do Tribunal de Justiça, por ocasião da Inauguração dos retratos dos Desembargadores Guilherme Gonçalves Strenger, Paulo Magalhães da costa Coelho e Dimas Rubens da Fonseca, na Galeria de Ex-Presidentes das Seções de Direito Criminal, Público e Privado, respectivamente, ocupados no biênio de 2020/2021(Cerimônia realizada em 07.08.2023).

Senhor Presidente do TJSP, Desembargador **RICARDO MAIR ANAFE**, Senhor Vice-Presidente **GUILHERME GONÇALVES STRENGER** (hoje um dos homenageados), Senhor Corregedor Geral de Justiça, Desembargador **FERNANDO ANTONIO TORRES GARCIA**, Senhor Presidente da Seção de Direito Público, Desembargador **WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI**, Senhor Presidente da Seção de Direto Criminal, Desembargador **FRANCISCO JOSÉ GALVÃO BRUNO,** cumprimento todas as Senhoras e Senhores Desembargadores de ontem, de hoje e de sempre, demais Magistrados, ilustres autoridades que que honram esta solenidade, saúdo também as Senhoras e Senhores Servidores deste Tribunal, cumprimento os familiares dos homenageados e todos que aqui gentilmente comparecerem.

O Tribunal se reúne nesta solenidade para fazer cumprir uma tradição. **Tradição** é uma palavra com origem no termo em latim *traditio*, que significa "**entregar**" ou "**passar adiante**". A tradição é a **transmissão de costumes, comportamentos e memórias** para pessoas de uma comunidade, e os elementos transmitidos passam a fazer parte da cultura. Já se disse que memória é o retrato do momento. É possível imaginar e querer o futuro, mas sem nunca esquecer as histórias do passado.

A solenidade agora se destina a homenagear os desembargadores **Guilherme Gonçalves Strenger, Paulo Magalhães da Costa Coelho** e **Dimas Rubens Fonseca** que foram, respectivamente, Presidentes da Seção de Direito Criminal, da seção de Direito Público e da Seção de Direito Privado, no biênio 2020/2021, e integraram o Conselho Superior da Magistratura.

Por ocasião da posse do então Conselho Superior da Magistratura o momento, que era ainda de festa e expectativa para o biênio que se iniciava, logo se transformou em preocupação e em cuidados extremos já que uma inesperada pandemia se instalou sem pedir licença, invadindo lares e levando prematuramente entes queridos. E o que fizeram **Guilherme, Paulo** e **Dimas**, e todo o Conselho Superior da Magistratura diante daquele quadro tenebroso? E, registre-se nosso reconhecimento e respeito para todos os membros daquele CSM, sob o comando do Presidente Desembargador **Geraldo Pinheiro Franco**, do Vice-Presidente, Desembargador **Luís Soares de Mello**, do Corregedor Geral

Acesso ao Sumário

de Justiça, Desembargador **Ricardo Anafe**, sem esquecer nosso Decano Desembargador **Xavier de Aquino**, não se intimidaram e enfrentaram o que veio pela frente. Experiência nova no mundo atual. Guilherme, Paulo e Dimas, e os demais membros do CSM, não deixaram que o cansaço e o medo do desconhecido os impedissem. Ao contrário, se uniram para fazer o Tribunal enfrentar aquele momento.

Tiveram que ser criativos diante do quadro que se apresentava. Aliás, *"A criatividade é a inteligência de divertindo"*, já o disse **Albert Einstein**. Em tempo recorde colocaram o maior e melhor Tribunal de Justiça do Brasil em **trabalho remoto** que, tanto certo deu, que a produtividade aumentou, os gastos diminuíram e, o mais importante, vidas foram poupadas, famílias foram unidas e a Corte continuou sua nobre missão de distribuir Justiça.

Tiveram coragem e venceram. Coragem não é ausência de medo, mas a capacidade de enfrentar o medo, e o medo naquele momento era do desconhecido, mas enfrentaram. Sob a liderança de todo o CSM o Tribunal avançou mesmo com a pandemia instalada a qual, teimosamente, se recusava a dar trégua.

Abro um parêntese, com a licença dos ilustres homenageados, para destacar que tudo isso só foi possível em razão da grandeza dos nossos valorosos Servidores, cuja competência, dedicação e amor pelo TJSP permitiram essa guinada de 360 graus em tão pouco tempo e com perfeita eficiência. *"Os pequenos atos que se executam são melhores que todos aqueles grandes que apenas se planejam"* (**George C. Marshall,** ex-Secretário de Estado dos Estados Unidos).

Guilherme, Paulo e **Dimas** conseguiram inspirar, animar e motivar pessoas, criar ideias e projetos como Presidentes em suas respectivas Seções. Não foram chefes, mas sim líderes. Chefia está na hierarquia, a liderança está na atitude. Ao chefe você obedece. Ao líder você segue, procura e admira. O líder corrige sem ofender e orienta sem humilhar. Assim agiram, como verdadeiros líderes. Fizeram exatamente no tempo em que deviam fazer. Lembro de uma frase do Professor **Mário Sérgio Cortella**, citando **François Rabelais**, Renascentista francês do Século 16, que disse: *"Conheço muitos que não puderam quando deviam porque não quiseram quando podiam"*. Guilherme, Paulo, Dimas e todo o CSM *"podiam, quiseram e fizeram"*.

Magistrados de longa data, **Guilherme** ingressou na carreira em 22/01/81, **Paulo** em 07/03/83 e **Dimas** em 16/03/88, percorreram a longa estrada de substitutos até às Presidências de Direito Criminal, Público e Privado. Experiência não se mede pela idade. Está ligada à intensidade da atividade. Por onde passaram deixaram marca de sucesso.

Guilherme, magistrado preparado e experiente, sempre atento aos interesses da magistratura. Não se cansa de buscar melhorias para o trabalho dos juízes e servidores. Contribuiu para o aperfeiçoamento da Seção de Direito Cri-

Acesso ao Sumário

minal, cujo trabalho o levou agora à Vice-Presidência do tribunal. Hoje vejo de perto o trabalho de Sua Excelência no **CSM**, e dou testemunho de seu comprometimento, sua inteligência e capacidade de trabalho. Um privilégio, **Guilherme**, poder trabalhar ao seu lado pelo nosso amado **TJSP**. Não bastasse ser vitalício em razão do cargo de magistrado, é também Conselheiro vitalício do Corinthians, mais uma de suas qualidades.

Paulo, magistrado muito técnico, preparado e dedicado, também contribuiu para o aperfeiçoamento da Seção de Direito Público deixando sua marca pessoal. Pessoa de fino trato, cheio de ideias para a melhora da máquina judiciária, destemido, comandou a nobre Seção de Direto Público com brilhantismo. Confirmando o dinamismo de **Paulo**, o atual **CSM**, no início da gestão, se deparou com vários expedientes abertos por Sua Excelência, todos com o propósito de melhorar a administração. Homem de visão e mente no futuro. A Seção de Direito Público deve muito a Vossa Excelência, Desembargador **Paulo**, o **TJSP** deve muito à Vossa Excelência.

Dimas, magistrado com total preparo e dedicação, humano, compreensivo, com a humildade dos grandes, deu um toque pessoal ao Direito Privado, facilitando muito meu trabalho ao sucedê-lo. Ouvi de vários colegas o quanto **Dimas** foi especial na Presidência de Privado, ainda ouço dos funcionários de lá o quanto **Dimas** foi amável, compreensivo e eficiente, sendo lembrado até hoje. Fez a Seção de Direito Privado subir mais um degrau na eficiência. Seção grandiosa – maior do que todos os demais Tribunais de Justiça do Brasil, empatando apenas com o TJRJ em número de desembargadores – foi conduzida com maestria por Sua Excelência.

Ao lado de Guilherme, sempre esteve a esposa **MARÍLIA SCALA STRENGER**, que não pôde comparecer nesta cerimônia por estar cuidando do mais novo membro da família, mas presente sua filha **Vanessa Strenger**, magistrada brilhante que seguiu os passos do pai.

Ao lado de Paulo, sempre esteve a **ANA PAULA DEHN SILVA**.

E ao lado de Dimas, sempre esteve a esposa **MÔNICA MARIA VIEIRA SANTIAGO FONSECA**.

Digo ao lado, porque considero inadequada a costumeira frase popular de que *"atrás de um grande homem sempre há uma grande mulher"*. A frase correta deve ser *"ao **lado** de um grande homem sempre há uma **grande mulher**"*. Sem esse apoio da esposa e de toda a família – sempre ao lado e nunca atrás – seria impossível fazer algo. Família é nosso maio tesouro, que, de tão preciosa, deve ser cuidada e lapidada todos os dias. Por isso, estendo meus cumprimentos para as esposas e família de Guilherme, Paulo e Dimas.

Desembargadores Guilherme, Paulo e Dimas, Vossas Excelências foram vitoriosos nas gestões das respectivas Presidências das Seções desta Corte, fo-

ram vitoriosos como integrantes do CSM, e são vitoriosos por serem quem são.

Encerro citando **Mário Lago**: *"Gosto e preciso de ti, mas quero logo explicar: não gosto porque preciso. Preciso sim, por gostar".*

Muito obrigado.

PAULO MAGALHÃES DA COSTA COELHO (Desembargador)

Discurso de agradecimento proferido por ocasião da Inauguração de seu retrato e dos Desembargadores Guilherme Gonçalves Strenger Coelho e Dimas Rubens da Fonseca, na Galeria de Ex-Presidentes das Seções de Direito Criminal, Público e Privado, respectivamente, ocupados no biênio de 2020/2021(Cerimônia realizada em 07.08.2023).

Por excessiva e incauta generosidade dos então Presidentes da Seção Criminal, Des. Guilherme Strenger e da Seção de Direito Privado, Des. Dimas Rubens Fonseca, coube a mim proferir essa singela oração de agradecimento por ocasião desta tradicional cerimônia no Tribunal de Justiça.

Cerimônia que se justifica não como culto à personalidade, mas como registro histórico de mais uma época pela qual passou o Tribunal de Justiça.

Sempre afirmei que a instituição é maior que seus componentes. O Tribunal de Justiça pela sua história centenária é maior que todos nós que, nesse momento; integramos os seus quadros, e maior mesmo dos aqueles que transitoriamente integraram o Conselho Superior da Magistratura.

Honrosa que seja essa posição, jamais podemos perder o senso de que somos apenas e tão-somente servidores públicos e aqui estamos para cumprir um DEVER e não para cultuar vaidades estéreis nesse nosso breve tempo de passagem na Instituição, na vida e nesse pálido ponto azul que é o nosso planeta terra.

Mas a Instituição não é, por outro lado, a expressão real e concreta de seus integrantes.

Justo, portanto, que celebremos a tradição, em torno da qual se dá essa cerimônia.

Ao revisitar a tradição, todavia, não devemos apenas reverenciar o passado, mas nos inspirarmos para construir o presente e dar resposta a seus enormes desafios.

Desafios extraordinários desse tempo presente.

Desafios institucionais, políticos, sociais e de Justiça em um país de tradições autoritárias e excludentes e que teima em sonegar cidadania e dignidade a tantos brasileiros.

Acesso ao Sumário

Os nossos desafios foram e são enormes.

Daí o nosso dever perante a Instituição e o país.

Juízes que somos e que exercermos parcela da soberania estatal.

Parcela de poder que só se justifica como DEVER.

A tudo isso se acresceu em nosso tempo uma crise de saúde sem precedentes, impactando sobremaneira a atuação do CSM e das Presidências das Seções.

Nada obstante as naturais limitações e dificuldades, posso testemunhar o trabalho intenso e sem tréguas do CSM e das Presidências das Seções do T.J., liderados pelo nosso sempre Presidente Geraldo Pinheiro Franco.

De alguma forma, com limitações e erros cumprimos o nosso dever, mas com humildade devemos no submeter e compreender as críticas, mesmo aquelas que podermos ter como injustas.

Caminhando para o final desejo dizer em meu nome e em nome do Guilherme e Dimas, que o tempo é também de agradecimento.

Alguém já disse que a gratidão é a mãe de todas as virtudes.

Os nossos agradecimentos a nossos servidores, sempre leais, sempre presentes e sempre nos apoiando.

Agradecimentos aos Desembargadores do Tribunal de Justiça que fizeram essa travessia conosco, compreendendo nossos erros diante de desafios tão imensos.

Um agradecimento especial aos nossos juízes assessores sem os quais essas estruturas administrativas seriam ingovernáveis.

Competentes e leais foram os soldados que nos guiaram nessa difícil travessia.

Já disse aqui em outra ocasião: as palavras não são mais do que signos linguísticos convencionais que permitem a comunicação humana.

Não são as coisas, os objetos e os sentimentos.

Daí a natural dificuldade de, à vezes, expressarmos com exatidão esses sentimentos.

Diante dessa limitação, da dificuldade de buscar a palavra exata que retrate esse sentimento, traduzo num singelo, mas, sobretudo, sincero MUITO OBRIGADO.

Acesso ao Sumário

GERALDO FRANCISCO PINHEIRO FRANCO (Desembargador)

Discurso proferido em nome do Tribunal de Justiça, por ocasião da "Posse Solene dos Desembargadores Maurício Henrique Guimarães Pereira Filho e Ana Maria Baldy" (Cerimônia realizada em 01.08.2023).

Boa tarde a todos. Senhor Desembargador Presidente, cumprimento Vossa Excelência e, na sua pessoa, cumprimento igualmente os ilustres Membros do Conselho Superior da Magistratura; a todos os presentes, especialmente aos familiares do Maurício (Henrique Guimarães Pereira Filho) e da Ana (Maria Alonso Baldy).

De início, Senhor Presidente, agradeço a deferência de Vossa Excelência e a indicação dos novos colegas para que eu proferisse essa breve oração em nome da Corte. Distinção que me fez muito feliz.

Caríssimos Ana Maria Alonso Baldy e Maurício Henrique Guimarães Pereira Filho, hoje é um dia especial, muito especial para o Tribunal e para Vossas Excelências.

O Tribunal de Justiça de São Paulo está sempre se renovando com novos valores provados na carreira judicante. E essa renovação não é somente uma exigência da natureza das coisas, mas absolutamente necessária e desejada porque representa a mensagem dos novos tempos da vida em contínua progressão. A Corte recebe o alento do rejuvenescimento, imprescindível à renovação do Direito, tudo com vistas a um mundo melhor. Daí a felicidade da Corte ao receber dois dos mais festejados Magistrados de carreira.

A felicidade, Senhor Presidente, é igualmente de ambos porque ascendem ao cargo máximo da Corte Paulista após longos anos de judicatura.

O Doutor Mauricio Guimarães Pereira Filho, que traz no nome o orgulho e o exemplo de seu venerando o pai, um dos grandes homens públicos do Estado que exerceu a chefia da Polícia Civil com denodo, honradez e competência, passou por Caraguatatuba, Santa Branca (onde eu também judiquei e almoçava no nosso querido River), Sumaré, Suzano, São Paulo, Campinas, Foro Regional de Santo Amaro, até ser guindado ao cargo de Juiz Substituto em Segundo Grau. Foram 33 anos (arredondados) de intenso trabalho e dedicação, se minhas contas não estiverem erradas.

A Doutora Ana Maria Afonso Baldy, que trouxe para a Magistratura experiências na atividade privada e que igualmente exerceu com rica distinção a judicatura em Itapeva, Miracatu (eu sei bem das dificuldades da região, passei por Jacupiranga e Iguape), Santos (onde também judiquei), Sorocaba, sua terra natal, Foro Regional da Lapa e Juíza Substituta em Segundo grau. Iguais 33 anos de brilhante judicatura.

São dois Magistrados, Senhor Presidente, reconhecidos pelo seu trabalho,

Acesso ao Sumário

pelo seu compromisso com a causa pública, pela ética, pela honradez, pela preocupação com o próximo, mercê dos reflexos da atividade jurisdicional, forjados em concepções de vida exemplares que os engrandecem e dignificam o Tribunal e que, por certo, manterão as tradições que reverentemente guardamos.

Mauricio e Ana Maria representam nomes consagrados como Juízes de fina estirpe intelectual e moral e que, no curso dos anos, e agora ainda mais, porque a palavra da Corte é a última, dedicarão suas melhores ações aos que buscam para seus direitos doentes a cura da Justiça. São independentes, íntegros, estudiosos, agem com simplicidade e marcante lealdade.

Eis, Senhor Presidente, os Magistrados que muito me honra apresentar à Corte Bandeirante. O Tribunal de Justiça está em festa e recebe de braços abertos os novos Desembargadores.

Obrigado por me ouvirem.

ANA MARIA ALONSO BALDY (Desembargadora)

Discurso proferido por ocasião de sua "Posse Solene e do Desembargador Maurício Henrique Guimarães Pereira Filho" (Cerimônia realizada em 01.08.2023).

Excelentíssimo Senhor Presidente, Desembargador Ricardo Mair Anafe, na pessoa de quem peço licença para cumprimentar todas as demais Autoridades presentes. Excelentíssimo Senhor Desembargador Geraldo Francisco Pinheiro Franco, querido Orador deste dia. Excelentíssimo Senhor Doutor Mauricio Henrique Guimarães Pereira Filho e familiares, com quem tenho a honra de compartilhar este momento único. Familiares e amigos, funcionários deste Tribunal.

Começo agradecendo a Deus pela oportunidade de vivenciar este dia. Agradeço ainda as gentis palavras a mim dirigidas pelo nosso Orador, Doutor Geraldo Francisco Pinheiro Franco, que foi presidente deste Egrégio Tribunal, pessoa gentil e amorosa, magnífico jurista e administrador. Obrigada.

Acesso ao Sumário

E prossigo, dizendo que é com grande alegria e elevada honra que recebo esta promoção ao cargo de Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Quero iniciar o meu discurso de posse contando um pouco da minha história de vida e fazendo aqui uma saudação especial aos meus queridos pais, há muito falecidos – Bento da Silveira Baldy e Maria Alonso Baldy. Posso lhes dizer que foram pessoas extraordinárias, não só porque me proporcionaram a oportunidade da vida, mas porque em seus braços conheci o amor, o carinho, o respeito.

Meu pai foi operário das Indústrias Votorantim, de onde sempre teve orgulho de trabalhar. Levantava-se bem cedo, fazia o café e seguia sua jornada diária de trabalho e voltava para casa feliz porque tinha cumprido com a sua missão naquele dia. Sempre me trazia um presente, ainda que fosse um chocolate, simbolizando a sua lembrança e o seu carinho por mim.

Minha mãe foi costureira, trabalhava em casa, pessoa da qual o amor incondicional transbordava. Atendia a cada pessoa como se fosse a única e, assim, seguindo o seu exemplo, sempre procurei atender a todos que recorrem a mim com a mesma atenção.

Como todos podem ver, tive uma vida bastante modesta, mas nada me faltou – nem o alimento para o corpo, nem o alimento para a alma. Sendo aprovada no concurso da Magistratura em 1990, iniciei minha carreira como Juíza, passando por diversas comarcas, nas quais tenho muito orgulho de ter trabalhado. E as pessoas que lá conheci, guardo com carinho no meu coração.

Todos podem imaginar como não foi fácil a caminhada desde os estudos para passar nesse concorrido concurso até o enfrentamento do dia a dia já como Juíza.

Assim, com 26 anos de idade, imbuída de toda empolgação e alegria, passei a exercer a Magistratura. Desafios diários tive, angústias enfrentei. Com os grandes sofrimentos e desespero alheios, deparei-me. Muitas vezes me emocionei, chorei pela dor dos outros enquanto disfarçava as minhas próprias dores. Mas venci, hoje estou aqui e a alegria toma conta do meu coração.

Quero lhes dizer que a Magistratura me tirou da ilusão e da infantilidade, mostrou-me a realidade nua e crua do sofrimento do meu semelhante, e me deu a oportunidade de amadurecer, de entender as necessidades das outras pessoas, de me dedicar e me alegrar por poder ajudá-las, buscando a harmonia social.

Na verdade, quando entrei na Magistratura, só pensei que trabalharia em um bom lugar, ganhando um bom salário e poderia ajudar alguém com o conhecimento jurídico adquirido nos anos de estudo. Porém, foi ela, foi a Magistratura que me salvou e resgatou de muitos vazios, de muitas ilusões.

Hoje me sinto agradecida pela oportunidade que este Egrégio Tribunal me ofereceu, quando acreditou em mim, no meu potencial de desenvolvimento. Senhor Presidente, muito obrigada.

Agora, como Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o maior Tribunal de Justiça do Brasil, reforço meu compromisso de mais e melhor servir àqueles que necessitam de ajuda na solução dos seus conflitos.

Na Magistratura fiz muitos amigos que me ajudaram a enfrentar momentos desafiadores, mas neles encontrei orientação, consolo e aconchego.

Entre eles, preciso fazer uma referência especial ao meu sogro, Doutor Dorotheu Ferreira de Paula, nobre advogado desta cidade, que me dá a honra da

Acesso ao Sumário

sua presença. Pessoa que sempre me apoiou, incentivou-me a prestar o concurso da Magistratura, com quem tive longas e profundas conversas sobre todos os assuntos da vida e sinto que fui muitas vezes carregada pelas mãos desse anjo. Gratidão. Também a minha sogra, dona Nivalda Tachinardi, que com amorosidade e carinho me acolheu em sua casa, deu-me atenção e supriu as minhas necessidades. Gratidão.

Agradeço de modo especial minha filha, hoje Advogada, Ana Luíza Baldy Ferreira de Paula, que sempre me acompanhou, no início, porque era amamentada por mim e, depois, por escolha própria, trazendo a sua presença grande luz para a minha vida. Grande alegria me trouxe o seu nascimento e a alegria maior é poder desfrutar da sua companhia todos os dias. Gratidão.

Ainda me faz necessário agradecer também, de modo especial, ao eminente desembargador Álvaro Lazzarini, que foi Vice-Presidente deste Egrégio Tribunal. Grande Magistrado que por aqui passou, engrandecendo este Tribunal não só com suas brilhantes e irretocáveis decisões e conhecimento jurídico, mas também pelo carinho e amizade a mim dedicados. Foi meu amigo fiel nos dias de maiores desafios e que hoje é uma estrela, a mais brilhante do céu. Gratidão.

Agradeço também a presença da minha cunhada Joyce Ferreira de Paula e da minha sobrinha Jennifer Assaad Guirguis, pelo apoio e amizade. Agradeço ainda a presença do meu primo, Doutor José Fernando Alonso, como representante da minha família de origem e o meu padrinho, Doutor José Antônio Gomes da Cunha, pela amizade e paciência que sempre tiveram comigo.

Eu tinha um sonho. O sonho de ser Magistrada, que se concretizou. Portanto, gratidão é a palavra deste dia. Nada foi em vão.

E, para finalizar, quero citar uma frase que li no cartão de felicitações que recebi da minha filha e da minha sogra por ocasião da minha promoção: "Você tem nos ensinado que nada é impossível quando se tem um sonho. Os obstáculos se tornam exercícios e a vida se torna maravilhosa".

Obrigada pela presença de todos.

Acesso ao Sumário

MAURÍCIO HENRIQUE GUIMARÃES PEREIRA FILHO (Desembargador)

Discurso proferido em nome do Tribunal de Justiça, por ocasião de sua "Posse Solene e da Desembargadora Ana Maria Baldy" (Cerimônia realizada em 01.08.2023).

Senhor Presidente Ricardo Mair Anafe, cumprimento Sua Excelência. Cumprimento, ainda, em nome de Sua Excelência, o Egrégio Conselho Superior

da Magistratura. Cumprimento também as demais Autoridades, ainda na pessoa de Sua Excelência, o Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo. Vejo alguns rostos conhecidos há muito e, se aqui estão, é porque algo de bom nos une.

Senhor Presidente, vou repisar o que já disse quando da posse administrativa alguns dias atrás. Hoje é dia de júbilo e dia de agradecimentos e vou optar novamente pelos agradecimentos.

Agradeço primeiro a meu pai, que muito cedo nos ensinou, a mim e meus irmãos Rui, Pedro e Rodrigo, o que é retidão de caráter, lealdade e respeito à coisa pública. Agradeço a minha esposa, Simone, o amor e dedicação de anos e a família que nos permitiu constituir. Agradeço a meus filhos Maurício e Larissa, de quem muito me orgulho e que ainda me deram dois outros filhos, Beatriz e Antonelle. E Antonelle e Larissa ainda me deram minha neta Antonella. De todos, orgulho-me muito.

Agradeço também, Senhor Presidente, minha mãe Leila, que dedicou sua vida a nos educar e ainda, até hoje, dedica sua vida a cuidar de nós. Agradeço ainda a cada um dos Magistrados deste Tribunal Bandeirante que, pela lisura na judicatura, permitem a cada um de nós, Magistrados deste Tribunal, trabalhar de uma maneira mais tranquila e ter uma vida pública, no todo e privada, também melhor.

E por falar em ajudar no fardo, já que judicar é uma função inegavelmente difícil, não poderia deixar de lembrar dos Servidores deste Tribunal, que por seu empenho e dedicação, comprometimento mesmo, tornam exequíveis nossas decisões.

Senhor Presidente, não tenho mais o vigor dos vinte anos, que ostentava quando aqui ingressei, mas acredito que, depois de mais de três décadas de judicatura, possa compensar essa falta de vigor com a experiência que adquiri e, assim, será possível ainda, por um bom tempo, espero eu, aqui permanecer.

Por fim, Senhor Presidente, eu queria agradecer aos Membros da Câmara onde judiquei quase oito anos e onde permanecerei, graças ao Desembargador (Antonio Carlos) Tristão Ribeiro, que aqui se encontra, já aposentado.

Agradeço ao Desembargador (Geraldo Francisco) Pinheiro Franco, que me convidou há quase oito anos para compor esta Câmara, com a concordância dos demais. Os Desembargadores que hoje a compõem, Damião Cogan (José Damião Pinheiro Machado Cogan), Geraldo Wohlers (Geraldo Luís Wohlers Silveira), Cláudia Fanucchi (Claudia Lucia Fonseca Fanucchi) e ainda, com a concordância então do Desembargador Juvenal Duarte (Juvenal José Duarte), que aqui também se encontra.

Enfim, Senhor Presidente, vou lembrar só mais dois pensamentos que pedi para Ana ler um mês atrás porque eu não estava em condições de fazê-lo. São dois pensamentos de um grande brasileiro, um Escritor, um Poeta: Ariano

Acesso ao Sumário

Suassuna. Ariano diz que nós temos dois Brasis – o Brasil dos privilegiados e o Brasil dos despossuídos – mas ele diz também que não é um otimista, nem um pessimista, porque os otimistas são tolos, mas os pessimistas são amargos. Ele é, e todos nós devemos ser, realista, esperançoso. Esperançosos de que um dia a Justiça alcance a todos em nosso país.

Obrigado.

RICARDO MAIR ANAFE (Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso de encerramento por ocasião da "Posse Solene dos Desembargadores Maurício Henrique Guimarães Pereira Filho e Ana Maria Baldy" (Cerimônia realizada em 01.08.2023).

Muito boa tarde a todos. Gostaria de saudar Sua Excelência, Doutor Fábio Pietro, Secretário 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, Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia, Corregedor-Geral da Justiça. Cumprimentar Sua Excelência, o Desembargador Geraldo Francisco Pinheiro Franco, Orador pelo Tribunal e sempre Presidente do Tribunal de Justiça, e dizer que Sua Excelência cumpriu exatamente o que ele marcou em sua gestão, dos discursos de cinco minutos e que eu procuro igualmente cumprir. Cumprimentar Sua Excelência, o Desembargador José Carlos Gonçalves Xavier de Aquino, Decano do Tribunal de Justiça. Cumprimentar Sua Excelência, o Desembargador Artur César Beretta da Silveira, Presidente da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça. Cumprimentar Sua Excelência, o Desembargador Wanderley José Federighi, Presidente da Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça. Cumprimentar Sua Excelência, o Desembargador Francisco José Galvão Bruno, Presidente da Seção de Direito Criminal do Tribunal de Justiça. Cumprimentar Sua Excelência, o Desembargador Paulo Sérgio Brant de Carvalho Galizia, Presidente do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo. Cumprimentar Sua Excelência, Doutor Orlando Eduardo Geraldi, Presidente do Tribunal de Justiça Militar de São Paulo. Cumprimentar Sua Excelência, a Deputada Estadual Maria Lúcia Amary. Seja muito bem-vinda a este Tribunal centenário, mais que centenário. A senhora é muito bem-vinda. Cumprimentar Sua Excelência, Doutor Luiz Fernando Rodrigues Pinto Júnior, Procurador de Justiça, representando Sua Excelência, o Procurador-Geral de Justiça. Cumprimentar Sua Excelência, Doutor Caio Gentil Ribeiro, Procurador do Estado, representando a Procuradora-Geral do Estado. Cumprimentar Sua Excelência, Doutora Cleusa Guimarães, representando o Senhor Prefeito

Acesso ao Sumário

da Capital. Cumprimentar Sua Excelência, Desembargadora Lígia Cristina de Araújo Bisogni, Ouvidora do Tribunal de Justiça e Ouvidora Auxiliar Regional da Mulher da Região Sudeste do Conselho Nacional de Justiça. Cumprimentar Sua Excelência, o Desembargador Afonso de Barros Faro Júnior, Coordenador do Depre [Diretoria de Execuções de Precatórios e Cálculos] e Ouvidor Substituto do Tribunal de Justiça de São Paulo. Cumprimentar Sua Excelência, o Desembargador Walter Barone, Vice-Presidente da União Internacional de Magistrados e Vice-Presidente da Associação Paulista de Magistrados, representando sua Presidente. Cumprimentar Sua Excelência, o Doutor Leonardo Sica, Vice-Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, representando sua Presidente. Cumprimentar Sua Excelência, Doutora Ana Maria Brugin, Presidente do Instituto Paulista de Magistrados. Cumprimentar Sua Excelência, o Doutor Gabriel Bittencourt Perez, Vice-Presidente da Associação Paulista do Ministério Público, representando seu Presidente. Cumprimentar Sua Excelência, o Doutor Antônio Carlos de Oliveira Freitas, Diretor-Adjunto da Associação dos Advogados de São Paulo; Sua Excelência igualmente representando seu Presidente. Cumprimentar o Coronel PM Miguel Elias Daffara, Chefe da Assessoria Policial Militar do Tribunal de Justiça, representando o Comandante-Geral da Polícia Militar. Cumprimentar o Doutor Osmar Guimarães Júnior, Delegado de Polícia da Secretaria do Conselho de Polícia Civil, representando o Senhor Delegado-Geral. Cumprimentar o Delegado de Polícia Tiago Antonio Salvador, Chefe da Assessoria Policial Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo. Cumprimentar o Tenente Anthony Brian de Araújo Paterno, da Assessoria Jurídica da 2ª Região Militar, representando o Comandante da 2ª Região Militar, o General Montenegro. Cumprimentar as demais Autoridades, Desembargadores, Juízes, Membros do Ministério Público, Defensores Públicos, Advogados, Autoridades Civis e Militares, Familiares, dos empossados, Amigos do empossados, Senhores Servidores do Tribunal de Justiça. Minhas Senhoras e meus Senhores, o protocolo é longo, mas prometo ser breve.

O Tribunal de Justiça, como disse Sua Excelência, o Desembargador Geraldo Francisco Pinheiro Franco, está em festa pela posse de dois grandes Magistrados que têm atuado, desde a 1ª instância, com absoluta dedicação e comprometimento com o Tribunal de Justiça, comprometimento com o sistema de Justiça. Quando nós fazemos nosso compromisso, nosso juramento como Juízes Substitutos ou como Desembargadores, nós sempre nos referimos ao trato do amor à Justiça. O trato do amor à Justiça é, sem sombra de dúvida, seguir as leis, a Constituição, seguir os mandamentos que nos ordenam e que fixam como nosso norte na apreciação da pacificação dos conflitos. Mas, o amor à Justiça vai além disso. É o amor à Justiça, o amor ao nosso Tribunal, o amor à instituição Poder Judiciário. O Poder Judiciário é grande, é forte e a sua grandeza advém dos seus Magistrados e dos seus Servidores. Este é o amor à Justiça, que faz com

Acesso ao Sumário

que todos nós, todos os dias, tenhamos a precisão na prestação jurisdicional; que nós busquemos sempre a melhor prestação jurisdicional na pacificação dos conflitos; que as nossas dificuldades sejam, em verdade, instrumento de forja do nosso conhecimento, do nosso caráter, para que possamos sempre enfrentar e superar todas as dificuldades, pois elas estão no dia a dia e as comarcas, por mais difíceis que sejam, em locais mais distantes, como todos nós passamos, elas forjam também grandes juízes. E o dia a dia do Juiz é um dia a dia de enfrentamento de dificuldades – as nossas próprias, dos nossos comarcandos, dos nossos jurisdicionados – para que nós possamos, sem sombra de dúvida, enxergar as partes. Daí a importância da presença do Juiz: enxergar as partes e bem decidir. Enxergar a verdade onde ela está e buscá-la sempre de forma justa, íntegra e honrada.

E essa conduta do Magistrado é a conduta exemplar de vocês dois, razão pela qual é muito difícil, nesse momento de posse, momento de júbilo, momento de gratidão, de agradecimento, esquecermos de tudo aquilo que nós passamos e tudo aquilo que nós devemos. Não há virtude maior no ser humano do que a gratidão, porque nos colocamos não acima de todos, mas abaixo de todos, nós reconhecemos o quanto somos pequenos, o quanto nós aprendemos e o quanto devemos a todos. Devemos a Deus, devemos aos nossos pais, aos nossos entes queridos e às pessoas que nos ajudaram e nos ajudam no dia a dia. Então, o sentimento de gratidão é uma virtude sem igual. O sentimento de gratidão é uma revelação de honradez, dignidade ímpar, e isso vocês têm de sobra. Honradez e dignidade quando colocam humildemente um sentimento de gratidão e agradecendo pessoalmente a cada um, cada pessoa amada que aqui está ou não está, mas com certeza está presente, ainda que de forma outra, e muito feliz, e muito orgulhosa porque venceram todos os desafios.

Para o Juiz de carreira, chegar ao Tribunal de Justiça, chegar ao ápice da sua carreira, é o reconhecimento de todo o trabalho, de todo o merecimento, de todo o esforço por mais de três décadas de carreira de 1º grau. Sejam muito bem-vindos ao Tribunal de Justiça como Desembargadores. Tenham muito orgulho, como sei que têm, das togas que vestem, muito orgulho deste Tribunal de Justiça que, no próximo ano, faz 150 anos, e que tenhamos todos os nossos nomes gravados nos pilares do Salão dos Passos Perdidos, que é um marco efetivo da grandeza do Tribunal de Justiça de São Paulo.

A grandeza não está apenas nesse prédio maravilhoso. Esse prédio maravilhoso representa tudo aquilo que nós amamos. A grandeza do Tribunal está no nosso dia a dia e na prestação jurisdicional que nós efetivamos. Essa é a grandeza do Tribunal e, é por isso que, todos nós temos orgulho de pertencer ao Tribunal de Justiça de São Paulo e, é por isso que, nós amamos esse Tribunal.

Muito obrigado a todos. Declaro encerrada a sessão.

Acesso ao Sumário