REVISTA ELETRÔNICA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

REVISTA OFICIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOLUME 59 – ANO 10

SETEMBRO E OUTUBRO

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 40

Seção de Direito Público

a) Ações Rescisórias 334

b) Agravos de Instrumento 338

c) Apelações 355

d) Apelações/Remessas Necessárias 496

e) Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas 503

f) Remessas Necessárias 519

2- Jurisprudência Criminal:

a) Agravos em Execução Penal 522

b) Apelações 525

c) *Habeas Corpus* 692

d) Mandados de Segurança 720

e) Recursos em Sentido Estrito 749

f) Revisões Criminais 758

3- Jurisprudência do Órgão Especial:

a) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adin's) 764

b) Agravos Internos 816

c) Conflitos de Competência 823

d) Embargos de Declaração 845

e) *Habeas Corpus* 847

f) Inquéritos Policiais 862

g) Mandados de Segurança 865

h) Queixas-Crime 892

i) Reclamações 897

j) Representações Criminais 899

4- Jurisprudência da Câmara Especial:

a) Agravos de Instrumento 909

b) Apelações 933

c) Apelações/Remessas 937

d) Conflitos de Competência 959

e) Conflitos de Jurisdição 965

f) *Habeas Corpus* 969

5- Câmara Especial de Presidentes 973

6- Conselho Superior da Magistratura 1005

7- Noticiário 1021

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. 59, set./out. 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 ANA LUIZA VILLA NOVA**
Desembargadora MARIA SILVIA GOMES STERMAN**
Desembargador CLAUDIO TEIXEIRA VILLAR**
Desembargador JORGE ALBERTO QUADROS DE CARVALHO SILVA**

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 JOÃO BATISTA Amorim de VILHENA Nunes
Desembargador EMERSON SUMARIVA JÚNIOR**

6ª Câmara de Direito Privado (sala 510 — 5ª feira — 09:30 horas — PJ)

Desembargador Paulo Roberto GRAVA BRAZIL
Desembargador VITO José GUGLIELMI
Desembargador José Carlos COSTA NETTO***
Desembargadora MARCIA Lourenço MONASSI
Desembargador RODOLFO PELLIZARI
Desembargador MARCUS VINICIUS RIOS GONÇALVES**
Desembargadora MARIA DO CARMO HONORIO**
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 Luiz Fernando SALLES ROSSI***
Desembargador PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO
Desembargador João Batista SILVÉRIO DA SILVA
Desembargador THEODURETO de Almeida CAMARGO Neto
Desembargadora CLARA MARIA ARAÚJO XAVIER
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
Desembargadora DANIELA Maria CILENTO MORSELLO
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**
Desembargador MARCIO ANTONIO BOSCARO**

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

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

Desembargador GILBERTO Pinto DOS SANTOS
Desembargador WALTER Pinto da FONSECA Filho
Desembargador GIL Ernesto Gomes COELHO
Desembargador RENATO RANGEL DESINANO***
Desembargador Alberto MARINO NETO
Desembargador 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 JAIRO BRAZIL FONTES OLIVEIRA**
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**
Desembargador MARCELO IELO AMARO**

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 LUÍS Henrique Barbante FRANZÉ
Desembargador EDUARDO VELHO Neto
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**
Desembargador ALEXANDRE DAVID MALFATTI**

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

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

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

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

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

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

Desembargador Gastão Toledo de CAMPOS MELLO Filho
Desembargador Manuel MATHEUS FONTES***
Desembargador ROBERTO Nussinkis MAC CRACKEN
Desembargador ALBERTO GOSSON Jorge Junior
Desembargador HÉLIO NOGUEIRA
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
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**
Desembargadora CLAUDIA CARNEIRO CALBUCCI RENAUX**

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**
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***

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**

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)

Desembargador RENATO DELBIANCO
Desembargador MARCELO MARTINS BERTHE
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
Desembargadora MARIA LAURA de Assis Moura TAVARES***
Desembargadora HELOÍSA MARTINS MIMESSI
Desembargador CARLOS EDUARDO PRATAVIERA**

3º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — SEGUNDA-FEIRA — PJ — (SALA 604)

6ª Câmara de Direito Público (sala 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
Dsembargadora MARIA ISABEL CAPONERO COGAN

2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente (sala 604 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador PAULO Celso AYROSA Monteiro de Andrade***
Desembargador PAULO ALCIDES Amaral Salles
Desembargador LUÍS FERNANDO NISHI***
Desembargador MIGUEL PETRONI NETO
Desembargador ROBERTO MAIA Filho

COMPOSIÇÃO DE GRUPOS E CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL

1º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — SEGUNDA-FEIRA — PJ — (SALAS 201/203)

1ª Câmara de Direito Criminal (salas 201/203 — 2ª feira — 10:00 ou 13:30 horas — PJ)

Desembargador Luiz Antonio FIGUEIREDO GONÇALVES***
Desembargador MÁRIO DEVIENNE FERRAZ
Desembargador IVO DE ALMEIDA
Desembargador ALBERTO ANDERSON FILHO
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 — 4ª 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
Daniela Ida Menegatti Milano
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
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
Joel Birello Mandelli
João Augusto Garcia
José Wilson Gonçalves
Julio Cesar Silva de Mendonça Franco
Márcio Teixeira Laranjo

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2033792-08.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes BULLGUER ALIMENTAÇÕES LTDA. (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL) e BULLGUER FRANQUIADORA DE ALIMENTAÇÕES LTDA. (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL), é agravado BANCO ABC BRASIL S.A.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U. Julgado como preferência simples.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30752)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ELÓI ESTEVÃO TROLY (Presidente) e RAMON MATEO JÚNIOR.

São Paulo, 22 de agosto de 2023.

MENDES PEREIRA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Execução de título extrajudicial – Devedoras em recuperação judicial – Decisão agravada que deferiu o levantamento da quantia constrita via SISBAJUD em favor da parte exequente – Hipótese que versa sobre crédito extraconcursal, uma vez que decorrente de crédito garantido por cessão fiduciária – Aplicação do art. 49, caput, e §3º, da Lei nº 11.101/05 – Precedentes do C. STJ e deste Tribunal – Crédito que não se submete aos efeitos da recuperação judicial – Necessidade, todavia, de que a penhora ou excussão de bens seja submetida ao crivo do juízo da recuperação judicial, conforme jurisprudência pacífica do C. STJ, e deste E. TJSP – Vis attractiva do juízo da recuperação judicial, em atenção aos princípios da universalidade e da preservação da empresa – Ativos financeiros bloqueados nos autos que não escapam a esse controle do juízo concursal – Decisão reformada em parte – Agra-

Acesso ao Sumário

vo parcialmente provido apenas para que a penhora de bens ou de recursos financeiros de titularidade das empresas recuperandas, ora agravantes, seja submetida ao crivo do juízo da recuperação judicial.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto diante da r. decisão copiada nas folhas 40/44 do recurso que, dentre outros comandos, deferiu levantamento de R$ 19.890,97 em proveito da parte exequente.

Aduzem as recorrentes que o valor seria necessário para manter a atividade empresarial diante da recuperação judicial. Pretendem o levantamento em favor da parte devedora ou, subsidiariamente, seja remetida a questão ao Juízo Recuperacional para avaliar a essencialidade. Não se trataria de crédito extraconcursal. O credor foi incluído na lista apresentada na recuperação judicial, descabido manter o bloqueio.

Foi deferido efeito suspensivo ao levantamento do valor bloqueado por qualquer das partes (fls. 81).

Contraminuta pelo agravado às fls. 89-108. Ressalta que seu crédito não está sujeito aos efeitos da recuperação judicial, posto que é garantido por cessão fiduciária de direitos creditórios, sendo possível o prosseguimento da execução de origem, inclusive, durante o "stay period". Salienta, ademais, que dinheiro não se equipara a bens de capital indispensáveis ao funcionamento da empresa, de modo que o bloqueio "on line" efetuado deve ser mantido. Anota, por fim, que a penhora foi realizada antes do deferimento do processamento do pedido recuperacional, devendo permanecer. Requer o desprovimento do recurso.

As partes manifestaram oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

O crédito com garantia fiduciária é extraconcursal (parágrafo 3º do art. 49 da LRJ[1]). A jurisprudência pacífica e contemporânea do Superior Tribunal de Justiça:

"A jurisprudência uníssona desta eg. Corte firmou-se no sentido de que,

Acesso ao Sumário

1 "Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos";

(...)

§ 3º. Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4 o do art. 6 o desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial."

em "(...) face da regra do art. 49, § 3º, da Lei 11.101/2005, não se submetem aos efeitos da recuperação judicial os créditos garantidos por alienação fiduciária" (CC 131.656/PE, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/10/2014, DJe de 20/10/2014). 3. Considerando que o v. acórdão estadual está em consonância com a jurisprudência desta eg. Corte, o apelo nobre, pela alínea c do permissivo constitucional, esbarra na Súmula 83/STJ. Agravo interno desprovido" (AgInt no AREsp 912.237/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 06/06/2017, DJe 20/06/2017);

"O entendimento da Corte estadual encontra-se em harmonia com a jurisprudência consolidada neste Sodalício, no sentido de que o credor titular da posição de proprietário fiduciário ou de crédito garantido por cessão fiduciária não se submete aos efeitos da recuperação judicial. Incidência da Súmula 83 do STJ. Agravo interno não provido" (AgInt no AREsp 854.803/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 15/02/2017).

Tal entendimento, portanto, revela a possibilidade de prosseguimento da execução em face das empresas recuperandas, notadamente diante da ausência de qualquer efeito suspensivo em vigência.

Por outro lado, revela-se necessário que a penhora de bens ou recursos financeiros deve ser previamente submetida ao crivo do juízo recuperacional.

Isto porque, ainda que o crédito decorrente do título garantido por cessão fiduciária não se submeta aos efeitos do regime de recuperação judicial, os atos praticados nos autos da ação de execução estão sujeitos a *vis attractiva* do juízo da recuperação judicial, em atenção aos princípios da universalidade e da preservação da empresa.

Assim, a viabilidade da efetivação da penhora sobre bens de empresas que se encontram em recuperação judicial, como é o caso dos autos, é questão cuja aferição compete ao juízo da recuperação, que possui melhores elementos para avaliar o impacto das constrições sobre as referidas empresas.

Neste sentido, o C. STJ assim já decidiu:

"Segundo a jurisprudência da Segunda Seção, a análise do caráter extraconcursal das dívidas da empresa em recuperação garantidas por alienação fiduciária deve ser realizada pelo juízo universal. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg nos EDcl no CC 143.015/MS, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/02/2017, DJe 01/03/2017).

"CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE VEÍCULOS. BENS ESSENCIAIS À ATIVIDADE EMPRESARIAL. PRESERVAÇÃO

Acesso ao Sumário

DA EMPRESA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO UNIVERSAL. 1. Conflito de competência suscitado em 04/05/2016. Atribuído ao Gabinete em 14/11/2016. 2. Apesar de o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis não se submeter aos efeitos da recuperação judicial, o juízo universal é competente para avaliar se o bem é indispensável à atividade produtiva da recuperanda. Nessas hipóteses, não se permite a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais à sua atividade empresarial (art. 49, §3º, da Lei 11.101/05). Precedentes. 2. Na espécie a constrição dos veículos alienados fiduciariamente implicaria a retirada de bens essenciais à atividade da recuperanda, que atua no ramo de transportes. 3. Conflito conhecido. Estabelecida a competência do juízo em que se processa a recuperação judicial" (CC 146.631/MG, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, j. em 14/12/2016).

"DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CRÉDITO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS POSTERIOR AO PEDIDO. NÃO SUJEIÇÃO AO PLANO DE RECUPERAÇÃO E A SEUS EFEITOS. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO NO JUÍZO COMUM. RESSALVA QUANTO A ATOS DE ALIENAÇÃO OU CONSTRIÇÃO PATRIMONIAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO UNIVERSAL. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. 1. Os créditos constituídos depois de ter o devedor ingressado com o pedido de recuperação judicial estão excluídos do plano e de seus efeitos (art. 49, caput, da Lei n. 11.101/2005). Isso porque, "se assim não fosse, o devedor não conseguiria mais acesso nenhum a crédito comercial ou bancário, inviabilizandose o objetivo da recuperação" (COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 191). (...) 4. Com efeito, embora o crédito de honorários advocatícios sucumbenciais surgido posteriormente ao pedido de recuperação não possa integrar o plano, pois vulnera a literalidade da Lei n. 11.101/2005, há de ser usado o mesmo raciocínio que guia o art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/2005, segundo o qual mesmo os credores cujos créditos não se sujeitam ao plano de recuperação não podem expropriar bens essenciais à atividade empresarial, na mesma linha do que entendia a jurisprudência quanto ao crédito fiscal, antes do advento da Lei n. 13.043/2014. 5. Assim, tal crédito não se sujeita ao plano de recuperação e as execuções prosseguem, mas o juízo universal deve exercer o controle sobre atos de constrição ou expropriação patrimonial, aquilatando a essencialidade do bem à atividade empresarial. 6. Recurso especial parcialmente provido" (REsp 1298670/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/05/2015, DJe 26/06/2015).

No mesmo sentido, este E. Tribunal de Justiça:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – Declaratória cumulada com indenização – Cumprimento de sentença – Decisão rejeitou impugnação, determinando

Acesso ao Sumário

a realização de tentativa de bloqueio BACENJUD – Executada em recuperação judicial – Crédito não sujeito aos efeitos da recuperação judicial – Constrição de bens da empresa em recuperação judicial, todavia, deve ser submetida ao Juiz da recuperação judicial, para preservação da empresa – Precedentes – Recurso provido em parte" (Agravo de Instrumento nº 2070938-25.2019.8.26.0000; Relator Francisco Giaquinto; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado; Comarca: Presidente Prudente; Julgado em 28/05/2019).

"RECUPERAÇÃO JUDICIAL – Executada em regime de recuperação judicial – Decisão que determinou ser da competência do juízo da recuperação a decisão sobre atos de constrição – Hipótese de crédito não sujeito ao regime da recuperação – Precedente do STJ – Mesmo nos casos em que se trata de crédito extraconcursal, não sujeito ao regime da recuperação judicial, tais atos devem ser submetidos ao juízo da recuperação, sob pena de inviabilizar o equilíbrio financeiro da empresa recuperanda. RECURSO NÃO PROVIDO" (Agravo de Instrumento nº 2229292-85.2018.8.26.0000; Relator Nelson Jorge Júnior; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado; Comarca: Graça; Julgado em 16/01/2019).

E, em que se respeitem entendimentos em sentido diverso, tem-se que o fato de se tratar de dinheiro não altera a conclusão supra. Ainda nesse caso, o bloqueio submete-se à análise do juízo recuperacional.

Desta forma, de rigor a reforma parcial da r. decisão agravada, apenas para que a penhora de bens ou recursos financeiros de titularidade das empresas recuperandas, ora agravantes, seja submetida ao crivo do juízo da recuperação judicial, nos termos da fundamentação acima.

Diante do exposto, dá-se parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2036977-54.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes Y.A.M.M. e M.F.D.A., é agravado J.M.C.M.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.684)**

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

Acesso ao Sumário

São Paulo, 4 de setembro de 2023.
ALCIDES LEOPOLDO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Gratuidade da Justiça – Pessoa natural – Menor alimentanda – Deferimento do benefício independentemente da situação financeira da mãe, para evitar-se o risco de prejuízo processual à incapaz, sem prejuízo de melhor apreciação ao final quanto à responsabilidade pelo pagamento das verbas sucumbenciais – Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de concessão do efeito suspensivo, nos autos da ação de prestação de contas com tutela de urgência, em razão do indeferimento dos benefícios da gratuidade da justiça, sob o fundamento de que a autora aufere renda, possui bens imóveis e reservas financeiras em seu nome, o que é incompatível com a alegação de pobreza.

Sustenta a recorrente menor que a gratuidade da justiça é seu direito personalíssimo em razão da matéria tratada, qual seja, a prestação de contas referente à pensão alimentícia.

Pleiteia a concessão do efeito suspensivo, e, ao final, que sejam concedidos os benefícios da gratuidade da justiça à menor.

Deferido o efeito ativo, não foram apresentadas contrarrazões (fls.14).

A D. Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls.19/20).

É o Relatório.

No vigente CPC/2015 assiste à pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios, direito à gratuidade da justiça, em relação a algum ou a todos os atos processuais, ou na redução percentual de despesas processuais (art. 98), presumindo-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural (art. 99, § 3º), podendo o juiz indeferir o pedido somente se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais.

No caso, figura no polo ativo da demanda menor impúbere, beneficiária de alimentos que destinam-se à sua subsistência, não podendo ser utilizados para o custeio de despesas processuais e honorários advocatícios, desconhecendo-se que a menor possua bens próprios, advindos de herança ou doação, que

Acesso ao Sumário

lhe gerem renda.

É assente perante o Superior Tribunal de Justiça que "4- Em se tratando de menores representados pelos seus pais, haverá sempre um forte vínculo entre a situação desses dois diferentes sujeitos de direitos e obrigações, sobretudo em razão da incapacidade civil e econômica do próprio menor, o que não significa dizer, todavia, que se deva automaticamente examinar o direito à gratuidade a que poderia fazer jus o menor à luz da situação financeira de seus pais. **5- A interpretação que melhor equaliza a tensão entre a natureza personalíssima do direito à gratuidade e a notória incapacidade econômica do menor consiste em aplicar, inicialmente, a regra do art. 99, §3º, do novo CPC, deferindo-se o benefício ao menor em razão da presunção de sua insuficiência de recursos, ressalvada a possibilidade de o réu demonstrar, com base no art. 99, §2º, do novo CPC, a posteriori, a ausência dos pressupostos legais que justificam a gratuidade, o que privilegia, a um só tempo, os princípios da inafastabilidade da jurisdição e do contraditório.** 6- É igualmente imprescindível que se considere a natureza do direito material que é objeto da ação em que se pleiteia a gratuidade da justiça e, nesse contexto, não há dúvida de que não pode existir restrição injustificada ao exercício do direito de ação em que se busque o adimplemento de obrigação de natureza alimentar. 7- O fato de o representante legal das partes possuir atividade remunerada e o elevado valor da obrigação alimentar que é objeto da execução não podem, por si só, servir de empeço à concessão da gratuidade de justiça aos menores credores dos alimentos. (REsp n. 1.807.216/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 4/2/2020, DJe de 6/2/2020.)

Assim, deve ser concedido o benefício da gratuidade da justiça para que não haja risco de prejuízo processual à incapaz, sem prejuízo de melhor apreciação ao final, quanto à responsabilidade pelo pagamento das verbas sucumbenciais.

Pelo exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao recurso, confirmando-se a liminar do relator.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2208838-11.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE e Interessada QUALICORP ADMINISTRADORA DE BENEFÍCIOS S/A, é agravada NEUSA BOSQUE HAIAT.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em 9ª 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. Michelle Ris Mohrer, OAB/SP 409.309.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37994)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GALDINO TOLEDO JÚNIOR (Presidente sem voto), CÉSAR PEIXOTO e JANE FRANCO MARTINS.

São Paulo, 19 de setembro de 2023.

EDSON LUIZ DE QUEIROZ, Relator

Ementa: Agravo de instrumento. Plano de saúde. Ação declaratória de nulidade de reajuste de mensalidade de plano de saúde c.c pedido de restituição de valores. Reajuste por sinistralidade/anual. Decisão deferiu tutela de urgência, determinando suspensão de reajustes aplicados em 2022 e 2023, sob pena de multa. Substituição pelos índices autorizados pela ANS para contratos individuais. Insurgência da ré. Requisitos do art. 300, do CPC, demonstrados em parte. Perigo de dano irreversível à saúde e à vida. Reversibilidade da medida em caso de improcedência da demanda. Mantida a suspensão dos reajustes aplicados. Período recente, para o qual se verifica urgência. Decisão mantida. Agravo não provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, em ação declaratória de nulidade de reajuste de mensalidade de plano de saúde c.c pedido de restituição de valores. A decisão impugnada deferiu pedido de tutela de urgência, para determinar que a requerida, ora agravante, realize os cálculos das mensalidades da autora, devendo incidir apenas os aumentos permitidos pela ANS, até julgamento final da demanda, mantida a cobertura do plano de saúde nos termos contratados, sob pena de multa diária fixada em R$ 1.000,00 (mil reais), limitada a 30 dias.

Insurge-se a ré. Entende que a autora não demonstrou perigo de dano, requisito essencial ao deferimento da tutela de urgência. Indica que o contrato é do tipo coletivo por adesão, não havendo negociação direta entre beneficiário e operadora. Afirma que é entendimento do STJ a presunção de legalidade dos reajustes, diante do VCMH. Cita precedentes.

Acesso ao Sumário

O recurso foi processado sem a concessão de efeito suspensivo. Em contraminuta, a parte agravada pauta pela negativa de provimento ao recurso.

É o relatório.

É dos autos que a autora aderiu ao plano de saúde da Sul América, na modalidade coletivo por adesão.

Moveu a ação para revisão do contrato e declaração de nulidade das cláusulas de reajuste por anuais (financeiros e por sinistralidade), sustentando que no ano de 2022 e 2023 sofreu reajustes abusivos, alcançando a mensalidade atual o valor de R$ 6.498,38 (seis mil, quatrocentos e noventa e oito reais e trinta e oito centavos). Obteve a tutela de urgência, nos termos da decisão ora agravada.

Dispõe o artigo 300, caput, do Código de Processo Civil/2015, que, a tutela provisória de urgência poderá ser concedida se houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito invocado e o perigo de risco ao resultado útil do processo.

Nesse sentido é o posicionamento de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, em "Novo Código de Processo Civil Anotado", 20ª edição, 2016, Editora Forense, página 361:

> "O perigo de dano refere-se ao interesse processual em obter uma justa composição do litígio, seja em favor de uma ou de outra parte, o que não poderá ser alcançado caso se concretize o dano temido. Ele nasce de dados concretos, seguros, objeto de prova suficiente para autorizar o juízo de grande probabilidade em torno do risco de prejuízo grave. Pretende-se combater os riscos de injustiça ou de dano derivados da espera pela finalização do curso normal do processo. Há que se demonstrar, portanto, o 'perigo na demora da prestação da tutela jurisdicional' (NCPC, art. 300). Esse dano corresponde, assim, a uma alteração na situação de fato existente no tempo do estabelecimento da controvérsia – ou seja, do surgimento da lide –, que é ocorrência anterior ao processo. Não impedir sua consumação comprometerá a efetividade da tutela jurisdicional a que faz jus o litigante".

No caso dos autos, está presente perigo de dano irreparável, pois o significativo aumento da mensalidade dificulta o adimplemento da obrigação contratual pelo beneficiário, colocando em risco seu direito à saúde e até mesmo à vida. Nota-se a autora é pessoa idosa, nascido em 02/02/1942, certamente necessitando do plano.

Além disso, a tutela de urgência tem caráter reversível. Julgada improcedente a demanda, a ré poderá reaver os valores descontados. Por ora, não há demonstração de prejuízo financeiro, considerando a capacidade da ré.

Além disso, a autora, em momento anterior, propôs demanda visando o afastamento de reajustes aplicados nos anos de 2016 e 2020, obtendo êxito. Novamente, a medida está sendo necessária, com reajustes atuais, sendo con-

Acesso ao Sumário

temporânea a urgência.

Por fim, nada impede que o juízo reveja a questão após o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, que trarão melhores elementos para julgamento da demanda.

Finalizando, as demais questões arguidas pelas partes ficam prejudicadas, segundo orientação do Superior Tribunal de Justiça, perfilhada pela Ministra Diva Malerbi, no julgamento dos EDcl no MS 21.315/DF, proferido em 08/06/2016, já na vigência CPC/2015: "*o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão (...), sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida*".

Na hipótese de apresentação de embargos de declaração contra o presente Acórdão, ficam as partes intimadas a se manifestarem, no próprio recurso, a respeito de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do art. 1º da Resolução n.º 549/2011, com a redação alterada pela Resolução nº 772/2017 do Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça, entendendo-se o silêncio como concordância.

Pelo exposto, NEGA-SE provimento ao agravo de instrumento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2132214-18.2023.8.26.0000, da Comarca de Franca, em que é agravante AHIMSA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA., é agravado ITAÚ UNIBANCO S/A.

ACORDAM, em 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. Compareceram para sustentar oralmente Dra. Anelisa Ribeiro de Souza e Ana Carolina Spinardi Vieira.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 53.894)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARLOS ABRÃO (Presidente) e LUIS FERNANDO CAMARGO DE BARROS VIDAL.

São Paulo, 27 de setembro de 2023.
THIAGO DE SIQUEIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo de Instrumento – Ação de obrigação de fazer e de não fazer cumulada com indenização por danos morais – Tutela provisória de urgência – Indeferimento – Pedido feito pela agravante visando o reestabelecimento dos contratos de câmbio e da garantia pecuniária, sob o fundamento de que o prazo de 1500 dias previsto no art. 38, inc. II, da Resolução do Banco Central do Brasil nº 277/2022 é de observância obrigatória – Descabimento – Prorrogação vinculada à vontade das partes contratantes, sob pena de ofensa às cláusulas incialmente pactuadas – Verossimilhança do direito alegado e risco de dano de difícil reparação não evidenciado – Requisitos para concessão desta medida, nos termos do art. 300 do CPC, ainda não configurados – Decisão mantida – Recurso improvido.

VOTO

O presente agravo de instrumento foi interposto contra a r. decisão (fls. 70/71 dos autos de origem) que, em ação de obrigação de fazer e de não fazer cumulada com indenização por danos morais, indeferiu pedido de tutela de urgência visando o reestabelecimento dos contratos de câmbio e da garantia pecuniária, por entender que não há prorrogação automática estabelecida pela Resolução do Banco Central do Brasil nº 277/2022.

Insurge-se a autora/agravante sustentando que a prorrogação estabelecida pela Resolução do Banco Central do Brasil nº 277/2022 é de observância obrigatória, não fazendo sentido a interpretação dada na decisão recorrida, considerando tratar-se de benefício à parte, como medida de manutenção da atividade empresarial. Argumenta que *Esta prorrogação fora concedida em razão da pandemia do Coronavírus (COVID-19), pois com a redução da produção e aumento nos preços, principalmente dos insumos, tornou-se quase impossível cumprir-se os prazos de liquidação anteriormente acordados (tabela abaixo-data inicial de liquidação), sob pena de colapso financeiro do país. Entretanto, o prazo estabelecido pelo Banco Central não tem sido observado pelo agravado, ente financeiro subordinado à referida Autarquia Maior, sendo que, por força de lei de regência, as novas datas de liquidação (1500 dias)*, conforme tabela que colaciona às fls. 3-4, demonstrando o prazo entre a contratação e a liquidação dos contratos de ACC não se encontrem vencidas, inexistindo atraso. Ressalta que notificou extrajudicialmente o agravado a fim de aplicar o direito de prorrogação, sem ter obtido êxito. Além disso, afirma estar recebendo cobranças indevidas em decorrência da inobservância do prazo de prorrogação, *Inclusive, de forma totalmente irregular, no dia 22/05/2023, o banco agravado*

Acesso ao Sumário

esvaziou a conta da agravante, sacando em seu favor todo o valor depositado a título de garantia, conforme se observa pelo extrato de fl. 5 e diz que o agravado cancelou as operações contratadas (fls. 6-7). Arremata mencionando que os contratos foram firmados no período abrangido pela Resolução, possuindo direito de utilizar o prazo de 1.500 dias para postergar o vencimento dos contratos. Estando presentes os requisitos, postula: a concessão da tutela provisória de urgência com efeito ativo, *inaudita altera pars*, para que reste deferido o pedido de tutela provisória de urgência para restabelecimento dos contratos de câmbio e da garantia pecuniária, até o julgamento da presente ação; no mérito, o provimento do presente Agravo de Instrumento, ratificando a tutela concedida, com a consequente reforma da decisão agravada para manter em definitivo suspenso o restabelecimento dos contratos de câmbio e da garantia pecuniária, até o julgamento da presente ação.

Recurso tempestivo, preparado e processado, com o deferimento em parte da antecipação de tutela recursal requerida pela agravante para suspender o cancelamento destas operações aqui versadas que veio a ser promovido pelo banco agravado (fls. 62/63).

Foi informado pela agravante o descumprimento da tutela recursal à fl. 76, tendo sido proferida a decisão de fl. 82 que determinou o cumprimento da determinação pelo agravado, sob pena de multa diária de R$ 5.000,00, limitada a 30 dias multa.

Houve apresentação de contraminuta acusando preliminar de não conhecimento do recurso por não inobservância do princípio da dialeticidade (fls. 86/101).

É o relatório.

A alegação de não conhecimento do recurso, deve ser rejeitada, uma vez que as razões recursais apresentadas pela agravante são suficientes para atacar a fundamentação da decisão recorrida, porquanto reitera os motivos pelos quais entende que sua pretensão merece ser integralmente acolhida, demonstrando seu interesse na reforma do entendimento adotado e, por conseguinte, de recorrer dessa decisão. Preenche, portanto, em linhas gerais os requisitos previstos nos art. 1.010 do CPC, para ensejar o seu conhecimento.

Fica afastada, por isso, referida preliminar arguida em contraminuta.

No mais, é de se reconhecer que o inconformismo da agravante não merece ser acolhido, em que pese o deferimento parcial da antecipação de tutela que lhe foi concedida quando do recebimento deste recurso.

Trata-se, no caso vertente, de ação de obrigação de fazer e de não fazer cumulada com indenização por danos morais, ajuizada pela agravante contra o agravado, visando o reestabelecimento dos contratos de câmbio firmados entre as partes, bem como da garantia pecuniária, com supedâneo na Resolução do Banco Central do Brasil nº 277/2022, sob o argumento de que possui o direito de

Acesso ao Sumário

utilizar o prazo de 1.500 dias para postergar o vencimento dos contratos. A autora apresentou pedido de tutela de urgência a fim de que sejam reestabelecidos os contratos de câmbio e a garantia pecuniária, até o julgamento da presente ação.

O douto Magistrado houve por indeferir a tutela de urgência requerida, consignando que:

II- Inexistindo elementos suficientes que evidenciem a probabilidade do direito invocado pela parte requerente, ao menos para esta fase de superficial cognição, DENEGO o pedido de tutela de urgência de natureza antecipada formulado na petição inicial, sendo temerária a concessão da medida sem o contraditório, sob pena de ofensa ao devido processo legal, estampado no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Apesar do alegado, depreende-se que não houve a prorrogação das liquidações dos contratos, tal como pretende a parte autora.

Perceba que a Resolução nº 277/2022 do Banco Central do Brasil "regulamenta a Lei nº 14.286, de 29 de dezembro de 2021, em relação ao mercado de câmbio e ao ingresso no País e à saída do País de valores em reais e em moeda estrangeira, e dá outras providências" e em seu artigo38 estabelece limites máximos para os prazos de liquidação, mas não os prorroga.

O referido artigo é claro ao trazer a redação no sentido de que "a liquidação da operação de câmbio ocorre quando da entrega de ambas as moedas, nacional e estrangeira, objeto da contratação ou de títulos que as representem e pode ser:

(...)

I - pronta, ou seja, em até dois dias úteis da data da contratação, excluídos os dias não úteis em pelo menos uma das praças das moedas envolvidas;

II - futura, com prazo de até mil e quinhentos dias; ou

III - a termo para operações interbancárias,

com prazo de até mil e quinhentos dias" (destaques meus).

Ou seja, não há a postergação automática pretendida.

Manifeste-se a parte autora se tem interesse no prosseguimento da ação.

Oportunamente deliberarei sobre a citação da parte ré.

Intime(m)-se. (fls. 70/71 dos autos de origem).

Pois bem.

Realmente, o que se observa da previsão contida em referida Resolução é unicamente que previu novos prazos para liquidação da operação de câmbio e que a prorrogação, diferentemente do alegado nas razões recursais, não é automática, estando vinculada, obrigatoriamente, à negociação e concordância das partes.

Vejamos as disposições a respeito da prorrogação dos contratos de câmbio de acordo com a Resolução do Banco Central do Brasil nº 277/2022:

CAPÍTULO II

Acesso ao Sumário

LIQUIDAÇÃO, ALTERAÇÃO, PRORROGAÇÃO, CANCELAMENTO OU BAIXA DE OPERAÇÃO DE CÂMBIO

Art. 38. A liquidação da operação de câmbio ocorre quando da entrega de ambas as moedas, nacional e estrangeira, objeto da contratação ou de títulos que as representem e pode ser:

I - pronta, ou seja, em até dois dias úteis da data da contratação, excluídos os dias não úteis em pelo menos uma das praças das moedas envolvidas;

II - futura, com prazo de até mil e quinhentos dias; ou

III - a termo para operações interbancárias, com prazo de até mil e quinhentos dias.

§ 1º Caso as partes estejam de acordo, é admitida liquidação em data anterior à data originalmente acordada, salvo em caso de vedação estabelecida nesta Resolução.

§ 2º A liquidação no mesmo dia da contratação de câmbio é obrigatória para a compra ou venda de moeda estrangeira em espécie, em cheques de viagem e para o aporte e a retirada de recursos em moeda estrangeira em cartão ou outro meio de pagamento eletrônico de uso internacional.

§ 3º O prazo mínimo para liquidação de operação de venda de moeda estrangeira a título de doação de valor igual ou superior a R$100.000,00 (cem mil reais) é de um dia útil.

§ 4º Se a liquidação de operação de câmbio de exportação ocorrer após a data do embarque da mercadoria ou da prestação do serviço, o prazo máximo entre tais eventos é de mil e quinhentos dias.

§ 5º Para fins do disposto no § 4º, considera-se data de embarque:

I - a data de emissão do conhecimento de transporte internacional;

II - a data de averbação do despacho, caso não esteja disponível a data de emissão do conhecimento de transporte internacional; ou

III - a data do documento equivalente ao conhecimento de transporte internacional, caso a mercadoria seja admitida em regime aduaneiro especial.

Art. 39. A regularização de operação de câmbio pode ocorrer mediante prorrogação, liquidação, cancelamento ou baixa, observados os prazos e demais condições estabelecidas na regulamentação.

Art. 40. A instituição autorizada a operar no mercado de câmbio deve poder comprovar a concordância do cliente para alteração de condição pactuada em operação de câmbio, observado que é vedada a alteração do comprador, do vendedor, do valor em moeda estrangeira, do valor em moeda nacional, da moeda estrangeira e da taxa de câmbio. (destacado).

Portanto, considerando o previsto no art. 40 no sentido de que a instituição deve comprovar a concordância do cliente para alteração das condições pactuadas na operação de câmbio, resta evidente que a prorrogação de prazos para liquidação de contratos de câmbio não é automática, dependendo a modificação

Acesso ao Sumário

das condições contratuais do acordo de vontade das partes.

E, diferentemente do alegado pela agravante, a Resolução do Bacen "Regulamenta a Lei nº 14.286, de 29 de dezembro de 2021, em relação ao mercado de câmbio e ao ingresso no País e à saída do País de valores em reais e em moeda estrangeira, e dá outras providências.", não tendo referida Resolução o objetivo de socorrer as empresas afetadas pela pandemia.

Ademais, como bem mencionado pelo agravado:

(...), nos termos da redação original do art. 99 da Circular n. 3.691/2013 do BACEN, nas operações de câmbio exportação, o prazo máximo para liquidação era de 750 dias. A partir da entrada em vigor da Circular n. 4.002/2020, o prazo máximo de liquidação do contrato de câmbio para exportação passou a ser de 1.500 dias. Referido prazo foi mantido com a edição da Resolução n. 277/2022.

Entretanto, como dito, ao contrário do que busca fazer crer a parte Agravante, a alteração dos prazos máximos para liquidação das operações não se traduz em automática alteração do prazo de liquidação de quaisquer contratos de câmbio celebrados em momento anterior.

A Circular n. 4.002/2020 e a Resolução n. 277/2022 apenas estabeleceram novos limites aos prazos que podem ser ajustados entre as instituições financeiras e os exportadores. Não houve prorrogação automática das datas de liquidação dos contratos de câmbio ativos, mas apenas a alteração do prazo máximo entre a data da contratação e liquidação.

A partir da exposição de motivos da Circular nº 4.002/2020, nota-se que a utilização dos prazos máximos dependeria, como não poderia deixar de ser, da concordância das partes:

8. De se registrar que a utilização dos prazos máximos ora estabelecidos dependem da concordância do comprador e do vendedor da moeda estrangeira tanto para os contratos de câmbio que vierem a ser celebrados quanto para a alteração contratual de contratos de câmbio já celebrados e ainda não liquidados.

Veja-se, aliás, que, em qualquer um dos regimes, as partes possuem liberdade para estabelecer prazo máximo de liquidação diverso, inferior aos prazos previstos nas normativas sob exame.

Portanto, a interpretação da referida Resolução nº 277/2022 BACEN, realizada pela parte Agravante, se mostra totalmente equivocada. Reitera-se aqui que, da simples leitura dos atos normativos, fica claro que não existe qualquer previsão de prorrogação automática, sem concordância de ambas as partes. (fl. 94/95).

Assim, o prazo estipulado à época da contratação deve ser respeitado e somente pode ser prorrogado se houver mútuo consentimento, o que não ocorreu na hipótese, não havendo como ser acolhida a tutela de urgência pleiteada.

Acesso ao Sumário

Não estão presentes no caso, portanto, os requisitos que permitem a concessão da tutela provisória requerida pela agravante, consoante previsto no art. 300 do CPC.

A irresignação da agravante não merece, pois, ser acolhida.

Em razão do resultado proclamado, revoga-se a tutela recursal parcialmente concedida na decisão de fls. 62/63, restando prejudicada a fixação de multa para o seu cumprimento.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2110384-93.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes LOISY MARLA COELHO PIRES DE SIQUEIRA, WILLIAN GOMES DE SIQUEIRA, CAMILA MOREIRA DE BIASI FAVA e WLJC CONSULTORIA E GESTÃO EMPRESARIAL LTDA., são agravados MAYKE ROCHA DE OLIVEIRA, RAYANNE DE ALMEIDA JANETI DE OLIVEIRA e SOLUÇÕES TECNOLOGIA EIRELI.

ACORDAM, em 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 58.860/2023)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores HUGO CREPALDI (Presidente) e CARMEN LUCIA DA SILVA.

São Paulo, 5 de outubro de 2023

MARCONDES D'ANGELO, Relator

Ementa: RECURSO – AGRAVO DE INSTRUMENTO – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – INVESTIMENTOS E LOCAÇÃO DE CRIPTOATIVOS – AÇÃO DE RESOLUÇÃO CONTRATUAL – DESCONSIDERAÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA – ARRESTO CAUTELAR. Pedido de desconsideração da personalidade jurídica articulado na inicial. Alegação de esvaziamento patrimonial com risco ao resultado útil do processo. Arguição dos sócios de nulidade processual por cerceamento de defesa. Descabimento. Deferimento da medida salutar com estabelecimento do contraditório de forma diferida, em conformidade com as disposições do Código de Pro-

cesso Civil quando presente motivo cautelar (artigos 134 a 137 e 300/301). Deferimento do arresto cautelar de valores nas contas dos sócios correta, pois, a despeito dos investimentos milionários noticiados, não foram encontrados ativos financeiros nas contas das pessoas jurídicas, mas o foram nas contas dos sócios a indicar possível confusão patrimonial, vez que, no presente momento, não há prova da origem dos recursos arrestados. Inversão tumultuária do processo na origem não verificada. Decisão mantida. Recurso de agravo de instrumento não provido.

VOTO

Vistos (recurso conexo ao agravo de instrumento n. 2108788-74.2023.8.26.0000).

Cuida-se de agravo de instrumento contra r. decisão integrada em sede de embargos de declaração, proferida em ação de resolução contratual tocante a contrato de investimento e locação de criptoativos, a qual promovida por MAYKE ROCHA DE OLIVEIRA e RAYANNE DE ALMEIDA JANETI DE OLIVEIRA em face de XLAND HOLDING LIMITADA, JEAN DO CARMO RIBEIRO, GABRIEL DE SOUZA NASCIMENTO, SOLUÇÕES TECNOLOGIA EIRELI, WLC CONSULTORIA E GESTÃO EMPRESARIAL LIMITADA, LOISY MARLA COELHO PIRES DE SIQUEIRA, WILLIAN GOMES DE SIQUEIRA, CAMILA MOREIRA DE BIASI FAVA e JUCIMAR GOMES.

Em síntese, o juízo "a quo" acolheu o pedido cautelar de bloqueio de ativos financeiros nas contas bancárias dos requeridos, via sistema SISBAJUD, até o limite de R$ 7.834.232,61 (sete mil, oitocentos e trinta e quatro mil, duzentos e trinta e dois reais e sessenta e um centavos), ao fundamento de risco de dano irreparável, pois há prova de que os requeridos negaram a restituição dos valores depositados pelos autores para a locação de criptoativos e vêm passando por dificuldades no mercado.

E quanto à pessoa jurídica WLC CONSULTORIA E GESTÃO EMPRESRIAL LIMITADA e seus sócios, observou a ocorrência de solidariedade legal por relação de consumo, por ter sido intermediadora dos investimentos e não ter sido encontrados ativos nas contas de quaisquer das pessoas jurídicas, justificando-se o bloqueio cautelar de bens dos sócios.

Inconformados, recorrem LOISY, WILLIAN, CAMILA e WLJC CONSULTORIA. Alegam, em suma, que: (a) houve o acolhimento de pedido de desconsideração da personalidade jurídica em sede de emenda da inicial, sem que os sócios da WLJC fossem citados, violação das disposições do art. 134 do Código de Processo Civil; (b) a XLAND HOLDING LIMITADA, com quem

Acesso ao Sumário

os agravados contrataram, possui bem móvel (pedra de alexandrita) avaliado em U$$ 500.000,00 (quinhentos milhões de dólares americanos) em garantia do cumprimento da obrigação contratual, conforme laudo pericial administrativo, não se justificando o bloqueio cautelar operado; (c) há inversão tumultuária do processo na origem, pois o juízo "a quo" determinou que se manifestassem sobre os documentos de folhas 352/604, quando sequer se esgotou o prazo para contestação; (d) há informações nos autos que a WLJC apenas indicou a XLAND para o investimento, não sendo responsável pela contratação. Pede a antecipação da tutela recursal para que seja determinado o imediato desbloqueio dos valores encontrados nas contas bancárias dos sócios, com o provimento meritório do recurso.

Distribuído o recurso originalmente ao excelentíssimo Desembargador CARLOS RUSSO, integrante da Egrégia 30ª Câmara de Direito Privado, declinou da competência por motivo de foro íntimo (folha 155).

Os autos me forem redistribuídos.

Recurso recebido com fulcro no artigo 1.015, inciso I, do Código de Processo Civil.

Indeferida liminar de efeito suspensivo.

Contraminuta às folhas 164/185. Na oportunidade, os agravados pedem o desprovimento do recurso.

Este é o relatório.

Por primeiro reitera-se a desconhecimento do recurso com relação a WLJC CONSULTORIA, pois já promoveu recurso próprio e não ostenta legitimidade para buscar interesses de seus sócios, demais agravantes.

Quanto ao mais, o recurso não procede.

Os autores afirmaram na petição inicial terem sido atraídos a investimentos em criptoativos os quais, ao que tudo indica, eram escusos, apresentados ao mercado e geridos com o propósito específico de lesar consumidores.

Nessa dinâmica, esclareceram que a pessoa jurídica WLJC CONSULTORIA atuava no mercado fazendo a captação de clientela, via indicação, em favor da XLAND GESTORA DE INVESTIMENTOS, com propósito de lucro.

Apontaram terem sido impedidos de resgatar seus investimentos e haver indícios de esvaziamento patrimonial das pessoas jurídicas em detrimento de seus credores, quando requereram, já na inicial, a desconsideração da personalidade jurídica das empresas com o arresto cautelar de ativos financeiros de seus sócios.

Considerando o risco ao resultado útil do processo e a probabilidade alta da ocorrência dos desvios patrimoniais noticiados, por notícias de inadimplência severa e não localização de patrimônio disponível, o juízo "a quo" acolheu o pedido de desconsideração da personalidade jurídica das empresas requeridas e, assim, procedeu o arresto cautelar de ativos financeiros em desfavor dos sócios

Acesso ao Sumário

das empresas.

Não se verifica qualquer erro de procedimento por parte do juízo "a quo" ("error in procedendo") tocante a condução do feito, vez que o pedido de desconsideração da personalidade jurídica fez parte da petição inicial emendada, deferindo-se o arresto cautelar com o estabelecimento do contraditório diferido sem qualquer prejuízo à defesa processual dos interesses dos sócios atingidos pela desconsideração, tudo em conformidade com os artigos 134 a 137 e 300/301 do Código de Processo Civil.

Inviável, no momento, o levantamento do arresto cautelar procedido em razão da existência de garantia do cumprimento contratual por parte da XLAND GESTORA DE INVESTIMENTOS, consistente em bem móvel (pedra de alexandrita) avaliado em U$$ 500.000,00 (quinhentos milhões de dólares americanos).

Isto porque, como já registrado em primeiro grau de jurisdição, ao que tudo indica se trata de garantia inidônea, pois adquirida em momento anterior pela XLAND ao custo de apenas R$ 6.000,00 (seis mil reais), apontando haver vício em sua avaliação ou ilícito quanto à sua aquisição.

Ademais, também como observado pelo Juiz "a quo" em sua r. decisão de folhas 755/765, a garantia real sobre coisas móveis se dá por penhor, jamais por contrato particular pelo qual a disposição da garantia permaneça na esfera de disponibilidade de terceiro, de maneira que, verdadeiramente, não se verifica garantia da satisfação do crédito dos agravados.

De outro lado, a inexistência de recursos financeiros em nome das pessoas jurídicas envolvidas no negócio complexo de investimento (captação, processamento e gestão), a impossibilitar o resgate do valor de R$ 7.834.232,61 (sete milhões, oitocentos e trinta e quatro mil, duzentos e trinta e dois reais e sessenta e um centavos), ou mesmo o arresto cautelar do numerário, evidencia risco ao resultado útil da demanda, a recomendar a manutenção do arresto cautelar deferido em desfavor dos sócios na origem.

Assim porque, enquanto não encontrados recursos financeiros em nome das empresas, em desfavor de seus sócios o arresto cautelar restou positivo no montante de R$ 1.720.897,99 (um milhão, setecentos e vinte mil, oitocentos e noventa e sete reais e noventa e nove centavos), a indicar, em tese, que os sócios foram favorecidos pessoalmente com os investimentos em detrimento dos consumidores, vez que ausente prova da origem do acúmulo desses valores em suas contas bancárias até o momento.

Por fim, inexiste inversão tumultuária do processo na origem em razão da determinação do juízo, dirigida àqueles que já faziam parte do feito, para que se manifestassem sobre a documentação de folhas 352/604, pois, à evidência, não impede a manifestação oportuna em contestação àqueles não integravam os autos.

Acesso ao Sumário

Por tudo, atento à cautelaridade mencionada inicialmente e confirmada neste instante processual, o recurso não comporta provimento.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso de agravo de instrumento, nos moldes desta decisão.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1015397-54.2022.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é apelante D. R. DA S. R. (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados A.L.D.R. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e A.B.D.P. (REPRESENTANDO MENOR(ES)).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 88952)**

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

São Paulo, 6 de agosto de 2023.

ENIO ZULIANI, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. Revisional de alimentos. Ação proposta por genitor em face da filha a quem presta alimentos. Sentença parcialmente procedente para reduzir os alimentos para 25% do salário mínimo durante o cumprimento do acordo celebrado nos autos do cumprimento de sentença para pagamento de valores em atraso de pensão alimentícia (até setembro de 2026). Ausência de alteração do binômio alimentar a justificar, até mesmo, a redução já deferida. Pedido de redução para 15% do salário mínimo durante o cumprimento do acordo destinado ao pagamento da pensão alimentícia em atraso. Impossibilidade. O valor fixado já é baixo e apenas ajuda na manutenção da menor; não chega sequer a ser realmente efetivo, apesar do padrão de vida modesto das partes. Não provimento.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Cuida-se o presente de recurso de apelação interposto por D. R. DA S. R., buscando a reforma da r. sentença que julgou parcialmente procedente o pedido para reduzir o valor dos alimentos, durante o período em que durar o acordo de fls. 20/21, em setembro de 2026, para 25% do salário mínimo, e condicionado ao pagamento da parcela. Em caso de inadimplemento do acordo de fls. 20/21, o valor dos alimentos retornará a 30% do salário mínimo nacional. Após o término do acordo, o valor dos alimentos retornará a 30% do salário mínimo, estando o autor empregado, em trabalho autônomo, informal ou desempregado, a partir de outubro de 2026.

Alega que a soma do valor da pensão alimentícia revisada (R$ 325,50 - 25% do salário mínimo nacional vigente) e o valor do referido acordo (R$ 185,35) ainda compromete significativamente a sua renda. Requer o provimento do recurso para a reduzir de 25% para 15% do salário mínimo nacional, o percentual a título de alimentos em favor da Apelada, até o adimplemento integral do acordo firmado em Ação de Cumprimento de Sentença (Processo nº0003853-23.2021.8.26.0344).

Ausente contrarrazões diante da revelia da ré.

Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça opinando pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

A diminuição do conteúdo econômico da obrigação alimentar depende de prova de alteração da capacidade financeira, porquanto se estará a modificar uma prestação em razão de fato superveniente e que importa sacrifício (notadamente ao devedor). A aplicação do art. 1.699 do CC, em verdade, materializa hipótese próxima daquelas em que constatadas a incidência da cláusula *rebus sic standibus*.

Em verdade, não se pode perder de vista que o dever de prestar alimentos tem por finalidade a garantia da dignidade da pessoa. São créditos que sustentam a sobrevivência e dizem respeito às necessidades básicas do ser humano vulnerável. Diz-se vulnerável porque a filha, nascida em 21.02.2016 – fls. 14, necessita de cuidados e dependem da ajuda financeira do pai.

No caso dos autos, não obstante os esforços do apelante, não ficou demonstrada a alteração do binômio alimentar a justificar a redução pretendida.

Note-se que os alimentos já foram reduzidos de 30% para 25% do salário mínimo nacional vigente (R$ 325,50), levando em consideração o pagamento das parcelas mensais do acordo outrora celebrado nos autos do cumprimento de sentença (Processo nº0003853-23.2021.8.26.0344), para pagamento de valores em atraso de pensão alimentícia no montante de R$185,35 mensais, em 48 par-

Acesso ao Sumário

celas, com início em Março/2023 e término em Setembro/2026; de modo que não comporta maior redução.

A bem da verdade, não seria, sequer, o caso de redução da pensão alimentícia, já que não demonstrada alteração do binômio alimentar. Isto porque, quando do ajuizamento da presente demanda o autor estava desempregado, porém, no curso do feito, recolocou-se no mercado de trabalho, recebendo rendimentos superiores ao da época do arbitramento da pensão alimentícia, conforme depoimento pessoal em audiência.

Ademais, como bem salientou o ilustre Procurador de Justiça: "(...) o fato de ter celebrado acordo em cumprimento de sentença, a meu ver, não deveria ter acarretado a redução dos alimentos, como ocorrido. Tal fato, creio, corresponde a violação ao brocardo jurídico segundo o qual o recorrente não deveria se beneficiar da própria torpeza. E foi o que aconteceu, na medida em que, não tendo pago os alimentos devidos, acabou por celebrar generoso acordo – que só se finalizará em setembro de 2026 –, pelo qual pretende quitar o inadimplido às custas dos alimentos futuros da apelada, agora diminuídos por sentença" – fls. 110.

O apelante é jovem e deve buscar meios de trabalho para suprir não só as necessidades da filha, como também o sustento próprio.

A pensão alimentícia já foi reduzida e o valor fixado - 25% do salário mínimo nacional vigente, apenas ajuda na manutenção da menor; não chega sequer a ser realmente efetivo, apesar do padrão de vida modesto das partes.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1007251-86.2020.8.26.0152, da Comarca de Cotia, em que é apelante PAULO HENRIQUE VIEIRA DE CAMPOS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado 99 TECNOLOGIA LTDA.

ACORDAM, em 29ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.660)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SILVIA ROCHA (Presidente) e MÁRIO DACCACHE.

São Paulo, 8 de agosto de 2023.

CARLOS HENRIQUE MIGUEL TREVISAN, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – Transporte por aplicativo – Motorista vítima de roubo no exercício da atividade profissional – Danos ao veículo – Ação de indenização por danos materiais e morais proposta pelo motorista contra a pessoa jurídica que explora o aplicativo – Sentença improcedência – Apelo do autor – Fortuito externo – Quebra do nexo de causalidade – Sentença mantida – Apelação desprovida

VOTO

A sentença de fls. 514/517 cujo relatório é adotado, julgou improcedente a ação.

Apela o autor (fls. 520/535) sustentando que "*sofrera de enormes prejuízos nos mais variáveis setores, seja, psicológicos, financeiro ou material, sendo certo enorme valor dispendido em medicamentos, tratamentos, conserto do automóvel, além do tempo que ficou invalido*" e que faz jus a indenização por danos materiais, pensão mensal e danos morais.

O recurso foi regularmente processado e respondido (fls. 539/550).

É o relatório.

Consta da petição inicial que o autor era motorista de aplicativo denominado 99, laborando com veículo de sua companheira (Hyundai I-30 2.0, placas ENA-6899), e que em 16 de fevereiro de 2018, por volta de 22h50, após desembarcar um passageiro, foi surpreendido por um assaltante em via pública, mais especificamente na Rua Licínio de Castro, 140, Osasco, o qual, armado, anunciou assalto, disparando arma de fogo que o atingiu na cabeça, "*ficando assim inconsciente, resultando em colisão do automóvel com uma árvore localizada a poucos metros do ocorrido (...) Ocorre, que para cadastramento e liberação dos motoristas, é necessário a entrega de um rol de documentos, para posterior análise e liberação, assim como seguro de acidentes pessoais de passageiros (APP), conforme próprio manual de termo de uso da empresa*".

Alega o autor que após melhora de seu estado clínico solicitou o pagamento de indenização securitária, o qual foi recusado pela seguradora cadastrada pela ré, motivo pelo qual pede seja esta condenada ao pagamento de "*indenização a título de danos morais no importe de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) tendo em vista todo transtorno e abusividade perpetrada pela Ré, danos materiais entendido pelos valores dispendidos em tratamento hospitalar, tratamento residencial, fisioterapia, medicamentos e prejuízos relacionados ao conserto do veículo, exibição de documentos por parte da Requerida, principalmente referente aos ganhos do mesmo, data de início, e data de suspensão dos trabalhos na plataforma, avaliações da corrida e elogios ou críticas dos passageiros, para que seja aferida uma média de ganho mensal do mesmo, e assim possa tradu-*

Acesso ao Sumário

zir seus prejuízos em números".

A ré apresentou contestação (fls. 136/163) arguindo preliminar de ilegitimidade passiva e denunciando da lide as pessoas jurídicas SEGUROS SURA S/A e Marsh Corretora de Seguros Ltda., que "*mantém com a Ré um contrato de seguros, com o escopo de cobrir acidentes pessoais coletivos, isto é, eventuais danos advindos de acidentes envolvendo Usuários Passageiros e Usuários Motoristas Autônomos que se utilizam da plataforma da 99*".

Embora deferida a intervenção das terceiras (fl. 397), a ré manifestou desistência do pedido de denunciação da lide (fl. 508).

Sobreveio a sentença de improcedência da ação.

O apelo não comporta acolhimento, devendo os fundamentos da sentença serem adotados como razões de decidir e incorporados ao presente voto.

Conforme dispõe o artigo 252 do Regimento Interno deste Tribunal 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*".

Tal dispositivo encontra-se em harmonia com os princípios da celeridade processual e duração razoável do processo (CF, artigo 5º, LXXVIII), entendendo o Superior Tribunal de Justiça, de longa data, que "*pode o Tribunal local, examinando a apelação, adotar ou ratificar os fundamentos da sentença como razão de decidir do acórdão sem que isso represente omissão ou ausência de motivação do julgado. Precedentes*" (4ª Turma, AgRg no AREsp nº 377.353/SP, Relator Ministro Marco Buzzi, 11.3.2014). No mesmo sentido: STJ, 4ª Turma, AgRg no AREsp nº 530.121/SP, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, 19.8.2014; STJ, AgInt no AREsp nº 873.063/SP, Relator Ministro Marco Buzzi, 20.6.2017.

Consoante recentemente observado pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva no julgamento do AREsp nº 1.822.840, "***No tocante à alegada nulidade do acórdão recorrido por deficiência de fundamentação (artigo 489 do Código de Processo Civil de 2015), registra-se que o entendimento adotado pelo Tribunal local está em consonância com a jurisprudência desta Corte, que há muito se encontra pacificada no sentido de que 'No julgamento da apelação, o Tribunal local pode adotar ou ratificar, como razões de decidir, os fundamentos da sentença, prática que não acarreta omissão, não implica ausência de fundamentação nem gera nulidade. Precedentes'*** *(AgInt no AREsp 1075290/SC, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 15/03/2018, DJe 20/03/2018)*" (18.5.2021).

Acertadas as conclusões tiradas pela MM. Juíza de primeiro grau:

"***A parte autora postula a fixação de indenização por danos morais e danos materiais em decorrência de ter sido vítima de tentativa de latrocínio,***

Acesso ao Sumário

enquanto trabalhava como motorista pelo aplicativo 99, pertencente à requerida.

Consultando os autos, denota-se que o ponto controvertido consiste em analisar se a empresa requerida, responsável pelo desenvolvimento da plataforma digital que conecta passageiros e motorista, pode ser responsabilizada pelos prejuízos sofridos pelo autor em decorrência da prática de delito de tentativa de latrocínio.

Com efeito, a empresa requerida tem como objetivo único promover o contato entre o passageiro e o motorista/taxista, não havendo que se falar em existência de qualquer responsabilidade pelos prejuízos sofridos em decorrência de prática delitiva praticada por terceiros.

Não se desconhece ser corriqueira a prática de crimes de roubos em detrimento de motoristas de taxi e de aplicativos. Contudo, não há como responsabilizar a empresa responsável tão-somente pelo desenvolvimento do aplicativo pela prática desses delitos. Não é dever da empresa requerida impedir a empreitada criminosa dos malfeitores, sob pena de responsabiliza-la pela segurança pública, que é obrigação do Estado.

A requerida possui como atividade-fim apenas o desenvolvimento de tecnologia, de maneira que a tentativa de roubo, com utilização de arma de fogo, é evento inevitável e externo, configurando-se, assim, fortuito externo, apto a excluir o nexo de causalidade entre os prejuízos suportados pelo autor e a atividade desenvolvida pela requerida, nos termos do art. 393 do Código Civil.

Ademais, o motorista é livre para aceitar ou recusas as corridas, a partir do próprio aplicativo, bem como para cessar a sua utilização a qualquer momento, ao seu livre e exclusivo critério.

Nesse sentido, anoto os seguintes julgados do e. TJSP:

Apelação. Ação de Indenização de Danos Morais movida contra a 99 Táxi. Motorista e seu passageiro que foram vítimas de roubo realizado por terceiros não identificados. Sentença de improcedência. Insurgência do autor motorista. Pretensão à reforma. Desacolhimento.

Relação estabelecida entre as partes de alcance restrito a licenciamento de uso de software, cuja natureza não se confunde com o dever de segurança imputado pelo autor à ré. Inexistência de nexo de causalidade entre o evento roubo e a atividade fim da empresa demandada. Caso fortuito externo que afasta qualquer responsabilidade da 99 Táxi (art. 393, do Código Civil). Necessária consideração da plena liberdade do motorista parceiro para aceitar ou recusar as corridas a partir do aplicativo, bem como para cessar a sua utilização a qualquer momento e a seu exclusivo critério. Precedentes desta Corte Estadual. Sentença mantida. Recurso não provido. (Apelação Cível nº

Acesso ao Sumário

1013894-43.2021.8.26.0405, 27ª Câmara de direito Privado. Relator Desembargador Ricardo Chimenti. Julgado em 03/05/2022).

Responsabilidade Civil – Motorista de aplicativo – Roubo do veículo – Relação de consumo (teoria finalista mitigada), ante a vulnerabilidade técnica, econômica e fática – Precedentes do STJ – Fortuito externo – Fato necessário, cujos efeitos não eram possíveis evitar ou impedir – Causa excludente de responsabilidade, equiparado à culpa exclusiva de terceiro – Ausência de nexo de causalidade – Precedentes do STJ – R. Sentença mantida por seus próprios fundamentos – Recurso não provido. (Apelação Cível nº 1015908-48.2021.8.26.0001, da 2ª Turma Cível do Colégio Recursal de Santana, Relator Marcelo Tsuno, julgado em 25/03/2022).

Assim sendo, entendo que não logrou êxito a parte autora em demonstrar o nexo de causalidade entre a prática do roubo e o desenvolvimento do aplicativo por parte da requerida.

Nessas circunstâncias, a improcedência do pedido inicial é medida que se impõe.

Por fim, anoto que os demais argumentos deduzidos pelas partes no processo não são capazes, em tese, de infirmar a conclusão adotada neste julgamento (CPC, art. 489, §1º, inciso IV)".

Relevante acrescentar que a atividade-fim da ré não é de segurança, mas de tecnologia e transporte de passageiros.

Nesse contexto, o latrocínio, o roubo e a subtração mediante grave ameaça são entendidos como eventos inevitáveis e externos, por não guardarem relação imediata com a atividade desenvolvida.

A ré presta serviços de intermediação de corridas e facilitação de pagamento, mediante licenciamento e uso de software, de forma não exclusiva, que possibilita ao motorista cadastrado localizar e contatar passageiros interessados em contratar serviço de transporte remunerado privado individual.

Assim, o fortuito externo é suficiente para a quebra do nexo de causalidade entre os prejuízos suportados pelo autor e a atividade desenvolvida pela ré, causa de exclusão de responsabilidade.

Note-se que o terceiro causador do dano não se fez passar como passageiro como ocorre em alguns casos, mas estava na via pública no momento que o autor encerrava uma corrida.

Nesse sentido, os julgados deste Egrégio Tribunal de Justiça:

Apelação. Ação de Indenização de Danos Morais movida contra a 99 Táxi. Motorista e seu passageiro que foram vítimas de roubo realizado por terceiros não identificados. Sentença de improcedência. Insurgência do autor motorista. Pretensão à reforma. Desacolhimento. Relação estabelecida entre as partes de alcance restrito a licenciamento de uso

Acesso ao Sumário

de software, cuja natureza não se confunde com o dever de segurança imputado pelo autor à ré. Inexistência de nexo de causalidade entre o evento roubo e a atividade fim da empresa demandada. Caso fortuito externo que afasta qualquer responsabilidade da 99 Táxi (art. 393, do Código Civil). Necessária consideração da plena liberdade do motorista parceiro para aceitar ou recusar as corridas a partir do aplicativo, bem como para cessar a sua utilização a qualquer momento e a seu exclusivo critério. Precedentes desta Corte Estadual. Sentença mantida. Recurso não provido (Apelação nº 1013894-43.2021.8.26.0405, Relator Desembargador Ricardo Chimenti, 27ª Câmara de Direito Privado, 03.5.2022)

Prestação de serviços. Ação de indenização por danos materiais e morais. Intermediação de transporte de passageiros por meio de plataforma digital. Roubo perpetrado por usuário contra motorista cadastrado no aplicativo "99". Ação julgada procedente. Ausência de nexo de causalidade. Hipótese de fortuito externo. Ausência de responsabilidade da ré. Recurso provido. Não ocorreu descumprimento contratual, ausente, ainda, o nexo causal para ensejar indenização, com a consequente ausência de responsabilidade da empresa gerenciadora do aplicativo eletrônico de transporte particular de pessoas a seu credenciamento pelo delito de roubo por este sofrido durante a execução do serviço, cuidando-se de fortuito externo. O dever de segurança não é intrínseco à atividade desenvolvida pela empresa a ré (Apelação nº 1004158-07.2021.8.26.0597, Relator Desembargador Kioitsi Chicuta, 32ª Câmara de Direito Privado, 17.11.2022)

Responsabilidade Civil – Ação de reparação de danos materiais e morais – Ação Improcedente – Roubo do veículo – Pleito indenizatório fundado em prestação de serviços na plataforma digital da ré – Cerceamento de defesa não configurado – Lucros cessantes afastados – Sentença mantida – Apelação não provida (Apelação nº 1030339-18.2020.8.26.0100, Relator Desembargador Luiz Eurico, 33ª Câmara de Direito Privado, 26.11.2020)

Não sendo caso, pois, de se responsabilizar a ré pelos prejuízos sofridos pelo autor, impõe-se a ratificação da sentença.

Na forma do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil ("*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"), fica majorada a verba honorária devida pelo apelante, de 10% para 15% do valor da causa, observada a condição de beneficiário da justiça gratuita.

Ante o exposto, o voto é no sentido de se negar provimento à apelação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1006230-02.2020.8.26.0047, da Comarca de Assis, em que é apelante THIAGO JOSE CHIEA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado SEGURADORA LÍDER DOS CONSÓRCIOS DO SEGURO DPVAT S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitada a preliminar, negaram provimento, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.444)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS DIAS MOTTA (Presidente) e MORAIS PUCCI.

São Paulo, 13 de agosto de 2023.

ANTONIO NASCIMENTO, Relator

Ementa: AÇÃO DE COBRANÇA – SEGURO DPVAT – INVALIDEZ – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. Improcedência da demanda. Laudo pericial deveras elucidativo acerca da inexistência de sequelas e invalidez ao autor. Inexistência de fundamento a amparar o pedido de recebimento da indenização. Sentença mantida. Cerceamento de defesa não evidenciado. PRELIMINAR AFASTADA. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

A r. sentença de fls. 341/345 julgou **improcedente** a **ação de cobrança** de **seguro obrigatório – DPVAT** proposta por **Thiago José Chiea** contra **Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S.A.**, condenando o autor ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da causa, observada a gratuidade de justiça concedida.

Irresignado, o autor interpôs apelação (fls. 348/354), sustentando, preliminarmente, a ocorrência de cerceamento de defesa, haja vista a necessidade de complementação da perícia. Afirma que sofreu acidente automobilístico, do qual lhe resultaram sequelas físicas incapacitantes.

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos legais de admissibilidade. Contrarrazões (fls. 359/368).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Afasta-se a questão isagógica suscitada pelo autor.

O juiz é o destinatário da prova. Cabe-lhe, mercê da dicção do art. 370 do CPC, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias. Logo, a iniciativa do magistrado *a quo* de prestar, definitivamente, a tutela jurisdicional, sem determinar a produção de outras provas, não consubstancia cerceamento de defesa.

A propósito, leciona **Cássio Scarpinella Bueno**:

"*A fórmula adotada pelo novo CPC é, inegavelmente, mais completa e preferível que a do art. 436 do CPC de 1973, sendo pertinente também a expressa remissão ao art. 371, que permite ao magistrado apreciar a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido (princípio da aquisição da prova), indicando na decisão as razões da formação de seu convencimento.*"[1]1

Cuidam os autos de **ação de cobrança** de seguro obrigatório – DPVAT – decorrente de acidente de trânsito ocorrido em 11/12/2019, do qual advieram as sequelas físicas sugeridas pelo autor em sua petição inicial. Pretende-se a condenação da requerida, a fim de que seja paga a indenização prevista em lei.

O MM Juiz de Direito desacolheu a pretensão do demandante, sob fundamento de inexistência de prova da invalidez, haja vista a conclusão indicada no laudo pericial.

E é forçoso convir ter sido dada a correta solução à controvérsia.

É bem conhecida a assertiva de **Moacyr Amaral Santos** sobre a prova:

"*A prova é a verdade resultante das manifestações dos elementos probatórios, decorrente do exame, estimação e ponderação desses elementos; é a verdade que nasce da avaliação, pelo juiz, dos elementos probatórios.*"[2]

Levando-se em conta a natureza deste processo, é justamente a prova pericial que reveste particular relevância para a formação da convicção do magistrado.

E o laudo pericial de fls. 326/332 é deveras elucidativo e assaz esclarecedor das condições físicas do periciando, expurgando por completo a assertiva de se encontrar o apelante permanentemente incapacitado para suas atividades.

Concluiu o experto judicial, de forma clara e objetiva:

"*Não há dano corporal permanente devido à lesão consolidada que encontre enquadramento na tabela1 SUSEP/DPVAT, nem há elementos de sequela funcional osteoarticular que guarde nexo exclusivo com o acidente alvo da presente perícia, no momento recuperado funcionalmente*

1 BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 319.

2 SANTOS, Moacyr Amaral. ***Prova judiciária no cível e comercial***. 4ª ed., vol. I, nº 237, p. 340.

Acesso ao Sumário

das lesões sofridas no acidente.

A lesão evoluiu com consolidação médico legal e sem sequela funcional" (fls. 329).

Diante desse cenário, o acionante não faz jus ao recebimento de indenização securitária.

Finalmente, majoram-se os honorários advocatícios em mais 5%, nos termos do art. 85, § 11 do CPC, observada a gratuidade

Postas estas premissas, **afastada** a preliminar, **nega-se provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1023329-83.2021.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado BANCO PAN S/A, é apelado/apelante JAIME LUCAS DA CONCEIÇÃO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n° 36.288)**

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

São Paulo, 15 de agosto de 2023.

WALTER FONSECA, Relator

Ementa: REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO – FINANCIAMENTO DE VEÍCULO – PARCIAL PROCEDÊNCIA – RECURSOS DE AMBAS AS PARTES – DESCABIMENTO – A cobrança da tarifa de registro de contrato restou recentemente declarada válida pelo C. Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 1.578.553, sob o rito dos recursos repetitivos, desde que demonstrado ter sido prestado o respectivo serviço e não havendo abusividade na cobrança da referida tarifa, o que se observa no caso concreto – A tarifa de avaliação é lícita, mas a prestação do serviço não foi comprovada, devendo o mutuário ser restituído de seu valor de for-

Acesso ao Sumário

ma simples – A imposição de contratação de seguro prestamista constitui prática de venda casada, devendo ser extirpada do contrato, consoante precedente do REsp 1.639.320-SP – Incabível a readequação do valor das prestações depois de findo o contrato – Os honorários advocatícios de sucumbência foram fixados no piso legal, sendo incabível sua redução. Sentença mantida – Recursos desprovidos.

VOTO

Vistos...

Ação revisional de cédula de crédito bancário para financiamento de veículo julgada parcialmente procedente, para afastar a cobrança das tarifas de avaliação e seguro, com condenação do banco réu à restituição simples dos valores indevidamente cobrados, além de atribuir o pagamento proporcional dos honorários advocatícios de sucumbência recíproca em 5% sobre o valor da causa para cada parte (fls. 138/142).

Inconformados, autor e réu interpõem recurso de apelação.

O réu insiste na legalidade das cobranças das tarifas de avaliação e seguro, porque reconhecidas sua higidez na jurisprudência, também porque os respectivos serviços foram prestados, de modo que a ação deve ser julgada improcedente. Subsidiariamente, assere que a sentença fixou o valor devido pelos honorários advocatícios em demasia, devendo ser reduzido (fls. 146/159).

Tempestivo, preparado e sem resposta.

O autor defende que a tarifa de registro de contrato está vedada nos financiamentos de veículo, notadamente porque os encargos pré-gravames eram autorizados somente até 2011, de modo que também esse custo contratual deve ser afastado e restituído. Assere que as tarifas declaradas nulas incluem o custo efetivo total, elevando-o, de modo que o valor das prestações vincendas deve ser recalculado com a redução proporcional da CET (fls. 243/250)

Tempestivo, isento de preparo e sem resposta.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Trata-se de ação revisional de cédula de crédito bancário para financiamento de veículo julgada procedente, com o afastamento das tarifas de avaliação e seguro do bem financiado, mantendo-se hígida a tarifa de registro.

No caso das cláusulas que impõem a cobrança das tarifas de registro e de avaliação do bem do consumidor, sua validade restou recentemente declarada pelo C. Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 1.578.553

Acesso ao Sumário

- SP, sob o rito dos recursos repetitivos, excetuadas as hipóteses de abusividade da cobrança ou de alegação de que o serviço não tenha sido prestado:

> "*RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. TEMA 958/STJ. DIREITO BANCÁRIO. COBRANÇA POR SERVIÇOS DE TERCEIROS, REGISTRO DO CONTRATO E AVALIAÇÃO DO BEM. PREVALÊNCIA DAS NORMAS DO DIREITO DO CONSUMIDOR SOBRE A REGULAÇÃO BANCÁRIA. EXISTÊNCIA DE NORMA REGULAMENTAR VEDANDO A COBRANÇA A TÍTULO DE COMISSÃO DO CORRESPONDENTE BANCÁRIO. DISTINÇÃO ENTRE O CORRESPONDENTE E O TERCEIRO. DESCABIMENTO DA COBRANÇA POR SERVIÇOS NÃO EFETIVAMENTE PRESTADOS. POSSIBILIDADE DE CONTROLE DA ABUSIVIDADE DE TARIFAS E DESPESAS EM CADA CASO CONCRETO.*
>
> *1. DELIMITAÇÃO DA CONTROVÉRSIA: Contratos bancários celebrados a partir de 30/04/2008, com instituições financeiras ou equiparadas, seja diretamente, seja por intermédio de correspondente bancário, no âmbito das relações de consumo.*
>
> *2. TESES FIXADAS PARA OS FINS DO ART. 1.040 DO CPC/2015:*
>
> *2.1. Abusividade da cláusula que prevê a cobrança de ressarcimento de serviços prestados por terceiros, sem a especificação do serviço a ser efetivamente prestado;*
>
> *2.2. Abusividade da cláusula que prevê o ressarcimento pelo consumidor da comissão do correspondente bancário, em contratos celebrados a partir de 25/02/2011, data de entrada em vigor da Res. –CMN 3.954/2011, sendo válida a cláusula no período anterior a essa resolução, ressalvado o controle da onerosidade excessiva;*
>
> *2.3. Validade da tarifa de avaliação do bem dado em garantia, bem como da cláusula que prevê o ressarcimento de despesa com o registro do contrato, ressalvadas a:*
>
> *2.3.1. abusividade da cobrança por serviço não efetivamente prestado; e a*
>
> *2.3.2. possibilidade de controle da onerosidade excessiva, em cada caso concreto.*
>
> *3. CASO CONCRETO.*
>
> *3.1. Aplicação da tese 2.2, declarando-se abusiva, por onerosidade excessiva, a cláusula relativa aos serviços de terceiros ("serviços prestados pela revenda").*
>
> *3.2. Aplicação da tese 2.3, mantendo-se hígidas a despesa de registro do contrato e a tarifa de avaliação do bem dado em garantia.*
>
> *4. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.*" (Rel. Min.

Acesso ao Sumário

PAULO DE TARSO SANSEVERINO; j. 28/11/2018 – g.n.)

Relativamente à tarifa de registro, nos termos do *decisum* paradigma da C. Corte Superior acima reproduzido, sua cobrança é hígida, pois sua finalidade é anotar o gravame da alienação fiduciária em favor do credor no registro do veículo financiado, constituindo em serviço imprescindível à concessão do financiamento, sem a qual o contrato não se aperfeiçoaria, e cuja prestação do serviço está devidamente comprovada na anotação do gravame às fls. 19.

Por outro lado, a avaliação consiste na vistoria física do bem, em ordem ao avaliador tomar conhecimento presencialmente das condições de motor, carroceria, estofamento, pintura, entre outros, como meio de aferir fatores depreciativos e valorativos, com o intuito de estimar seu preço de mercado.

Na hipótese dos autos, o banco réu não juntou qualquer documento revelador de que tenha feito a vistoria do veículo, a fim de certificar-se de seu valor de mercado com base nas condições físicas do bem, não se caracterizando como serviço prestado, que justificasse a cobrança de R$ 408,00 (fls. 18).

No que concerne à cobrança de seguro proteção financeira, sua ilegalidade restou declarada pelo C. Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 1.639.320-SP, sob o rito dos recursos repetitivos:

"*(...)2. TESES FIXADAS PARA OS FINS DO ART. 1.040 DO CPC/2015:*

2.1 – Abusividade da cláusula que prevê o ressarcimento pelo consumidor da despesa com o registro do pré-gravame, em contratos celebrados a partir de 25/02/2011, data de entrada em vigor da Res. –CMN 3.954/2011, sendo válida a cláusula pactuada no período anterior a essa resolução, ressalvado o controle da onerosidade excessiva.

2.2 – Nos contratos bancários em geral, o consumidor não pode ser compelido a contratar seguro com a instituição financeira ou com seguradora por ela indicada.

2.3 – A abusividade de encargos acessórios do contrato não descaracteriza a mora.

3. CASO CONCRETO.

3.1. Aplicação da tese 2.3 ao caso concreto, mantendo-se a procedência da ação de reintegração de posse do bem arrendado.

4. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO"

(Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO; j. 17/12/2018 – g.n.)

Isso porque, ao consumidor não é dada a opção da contratação de seguro em outra instituição diversa, configurando a prática da venda casada, vedada pela legislação consumerista.

Extrai-se do fundamento do aludido julgado, a seguinte fundamentação: *(...) Apesar dessa liberdade de contratar, inicialmente assegurada, a referida*

Acesso ao Sumário

clausula contratual não assegura liberdade na escolha do outro contratante (a seguradora). Ou seja, uma vez optando o consumidor pela contratação do seguro, a cláusula contratual já condiciona a contratação da seguradora integrante do mesmo grupo econômico da instituição financeira, não havendo ressalva quanto à possibilidade de contratação de outra seguradora, à escolha do consumidor. É esse aspecto da liberdade contratual (a liberdade de escolher o outro contratante) que será abordado na presente afetação, sob o prisma da venda casada, deixando em aberto – até mesmo para outra afetação ou IRDR, se for o caso – a controvérsia acerca da restrição da própria liberdade de contratar. Delimitada, assim, a controvérsia acerca da venda casada à liberdade de escolha do outro contratante, observa-se que essa modalidade de contratação já foi enfrentada por esta Corte Superior no âmbito do seguro habitacional vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação – SFH (que também prevê seguro prestamista), tendo-se consolidado a seguinte tese pelo rito dos recursos especiais repetitivos: Tema 54/STJ – 'É necessária a contratação do seguro habitacional, no âmbito do SFH. Contudo, não há obrigatoriedade de que o mutuário contrate o referido seguro diretamente com o agente financeiro, ou por seguradora indicada por este, exigência esta que configura "venda casada", vedada pelo art. 39, I, do CDC'. Essa tese deu origem à Súmula 473/STJ, assim lavrada: 'Súmula 473/STJ – O mutuário do SFH não pode ser compelido a contratar o seguro habitacional obrigatório com a instituição financeira mutuante ou com a seguradora por ela indicada'. (...) verifica-se que a única diferença para o caso da presente afetação diz respeito à liberdade de contratar, que é plena no caso da presente afetação, ao contrário do SFH, em que a contratação do seguro é determinada por lei. Desse todo modo, uma vez tendo o consumidor optado pela contratação do seguro, essa diferença deixa de ter relevância, podendo-se, então, aplicar as mesmas razões de decidir para ambos os casos (ubi eadem ratio, ibi idem jus – onde houver o mesmo fundamento, haverá o mesmo direito). Neste norte, propõe-se a consolidação de uma tese semelhante ao enunciado da Súmula 473/STJ, para assim manter coerência com o precedente que deu origem a essa súmula, lembrando-se que a coerência entre precedentes passou a ter eficácia normativa no sistema processual inaugurado pelo CPC/2015 (cf. art. 926)".

Na hipótese dos autos, o seguro foi contratado no próprio contrato de financiamento e o prêmio inserido em referido instrumento (conforme fls. 18), restando inequívoco o condicionamento da concessão do financiamento à adesão do seguro proteção financeira, a caracterizar a venda casada, defesa no ordenamento jurídico.

Quanto ao pedido recursal do autor, para que as prestações vincendas sejam recalculadas com redução proporcional do custo efetivo total, verifica-se que a prestação final convencionada se venceu em abril de 2023, de modo que

Acesso ao Sumário

o pedido ficou prejudicado.

De qualquer modo, a condenação do banco réu à restituição dos valores cobrados a título de tarifa de avaliação e seguro, com os encargos requeridos pelo próprio autor, acaba por suprir a pretensão de readequação dos valores das prestações, trasmudando-se em perdas e danos.

Finalmente, não assiste razão ao banco réu, quanto à alegação de exacerbamento na fixação dos honorários advocatícios de sucumbência.

A sentença fixou os honorários totais em 10% sobre o valor da causa, assim considerado como benefício econômico, da qual nenhuma das partes se insurgiu quanto à base de cálculo, e dividiu por dois, tendo em vista o reconhecimento da sucumbência mútua.

Dessa forma, a verba honorária foi fixada no piso legal contido na norma cogente do art. 85, §2º da Lei Processual, da qual não cabe minoração.

Ao contrário, com insucesso dos recursos e dentro da nova ordem processual com a aplicação do Código de Processo Civil em vigor, faz-se necessária a majoração da verba honorária destinada ao patrono da parte vencedora.

Consoante determina o § 11, do artigo 85 do NCPC: "*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 dos honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento*".

Sendo assim, fixados em primeira instância os honorários em 10% sobre o valor da causa, divididos em 5% dessa base para cada parte, de rigor a majoração da verba de sucumbência total para 16% sobre a mesma base, que resulta no pagamento de 8% por cada um dos recorrentes, nos termos da legislação processual vigente, considerando maior tempo e trabalho gastos para a solução da demanda.

Pelo exposto, **nega-se provimento aos recursos de apelação das partes, com majoração da verba de sucumbência recursal.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000489-68.2023.8.26.0081, da Comarca de Adamantina, em que é apelante SUELI PEREIRA DE CARVALHO, é apelado BANCO ITAÚ CONSIGNADO S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Nega-

Acesso ao Sumário

ram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.878)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI (Presidente), CLÁUDIA GRIECO TABOSA PESSOA e NUNCIO THEOPHILO NETO.

São Paulo, 17 de agosto de 2023.

RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI, Relator

Ementa: Apelação – Ação de exibição de documentos – Sentença de indeferimento da petição inicial, por falta de interesse processual – Irresignação improcedente. 1. Caso em que não existiu regular solicitação extrajudicial prévia. Hipótese não se confundindo, em absoluto, com o chamado esgotamento da via administrativa, pois que, na espécie, o suposto sujeito passivo da obrigação nem mesmo foi instado regularmente a dar-lhe cumprimento. Situação típica de ausência de interesse processual, pelo prisma da necessidade da tutela jurisdicional almejada. Orientação firmada em procedimento de recursos especiais repetitivos de que é paradigma o proferido em REsp. 1.349.453. 2. Incabível, além disso, a via contenciosa para a obtenção do indigitado documento. Adequado, sim, sob a vigência do CPC de 2015, o emprego da chamada ação de produção antecipada de provas, sem caráter contencioso (art. 381 e segts.). 3. Sentença mantida. Negaram provimento à apelação.

VOTO

1. Trata-se de demanda rotulada como ação de exibição de documentos, proposta por SUELI PEREIRA DE CARVALHO em face de BANCO ITAÚ CONSIGNADO S/A.

Pretende a autora a condenação do réu à exibição dos contratos de empréstimo consignado de nºs. 620840773, 625340896, 623964080, 584970266, 584980579, 602609018, 608909214, 614667754, 618667595, celebrados com o réu.

A r. sentença indeferiu a petição inicial e julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 330, III, do CPC, à falta de interesse de agir, por ausência de solicitação extrajudicial válida (fls. 35/36).

Acesso ao Sumário

Apela a autora. Como fundamentos do pedido de reforma, sustenta, em síntese, que: (a) está presente o interesse de agir; e (b) houve prévia solicitação administrativa, sem que o apelado tenha respondido (fls. 39/49).

2. Recurso tempestivo (fls. 38 e 39) e respondido (fls. 77/84).

Não há preparo, por ser a apelante beneficiária da gratuidade da justiça (fl. 35).

É o relatório do essencial, adotado o da r. sentença quanto ao mais.

3. Não procede a irresignação.

A reclamação junto ao Procon, de fls. 32/34, não demonstra nem equivale a prévia e regular solicitação extrajudicial.

De todo modo, o apelado respondeu à reclamação, nos dias 23.3.2022, 24.3.2022, 25.3.2022 e 4.4.2022, solicitando, em razão do sigilo bancário, a confirmação dos dados pessoais por meio de telefone. Informou, ainda, que tentou por vários dias e horários diferente entrar em contato com a apelante, sem sucesso (cf. fls. 33/34).

Assim, muito embora o apelado tenha mostrado disposição de dar atendimento à pretensão, no plano extrajudicial, a apelante preferiu vir a juízo sem cumprir as legitimas exigências daquele, voltadas a confirmar a identidade de quem pleiteava o indigitado documento, coberto por sigilo legal.

Por onde se vê que a apelante procurou o Estado-juiz em primeira mão, sem que existisse um litígio, vale dizer, um efetivo conflito de interesses.

A hipótese não se confunde, em absoluto, com o chamado esgotamento da via administrativa, pois que, na espécie, insisto, o suposto sujeito passivo da obrigação nem mesmo foi instado adequadamente a dar-lhe cumprimento.

No caso, não existe litígio, vale dizer, na clássica conceituação de CARNELUTTI, "conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida".

Admitir-se a vinda direta do interessado a Juízo em tais circunstâncias implica, sejamos francos, desvirtuar a função do Judiciário, que abdica do papel de pacificador social, para se transformar em balcão de atendimento ao consumidor, em agente catalizador de processos.

É manifesta a ausência de interesse processual, pelo prisma da necessidade da tutela jurisdicional reclamada.

Nesse sentido, firmou-se a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça em procedimento de recursos especiais repetitivos, como se vê do julgado assim ementado:

> "PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS EM CADERNETA DE POUPANÇA. EXIBIÇÃO DE EXTRATOS BANCÁRIOS. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE

Acesso ao Sumário

DOCUMENTOS. INTERESSE DE AGIR. PEDIDO PRÉVIO À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E PAGAMENTO DO CUSTO DO SERVIÇO. NECESSIDADE. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC, firma-se a seguinte tese: A propositura de ação cautelar de exibição de documentos bancários (cópias e segunda via de documentos) é cabível como medida preparatória a fim de instruir a ação principal, bastando a demonstração da existência de relação jurídica entre as partes, a comprovação de prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável, e o pagamento do custo do serviço conforme previsão contratual e normatização da autoridade monetária. 2. No caso concreto, recurso especial provido." (Resp 1.349.453/MS, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, J. 2.2.15 – é meu o destaque).

4. Ademais, no entendimento deste relator, o pedido de exibição prévia de documentos, em hipóteses como a dos autos, não pode ser deduzido pela via contenciosa.

Com efeito, o Código de Processo Civil de 2015 prevê instrumento específico para tanto, vale dizer, a chamada ação de produção antecipada de provas, esta sem caráter contencioso e que se destina, entre outros fins, a propiciar "o prévio conhecimento" de fatos que possam "justificar ou evitar o ajuizamento de ação" (v. arts. 381 e segts.).

Nesse sentido, entre outros, o artigo de autoria do advogado e livre-docente EDUARDO TALAMINI, intitulado "Produção antecipada de prova", ao assim anunciar: "*A exibição de documento, se requerida no curso de um processo, dá origem a um procedimento específico. No entanto, caso se pretenda sua antecipação, a ação em exame é o veículo para tanto*" (http://www.migalhas.com.br/dePeso/16, MI235462,51045-Producao+antecipada+de+prova).

Cuida-se, é bom que se diga, de procedimento de jurisdição voluntária, tanto que, em regra, não admite defesa nem recurso (art. 382, §4º) – e em que, nessas condições, salvo se verificada controvérsia, não há vencedor ou vencido.

E a previsão daquele instrumento para o exercício forçado do direito à exibição do documento exclui a possibilidade de emprego da via contenciosa.

5. Não se desconhece a existência de julgados em sentido diverso, inclusive no âmbito do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Porém, também há julgados sustentando o mesmo ponto de vista adotado nesta Câmara, de que o novo Código buscou, justamente, acabar com o exagero que existia no ajuizamento da então chamada ação cautelar de exibição de documentos, que tinha por objetivo, única e exclusivamente, em grande parte dos casos, obter vantagem econômica, em forma de honorários de sucumbência (v. voto vencido do saudoso Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, no REsp 1.803.251/SC).

Acesso ao Sumário

6. Embora não fixados honorários de sucumbência pela r. sentença apelada, uma vez que o réu, ora apelado, ainda não tinha citado, é de rigor que tal fixação se faça nesta oportunidade, em caráter originário, com esteio no art. 85, § 1º, do CPC, porquanto o réu foi chamado a juízo em virtude da interposição do recurso, constituiu advogado e se defendeu. E não é razoável que esse gasto deixe de ser ressarcido, sobretudo diante do novo sistema processual.

Daí que os honorários são fixados em R$ 800,00, considerado tão-somente o trabalho realizado nesta esfera recursal. Tal arbitramento se faz com base no critério equitativo do art. 85, §8º, do CPC, porque ínfimo o valor atribuído à causa (histórico de R$ 1.000,00). As verbas da sucumbência apenas poderão ser exigidas na hipótese do art. 98, §3º, do CPC.

Meu voto, portanto, **nega provimento** à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1010483-91.2022.8.26.0005, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BANCO ITAUCARD S/A, é apelado DEVANIR MOREIRA DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 20ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 52207)**

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

São Paulo, 17 de agosto de 2023.

ÁLVARO TORRES JÚNIOR, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL – Banco de dados – Inserção do nome do autor em cadastro de proteção ao crédito – Dívida que já foi declarada inexigível em ação anterior ajuizada pelo autor – Dano moral – Ocorrência – Prova – Desnecessidade – Dano "in re ipsa" – Indenização arbitrada pela sentença em R$ 5.000,00 – Valor proporcional e adequado ao dano sofrido – Honorários advocatícios sucumbenciais fixados em R$ 5.203,07 – Pretensão do réu para que

Acesso ao Sumário

seja fixado em percentual sobre o valor da condenação – Acolhimento parcial – Aplicação do art. 85, § 2º, do CPC importaria em honorários ínfimos, ainda que estabelecido no percentual máximo – Honorários reduzidos para R$ 1.320,00, nos termos do art. 85, § 8º, do CPC – Inaplicabilidade do art. 85, § 8º-A, do CPC – Valores constantes da tabela da OAB representam meras recomendações para os fins do arbitramento equitativo de que trata o § 8º do art. 85. – Recurso provido em parte.

VOTO

1. Recurso de apelação contra a sentença que julgou procedente esta ação nos seguintes termos (cf. fls. 483):

"*Ante o exposto e considerando o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE o pedido inicial, o que faço para condenar o réu ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R$: 5.000,00 (cinco mil reais), com fulcro no artigo 487, inciso I do Código de Processo Civil.*

A indenização por dano moral deverá ser corrigida monetariamente pela Tabela Prática do TJ/SP e sobre ela incidirão juros de mora de 1% ao mês, ambos desde a data desta sentença, momento em que se liquidou o dano.

Por força da sucumbência, condeno o réu ao ressarcimento de eventuais custas e despesas processuais, bem como os honorários advocatícios do patrono da parte contrária, que fixo, consoante a Tabela de Honorários da OAB, em R$: 5.203,07."

O réu apelante afirma que a inscrição do nome do autor no cadastro de restrição ao crédito é legítima e não há dano indenizável. Alternativamente, pede a redução do valor indenizatório e da verba honorária, que não pode ser definida por equidade quando há valor certo da condenação.

Recurso tempestivo, bem processado e contrariados.

2.1. O apelado ajuizou ação anterior contra o réu apelante (processo nº 1013350-96.2018.8.26.0005) e contestou diversas compras feitas em seu cartão de crédito; foi declarada a inexigibilidade do débito e foi determinado ao réu a retirada do nome do autor dos cadastros restritivos de crédito.

Em que pese essa determinação judicial, **a dívida foi inscrita novamente no cadastro do Serasa** [cf. fl. 24 (contrato nº 000709200130000), ocorrência 06-01-2018, a mesma da fl. 44].

O recorrente afirma que nem todas as compras foram contestadas na anterior ação judicial e que a inscrição mais recente se refere às dívidas inadimplidas e não contestadas pelo autor.

Acesso ao Sumário

Todavia, não há prova a respeito.

O valor inscrito (cf. fl. 24) corresponde ao total da fatura que foi objeto da ação nº 1013350-96.2018.8.26.0005, com encargos da mora, no total de R$ 13.146,53 e indica o mesmo número de contrato da dívida anteriormente inserida no cadastro de inadimplentes (cf. fl. 44).

Ainda que o autor estivesse inadimplente, diante da decisão judicial anterior cumpria ao réu apelante retirar da cobrança os valores declarados inexigíveis.

Sem isso – e sem comprovação de que o valor inscrito, de fato, corresponde **apenas** à dívida atual do autor –, **a inscrição é indevida**.

Daí a conclusão de que o réu não provou o fato extintivo ou modificativo do direito do autor, ônus que lhe cabia, nos termos do art. 373, II do CPC.

Se o débito era inexigível (por força de ordem judicial transitada em julgado), não podia o réu apelante inserir o nome do apelado no rol de inadimplentes (cf. fl. 24), estando aí configurado o ato ilícito que dá ensejo à indenização.

Nem se pode ignorar haver responsabilidade objetiva do fornecedor pelo fato e pelo vício do produto e do serviço (cf. arts. 12 a 14, 18 a 20, 21, 23 e 24 do CDC). E a sua responsabilidade é também oriunda do risco da atividade econômica (cf. Luiz Antonio Rizzatto Nunes, em Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, Saraiva, 1ª ed., 2000, p. 153, comentário ao art. 12) e só não é responsabilizado se provar a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (cf. § 3º, inciso III, do art. 12), o que não é o caso.

Está assente na jurisprudência que, em casos tais, não se faz necessária a prova do prejuízo (cf. REsp. nº 782898-MT, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 21-11-2006).

O dano é "in re ipsa", bastando a prova do fato que gerou a dor ou os sentimentos que o ensejam (cf. REsp. 86.271-SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito). No mesmo sentido: REsp 687.035/RS, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 16-5-2005 p. 364, REsp 595.170/SC, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 14-3-2005 p. 352, REsp 295.130/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 4-4-2005 p. 298, AgRg no Ag 562.568/RS, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 7-6-2004 p. 224 e AgRg no Ag 724.944/RS, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ 20-3-2006 p. 298.

Depois, todos sabem dos transtornos para resolver tais acontecimentos, com idas e vindas ao Banco, má vontade de funcionários e outros dissabores bem conhecidos dos usuários.

A doutrina confere à indenização do dano moral caráter dúplice, tanto punitivo do agente, quanto compensatório em relação à vítima (cf. Caio Mário da Silva Pereira, Responsabilidade Civil, Forense, 1989, p. 67). A vítima de lesão a direitos de natureza não patrimonial (CF, art. 5º, incisos V e X) deve receber

Acesso ao Sumário

uma soma que lhe compense a dor e a humilhação sofridas, arbitrada segundo as circunstâncias. Não deve ser fonte de enriquecimento, nem ser inexpressiva (cf. autor, ob. e p. cit.), sendo meramente arbitrável.

Ainda que se abstraia a ideia de produzir no causador do mal um impacto bastante para dissuadi-lo de igual e novo atentado, persiste a necessidade da reparação pecuniária, como medida apta a compensar a sensação de dor do ofendido com uma sensação agradável em contrário, a ponto de a paga em dinheiro representar-lhe uma satisfação, moral ou psicológica, capaz de neutralizar ou remediar o sofrimento impingido.

Esta Câmara tem procurado estabelecer critério objetivo de arbitramento de indenização, conforme seja de pequena, média ou grande intensidade o dano moral, com base na regra de experiência fundada no que habitualmente ocorre na psique do homem médio. São considerados certos parâmetros para o fim de arbitramento da verba reparatória, como as condições financeiras e sociais das partes e a intensidade do dano, buscando-se, por meio da reparação, dar conforto psicológico à vítima e, ao mesmo tempo, sancionar o causador do fato danoso, a fim de que tome a devida cautela no exercício de sua atividade e evite a reincidência.

Sopesados esses fatores, o valor da indenização arbitrado na sentença (R$ 5.000,00) é mantido e não comporta redução.

2.2 O apelante tem parcial razão quanto à fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais.

Embora não seja o caso de fixá-los com base no valor da condenação, pois mesmo que adotado o percentual máximo seriam inferiores a um salário mínimo, não se pode fixá-los sem observância dos parâmetros dos incisos do art. 85, § 2º, do CPC.

Assim, a verba honorária é reduzida para R$ 1.320,00 (cf. art. 85, § 8º, do CPC), estimativa que é compatível com o serviço e com a natureza da demanda – de baixíssima complexidade –, não sendo intenso o labor profissional, notadamente por se tratar de ação típica de demandas massificadas. A correção monetária incidirá a partir da data deste acórdão.

O critério instituído pelo art. 85, § 8º-A, do CPC, para fixação equitativa de honorários sucumbenciais, não pode ser definido em valor fixo definido por um órgão de classe.

Fosse assim, seria concluir que o arbitramento em questão – e que é atribuído pela lei ao prudente arbítrio do juiz – teria sido entregue ao um órgão de classe e estaria, ademais, submetido à tabela predeterminada e alheia às circunstâncias do caso concreto.

Tal entendimento esvaziaria por completo o próprio sentido do arbitramento equitativo, subtraindo do juiz a possibilidade de analisar, no caso con-

Acesso ao Sumário

creto, os elementos previstos nos incisos do art. 85, § 2º, do CPC, para efeito de definição dos honorários.

O que se extrai do texto do novo dispositivo, é que os valores constantes da tabela editada pelo Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil representam meras recomendações para os fins do arbitramento equitativo de que trata o § 8º do art. 85.

Tratando-se de recomendação, obviamente o juiz não está a ela vinculado.

Outrossim, a tabela da OAB regula o trabalho prestado pelo causídico a quem o contrata, não podendo servir de norte exclusivo ou de patamar mínimo à quantificação de um valor que será suportado pela parte contrária, a que sucumbiu.

3. Posto isso, o meu voto dá provimento em parte ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1029112-74.2021.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que é apelante TAINAH SAMECIMA ALVARENGA, é apelado ASSOCIAÇÃO PRUDENTINA DE EDUCAÇÃO E CULTURA - APEC.

ACORDAM, em 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 27162)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO AYROSA (Presidente) e FRANCISCO CASCONI.

São Paulo, 22 de agosto de 2023

ROSANGELA TELLES, Relatora

Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITOS C/C OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS. FIES. Aluna do curso de medicina beneficiária do FIES. Financiamento de 96,69% dos encargos educacionais. Contrato firmado no segundo semestre de 2016. Possibilidade de cobrança adicional da estudante pela instituição de ensino limitada ao valor máximo da semestralidade previsto para o FIES (R$ 42.983,70). Descabimento de qual-

Acesso ao Sumário

quer exigência suplementar. Inteligência dos arts. 4º e 4º-B, da Lei nº 12.202/2010, do art. 6º, caput e §1º, da Portaria Normativa MEC 01/2010, da Portaria FNDE 638/2017 e das Resoluções CG-FNDE 15/2018, CG-FNDE 16/2018 e CG-FNDE 22/2018. Precedentes do E. TJSP. Sentença reformada. SUCUMBÊNCIA. Inversão do ônus. RECURSO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 453/463 que julgou improcedentes os pedidos formulados na petição inicial, condenando a ora recorrente ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, os últimos fixados em 10% do valor atualizado da causa.

Inconformada, insiste a apelante que foi beneficiária de financiamento estudantil parcial pelo FIES, no segundo semestre de 2016, de modo que, de acordo com as regras vigentes, não poderia ser cobrada por aquilo que ultrapassasse o limite de R$ 42.983,70. Busca a reforma da r. sentença.

Recurso regularmente processado, com a apresentação de contrarrazões a fls. 528/536.

A recorrida comprovou o recolhimento do preparo recursal em dobro a fls. 583/585.

Houve oposição ao julgamento virtual (fls. 579).

É o relatório.

A ora recorrente TAINAH SAMECIMA ALVARENGA ajuizou a presente ação declaratória de inexistência de débitos c/c obrigação de não fazer em face da ora recorrida ASSOCIAÇÃO PRUDENTINA DE EDUCAÇÃO E CULTURA (APEC), mantenedora da UNIVERSIDADE DO OESTE PAULISTA (UNOESTE).

Acesso ao Sumário

Conforme alegado, no segundo semestre de 2016 TAINAH se matriculou no curso de medicina na instituição de ensino apelada como beneficiária do FIES, com previsão de financiamento pelo FNDE de 96,69% dos encargos educacionais. Ocorre que a apelada teria promovido cobranças da estudante, pois superaram o limite máximo da semestralidade prevista para o FIES, totalizando uma dívida de R$ 44.633,32. Daí a propositura da demanda. Requereu a recorrente o reconhecimento da inexistência da dívida e a condenação da recorrida à obrigação de não impedir sua rematrícula.

Conforme relatado, os pedidos foram julgados improcedentes e contra esta r. sentença se volta a apelante.

Razão lhe assiste.

A Lei nº 10.260/2001 previu em seu artigo 4º, com redação dada pela Lei nº 12.202/2010:

> Art. 4º São passíveis de financiamento pelo **Fies até 100% (cem por cento) dos encargos educacionais cobrados dos estudantes por parte das instituições de ensino** devidamente cadastradas para esse fim pelo Ministério da Educação, em contraprestação aos cursos referidos no art. 1º em que estejam regularmente matriculados

Até então, não era possível o estabelecimento de limites pelo agente operador sobre o financiamento nem a cobrança de adicional do aluno.

Confira-se a Portaria Normativa 01/2010 do Ministério da Educação:

> Art. 6º São passíveis de financiamento pelo FIES **até 100% (cem por cento) dos encargos educacionais cobrados dos estudantes por parte das instituições de ensino** mantidas pelas entidades mantenedoras devidamente cadastradas nos órgãos de educação competentes e que tenham realizado adesão ao FIES.
>
> § 1º Para efeitos desta Portaria, são considerados encargos educacionais a parcela das mensalidades, semestralidades ou anuidades, fixadas com base na Lei nº 9.870, de 23 de novembro de 1999, paga à instituição de ensino e não abrangida pelas bolsas parciais do Programa Universidade para Todos - ProUni, **vedada a cobrança de qualquer taxa adicional**. (Redação dada pela Portaria Normativa nº 15, de 1º de julho de 2014)

Posteriormente, a Lei nº 13.336/2016 deu nova redação ao art. 4º da Lei nº 10.260/2001, que passou a prever o seguinte:

> Art. 4º São passíveis de financiamento pelo Fies **até 100% (cem por cento) dos encargos educacionais cobrados dos estudantes no âmbito do Fundo pelas instituições de ensino** devidamente cadastradas para esse fim pelo Ministério da Educação, em contraprestação aos cursos referidos no art. 1º em que estejam regularmente matriculados, **vedada a cobrança de qualquer valor ou taxa adicional e observado o disposto no art. 4º-B**.

Referido artigo 4º-B, com redação dada pela Lei nº 13.530/2017, prevê:

> Art. 4º-B. O agente **operador poderá estabelecer valores máximos e mínimos de financiamento, conforme regulamentação do Ministério da Educação, nos termos do que for aprovado pelo CG-Fies.**

Depois dessas alterações legislativas, foram editadas a Portaria FNDE 638/2017 e as Resoluções CG-FNDE 15/2018, CG-FNDE 16/2018 e CG-FNDE 22/2018:

> **Portaria FNDE 638/2017**
>
> Art. 1º Estabelecer para o 2º semestre de 2017 o valor máximo de financiamento para realização de contratos e aditamentos de renovação semestral no âmbito do Fundo de Financiamento Estudantil - Fies:

Acesso ao Sumário

I - Contratos formalizados até o 2º semestre de 2016: R$ 42.983,70 (quarenta e dois mil novecentos e oitenta e três reais e setenta centavos).

II - Contratos formalizados a partir do 1º semestre de 2017: R$ 30.000,00 (trinta mil reais), cabendo ao estudante arcar com a eventual diferença.

Art. 2º Esses parâmetros serão implementados pelo Agente Operador diretamente no Sistema Informatizado do FIES (SisFIES).

Art. 3º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

Resolução CG-FNDE 15/2018

Art. 1º **Estabelecer o valor de R$ 42.983,70 (quarenta e dois mil, novecentos e oitenta e três reais e setenta centavos) como o teto máximo de financiamento para realização de aditamentos de renovação semestral no âmbito do Fundo de Financiamento Estudantil (Fies), relativamente aos contratos formalizados até o 2º semestre de 2016**.

Art. 2º Esse parâmetro será implementado pelo Agente Operador diretamente no Sistema Informatizado do Fies (SisFIES).

Art. 3º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Resolução CG-FNDE 16/2018

Art. 1º **Estabelecer o valor semestral máximo e mínimo de financiamento no âmbito do Fundo de Financiamento Estudantil (Fies) para os contratos formalizados a partir do 1º semestre de 2017, cabendo ao estudante arcar com a eventual diferença:**

I - Valor máximo de financiamento: R$ 30.000,00 (trinta mil reais).

II - Valor mínimo de financiamento: R$ 300,00 (trezentos reais).

Art. 2º Esses parâmetros serão implementados pelo Agente Operador diretamente no Sistema Informatizado do Fies (SisFIES). Art. 3º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Resolução CG-FNDE 22/2018

Art. 1º Estabelecer o valor semestral máximo e mínimo de financiamento no âmbito do Fundo de Financiamento Estudantil (Fies) para contratos formalizados a partir do 2º semestre de 2018:

I - Valor máximo de financiamento: R$ 42.983,70 (quarenta e dois mil novecentos e oitenta e três reais e setenta centavos); e

II - Valor mínimo de financiamento: R$ 300,00 (trezentos reais). § 1º Os valores máximos e mínimos de que tratam os incisos I e II deste artigo aplicam-se também aos aditamentos de renovação semestral contratados a partir do 2º semestre de 2018, referentes a contratos de financiamento formalizados a partir do 1º semestre de 2017.

§ 2º Será de exclusiva responsabilidade do estudante com contrato formalizado a partir do 1º semestre de 2017 o pagamento dos encargos educacionais eventualmente devido à instituição de ensino superior pela

Acesso ao Sumário

prestação de serviços educacionais que superem o valor mencionado no inciso I do caput deste artigo.

Art. 2º Esses parâmetros serão implementados pelo Agente Operador diretamente no Sistema Informatizado do Fies (SisFIES).

Art. 3º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Da análise conjunta dos diplomas, se chega à conclusão de que passaram a viger **dois regimes distintos**: um para os contratos firmados até o segundo semestre de 2016 e outro para os contratos firmados a partir do primeiro semestre de 2017.

Relativamente ao primeiro, as instituições de ensino poderiam cobrar, pelo semestre, no máximo R$ 42.983,70, nos termos estabelecidos pelo agente operador. Assim, o aluno beneficiário do financiamento integral teria o valor do teto garantido, ficando impossibilitada a cobrança, pela instituição de ensino, de qualquer adicional. Já para os alunos com financiamento parcial, a cobrança adicional do aluno, apesar de possível, também estava limitada ao valor máximo da semestralidade para o FIES.

No que toca ao segundo, poderia haver a cobrança de valores adicionais mesmo dos alunos que obtiveram financiamento integral, sobre a quantia que sobejasse R$ 30.000,00 por semestre.

No caso dos autos, apesar de não ter sido juntado o instrumento do contrato celebrado entre a aluna e o FNDE, extrai-se das informações obtidas pela apelante junto ao SisFIES (não impugnadas pela apelada) que a contratação, de fato, se deu no segundo semestre de 2016 e que foi financiada a parcela de 96,69% dos encargos educacionais (fls. 46).

Como bem pontuou o D. Juízo *a quo*, em que pese a inexistência do instrumento contratual acerca do financiamento, as partes não divergem que existe disposição sobre a responsabilidade da estudante pela diferença entre o valor da semestralidade cobrada pela IES e aquele financiado pelo FIES (a qual, aliás, é padrão, conforme reprodução a fls. 176).

Ocorre que isso evidentemente não isenta a instituição de ensino de seguir as regras do programa ao qual livremente aderiu. Ou seja, apesar de ser plenamente possível que ela cobrasse da apelante a diferença entre o valor da semestralidade e o total financiado, seria necessário observar o limite máximo previsto para o FIES (R$ 42.983,70).

Confira-se o que já decidiu o E. TJSP nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITOS C/C OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ENSINO SUPERIOR – ALUNA DO CURSO DE MEDICINA BENEFICIÁRIA DO FIES NO PERCENTUAL DE 75% – **AUMENTO DA SEMESTRALIDADE PROMOVIDO PELA INSTITUIÇÃO DE ENSINO QUE SUPLANTOU O LIMITE MÁXIMO DE FINANCIAMENTO ESTI-**

Acesso ao Sumário

PULADO POR ATO NORMATIVO DO FIES – COBRANÇA DO VALOR EXCEDENTE DO ALUNO – DESCABIMENTO – FRUSTRAÇÃO DA LEGÍTIMA EXPECTATIVA DE QUE O FINANCIAMENTO ESTUDANTIL COBRIRIA 75% DOS ENCARGOS EDUCACIONAIS – ATOS NORMATIVOS EXPEDIDOS PELO FNDE QUE CRIARAM DOIS REGIMES JURÍDICOS DISTINTOS – AUTORA INSERIDA NO REGIME JURÍDICO QUE NÃO PREVÊ A COBRANÇA DA DIFERENÇA DIRETAMENTE DO ALUNO – SENTENÇA MANTIDA.– RECURSO DESPROVIDO. (TJSP, Apelação nº 1001075-81.2022.8.26.0553, Rel. Des. Alberto Gosson, 22ª Câmara de Direito Privado, j. 16/03/2023)

APELAÇÃO. Prestação de Serviços de Ensino Superior. Ação Declaratória de Inexigibilidade de Débito c/c Obrigação de Não Fazer. Sentença de improcedência. Insurgência do Autor. Preliminar. Inviável o reconhecimento de coisa julgada em relação à ação 0021032-46.2018.8.26.0482. Inexistência de prova de que o Autor tenha participado como litisconsorte na ação civil pública. Aplicação do art. 103, §2º, do CDC. Interesse individual homogêneo. Coisa julgada não é ‹erga omnes›. Possibilidade de propositura da ação individual. Mérito. **Curso Superior de Medicina. Ingresso no segundo semestre de 2016. Custeio pelo FIES de 97,83% dos encargos educacionais. Limitação da semestralidade a R$43.495,22. Reajuste da mensalidade pela instituição de ensino. Diferença que não pode ser cobrada do aluno financiado. Exegese do disposto na Lei 10.260/2001 c/c Portaria Normativa 10/2010 do MEC (art. 6º, ‘caput’ e § 1º). Resoluções nº 15 e 16 de 2018 do CG-FIES que impõem a mesma conclusão.** Cláusulas contratuais que vinculam a instituição de ensino participante espontânea do programa do FNDE, e não preveem a cobrança em questão. Interpretação mais favorável à parte hipossuficiente (CDC, art. 47). Precedentes desta e. Corte. Declaração de inexigibilidade dos valores. Sentença reformada. Inversão do ônus da sucumbência. RECURSO PROVIDO. (TJSP, Apelação nº 1028839-95.2021.8.26.0482, Rel. Des. Ernani Desco Filho, 18ª Câmara de Direito Privado, j. 06/03/2023)

APELAÇÃO. Ação declaratória de inexigibilidade de débito c.c. condenatória de restituição de valores. Prestação de serviços de ensino superior remunerada mediante financiamento estudantil – FIES (80%) e pagamento com recursos próprios da estudante (20%). Cobranças excessivas. Parcela da estudante que deixou de corresponder a 20%. Sentença de improcedência. Insurgência da autora. – Cobrança excessiva. Caracterização. Fixação de teto máximo de financiamento a partir de 2017. Vedada a exigência de eventual diferença com relação a contratos celebrados até dezembro/2016. Contrato de financiamento celebrado pela apelante em 2014. Cobrança de valores adicionais, correspondentes à diferença entre o valor atualizado da contraprestação em vigor e o teto máximo a que se submetia a parcela financiada. – Relação de consumo. Afronta aos devedores de-

Acesso ao Sumário

correntes da boa fé objetiva. Descumprimento do dever de informação e de transparência. – Pagamento pela apelante dos valores exigidos pela apelada em contrariedade à lei e às disposições normativas aplicáveis ao FIES. Obrigação de restituir em dobro. Reconhecimento com condenação. – Novo desfecho à demanda. Inversão do ônus de sucumbência. Custas, despesas e honorários devidos pela apelada. RECURSO PROVIDO. (TJSP, Apelação nº 0006407-21.2020.8.26.0002, Rel. Des. Claudia Menge, 34ª Câmara de Direito Privado, j. 19/10/2022)

APELAÇÃO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS JULGADA IMPROCEDENTE – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS – **curso superior de graduação em medicina custeado em grande parte (98,75%) por programa governamental de financiamento estudantil (FIES) – previsão contratual de que o mínimo percentual restante (1,25%) deve ser custeado pelo estudante – aumento do valor da semestralidade que suplantou o teto do valor do aditamento do FIES, em razão de limitação do financiamento por meio de ato normativo do CG-Fies editado em janeiro de 2018 – circunstância que não permite à instituição de ensino exigir da apelante valores excedentes ao percentual da semestralidade a que está contratualmente obrigada** – questão que deve ser apreciada sob a ótica consumerista e da cláusula geral da boa-fé objetiva – consumidora que tinha a legítima expectativa de que o financiamento estudantil custearia 98,75% dos encargos educacionais de seu curso – sentença reformada no ponto, para o fim de serem declarados inexigíveis em face da apelante valores que excedam o percentual de 1,25% do valor integral da semestralidade do curso, assegurada à apelada a possibilidade de discutir a questão em regresso em relação ao agente responsável pelo financiamento. INDENIZAÇÃO – DANO MORAL – NÃO OCORRÊNCIA – repasse dos valores excedentes à apelante com base na interpretação absolutamente razoável dada pela apelada ao contrato de financiamento – interpretação que, inclusive, foi acolhida pelo juízo "a quo" e só alterada nesta sede – conduta da apelada, no contexto, sem potencial para fazer surgir dano moral – pretensão, no ponto, corretamente rejeitada. Resultado: recurso parcialmente provido. (TJSP, Apelação nº 1005512-29.2018.8.26.0482, Rel. Des. Castro Figliolia, 12ª Câmara de Direito Privado, j. 01/11/2021)

Consta dos dados do financiamento que, para o primeiro semestre de 2016, valor a ser financiado com recursos do FIES seria de R$ 42.968,37 (muito próximo do limite) e que o valor adicional cobrado da estudante seria de **R$ 1.471,63**, ficando evidente a ilegalidade, pois ultrapassado o teto do programa (fls. 46).

Ao que consta, a prática continuou nos semestres seguintes, haja vista a proposta de negociação elaborada pela própria apelada relativamente aos débitos existentes (fls. 47/48).

Acesso ao Sumário

Nessas circunstâncias, cabia à apelada comprovar que as cobranças efetuadas não ultrapassaram o limite permitido (art. 373, II, do CPC/15), mas não foi o que ocorreu. Pelo contrário, ela defendeu a regularidade das exigências acima do máximo da semestralidade do FIES (fls. 159/181).

Vale ressaltar que não se cogita ofensa à autonomia universitária da recorrida ou à livre concorrência, na medida em que a adesão ao programa, com todos os seus ônus e bônus, é facultativa.

Destarte, de rigor a reforma da r. sentença para se declarar a inexistência da dívida de R$ 44.633,22, indicada a fls. 47/48. Por outro lado, ao que consta, a recorrente já se graduou, de modo que fica prejudicada a obrigação de não fazer, pretendida.

Caberá à apelada arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios, os últimos fixados em 15% do valor atualizado da dívida ora declarada inexistente.

Alerto ser desnecessária a oposição de embargos de declaração para fins de prequestionamento, na medida em que toda a matéria questionada está automaticamente prequestionada.

Posto isso, pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1008585-83.2022.8.26.0606, da Comarca de Suzano, em que é apelante MARIA ELISANGELA DE OLIVEIRA CARDOSO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada RODOBENS ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIOS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 23381)**

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

São Paulo, 22 de agosto de 2023.

ANA CATARINA STRAUCH, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO – AÇÃO INDENIZATÓRIA – Consórcio – Pleito de devolução das quantias pagas acrescidas de correção monetária e juros de

mora – Sentença de improcedência – Apelo da autora – Afastada a preliminar de inadmissibilidade recursal – Correção monetária que é cabível a partir dos respectivos desembolsos, nos termos da Súmula 35 do STJ – Juros de mora que são cabíveis conforme decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1111270/PR, sob o rito dos recursos repetitivos – Dano moral – Inocorrência – Ausência de prova de dano à honra ou à imagem – Sentença reformada – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Vistos.

O Douto Magistrado "*a quo*", ao proferir a r. sentença de fls. 176/178, cujo relatório adoto, julgou a "*AÇÃO DE RESCISÃO CONSTRATUAL C.C. DEVOLUÇÃO DE QUANTIAS PAGAS E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS*", ajuizada por MARIA ELISANGELA DE OLIVEIRA CARDOSO, em face de RODOBENS ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIOS LTDA., nos seguintes termos:

> "*Ante o exposto, julgo improcedentes os pedidos formulados por MARIA ELISÂNGELA DE OLIVEIRA CARDOSO contra RODOBENS ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIOS LTDA., nos termos do artigo 487, I, do Código de Processo Civil.*
>
> *Condeno a autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários devidos ao patrono da ré, os quais arbitro em 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da causa, em atenção ao artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil, que deverão ser atualizados monetariamente desde a data do arbitramento e contar juros de mora calculados em 1% (um por cento) ao mês a partir do trânsito em julgado. Observe-se, no entanto, o disposto no artigo 98, § 3º do Código de Processo Civil.*"

Insurgência recursal da autora (fls. 181/184). Sustenta que desistiu do grupo de consórcio por problemas financeiros, alheios à sua vontade. Aduz que pagou a importância total, em 2010, de R$ 25.220,61, mas, após 11 anos, recebeu apenas a quantia de R$ 16.107,91, sem atualização monetária, nem juros de mora. Pleiteia a devolução da diferença da quantia desembolsada, com juros e correção monetária, bem como indenização por dano moral.

Contrarrazões (fls. 188/195), alegando, preliminarmente, ofensa ao princípio da dialeticidade.

É o Relatório.

De proêmio, exercido o juízo de admissibilidade, em cumprimento ao

Acesso ao Sumário

disposto no art. 1.010, § 3º do CPC, vale consignar que o recurso deve ser conhecido, pois é tempestivo e dispensado do preparo em razão da gratuidade.

De plano, rejeito a preliminar de inadmissibilidade recursal por ofensa ao princípio da dialeticidade, veiculada em contrarrazões, na medida em que, o recurso não é genérico, insurgindo-se, ponto a ponto, contra a fundamentação adotada na r. sentença, em atendimento ao disposto no art. 1.010 do CPC.

Destaque-se, ademais, que esta Decisão Colegiada se limita a apreciar a matéria efetivamente impugnada, em conformidade com o teor do art. 1.013, caput, do CPC.

Trata-se de "*AÇÃO DE RESCISÃO CONSTRATUAL C.C. DEVOLUÇÃO DE QUANTIAS PAGAS E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS*", ajuizada por MARIA ELISANGELA DE OLIVEIRA CARDOSO, em face de RODOBENS ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIOS LTDA, alegando, em síntese, que aderiu a grupo de consórcio para aquisição de bem imóvel, no valor de R$ 150.000,00. No entanto, foi obrigada a desistir por problemas financeiros, alheios à sua vontade. Aduz que pagou a importância total, em 2010, de R$ 25.220,61, mas, após 11 anos, recebeu apenas a quantia de R$ 16.107,91, sem atualização monetária nem juros de mora. Pleiteia a devolução da diferença da quantia desembolsada, com juros e correção monetária, bem como indenização por dano moral.

Pois bem.

O recurso comporta parcial provimento.

Como bem apontou a r. sentença, a autora incidiu nas hipóteses de exclusão previstas no artigo 30 do regulamento do consórcio (fls. 27/28), pelo fato de ter deixado de efetuar o pagamento de duas ou mais prestações mensais consecutivas. Desta forma, conforme o próprio regulamento (artigos 31 e 32), fazia jus à devolução das quantias pagas apenas após o encerramento do grupo.

Todavia, sobre o montante restituído, deve incidir correção monetária, a partir do desembolso de cada parcela, conforme o entendimento firmado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, e cristalizado na Súmula 35:

> "*Incide correção monetária sobre as prestações pagas, quando de sua restituição, em virtude da retirada ou exclusão do participante de plano de consórcio.*"

Noutro giro, incidem juros de mora nos termos determinados pelo REsp 1111270/PR, submetido ao rito dos recursos especiais repetitivos (art. 543-C do CPC), *in verbis*:

> "*Nos termos da jurisprudência da Segunda Seção, firmada no bojo de recurso especial representativo da controvérsia (artigo 543-C do CPC),* ***a administradora do consórcio tem até trinta dias, a contar do prazo previsto contratualmente para o encerramento do grupo, para devol-***

Acesso ao Sumário

***ver os valores vertidos pelo consorciado desistente ou excluído**" (REsp 1.119.300/RS, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 14.04.2010, DJe 27.08.2010). **Nessa perspectiva, o transcurso do aludido lapso temporal, sem a ocorrência da restituição efetivamente devida, implica a incidência de juros moratórios, a partir do trigésimo primeiro dia do encerramento do grupo consorcial. Orientação aplicável inclusive aos casos em que o ajuizamento da demanda ocorre após a liquidação do consórcio.** (...) 3. Recursos especiais desprovidos. Vencido o relator na parte em que dava provimento ao apelo extremo da administradora do consórcio, a fim de determinar a incidência dos juros de mora a partir da citação*". (Resp 1111270/PR, Rel. Ministro Marco Buzzi, Segunda Seção, julgado em 25/11/2015, DJe 16/02/2016). (g.n.)

Como consequência, merece parcial reforma a r. sentença, para que as quantias devolvidas à consorciada excluída sejam corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de mora, nos exatos termos da jurisprudência pacífica do C. Superior Tribunal de Justiça.

Noutro giro, **não há que se falar em dano moral**. Ora, para a ocorrência do dano moral é necessário que seja abalada a honra, a boa-fé subjetiva ou a dignidade da pessoa. Não se trata de qualquer dissabor ou constrangimento experimentado.

O dano moral deve ser visto como dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfere de maneira intensa no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe angústia, sofrimento e desequilíbrio em seu bem-estar e integralidade psíquica.

Consoante bem preleciona Savatier, o dano moral é: "*qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária e abrange todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranquilidade, ao seu amor próprio estético, à integridade de sua inteligência, a sua feições, etc.*" ("Traité de la responsabilité civile", vol. II, nº 525).

O caso concreto não apresenta nenhum dado que aponte eventual infringência a direito de personalidade da parte autora, praticado pela ré, fator que ensejaria o reconhecimento da existência de danos morais e, por conseguinte, do cabimento da respectiva indenização pecuniária. Assim, descabe indenização por dano moral.

Por esses fundamentos, é de rigor a reforma da r. sentença, para que a ação seja julgada parcialmente procedente.

Tendo em vista o decaimento mútuo, arcará cada parte com metade das custas e demais despesas processuais (art. 86, CPC). Fixo a verba honorária em favor do patrono da autora, por equidade, em R$ 1.500,00 (art. 85, §§ 2º e 8º, CPC). Fixo a verba honorária em favor do patrono da ré em 10% do proveito

Acesso ao Sumário

econômico (danos morais afastados). Os valores devem ser corrigidos monetariamente pela TPTJSP, até a data do efetivo pagamento, **observada a gratuidade da autora**. Juros nos termos do art. 85, § 16, do CPC.

Tendo em vista o parcial provimento ao recurso, deixo de majorar os honorários advocatícios (art. 85, §11, CPC), pois, conforme o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, a majoração somente caberá nos casos de "*não conhecimento integral ou o improvimento do recurso pelo Relator, monocraticamente, ou pelo órgão colegiado competente.*" (Embargos de Declaração no Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.573.573/RJ, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Dj. 04.04.2017).

Por estes fundamentos, **DOU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0145722-81.2008.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ADM. COMÉRCIO DE ROUPAS LTDA., é apelado BANCO CETELEM S/A.

ACORDAM, em 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 38205)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente sem voto), SANDRA GALHARDO ESTEVES e CASTRO FIGLIOLIA.

São Paulo, 8 de agosto de 2023.

TASSO DUARTE DE MELO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C.C. REPARAÇÃO DE DANOS. CONTRATO DE AFILIAÇÃO. Contrato entabulado entre a Apelante ADM (Lojas Colombo) e a Apelada CETELEM para a emissão de cartões de crédito "Colombo AURA" aos clientes do estabelecimento. Repasse dos valores oriundos de vendas com o mencionado cartão nos estabelecimentos da Apelante. Alegações de descumprimento contratual por parte do Banco-apelado, que não prestou contas corretamente e deixou de repassar

valores na ordem de mais de R$ 59 milhões de reais. Fixação dos pontos controvertidos em acórdão proferido por esta 12ª Câmara de Direito Privado (AG nº 0056564-19.2011.8.26.0000, j. em 21/09/2011), pelo qual considerou imprestável a primeira perícia produzida e determinou a produção de duas novas perícias, uma em tecnologia da informação e outra contábil. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Perícia em tecnologia da informação que constatou a segurança do ambiente virtual em que realizada as transações, a correta alimentação da base de dados e regularidade das informações trocadas entre as partes. Ausência de indícios de fraude nos registros ou indevida exclusão/cancelamento doloso de dados, a fim de causar prejuízo a Apelante. Perícia contábil que constatou a desorganização da contabilidade da Apelante, com deficiência dos registros fiscais e contábeis a demonstrar a existência de crédito de mais de R$ 59 milhões de reais. Acervo probatório, em especial as provas periciais, que forneceram elementos de convicção suficientes à rejeição dos pedidos, primeiro, porque não constatada qualquer falha de segurança no sistema operacional utilizado pela Apelada CETELEM, nem fraude na alimentação da base de dados ou troca de informações entre as partes; segundo, porque a Apelante não tem controle fiscal e contábil que dê suporte ao valor de mais de R$ 59 milhões pleiteado, ou seja, não provou os fatos constitutivos do seu direito. Honorários advocatícios de sucumbência fixados em 10% do valor da causa. Pretensão de fixação por equidade (art. 85, § 8º, do CPC). Descabimento. Fixação dos honorários que deve respeitar o limite mínimo de 10% do valor da causa. Art. 85, § 2º, do NCPC. Aplicação subsidiária do § 8º apenas nas causas de baixo valor, ou quando há proveito econômico inestimável ou irrisório. STJ, recursos repetitivos, REsp 1.850.512/SP (Tema 1076). Sentença mantida na íntegra. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação (fls. 6459/6504) interposto por ADM.

Acesso ao Sumário

COMÉRCIO DE ROUPAS LTDA., empresa do Grupo Colombo, nos autos da ação de rescisão contratual c.c. reparação de danos ajuizada em face de BANCO CETELEM S/A, contra a r. sentença (fls. 6353/6364) proferida pela MM.ª Juíza de Direito da 39ª Vara Cível do Foro Central, Comarca de São Paulo, Dra. Juliana Pitelli da Guia, que julgou improcedentes os pedidos.

Requer a Apelante, preliminarmente, a concessão dos benefícios da justiça gratuita e, subsidiariamente, o parcelamento ou diferimento da taxa recursal.

Nas razões recursais, sustenta, *prima facie*, cerceamento de defesa. Aduz que o primeiro laudo pericial foi considerado imprestável por esta 12ª Câmara, que determinou a realização de duas novas perícias, uma para aferir a contabilidade, outra para aferir a segurança das informações e do sistema operacional utilizado nas transações; a conclusão da perícia é contraditória ao concluir pela segurança do sistema periciado, mesmo após constatar divergências, dentre as quais (i) lançamentos manuais de vendas ocorridas com cartões novos, (ii) algumas informações constarem em uma tabela e na outra não, (iii) diferença na quantidade de vendas registradas, (iv) a existência de e-mails que demonstram ajustes a respeito de diferenças de pagamento decorrentes da antecipação de recebíveis e, ainda, (v) cartas/missivas enviadas a Apelante com informações extraídas dos sistemas da própria Apelada, com a justificativa do conteúdo ser equivocado; a prova pericial técnica é incompleta e desconsiderou o "laudo pericial divergente" apresentado pelo assistente técnico da Apelante; deixaram de ser respondidos vários quesitos formulados, não sendo atendidas todas as determinações exaradas pelo Tribunal, e, também, faltou a disponibilização de informações sistêmicas ao perito nomeado; as chamadas transações "epuradas" (canceladas) eram transferidas para uma base auxiliar permanente que não foi contemplada na perícia, o que, mais uma vez, inviabilizou a defesa da Apelante; a perícia não contemplou a análise de todo conjunto de sistemas da Apelada em confronto com as informações que dão base aos relatórios encaminhados pela mesma ("cartas de circularização"); apurou-se diferença entre os valores efetivamente pagos, o que reforça a existência de contradições e omissões no laudo pericial de tecnologia da informação, decorrência, entre outras coisas, da resistência do Banco-apelado em fornecer a totalidade de seus dados sistêmicos para a completa apuração dos fatos; a metodologia utilizada pelo perito não cumpriu as determinações do Tribunal, que determinou a análise de todos os pontos atinentes à segurança da informação, e não de apenas parte deles; inadmissível a realização da perícia contábil por mera amostragem de 197 TEFs (Transferências Eletrônicas de Fundos) relativas a um único mês, eis que realizadas mais de 35 milhões de TEFs; a metodologia adotada contaminou o resultado, sendo certo esclarecer que "os assistentes técnicos não representam as partes, não estão autorizados a transigir e sequer possuem capacidade postulatória, possuindo poderes limitados, que devem restringir-se ao acompanhamento e ma-

Acesso ao Sumário

nifestação sobre os trabalhos, não podendo dispensar a produção de provas de interesse da parte a quem auxilia"; as divergências encontradas demonstram que o sistema operacional do Banco-apelado é inseguro; a perícia realizada por mera amostragem não tem o condão de afastar a presunção de veracidade das cartas encaminhadas pelo Banco-apelado em que reconheceu crédito a Apelante, pois o método adotado pelo perito é inadequado para tal fim; a sentença foi proferida com base em provas maculadas por vícios insanáveis e convicções pessoais dos peritos nomeados, logo, deixou de apreciar concretamente as alegações e provas juntadas pela Apelante, bem como deixou de observar a falta de provas que corroborassem as alegações do Banco-apelado; pleiteia a anulação da sentença, com a reabertura da fase instrutória para a realização de novas perícias e/ou complementação das perícias já realizadas.

No mérito, alega que o Banco-apelado inadimpliu o "Contrato de Afiliação" firmado com a Apelante, pelo qual eram oferecidos e emitidos cartões de crédito aos seus clientes ("Cartão Colombo Aura"); o Banco-apelado descumpriu o seu dever de informação (prestação de contas) e deixou de repassar a Apelante os valores efetivamente gastos pelos clientes em seus estabelecimentos, especialmente os valores relacionados aos produtos "Rotativo (à vista)" e "Rotativo Parcelado"; a despeito da estrutura e experiência gerencial do Banco -apelado, a Apelante constatou erros nos pagamentos relativos a sua produção mensal (vendas dentro das suas lojas), conforme "cartas de circularização" assinadas pelos próprios Diretores do Banco-apelado, que comprovam a existência do crédito perseguido e a ciência da instituição financeira a respeito, pois incontroverso o pagamento de comissões que corroboram os valores perseguidos; o Banco-apelado, ao argumento de que os valores estariam equivocados, requereu a realização das provas periciais; mesmo que este Tribunal entenda pela validade dos laudos produzidos, da análise do acervo probatório é possível extrair elementos que dão verossimilhança as alegações da Apelante e impõem o reconhecimento do *error in judicando*; o laudo pericial, mesmo constatando a diferença na quantidade de vendas registradas, não reconheceu a insegurança do sistema ou falha na inserção das informações, considerando válidas as justificativas das discrepâncias; não há qualquer prova que demonstre que os colaboradores da Apelante teriam procedido à inserção manual de dados e de forma equivocada; a veracidade ou não das informações poderia ser aferida por meio de perícia no sistema denominado "Harry", que não foi periciado conforme admitido pelo próprio Banco-apelado; os diversos e-mails trocados entre as partes sobre erros de cálculos de deságio, juros e IOF corroboram a fragilidade do sistema do Banco-apelado; o perito não se atentou para a diferença de quase 11 milhões quando da comparação entre os dados da "baixa" e da "alta" plataforma (fls. 6490); várias divergências são observadas ao se utilizar fontes de informações diversas, consoante o cotejo do "sistema contábil" com o "sistema de contas a pagar

Acesso ao Sumário

MATERA" (fls. 6491/6494); diante das inúmeras inconsistências identificadas, conclui-se que os valores constantes no sistema MATERA não refletem os valores apurados nas relações comerciais e operações financeiras realizadas entre as partes, não servindo de base para a apuração e quitação de eventuais valores a haver; adotar como razões de decidir perícia incompleta e realizada por meio de "amostras", inviabilizou à Apelante a demonstração dos fatos constitutivos do seu direito; deveria ser aplicada a teoria dinâmica do ônus da prova, pois a instituição financeira possuiria maior facilidade para demonstrar a legitimidade das operações de crédito, bem como a segurança do seu sistema no período controvertido; os documentos e informações expedidos e encaminhados pelo próprio Banco-apelado ("cartas de circularização"), os e-mails trocados entre as partes, a ausência de prova do pagamento dos valores da carteira "Rotativo", a existência de comprovantes de pagamentos de premiações e comissões (DIRFs), as divergências encontradas nos laudos periciais, são todas circunstâncias que corroboram a rescisão motivada e a pretensão indenizatória da Apelante; o Banco-apelado não provou o repasse/pagamento dos valores relativos às vendas realizadas à vista (rotativo puro) ou dos valores das primeiras parcelas da carteira parcelado (rotativo parcelado), o que impõe a condenação da instituição financeira ao pagamento do crédito devido a Apelante, pena de enriquecimento ilícito; os honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da causa (R$ 54.634.838,00), devem ser fixados por equidade, tendo em vista o "exorbitante valor atribuído à demanda", o que atenta contra os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Pede a reforma da sentença no mérito, para que os pedidos sejam julgados procedentes.

Contrarrazões pelo não provimento do recurso (fls. 6575/6613).

Oposição ao julgamento virtual (fls. 6621 e 6624).

Acrescenta-se que a primeira perícia contábil realizada (fls. 2011/2094) foi considerada imprestável por esta 12ª Câmara (v. acórdão de fls. 3235/3245), que determinou a produção de duas novas perícias, uma em contabilidade e outra em segurança da tecnologia da informação, com a nomeação de novos peritos de confiança do juízo.

Perícia em tecnologia da informação juntada às fls. 3372/3423 e complementada às fls. 3933/3953.

Perícia contábil juntada às fls. 5759/5950.

Indeferido o requerimento de justiça gratuita deduzido em preliminar de apelação (fls. 7182/7184), a Apelante recolheu o preparo recursal (fls. 7187/7191).

É o relatório.

A Apelante ADM, que atende no mercado pelo nome "Lojas Colombo", firmou vários contratos com o Banco-apelado, destacando-se o contrato de afi-

Acesso ao Sumário

liação, pelo qual a Apelante passou a emitir aos clientes interessados cartões de crédito "Colombo AURA"; as compras realizadas com este plástico em suas lojas teriam o valor repassado pelo Banco Cetelem a ela, mediante desconto da taxa devida; o cartão de crédito poderia ser usado em diversos estabelecimentos, porém, o repasse do valor à Apelante era devido apenas em relação aos produtos adquiridos em seus estabelecimentos.

Dessa forma, a Apelante ajuizou ação para que fosse declarada a rescisão do contrato de afiliação firmado com o Banco-apelado, com o afastamento da multa contratual, e a sua condenação ao pagamento de R$ 59.422.821,59, compensada a quantia de R$ 4.787.983,50, recebida a título de antecipação de receita contratual futura.

O Banco-apelado, por seu turno, sustentou não ter inadimplido qualquer o contrato, logo, a rescisão seria imotivada; que a Apelante, por iniciativa própria, deixou de emitir e aceitar os cartões "Colombo AURA", ocasionando reclamações dos clientes e descumprindo o contrato; os valores pretendidos seriam indevidos, pois a Apelante confunde – deliberadamente – os valores devidos por força da aquisição de produtos nas Lojas Colombo, com as compras realizadas por meio do cartão de crédito "Colombo Aura" em outros estabelecimentos comerciais; todos os valores devidos em razão do contrato de afiliação já teriam sido pagos e prestadas as contas de forma regular; aceitou a rescisão contratual em 08/05/2008, porém, discorda da imputação da culpa pelo inadimplemento; não haveria créditos pendentes em favor da Apelante; o valor mencionado em documento emitido pela instituição financeira teria sido enviado à Apelante por equívoco, reafirmando que somente seria devido o repasse das vendas com cartões de crédito AURA realizadas nos estabelecimentos da Apelante, e não nos demais estabelecimentos comerciais em que utilizados; a Apelante nunca lhe comunicou formalmente sobre a existência de pendência financeira entre as partes, inexistente justo motivo para a rescisão contratual ou para que deixasse de emitir e operar os cartões "Colombo AURA", incorrendo em verdadeiro descumprimento contratual.

Feita a breve contextualização dos fatos, passa-se ao julgamento.

O recurso não deve ser provido.

Preliminarmente, não há que se falar de cerceamento de defesa, pois o acervo probatório produzido nos autos, em especial as provas periciais em tecnologia da informação e contábil, mostram-se suficientes para o escorreito julgamento da lide, conforme será analisado a frente.

É da essência dos contratos entre as partes, especialmente o contrato de afiliação, que a Apelante recebesse o repasse relativo às compras de mercadorias feitas com o cartão "Colombo AURA" nas Lojas Colombo tão somente.

Não há qualquer previsão contratual que dê ensejo ao repasse de valores

Acesso ao Sumário

em razão de compras realizadas com o cartão "Colombo Aura" em outros estabelecimentos comerciais.

Colocada a premissa, bastaria, para comprovar a inadimplência do Banco -apelado, a Apelante demonstrar, por documentos fiscais e contábeis, de emissão obrigatória pela pessoa jurídica, a efetiva venda de mercadorias nas Lojas Colombos pagas com o cartão "Colombo AURA".

Para que não pairasse qualquer dúvida sobre a existência ou não de créditos em favor ou contra qualquer das partes, esta 12ª C. Câmara de Direito Privado, em decisão proferida no agravo de instrumento nº 0056564-19.2011.8.26.0000, j. em 21/09/2011, considerou imprestável a primeira prova pericial produzida e determinou a realização de duas novas perícias, uma em tecnologia da informação e outra contábil, assim ementado o v. acórdão de fls. 3235/3245:

> "AGRAVO DE INSTRUMENTO – Imprestabilidade da prova pericial produzida – Juízo de retratação que veio a ter sua eficácia suspensa por decisão superveniente do próprio juízo *a quo* – Necessidade de produção de prova pericial contábil e de segurança em sistema operacional eletrônico – Laudo pericial contábil incompleto, inconcluso e, por isso, imprestável – Necessidade de realização de uma nova perícia, com a nomeação de novos peritos – Inteligência dos arts. 424, I, 431-B e 437 do CPC [1973] – Prova pericial de verificação de segurança do sistema operacional não produzida – Determinação e observação. *Recurso provido.*"

Com se constata, no caso concreto foram determinadas duas perícias: (i) uma contábil para verificação da compatibilidade dos lançamentos eletrônicos com os lançamentos contábeis de cada uma das partes, de modo a definir a existência de crédito ou débito em favor ou contra qualquer das partes; e (ii) outra em tecnologia da informação para verificação da segurança do ambiente virtual em que os lançamentos se deram e das informações trocadas entre os contratantes.

Particularmente sobre a perícia contábil, esclarece-se que a sua finalidade foi verificar a existência de saldo devedor ou credor do Banco-apelado para com a Apelante em razão da rescisão do contrato de afiliação e, também, verificar a adequação da prestação de contas, ou seja, se as contas prestadas se relacionavam corretamente com as compras efetuadas com o cartão "Colombo AURA" nos estabelecimentos "Lojas Colombo", depois de deduzidos os empréstimos entre as partes e os valores correspondentes aos custos dos empréstimos, denominados de antecipação de receitas operacionais.

Acesso ao Sumário

A despeito dos inúmeros argumentos trazidos pela Apelante, no sentido de que as divergências apontadas atribuiriam verossimilhança ao argumento de ser credora do Banco-apelado em quantia superior a R$ 59 milhões, a análise do acervo probatório com um todo, leva à conclusão de que as provas periciais em tecnologia da informação (fls. 3372/3423, complementada às fls. 3933/3953) e

em contabilidade (fls. 5759/5950) atendem satisfatoriamente ao quanto determinado no v. acórdão acima mencionado, servindo de supedâneo seguro para a decisão de improcedência dos pedidos iniciais.

Nessa esteira, é de suma importância destacar que o ponto fulcral era verificar se de fato existiam créditos em favor da Apelante que revelassem o descumprimento contratual pelo Banco-apelado, a justificar tanto a rescisão motivada do contrato de afiliação, quanto a condenação em perdas e danos relativa aos valores do cartão de crédito "Colombo AURA" utilizados nos estabelecimentos "Lojas Colombos", que supostamente não teriam sido repassados pela instituição financeira.

Partindo-se de tal premissa, a prova pericial foi categórica em afirmar que a contabilidade da Apelante era mal administrada, pois nem ela própria sabia o montante de suas operações ou, pelo menos, não as demonstrou por documentos ao longo da ação.

Os valores sustentados pela Apelante são incompatíveis com os seus registros contábeis (fls. 5796), sendo que o balanço e os livros diários dos anos de 2003 e 2004 sequer foram apresentados para análise do perito.

Por tal razão, somente as TEFs (Transações Eletrônicas Financeiras) e as notas fiscais estavam aptas a provar a realização das transações de compra/venda e, por consequência, o crédito alegado pela Apelante (fls. 5813), porém, os documentos apresentados não comprovaram o montante perquirido.

Registra-se que não se verificou qualquer irregularidade na análise das TEFs por amostragem, o que foi feito mediante acompanhamento e concordância dos assistentes técnicos das partes. A conduta do perito atendeu ao disposto no artigo 466 do CPC, seja porque os assistentes técnicos são de confiança da parte, seja porque assegurado o acompanhamento das diligências e dos exames realizados.

A adoção do critério de amostragem na análise dos TEFs, diga-se de acertada metodologia de trabalho do perito judicial, não causou prejuízo ao resultado final da perícia. Se algum prejuízo houve, decorreu muito mais da ausência de documentação e/ou esclarecimento das partes, do que propriamente da metodologia adotada. Não é demais reforçar que o trabalho pericial foi devidamente acompanhado pelos assistentes técnicos das partes, ausente prejuízo à defesa ou ao contraditório, nem caracterizou indevida renúncia de direito da parte pelo assistente técnico.

Tratando-se a Apelante de renomada empresa que atua no mercado têxtil, o mínimo que se esperava era que emitisse notas fiscais e mantivesse escrituração contábil regular, a demonstrar de forma idônea e cristalina os fatos constitutivos do seu direito, ao invés de tentar imputar ao Banco-apelado prova de fato negativo, qual seja o ônus de demonstrar não ter praticado qualquer ato

Acesso ao Sumário

com o objetivo de ocultar/excluir vendas efetivadas nos estabelecimentos Lojas Colombos com o cartão "Colombo AURA" e, assim, furtar-se do repasse dos valores devidos a Apelante.

Neste sentido, destacam-se os fundamentos da r. sentença:

"20. Porém, **as conclusões do perito contábil bem demonstram que a autora tinha contabilidade mal administrada, sequer sabendo, ela própria, o exato montante de suas operações (ao menos, não demonstrou sabe-lo por documentos). Tanto que, segundo o perito, as diferenças de valor apontadas pela autora são incompatíveis com seus próprios registros contábeis (fls. 5796) e até a data de entrega do laudo, o balanço e os livros diários da autora dos anos de 2003 e 2004 sequer foram apresentados ao perito**. Neste sentido, considerou que as TFEs e notas fiscais são os únicos documentos que poderiam comprovar a realização de transações de venda/compra e, por conseguinte, a constituição de crédito alegado pela autora (fls. 5813), todavia, não foram apresentados a ponto de comprovar aquele montante.

21. Aliás, a autora não se manifestou sobre 192 TEFs selecionadas, por amostragem (conforme critério alcançado de comum acordo entre as partes, em reunião com o perito e seus assistentes técnicos) para a análise pericial e nem sobre as lançadas em duplicidade. No curso da perícia, foram encontradas TEFs em duplicidade, outras apresentadas de forma repetida três vezes e outras ainda sete vezes pela autora; além de TEFs de transações em outras lojas, em que o detentor do crédito, portanto, não era a autora ADM.

22. **Em suma, concluiu o perito contábil que a autora ADM não tem suporte operacional ou contábil para o valor apresentado como devido, sendo que em nenhum dos balanços apresentados por ela, no período de 31/12/2005 a 31/12/2007, nem no balancete de 31/03/2008, estão contabilizadas as pendências reclamadas na inicial junto ao réu. Isto, aliado ao fato de que, como visto, a perícia de TI atestou a segurança e correta alimentação dos sistemas de Cetelem, sem omissão ou exclusão de dados potencialmente para prejudicar os pagamentos devidos à autora, leva à inexorável conclusão de que o valor postulado não era devido pelo réu, de modo que não há se falar em inadimplência, como se sustenta na inicial**.

23. **Repise-se, cabia à autora apresentar documentação fiscal e contábil que comprovasse que tais vendas ocorreram, não só por ser da essência do contrato firmado entre as partes que a autora apenas faria jus ao recebimento por vendas efetivadas em Lojas Colombo (e não outros estabelecimentos de terceiros), mas também porque se trata de prova de fato constitutivo de seu direito e que estava a seu pleno alcance. Qualquer pessoa jurídica que atue de forma regular tem o dever de emitir notas fiscais e manter escrituração contábil**. Ao revés, a autora pretendeu, com a presente demanda,

Acesso ao Sumário

atribuir ao réu o ônus de comprovar que não cancelou ou excluiu do sistemas tais vendas (prova de fato negativo), sem que, primeiro, a própria autora tivesse demonstrado que ocorreram!" (destacamos)

Além da absoluta fragilidade da prova documental produzida pela Apelante, da qual não é possível extrair o valor de R$ 59.422.821,59 como devido pelo Banco-apelado, a prova pericial em tecnologia da informação sedimenta o entendimento de que as transações se deram em ambiente virtual seguro e que não houveram incorreções relevantes nas trocas de informações entre as partes e na alimentação da base de dados, a ponto de desqualificar a segurança do sistema e justificar a pretensão indenizatória de mais de R$ 59 milhões.

A prova pericial apurou um grande volume de vendas com o "Cartão Colombo AURA", no montante de R$ 128.591,663,49, e o correspondente pagamento realizado pela Apelada CETELEM à Apelante ADM ("Lojas Colombo").

O fato de terem sido apuradas algumas diferenças na quantidade de vendas registradas, especificadamente 347 vendas que totalizam a ínfima quantia de R$ 36.077,75 frente ao crédito perquirido (equivalente a 0,01% da quantidade de registros da base de dados – fls. 3421), não macula a segurança do sistema operacional e a correta alimentação da base de dados.

Tornam-se secundárias as questões da inserção manual de dados ou o fato de uma informação constar em uma tabela do sistema e não em outra, pois inaptas a amparar a pretensão indenizatória de dezenas de milhões de reais ou a desqualificar a segurança do sistema como um todo.

Em resumo, a prova pericial em tecnologia da informação também atendeu satisfatoriamente o objetivo para o qual foi determinada, qual seja demonstrar a inexistência de falhas no sistema operacional do Banco-apelado que pudessem desqualificá-lo ou ensejar prejuízo milionário a Apelante. Ao contrário, constatou-se – regra geral – que a base de dados do sistema é segura e foi corretamente alimentada, ausente indícios de fraude nos registros ou indevida exclusão/cancelamento doloso de dados, a fim de causar prejuízo a Apelante.

Nesta esteira, destacam-se os fundamentos da r. sentença, que também ficam incorporados a este v. acórdão:

"11. A perícia de TI, como se observa na decisão saneadora e no laudo de fls. 3372/3423, visava analisar segurança do ambiente em que feitos os lançamentos e informações de Cetelem. O perito constatou que no sistema Cetelem foram registradas, no período da vigência dos contratos entre as partes, vendas pela autora, feitas com cartão, AURA em total de R$128.907.785,51, sendo registrado pagamento relacionado pelo Cetelem de R$128.591.663,49 (fls. 3393). **De fato, constatou diferença na quantidade de vendas registradas, sem contudo desmerecer a segurança do sistema e a correta alimentação de dados. Veja-se. O perito considerou válidas as justificativas de que as dis-**

Acesso ao Sumário

crepâncias ocorreram em casos de (i) a documentação do cartão (emitido ao cliente no momento da compra) não ter sido enviada em até 30 dias ao banco ou (ii) prática de vendas parceladas com inserção manual dos dados, de forma equivocada, por prepostos da própria autora.

12. Constatou, ainda, que também havia divergências a maior entre valores pagos por Cetelem à autora. Mas, de todo modo, concluiu o perito que as diferenças diziam respeito apenas à 347 vendas, totalizando R$36.077,75, equivalente a 0,01% da quantidade de registros desta base de dados (fls. 3421). **Ao final, concluiu não terem sido constatadas "incoerências ou inconsistências nas bases de dados analisadas resultantes de processamentos", pois os "lançamentos manuais efetuados em caráter de exceção para aquelas vendas ocorridas com catão novo com entrega da documentação após o prazo de 30 dias acordado configura-se num (sic) ponto frágil do sistema todavia, este procedimento foi acordado entre as partes com o objetivo de resgatar uma venda que a rigor tinha sido cancelada**" (destaquei).

13. Com efeito, o contrato de afiliação previa ser de responsabilidade da autora (Colombo) o envio dos documentos relativos à abertura do cartão, sob pena de ser cancelada a operação (cláusula 7, mais especificamente, 7.2; 7.2.4; 7.3). Portanto, cabia à autora comprovar que, quanto às 347 vendas supra mencionadas em relação às quais não houve pagamento, enviou os documentos necessários. Todavia, não se desvencilhou deste ônus de prova. **A respeito da segurança do sistema e possibilidade de exclusão de dados, notadamente, vendas (como a autora alega ter sido feito pelo réu), o perito nada verificou neste sentido, muito pelo contrário**.

14. Esclareceu, às fls. 3950, que o fato de uma informação constar em uma tabela do sistema e não na outra não significa que o sistema não seja seguro e também refutou a tese da autora de que todos os registros de transações feitas com cartão AURA provisório teriam sido epurados (expressão técnica para a "exclusão), afirmando que isso apenas ocorreu quando houve cancelamento da venda por falta de envio da documentação do cliente/comprador, o que cabia à autora fazer. Concluiu também que "o tempo decorrido entre as diligências não teve reflexo na integridade dos dados apresentados" (fls. 3950). **Em suma, das constatações do perito, forçoso convir que a base de dados do réu era segura e corretamente alimentada, sem registros de fraudes ou indevidas "exclusões" de dados, como sustenta a autora**.

15. **Desta feita, o fato de o perito não ter encontrado registro das vendas, em lojas Colombo, relacionadas às 347 operações mencionadas supra ou mesmo aos postulados R$ 59 milhões, de forma alguma significa que estas vendas foram intencionalmente e de má-fé excluídas do sistema do Cetelem para se evadir ao pa-**

Acesso ao Sumário

gamento à autora. Até porque, é bom que se lembre, a má-fé não se presume. Por seu turno, a perícia contábil tampouco apresentou qualquer indício de que a autora faça jus ao recebimento da quantia demandada.

16. Às fls. 5.791 do laudo contábil, precisamente item b.6, o perito informa que a autora ADM não estava sujeita a nenhum controle externo ou interno (auditorias) de sua contabilidade e que o laudo contábil por ela apresentado com indicação do valor da dívida imputada ao réu Cetelem não continha demonstração contábil do cálculo. Ademais, diferentemente do que alega a autora, que insiste ter registrado reclamação formal junto ao réu a respeito do valor pendente de pagamento, o perito constatou que apenas depois de 43 meses da data indicada pela autora como a do início da irregularidade de pagamento pelo réu, é que iniciou reclamação junto ao banco (fls. 5794). Ora, isso indica que o descontrole contábil era da autora e não do réu.

17. **Neste ponto, consigno que os e-mails juntados pela autora em réplica apenas demonstram que ela (autora) passava por auditoria interna, na qual estava a aferir, dentre outras coisas, valores recebidos pelo réu, sem que haja em tais documentos qualquer reclamação específica e indicação direta de quantias recebidas a menor, muito menos no montante que se cobra na presente demanda, da ordem de quase seis dezenas de milhões**. Como bem aponta a ré em sua petição de fls. 1846/1853, referidos e-mails demonstram, isso sim, ajustes pontuais entre as partes a respeito diferenças de pagamento decorrentes da antecipação de recebíveis solicitada pela autora, calculadas, por vezes, com taxas a menor do que as contratadas ao que o réu, ao confirmar o equívoco, procedeu ao pagamento.

18. **E nem mesmo com enorme esforço de interpretação e cálculo aritmético a soma dos valores mencionados em tais e-mails se aproxima da cobrada na presente demanda, sendo certo que os R$ 59 milhões exigidos pela autora decorreriam, como já visto, da ausência de repasse, pelo réu, do valor de compras por clientes com cartão AURA**, como se alega na própria inicial, ainda que de forma extremamente confusa e prolixa. **A alegação da autora de que foi o próprio réu, Cetelem, que apontou a existência do crédito de R$ 59 milhões, não se sustenta, pois este esclareceu a contento que o documento enviado à autora neste sentido foi equivocado, ao fazer menção ao total de créditos devidos aos contratantes do cartão AURA por compras em diversos estabelecimentos, inclusive, mas não exclusivamente, as Lojas Colombo, da rede da autora**." (destacamos)

Como se nota acima, pueril a Apelante querer justificar o crédito buscado nesta ação tão somente em documento informativo enviado a ela pela Apelada CETELEM, pois os esclarecimentos prestados pela instituição financeira, de

Acesso ao Sumário

que o valor mencionado se referiria também a vendas realizadas fora dos estabelecimentos Lojas Colombo, somado ao fato de inexistir qualquer registro fiscal e contábil que sustente o crédito de mais de R$ 59 milhões, impedem o reconhecimento da rescisão contratual motivada ou o acolhimento pretensão indenizatória.

Em resumo, andou bem a r. sentença ao julgar improcedentes os pedidos, eis que a prova documental produzida, aliada às provas periciais em tecnologia da informação e contábil, forneceram elementos de convicção suficientes à rejeição dos pedidos, primeiro, porque não constatada qualquer falha de segurança no sistema operacional utilizado pela Apelada CETELEM, nem fraude na alimentação da base de dados ou troca de informações entre as partes; segundo, porque a Apelante não tem controle fiscal e contábil que dê suporte ao valor de mais de R$ 59 milhões pleiteado, ou seja, não provou os fatos constitutivos do seu direito.

Por fim, também deve ser mantida a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios fixados com fundamento no art. 85, § 2º, do CPC.

Os honorários advocatícios de sucumbência devem ser arbitrados "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", consoante dispõe expressamente o art. 85, § 2º, *caput*, do NCPC.

Com a devida vênia às razões de recurso, a fixação da verba fora dos percentuais previstos no mencionado dispositivo legal somente é possível "Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo", hipótese em que se autoriza o seu arbitramento por apreciação equitativa, nos termos do § 8º do artigo em comento, que não admite interpretação extensiva, ainda mais para prejudicar os advogados da parte vencedora.

Esse entendimento, que já era consolidado na 2ª Seção do C. STJ (REsp nº 1.746.072/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/acórdão Min. Raul Araújo, j. 13/02/2019), restou pacificado na Corte Superior com o julgamento do REsp nº 1.850.512/SP, representativo de recursos repetitivos (Rel. Min. Og Fernandes, Corte Especial, j. 16/03/2022), que fixou as seguintes teses jurídicas:

> "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,

Acesso ao Sumário

havendo ou não condenação: (a) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (b) o valor da causa for muito baixo." (destacamos)

Em suma, o CPC/2015 pretendeu dar mais objetividade à fixação dos honorários advocatícios e somente autoriza a aplicação da equidade (§ 8º do artigo 85) em situações excepcionais, quando, havendo ou não condenação, (i) o proveito econômico ser irrisório ou inestimável, ou (ii) o valor da causa ser muito baixo.

Cabia à Autora da ação, no caso a Apelante, ponderar a probabilidade de ganhos e prejuízos antes do ajuizamento da demanda, tratando-se de critério econômico a ser considerado, pois, além de remunerar o advogado da parte contrária, também desempenha papel sancionador daquele que sucumbiu.

Na espécie, trata-se de ação bastante complexa, ajuizada no ano de 2008 e versando sobre valores na casa dos R$ 60 milhões de reais, que exigiu longa instrução probatória e inúmeros incidentes, com a realização de três provas periciais, das quais a primeira foi considerada imprestável.

Portanto, a natureza e a importância da causa, o grau de zelo profissional e o tempo de trabalho exigidos para o serviço advocatício, justificam a condenação ao pagamento de honorários fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC.

Aliás, não há que se falar em redução dos honorários advocatícios de sucumbência, pois arbitrados pela r. sentença no piso legal.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso, mantida na íntegra a r. sentença.

Elevam-se os honorários advocatícios para 12% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 11, do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005614-14.2023.8.26.0664, da Comarca de Votuporanga, em que são apelantes NOEMIA FRANCISCA DOS SANTOS, JOSUE DOS SANTOS, GELSON JOAQUIM DOS SANTOS, ANA KATIA DOS SANTOS, ANA PAULA DOS SANTOS SILVA, ANA CRISTINA DOS SANTOS NEVE e CASSIA DOS SANTOS PIRES, é apelado O JUIZO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso para determinar a expedição do alvará judicial.

Acesso ao Sumário

V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21687)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ APARÍCIO COELHO PRADO NETO (Presidente sem voto), ANGELA MORENO PACHECO DE REZENDE LOPES e JAIR DE SOUZA.

São Paulo, 11 de agosto de 2023.

GILBERTO CRUZ, Relator

Ementa: APELAÇÃO – ALVARÁ JUDICIAL – R. sentença que extinguiu o processo sem resolução do mérito por entender ser caso de abertura de inventário ou arrolamento – Insurgência da autora. Procedência. Cônjuge sobrevivente que almeja transferir veículo a terceiro, com anuência expressa dos demais herdeiros. Único bem móvel, de baixo valor (R$ 6.500,00), que autoriza a transferência via alvará judicial. Observância do princípio da instrumentalidade das formas. Entendimento amplamente adotado por esta E. Corte Decisão reformada Recurso provido para determinar a expedição do alvará judicial.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação contra a r. sentença de fl. 36, cujo relatório se adota, que julgou extinto o processo sem resolução do mérito nos termos do artigo 485, I e VI, do Código de Processo Civil.

Inconformada, a autora apelou pugnando 1) a procedência da ação para transferir a terceiro único bem móvel deixado pelo falecido marido. Ressalta 2) a inexistência outros bens a inventariar, 3) o baixo valor agregado (aproximadamente R$ 6.500,00), bem como 4) a anuência expressa de todos os filhos herdeiros maiores e capazes (fls. 46/51).

Ausentes contrarrazões. Isenta de preparo, pois beneficiária da justiça gratuita.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o breve relato.

A irresignação comporta acolhida.

Cuida-se de pedido de alvará judicial para transferência à terceiro de único veículo existente em nome do falecido esposo.

Embora o artigo 666 do CPC disponha que apenas "*independerá de inventário ou de arrolamento o pagamento dos valores previstos na Lei nº 6.858,*

Acesso ao Sumário

de 24 de novembro de 1980", é cediço que a jurisprudência consolidada desta E. Corte[1] e C. Câmara[2] permite a transferência de propriedade de bem móvel do autor da herança através de alvará autônomo, em observância ao princípio da instrumentalidade das formas, notadamente por se tratar de automóvel de reduzido valor econômico (*in casu* um veículo Ford/Escort GL 16V F, cor vermelha, placas CLI4174, Renavan 00688198095, chassis nº 8AFZZZEFFVJ070942, ano/modelo 1997/1998, avaliado pela tabela FIPE em R$ 6.448,00).

De rigor, portanto, a procedência do pedido de alvará, com a sua regular expedição, posteriormente ao trânsito em julgado desta decisão.

Ex positis, **dá-se provimento** ao recurso para determinar a expedição do alvará judicial.

Incabível a condenação por honorários advocatícios, pois ausente a instauração de relação jurídico-processual.

Por fim, prequestionadas as normas jurídicas reportadas no curso do presente feito, ficam as partes advertidas de que a interposição de recurso contra esta decisão, se declarado manifestamente inadmissível, protelatório ou improcedente, poderá acarretar sua condenação às penalidades fixadas no artigo 1.026, § 2º, do CPC/15. Acrescente-se que a função do julgador é decidir a lide de modo fundamentado e objetivo; desnecessário, portanto, o enfrentamento exaustivo de todos os argumentos elaborados pelas partes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1010965-07.2020.8.26.0006, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes/apelados

1 *ALVARÁ JUDICIAL – Transferência de único bem móvel deixado pelo "de cujus", sem valor expressivo – Concordância dos interessados, que são maiores e capazes – Acolhimento – Hipótese que se assemelha aos pedidos de alvará que prescindem da abertura de sucessão (art. 666 do CPC) – Precedentes desta E. Corte – Documentação que demonstra a existência de um relacionamento entre falecido e a coapelante, autorizando a transferência do veículo, ante a concordância do outro único herdeiro (descendente), também recorrente – Observação, porém, que a presente deliberação não traz qualquer declaração de reconhecimento de união estável, o que extrapola o seu objeto e dependeria de ação própria para outros fins – Pretensão acolhida tão somente para expedição de alvará, sem declaração de reconhecimento da arguida união estável – Recurso provido, com ressalva.* (TJSP; Apelação Cível 1000590-67.2021.8.26.0278; Relator (a): Alvaro Passos; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro de Itaquaquecetuba – 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/04/2022; Data de Registro: 26/04/2022)

2 *Alvará judicial. Insurgência contra decisão que inicialmente extinguiu o processo sem julgamento de mérito. Determinação de abertura de inventário ou arrolamento sumário. Desnecessidade. Transferência do único bem móvel deixado pela falecida. Pretensão de transferência do veículo para o nome do viúvo. Possibilidade. Meio adequado, com dispensa de abertura de inventário ou arrolamento. Hipótese que se assemelha aos pedidos de alvará que prescindem da abertura de sucessão (art. 666 do C.P.C.) Sentença modificada. Recurso provido.* (TJSP; Apelação Cível 1001112-77.2020.8.26.0101; Relator (a): Coelho Mendes; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro de Caçapava - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 03/11/2020; Data de Registro: 03/11/2020)

Acesso ao Sumário

RÁDIO E TELEVISÃO RECORD S.A. e HUMBERTO ASCENCIO, são apelados/apelantes ISABEL CRISTINA DOS SANTOS GIMENES (JUSTIÇA GRATUITA) e VAGNER LUIS GIMENES (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso dos réus, prejudicado o dos autores. V.U. Sustentou oralmente o Dr. Renato Zenker, OAB/SP 196.916.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.141)**

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

São Paulo, 29 de agosto de 2023.

GALDINO TOLEDO JÚNIOR, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL – Ação de indenização por danos morais – Alegada ofensa à honra dos autores supostamente causada por divulgação não autorizada de suas imagens colhidas por câmeras de segurança em que foram visualizados com uma cachorra que havia fugido – Autores que alegam terem sido indevidamente acusados de furto do animal, quando apenas o acolheram – Imagens veiculadas em reportagem televisiva – Sentença de parcial procedência condenando os réus (rede de televisão e jornalista) ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 10.000,00, reconhecida a decadência quanto ao pedido de retratação – Inconformismos das duas partes – Cachorra que ao ser encontrada pelos autores e outras duas pessoas foi levada por estes a sua residência – Imagens colhidas em via pública, cuja divulgação não depende de prévia autorização – Réus que agiram no exercício regular de direito ao divulgar as imagens e a fuga da cachorra com o intuito de esclarecer seu paradeiro – Autores e seus acompanhantes que objetivamente deixaram de entregar o animal à autoridade competente, conforme impõe o artigo 1.233, parágrafo único, do Código Civil, dando causa à eventual suspeita de furto – Divulgação de fatos verídicos – Conteúdo de caráter jornalístico sem verificação de excesso ou abuso do direi-

Acesso ao Sumário

to à informação assegurado pela CF – Ocorrência do exercício regular do direito de narrar e divulgar fatos verídicos e relevantes à sociedade – Preponderância do interesse público em relação ao direito à imagem – Ausência de "animus injuriandi vel diffamandi" – Ato ilícito não caracterizado, o que afasta o dever de indenizar – Improcedência da demanda que se impõe, afastado o dever de indenizar – Recurso dos réus provido, prejudicado o dos autores.

VOTO

1. Ao relatório constante de fls. 174/178, acrescento que a sentença, seguida de embargos declaratórios, julgou procedente em parte ação de indenização por danos morais proposta por Isabel Cristina dos Santos Gimenes e Vagner Luis Gimenes contra Rádio e Televisão Record S.A. e Humberto Ascencio, para o fim de condenar os réus ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 10.000,00 para cada autor, acolhida a preliminar de decadência quanto ao pedido de retratação. Em face da sucumbência, deverão os réus arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da condenação.

Inconformadas recorrem as duas partes.

Os réus sustentando, em síntese, que os autores não comprovaram adequadamente que fazem jus aos benefícios da gratuidade, devendo ser revogado. No mais, destacam que a reportagem impugnada tratou do desaparecimento da cachorrinha "Harmonia", alegando os autores que teriam sido indevidamente acusados na matéria jornalística de terem praticado crime, passando a ser perseguidos por populares em via pública, o que atingiu sua imagem e honra. Sustentam que não houve caráter ofensivo ou sensacionalista e em nenhum momento houve acusação de terem praticado crime. Salientam que foi mencionado na reportagem que a cachorrinha havia escapado de casa. Observam que não se questiona a veracidade da reportagem, pois os apelados aparecem nas imagens da câmera de segurança junto com outro casal levando "Harmonia" no colo e não negaram que tenham se apropriado de animal de estimação alheio. Mencionam que nos autos da ação conexa nº 1010953-90.2020.8.26.0006, a Apelada Sra. Isabel prestou testemunho afirmando que realmente não procuraram a dona do animal para devolvê-lo. Ressaltam que as imagens são de péssima qualidade e foram exibidas por poucos segundos, além de estarem desfocadas, o que dificulta a identificação. Concluem que é desprovida de fundamento a alegação de que os apelados foram acusados de apropriação do animal, pois não é possível sequer a identificação deles na reportagem. Pontuam que não é exigido

Acesso ao Sumário

dos veículos de comunicação uma cognição exauriente, sob pena de se inviabilizar a atividade jornalística. Reforçam que nem sequer o nome dos apelados foi divulgado e que estes não tiveram nenhum prejuízo quanto à sua imagem. Sustentam que não houve abuso da liberdade de imprensa e mau uso do direito de informação. Defendem que não houve *animus difamandi*, *injuriandi ou caluniandi*, o que não permite reconhecer ter havido a prático de ato ilícito pelas rés a ser indenizado. Asseveram que o pedido de remoção consiste em indevido cerceamento da liberdade de imprensa. Argumentam que não pode haver censura prévia. Informam que o repórter ao final da matéria fala expressamente que a "Harmonia" foi devolvida, em 24 horas após a mobilização feita pela dona do animal em suas redes sociais e intervenção das autoridades policiais, sem a imputação de qualquer crime os apelados. Mencionam que as postagens e comentários maledicentes em redes sociais não tem o condão de gerar a sua responsabilização. Dessa forma, postulam a reforma da r. sentença para o fim de afastar a condenação por danos morais ou reduzi-la (fls. 210/248).

Os autores, por sua vez, alegam que sua imagem foi indevidamente exposta no programa televisivo "Balanço Geral", veiculado pela ré. Alegam que houve insinuação de que teriam furtado o animal, quando eram inocentes e foram agredidos verbalmente por pessoas que os reconheceram na rua por conta da reportagem. Esclarecem que a cachorrinha perdida foi encontrada pelos autores e outras duas pessoas Sr. Neilson Pereira Martins e a Sra. Ana Paula Pereira Soares. Narram que estes, por seu um dia de muita chuva, levaram o animal para casa para protegê-lo. Ocorre que, todavia, foram equivocadamente acusados de furto de animal e tiveram suas imagens veiculadas em rede nacional, causando-lhe danos. Alegam que é devida a majoração da indenização fixada para a quantia de R$ 100.000,00 (fls. 254/272).

Recursos regularmente processados, com oferecimento de contrarrazões às fls. 273/294 e 298/317.

2. O recurso dos réus deve ser provido, prejudicado o dos autores.

Alegam os autores que houve veiculação indevida de sua imagem em reportagem exibida no programa "Balanço Geral" de responsabilidade dos réus, na qual foram apontados como suspeitos de crime de furto de animal, em 18 de setembro de 2020. Destacam os autores que após encontrarem o cachorro juntamente com seus colegas, o Sr. Neilson e a Sra. Ana Paula, permaneceram no local com o filhote no colo e como não apareceu o seu dono, resgataram o animal com a finalidade de protegê-lo, pois era um dia chuvoso e frio. Narram que os seus colegas, então, levaram a cachorra para a sua casa e que, após o ocorrido, receberam mensagens acusando-os de furto. Sustentam que, em decorrência da reportagem, houve repercussão no meio social, gerando constrangimentos, ofensas e risco aos autores. Mencionam que foram vítimas de calúnia e difamação e que houve abuso da informação oferecida pela parte ré. Postularam

Acesso ao Sumário

a antecipação dos efeitos da tutela para que a ré se abstenha de veicular informações denegrindo o nome e a imagem dos requerentes, bem como que seja compelida a primeira requerida Radio e Televisão Record a retirar a reportagem de sua plataforma de notícias online R7 da TV Record, bem como o segundo requerido, Humberto Ascencio, a se retratar na rede nacional de televisão, além de indenização por danos morais.

A r. sentença julgou procedente em parte a demanda para o fim de condenar os réus ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 10.000,00 para cada requerente, reconhecendo a decadência do pedido de retratação.

Insurgem-se as duas partes nesta oportunidade.

De início, não há elementos que deem amparo ao pleito de revogação da gratuidade concedida aos autores, pois ausente comprovação efetiva no sentido de que estes possuem condições de arcar com as custas e despesas processuais.

No mais, cumpre mencionar que os autores ingressaram também com ação em face da dona do animal pela divulgação das imagens colhidas por câmera de segurança nas suas redes sociais e na reportagem televisiva ora impugnada perante a rede de televisão e repórter responsáveis. Referida demanda foi também objeto de apelação nº 1010953-90.2020.8.26.0006, julgada por esta C. 9ª Câmara de Direito Privado, em v. acórdão desta relatoria, conforme ementa abaixo transcrita: "*RESPONSABILIDADE CIVIL – Alegada ofensa à honra dos autores supostamente causada por divulgação não autorizada de suas imagens colhidas por câmeras de segurança em que foram visualizados com a cachorra da genitora da ré que havia fugido – Autores que alegam terem sido indevidamente acusados de furto do animal, quando apenas o acolheram – Imagens veiculadas em reportagem televisiva e nas redes sociais – Sentença de procedência condenando a ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 10.000,00 – Inconformismo da ré – Cachorra que ao ser encontrada pelos autores e outras duas pessoas foi levada por estes a sua residência – Imagens colhidas em via pública, cuja divulgação não depende de prévia autorização – Ré que agiu no exercício regular de direito ao divulgar as imagens e a fuga da cachorra com o intuito de localizá-la – Autores e seus acompanhantes que objetivamente deixaram de entregar o animal à autoridade competente, conforme impõe o artigo 1.233, parágrafo único, do Código Civil, dando causa à eventual suspeita de furto – Requerida que não pode ser responsabilizada por comentários de terceiros direcionados aos autores – Prejuízo moral não caracterizado na hipótese a justificar a pretensão deduzida – Recurso provido.*" (Apelação nº 1010953-90.2020.8.26.0006, j. 31/01/2023).

Também no âmbito destes autos, não se verifica a prática de conduta ilícita pelos réus a justificar a condenação de indenização por danos morais.

Acesso ao Sumário

Narram os próprios autores que após terem acolhido o animal juntamente com seus colegas em momento de chuva, estes resolveram levar o animal para casa deles, por não ter aparecido o dono.

Conforme se extrai dos autos a reportagem sobre o desaparecimento da cachorra "Harmonia" veiculou imagem de câmera de segurança que mostram os autores e seus colegas Sr. Neilson e Sra. Ana Paula com o animal, com a finalidade de que fossem identificados e, assim, fosse esclarecido o sumiço do animal, já que tais imagens eram a única pista.

A atitude dos autores e de seus colegas fez com que pudesse haver suspeita de que poderiam ter se apropriado ilicitamente do animal, já que competia àqueles que o encontraram entregá-lo à autoridade competente.

Dispõe o artigo 1.233 do Código Civil que: "*Quem quer que ache coisa alheia perdida há de restituí-la ao dono ou legítimo possuidor. Parágrafo único. Não o conhecendo, o descobridor fará por encontrá-lo, e, se não o encontrar, entregará a coisa achada à autoridade competente.*"

Sabe-se que aos veículos de informação é resguardado o direito de divulgar fatos ocorridos no cotidiano, emoldurando a vida em sociedade, sem que daí derive qualquer ofensa aos envolvidos, se não se identificou abuso no direito de narrar o ocorrido.

Isto é, nos termos do artigo 5º, incisos IV, IX e XIV cumulados com o artigo 220 da Constituição Federal, a manifestação do pensamento e o direito à informação são garantias constitucionais plenas, respondendo a empresa jornalística e seus prepostos somente por eventuais excessos. Se a veiculação se limitou a reproduzir informações recebidas e a ilustrou com imagens pertinentes com a matéria, a imprensa agiu no exercício regular do direito de informação, sem ferir a honra, a imagem, o nome, a intimidade e a privacidade dos envolvidos.

No caso, a questão é saber se o direito de informação, que pertence à própria sociedade e de crucial importância para a Democracia, serviu de pálio para a produção de reportagem com *animus injuriandi vel diffamandi*.

A resposta se mostra negativa, pois na reportagem apontada como ofensiva à imagem dos autores não se divisa esse escopo. Ademais, está ela coberta pela excludente constitucional da liberdade de informação e expressão.

Da análise da referida reportagem, de fato, não se verifica que tenha havido acusação indevida, mas sim fundada suspeita de que aquelas pessoas presentes na imagem captada em via pública pudessem esclarecer o destino do animal.

Logo, houve apenas notícia de mera e fundada suspeita, o que não é suficiente para entender que houve a alegada acusação indevida passível de gerar danos.

Não se vislumbra, portanto, nenhum excesso por parte dos réus até porque as imagens colhidas foram feitas em via pública, ausente a necessidade de

Acesso ao Sumário

prévia autorização para divulgação com a finalidade de esclarecer o paradeiro da cachorra.

Note-se, também, que os réus não podem responder por eventuais comentários depreciativos de terceiros nas redes sociais. Mais ainda, quanto às alegações dos autores de que sofreram agressões verbais no metrô, em seu trabalho, além de não terem sido adequadamente comprovadas, tais fatos também não poderiam ser imputados aos réus, já que não houve abuso.

Assim, conquanto os autores tenham se sentido desconfortáveis com a exposição de sua imagem, mormente em vista de ter sido posteriormente esclarecido o ocorrido e não terem sido denunciados pela prática de crime algum, tal fato não constitui ilícito uma vez que se trata de matéria jornalística na qual eles foram apontados apenas como suspeitos de envolvimento no desaparecimento do animal, em decorrência de fundados indícios baseados nas imagens colhidas.

Não se verificou, portanto, o "*animus injuriandi vel diffamandi*" , mas apenas o exercício dos réus do regular direito de informar, expondo o referido contexto fático, sem a intenção expressa de acusar os autores.

Logo, nesse reportado cenário, não se verificou a prática de ilícito pelos requeridos a lhes impor qualquer obrigação de remoção ou restrição de veiculação de imagens, tampouco o dever de indenizar por danos morais, devendo ser reconhecida a total improcedência da demanda em relação a ambos os autores.

Por consequência, em face da total improcedência da demanda fica caracterizada a sucumbência apenas dos autores, os quais deverão arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa, observada a gratuidade da Justiça.

Com efeito, o recurso dos réus deve ser provido para o fim de reconhecer a improcedência da demanda em relação a ambos os autores, impondo-lhes integralmente os ônus sucumbenciais. Por consequência, reconhecida a inexistência de ato ilícito, fica prejudicado recurso dos autores visando a majoração da indenização por danos morais.

3. Ante o exposto, meu voto dá provimento ao recurso dos réus, prejudicado o dos autores.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 4001064-14.2013.8.26.0004, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CRIADOR ADMINISTRATIVA DE BENS LTDA., é apelada MARIA ESTER RODRIGUES PIMPIM.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 26664)**

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

São Paulo, 31 de agosto de 2023.

MARIA DE LOURDES LOPEZ GIL, Relatora

Ementa: Apelação. Corretagem. Ação de cobrança proposta pela suposta corretora em face de locadora de imóvel. Sentença de extinção do feito sem resolução do mérito relativamente aos corréus pessoas físicas e de procedência com relação à corré sociedade empresária. Inconformismo desta. Não acolhimento. Ulterior extinção do feito com relação a corréu pessoa física não impede a consideração do teor de sua oitiva em audiência na fundamentação da decisão de mérito. É o magistrado o destinatário da prova, cabendo a ele determinar quais são as provas relevantes, formando sua convicção com base em todo o conjunto probatório constituído ao longo da instrução processual. Contratação verbal. Possibilidade. Comprovada a aproximação promovida pela demandante da ré com a terceira com a qual viria posteriormente a celebrar contrato de locação de imóvel comercial. Ainda que o contrato de locação somente tenha sido celebrado posteriormente e diretamente pelas partes, este só se fez possível pela atuação da autora. Caracterizada a aproximação útil. Remuneração devida. Valor incontroverso. Sentença de procedência mantida. Recurso não provido

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível do Foro Regional da Lapa da Comarca de São Paulo, Dr. Raphael Garcia Pinto, que: a) reconheceu a ilegitimidade passiva dos requeridos MARILENE GUANDALINE FABRIS, ANA LÚCIA FABRIS e NELSON LUIZ FABRIS, para extinguir com relação a estes o processo sem

resolução do mérito, com fundamento no artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil, condenando a autora ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios sucumbenciais arbitrados por equidade em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), corrigidos pelos índices da tabela prática deste Tribunal desde a data de prolação da sentença e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês a partir do trânsito em julgado; b) julgou procedente o pedido da autora na ação de cobrança de comissão de corretagem, para condenar a corré CRIADOR ADMINISTRADORA DE BENS LTDA ao pagamento à autora da importância de R$ 70.000,00 (setenta mil reais), atualizada monetariamente pela tabela prática deste Tribunal de Justiça a partir do ajuizamento e acrescida de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês desde a citação. Em razão da sucumbência, foi a corré ainda condenada a arcar com as custas e despesas processuais, bem como com os honorários advocatícios sucumbenciais, estes arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação atualizado.

Recorre a corré CRIADOR ADMINISTRADORA DE BENS LTDA. Afirma que quando do provimento de anterior recurso de apelação, que ensejou a anulação da sentença originalmente proferida, reconheceu este Tribunal pela inaptidão do conjunto probatório para a demonstração da ocorrência da contratação verbal da autora corretora, bem como da efetiva intermediação. Alega que com a reabertura da instrução processual, a autora apelada não se desincumbiu com o ônus de demonstrar o direito por ela invocado, tendo inclusive desistido da oitiva da sua principal testemunha, a representante legal da empresa locatária Transportes Decisão Ltda (Carla Elisabete Dockhorn Schauff). Aponta que a testemunha ouvida não disse que a autora intermediou o negócio, tampouco em que condições o fizera e que o juízo, não obstante tenha reconhecido a ilegitimidade passiva do corréu NELSON, aproveitou o teor de sua oitiva para fundamentar a sentença. Assevera que embora tenha o imóvel sido apresentado pela autora, o negócio (locação) não foi realizado no primeiro momento, vindo a ser celebrado após vários meses, depois de negociações conduzidas exclusivamente pelo corréu NELSON. Requer, em suma, seja reformada a sentença, para que seja julgado improcedente o pedido da autora apelada, invertendo-se, por conseguinte, o ônus sucumbencial.

Contrarrazões às fls. 351-376.

É o relatório.

Em apertada síntese, alega a autora apelada MARIA ESTER ser corretora de imóveis e que teria atuado como tal para viabilizar a locação do imóvel situado à Avenida Minasa, 695, bairro Matão, município de Sumaré-SP, de propriedade da corré CRIADOR ADMINISTRAÇÃO DE BENS LTDA, à terceira Transportes Decisão Ltda ME. Contudo, finalizada a negociação, de acordo com o relato da demandante, a locadora teria se recusado a lhe pagar a comissão de corretagem, alegando a inexistência de documento assinado. Requereu fosse a

Acesso ao Sumário

locadora corré CRIADOR ADMINISTRAÇÃO, bem como seus sócios MARILENE, ANA LÚCIA e NELSON condenados a lhe pagar a remuneração pelo serviço prestado, em valor correspondente a um aluguel (R$ 70.000,00 – setenta mil reais).

Originalmente, o juízo originário proferiu sentença em julgamento antecipado da lide, entendendo pela dispensabilidade da produção de provas em audiência. Reconheceu, na ocasião, a ilegitimidade passiva dos sócios demandados, bem como julgou procedente o pedido da autora face à corré pessoa jurídica (fls. 119-129).

Contudo, tal sentença viria a ser anulada, por força do provimento de recurso de apelação interposto pelos réus (fls. 142-159). No acórdão proferido pela 25ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, sob relatoria do Des. Marcondes D'Angelo, acolheu-se alegação de cerceamento de defesa (fls. 188-192).

Baixados os autos à primeira instância, reabriu-se a instrução processual. Deferiu-se a produção de prova oral requerida pela autora MARIA ESTER para oitiva das testemunhas Patrícia Diniz Valente e Carla Elisabeth Dockhorn Schauff e pelo depoimento pessoal das sócias da corré CRIADOR ADMINISTRADORA (fls. 231-240). Já a corré CRIADOR ADMINISTRADORA pugnou pela oitiva, como testemunha, do corréu NELSON (fls. 224-227), o que também foi deferido.

Na audiência realizada em 25.09.2018 foram ouvidos MARIA ESTER e NELSON (fls. 275-278). Não foram ouvidas as sócias ANA LÚCIA, porquanto no exterior, e MARILENE, pois idosa e acamada. A testemunha Patrícia foi ouvida por meio de carta precatória, sendo homologada a desistência da oitiva da testemunha Carla (fls. 299-302).

Posteriormente, proferiu-se a sentença ora apelada (fls. 335-338).

Pois bem, à partida, vê-se que em razão da distinção de personalidade jurídica entre a sociedade empresária e seus sócios (no caso, as corrés MARILENE e ANA LÚCIA) e administradores (no caso, o corréu NELSON), foi reconhecida a ilegitimidade passiva destes, extinto com relação a eles o feito sem resolução do mérito.

Acesso ao Sumário

De início, não reputo qualquer nulidade na consideração do teor da oitiva de NELSON na sentença, quando da resolução do mérito. Ainda que tenha sido reconhecida sua ilegitimidade passiva, não se pode olvidar que é o magistrado o destinatário da prova, cabendo a ele determinar quais são as provas relevantes, formando sua convicção com base em todo o conjunto probatório constituído ao longo da instrução processual. Irrelevante, assim, que posteriormente à oitiva, tenha se decidido pela ilegitimidade passiva. A propósito, a própria apelante, quando instada a especificar provas, mesmo defendendo a ilegitimidade passiva *ad causam* de NELSON, pugnou por sua oitiva como testemunha, não se admi-

tindo assim comportamento contraditório.

No mais, como é cediço, o Código Civil, por intermédio dos artigos 722 a 729, regula disposições gerais sobre o contrato de corretagem, sem excluir a aplicação de normas específicas pertinentes ao referido negócio. Ausente forma prescrita em lei, é possível que seja firmado tanto por escrito quanto verbalmente (neste sentido: Apelação Cível 1032045-45.2021.8.26.0506, 30ª Câmara de Direito Privado, rel. Maria Lúcia Pizzoti, j. em 31.03.2023).

Tem-se que a remuneração do corretor somente será devida se o negócio principal se realizar como fruto de sua mediação. Ou seja, a exigibilidade da comissão de corretagem está condicionada ao resultado útil do negócio.

Observa-se que no documento denominado "Proposta para Locação de Imóvel", datado de 02.10.2012, a representante legal da terceira Transportadora Decisão Ltda declara ter tomado conhecimento da disponibilidade do imóvel para locação por meio da atuação da corretora autora MARIA ESTER (fls. 15-16).

Mais adiante, vê-se que o contrato de locação realmente se efetivou entre a CRIADOR ADMINISTRADORA e a Transportadora Decisão Ltda, ainda que meses depois, em 01.07.2013 (fls. 18-24), em termos correspondentes à supramencionada proposta (quanto ao valor dos locativos e a duração, por exemplo).

Na oitiva de NELSON (arquivo audiovisual à fl. 405), este reconheceu que foi a autora MARIA ESTER quem aproximou a Transportes Decisão Ltda, futura inquilina, da locadora CRIADOR ADMINISTRADORA. Tal afirmação é condizente com o reconhecimento por NELSON, mais adiante na própria audiência, de ser sua a assinatura aposta ao documento denominado "Documento oficializando proposta de locação" (fl. 14), datado de 06.02.2012, também subscrito por representante da Transportes Decisão e por MARIA ESTER, sob a rubrica de "corretora".

Já na oitiva de Patrícia (arquivo audiovisual à fl. 414), que atuava como representante de outra empresa transportadora interessada na locação, declarou-se que foi MARIA ESTER quem a apresentou o bem, alertando-a, na ocasião, que já havia proposta de locação em andamento com outra empresa (subentende-se a Transportes Decisão). Observe-se que de acordo com a testemunha, sabia MARIA ESTER de detalhes da negociação entre a proprietária do imóvel e a Transportes Decisão.

Como bem observado pelo juízo de primeiro grau, o teor das declarações de Patrícia indica que MARIA ESTER tinha acesso ao imóvel, advinda da autorização para encontrar interessado em locá-lo.

Os elementos probatórios amealhados assim convergem para confirmar a tese da autora MARIA ESTER de que foi ela quem aproximou as partes interessadas na locação, intermediando o negócio e assim promovendo a aproximação

Acesso ao Sumário

útil.

Saliente-se que ainda que declare NELSON que o negócio tenha sido firmado entre a ré e a Transportes Decisão muitos meses depois da aproximação por conta de ajustes necessários no imóvel (o que de fato condiz com o lapso temporal considerável entre os documentos de "oficialização da proposta", da proposta em si e, finalmente, do contrato de locação firmado), tal circunstância não desautoriza a conclusão de que houve efetiva atuação da corretora visando à celebração da avença, bem como de que esta, ainda que firmada posteriormente diretamente pelos contratantes, somente foi possível com a aproximação promovida por MARIA ESTER.

Nesse sentido, confira-se caso assemelhado: Apelação Cível nº 1056760-11.2021.8.26.0100, 29ª Câmara de Direito Privado, rel. Carlos Henrique Miguel Trevisan, j. em 29.07.2023.

Devidamente comprovada, assim, a existência do pacto verbal de corretagem, assim como a configuração de resultado útil que torna exigível a remuneração à corretora atuante.

No mais, revelou-se incontroverso o valor indicado por MARIA ESTER a título de remuneração (um aluguel), não sendo demonstrada a existência de qualquer disposição que transferisse o ônus de pagamento da comissão à locatária.

Assim sendo, ratifica-se a sentença apelada.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso. Nos termos do artigo 85, parágrafo 11º, do Código de Processo Civil, majoro os honorários advocatícios sucumbenciais devidos ao patrono da autora para 10,5% (dez e meio por cento) sobre o valor da condenação atualizado.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001464-49.2023.8.26.0127, da Comarca de Carapicuíba, em que é apelante BANCO PAN S/A, é apelada VERONICA ALVES DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 53773)**

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

São Paulo, 4 de setembro de 2023.
ADEMIR BENEDITO, Relator

Ementa: Apelação – Ação declaratória de inexistência de débito c.c. repetição de indébito e indenização por danos materiais e morais – Procedência – Transações indevidas verificadas junto à conta da autora, com utilização do cartão magnético – "Clonagem de cartão" – Responsabilidade objetiva do banco requerido pelos serviços prestados – Aplicação da teoria do risco profissional – Falha na prestação dos serviços configurada – Dano moral caracterizado – Reconhecido o direito à reparação, não se justificando a redução da verba fixada que está alinhada ao comumente arbitrado por esta Câmara Julgadora em casos análogos – Termo inicial dos juros moratórios – Citação – Honorários advocatícios já fixados na sentença no patamar mínimo legal, e que não comporta minoração (CPC, art. 85, §2º) – Recurso desprovido – Decisão mantida.

VOTO

Trata-se de ação declaratória de inexistência de débito c.c. repetição de indébito e indenização por danos materiais e morais fundada na verificação, pela autora, de diversas compras realizadas e por ela não reconhecidas, fraude de que teria sido vítima por meio da "clonagem" de seu cartão bancário, e que lhe causara prejuízos materiais e morais.

Pela r. sentença de fls. 135/140, cujo relatório se adota, o feito foi julgado procedente, para reconhecer a inexigibilidade dos valores cobrados descritos na prefacial (fls. 21), condenar o requerido na devolução das quantias eventualmente pagas, além do pagamento do valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), a título de danos morais, devidamente corrigido.

O réu foi condenado ainda ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios do patrono da autora, arbitrados em 10% do valor atualizado da causa.

Inconformada, apela a instituição financeira (fls. 143/151). Aduz a inexistência de falha na prestação do serviço, invocando a excludente de responsabilidade de culpa exclusiva de terceiro (CDC, art. 14, §3º, II). Defende inexistir evidência de fragilidade do sistema de segurança do réu, afirmando-se tão vítima quanto a autora, e que a transação foi realizada mediante uso de cartão dotado de chip e validada por senha, a qual é pessoal e intransferível, inexistindo falha

Acesso ao Sumário

na autorização das transações e operações bancárias. Discorre sobre a tecnologia utilizada pelo banco recorrente para cartões de pagamento e sobre a confiabilidade do sistema. Sustenta a ausência de danos morais indenizáveis. Cita precedentes. Subsidiariamente, busca a redução do quanto indenizatório, pena de enriquecimento ilícito da parte contrária. Digressa sobre o termo inicial para incidência dos juros de mora na reparação moral, que, consoante afirma, deve se dar por analogia à correção monetária, desde o arbitramento (STJ, Súmula 362). Postula a redução da verba honorária arbitrada, para que incida sobre o valor da condenação, não da causa. Pede provimento ao recurso.

Apelo tempestivo, preparado, com contrarrazões a fls. 158/181.

É o relatório.

A autora se qualifica como consumidora, pois a ação tem por objeto o fornecimento de serviços, nos termos do art. 3º, § 2º, do CDC, aplicando-se, assim, as disposições do Código de Defesa do Consumidor.

Como a responsabilidade do fornecedor é objetiva, ainda que não se tivesse apurado conduta imprudente ou negligente do réu, sua responsabilidade somente poderia ser excluída no caso de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (art. 14, §3º, inciso II, do CDC), o que não se verifica, *in casu*.

Deve haver, ainda, a inversão do ônus da prova, competindo ao requerido a demonstração da improcedência das alegações contidas na inicial, e a regularidade dos lançamentos havidos em desfavor da requerente.

No caso dos autos, a autora, correntista do réu, não reconhece diversos débitos verificados em sua conta bancária, afirmando que seu cartão magnético (plástico) foi utilizado indevidamente nas modalidades de crédito, débito e saque. Assim que notou os lançamentos procurou o réu para informar o ocorrido e elaborou Boletim de Ocorrência, mas não logrou êxito na solução administrativa da questão.

O réu, por seu turno, asseverou que as operações não poderiam ter sido efetuadas sem o conhecimento da senha de uso pessoal da recorrida. Diz, portanto, ser a autora a responsável pela guarda e uso de seu cartão magnético e chave de segurança, bem como pelas transações efetivadas.

Contudo, tal assertiva não pode ser usada, nos dias atuais, para afastar o direito da requerente e isentar o banco de uma investigação aprofundada, tendo em vista as mais variadas formas existentes de golpes bancários, notadamente por meios eletrônicos.

Não existe sistema inviolável, e isto é manifesto, sendo clara, portanto, a hipossuficiência da autora em relação a eventual fraude.

Ademais, não é crível que tenha procurado a Polícia se tivesse efetuado as despesas que ora contesta, pois sua conduta tipificaria crime.

Acesso ao Sumário

Neste caso, deve-se aplicar também a teoria do risco profissional, pois, a atividade bancária é permeada pelo risco e, ante a onda de roubos, furtos e golpes, perfeitamente previsível o evento danoso ocorrido, não havendo possibilidade de reconhecimento de caso fortuito ou força maior.

É cediço que tanto as instituições financeiras quanto as administradoras de cartão, equiparadas que são aos bancos, são responsáveis pela segurança do sistema automatizado, seja por meio de compras efetuadas com senha eletrônica, seja por aquelas em que se assina o canhoto referente à transação.

Ora, é dever da instituição requerida que o serviço oferecido por ela seja disponibilizado e prestado com segurança. O apelante foi omisso no seu dever de fiscalização e segurança, na medida em que eventos como estes aqui narrados são cada vez mais corriqueiros e, ainda, porque não demonstrado qualquer indício de fraude por parte da requerente.

Como, ademais, bem assinalado pela MM. Juíza da causa, ao prolatar a decisão recorrida:

"***Ocorre que, seja pelas regras de ônus probatório previstas no CDC, seja pla distribuição lógica e dinâmica do ônus probatório, não podendo se esperar que a parte autora comprovasse não ter sido responsável pelos gastos impugnados, contava-se com a comprovação, pelo banco réu, de que os gastos partiram da parte demandante, além da efetiva segurança dos seus dispositivos eletrônicos.***

(...)

No caso dos autos, é fato incontroverso o lançamento de compras não reconhecidas pela parte autora.

Dessa forma, e como dito, incumbia ao banco réu a prova de que as operações foram realizadas pela autora ou que o mesmo tenha facilitado o acesso de terceiros aos seus dados, o que, insisto, não está evidenciado nos autos.

Analisando o conjunto probatório, verifica-se que, inobstante o esforço do réu, não restou demonstrada a culpa exclusiva da vítima.

Poderia a parte ré ter se valido de mecanismos básicos de validação de bloqueio de operações que fogem do padrão de gastos do demandante (utilização de grande quantia, dividida em várias operações, em um único dia; operações incompatíveis com o perfil de compras da parte; outras medidas que poderiam afastar ou ao mesmo mitigar tais riscos), o que não ocorreu.

O sistema de cartões eletrônicos que não tenha evoluído para proteger o cliente contra golpes é 'impróprio ao consumo', por conter vício de qualidade, já que se mostra inadequado aos fins que dele razoavelmente se espera (parágrafo segundo do artigo 20 do CDC)."

Acesso ao Sumário

Desta forma, os prejuízos advindos dos golpes devem ser suportados pela instituição financeira, por ser parte do risco de sua atividade, de modo que se faz necessária a competente declaração de inexistência de débitos em nome da autora, e o respectivo ressarcimento dos valores indevidamente debitados de sua conta bancária.

Em suma, ante a responsabilidade objetiva, deve a instituição financeira ré responder pelos danos causados à autora, advindos dos débitos desconhecidos efetivados com seu cartão magnético junto à conta bancária mantida com o réu.

Nessa toada, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, estampada no REsp nº 348.343/SP, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, julgado em 14.02.2006 e publicado em 26.06.2006:

"**CONSUMIDOR – CARTÃO DE CRÉDITO – FURTO – RESPONSABILIDADE PELO USO – CLÁUSULA QUE IMPÕE A COMUNICAÇÃO – NULIDADE – CDC/ART. 51, IV** São nulas as cláusulas contratuais que impõem ao consumidor responsabilidade absoluta por compras realizadas com cartão de crédito furtado até o momento (data e hora) da comunicação do furto. Tais avenças de adesão colocam o consumidor em desvantagem exagerada e militam contra a boa-fé e a eqüidade, pois as administradoras e os vendedores têm o dever de apurar a regularidade no uso dos cartões."

Acresça-se a isso o fato de que a apelada agiu de boa-fé, comunicando e realizando os procedimentos necessários, como se verifica da análise dos autos.

O fato de o evento danoso ser resultado de ação criminosa de terceiros não afasta a falha na prestação de serviços da ré.

Como dito anteriormente, em face do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade da ré como prestadora de serviço é objetiva. Responde, assim, pela ausência de cautela ocorrida nas cobranças por ela efetuadas e que não foram realizadas pela autora.

A propósito do dano moral, a responsabilidade do agente decorre da comprovação da falha na prestação do serviço, sendo desnecessária a prova do prejuízo em concreto.

Acesso ao Sumário

No entanto, os danos morais estão evidenciados nos autos pelo sofrimento, aflição e angústia da autora, que se viu submetida a indevida cobrança de dívida sem origem comprovada, que culminou na restrição de seu poder de compra e de acesso ao crédito disponibilizado pelo banco.

Assim, constatados o dano moral e a existência de nexo de causalidade entre este e a conduta da apelante, adequada a solução trazida pela nobre Magistrada sentenciante.

A insurgência no que toca ao valor arbitrado a título de danos morais também não procede.

Quanto à fixação do valor da indenização, na falta de disposição legal expressa, vem prevalecendo, na doutrina e jurisprudência, quantia que leva em consideração não apenas o poder econômico das partes envolvidas, mas também a extensão do dano causado, e o comportamento do agente que o causou.

Nesse passo, de acordo com aqueles parâmetros e com os critérios adotados por esta Câmara em casos semelhantes, verifica-se como razoável a verba estabelecida na r. sentença, **de R$ 5.000,00 (cinco mil reais)**.

Referida verba, de um lado, não propicia o enriquecimento indevido da autora, nem o estabelecimento de perigosos precedentes que possam transmudar uma pretensão legítima de dor moral em investimento financeiro de alta rentabilidade, e, por outro lado, impele a ré, ao ser assim apenada, a ser mais cuidadosa no exercício de suas atividades e nas cobranças por ela efetuadas, evitando que se repita o quadro retratado nestes autos.

Com relação ao termo inicial da incidência dos juros moratórios, da mesma forma, não cabe qualquer modificação na r. sentença.

Conforme explicita Washington de Barros Monteiro, "***juros são o rendimento do capital, os frutos produzidos pelo dinheiro. Assim como o aluguel constitui o preço correspondente ao uso da coisa infungível no contrato de locação, representam os juros a renda de determinado capital***" (*Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações* – Vol. 4, 30ª ed., Ed. Saraiva, 1999, p.345).

Os juros moratórios decorrem da mora. A mora, segundo Agostinho Alvim, é "***o não pagamento culposo, bem como a recusa de receber no tempo, lugar e forma devidos***" (*Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, Ed. Saraiva, 1980, p. 12).

Nessa toada, ensina Luiz Antonio Scavone Junior, na obra *Juros no Direito Brasileiro* (Ed. RT, 2ª ed. revista, atualizada e ampliada, 2007, p. 113/114):

"***Os juros moratórios, convencionais ou legais, são aqueles que decorrem do descumprimento das obrigações e, mais freqüentemente, do retardamento na restituição do capital ou pagamento em dinheiro.***

(...) Decorrem, portanto, da mora, ou seja, da imperfeição no cumprimento da obrigação, principalmente quanto ao tempo, sem descartar o lugar e a forma convencionados, independentemente da prova do dano.

(...) Ora, o simples retardamento no cumprimento da obrigação e conseqüente retenção de capital de outrem favorece o devedor culpado, que deve ser compelido ao pagamento dos juros de mora, até em razão da cristalina disposição do art. 1.064 do Código Civil de 1916 e art. 407 do Código Civil de 2002.

Ainda que não haja e não se alegue prejuízo, são devidos juros moratórios (Código Civil de 1916, art. 1.064; Código Civil de 2002, art. 407)."

Acesso ao Sumário

No tocante ao início da contagem dos juros moratórios, segue dizendo o autor retrocitado (fls. 134/137):

"***Tratando-se de dívida positiva, porém ilíquida, grassa divergência entre os doutrinadores acerca do início da contagem dos juros moratórios, tendo em vista a redação do art. 407, ante o que dispõe o art. 405, ambos do Código Civil de 2002.***

A celeuma surgiu em decorrência da aparente antinomia entre os precitados dispositivos.

(...) Entendemos que, em regra, nas obrigações ilíquidas, os juros moratórios serão devidos desde que o valor equivalente do objeto da prestação seja fixado por sentença, acordo entre as partes ou arbitramento (Código Civil de 1916, at. 1.064, e Código Civil de 2002, art. 407), contados a partir da citação inicial (art. 405 do Código Civil de 2002).

No âmbito do Código Civil de 1916, a partir da constituição em mora eram devidos os juros moratórios, o que nos parecia evidente. O fato de posterior liquidação apenas possibilitava fixar o valor sobre o qual incidiam os juros moratórios.

No caso, a constituição em mora se dá pela citação inicial nos termos dos arts. 219 e 263 do Código de Processo Civil, e § 2º do art. 1.536 do Código Civil de 1916 (art. 405 do Código Civil de 2002).

Aliás, o Código Civil de 2002 transformou a citação inicial em regra geral para contagem dos juros moratórios."

Nesse mesmo sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"***AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 535. SÚMULA STF/284. TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS. CULPA DA VÍTIMA. PENSÃO MENSAL. SÚMULA STJ/7. JUROS MORATÓRIOS. TERMO INICIAL. HONORÁRIOS. SÚMULA STJ/326. DECISÃO AGRAVADA. MANUTENÇÃO. I. A ausência de particularização das questões omitidas pelo acórdão recorrido é deficiência, com sede na própria fundamentação da insurgência recursal, que impede a abertura da instância especial, a teor do enunciado 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, aplicável por analogia, também ao recurso especial. II. A convicção a que chegou o Tribunal* a quo *quanto à culpa pelo evento danoso e ao pagamento da pensão mensal e do décimo terceiro salário decorreu da análise do conjunto probatório. O acolhimento da pretensão recursal demandaria o reexame do mencionado suporte. Incide nesse ponto a Súmula STJ/7. III. Tratando-se de responsabilidade contratual, os juros moratórios incidem a partir da citação. IV. Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca (Súmula STJ/326). Agravo Regimental impro-***

Acesso ao Sumário

vido". (STJ, AgRg no REsp nº 1.163.679/SP, rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª T., j. 27/04/2010, DJe 18/05/2010).

"***CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 545 DO CPC. JUROS DE MORA. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. INCLUSÃO EM LIQUIDAÇÃO. POSSIBILIDADE. OFENSA À COISA JULGADA NÃO CONFIGURADA. SÚMULA 254 DO STF. TERMO INICIAL. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. CITAÇÃO. 1. Consoante entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal, "incluem-se os juros moratórios na liquidação, embora omisso o pedido inicial ou a condenação" (Súmula n.º 254/STF). 2. Tratando-se de responsabilidade contratual, os juros moratórios devem ser contados a partir da citação, e não do evento danoso. 3. Agravo regimental a que se nega provimento***". (STJ, AgRg no no Ag nº 727.416/MG, rel. Min. Vasco Della Giustina, 3ª T., j. 18/02/2010, DJe 04/03/2010).

Assim, no que diz respeito aos juros, quer quanto ao cabimento, quer quanto ao termo inicial, nenhum reparo merece a r. decisão de primeiro grau.

Por fim, a verba honorária não comporta qualquer redução porque já fixada em seu patamar mínimo (CPC, art. 85, §2º).

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Em consequência, fica majorada a verba honorária recursal para 15% do valor da condenação atualizado, nos termos do artigo 85, §11, do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1007538-16.2022.8.26.0011, da Comarca de São Paulo, em que é apelante M.S.F., é apelado A.S.S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.890)**

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

São Paulo, 4 de setembro de 2023.

JOÃO ANTUNES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação Cível – Ação de Cobrança – Seguro facultativo de veículo – Recusa de cobertura pela seguradora, em virtude de agravamento intencional do risco, pois o segurado estava com a CNH cassada no momento do acidente – Sentença de improcedência – Insurgência do autor – Infração administrativa que não configura, por si só, agravamento de risco – Segurado com epilepsia que confessou não estar plenamente aderente ao tratamento – Falta de habilitação em conjunto com doença neurológica que configura agravamento de risco – Indenização inexigível – Sentença mantida – Recurso improvido.

VOTO

A r. sentença de fls. 240/244, com declaratórios rejeitados a fls. 251, cujo relatório se adota, julgou improcedente a ação de cobrança proposta por *M.S.F.* em face de *A.S.S.A.*, condenar o requerente ao pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa.

Inconformado, apela o autor (fls. 254/262), buscando a reforma do julgado. Sustenta, em síntese, que que não agravou o risco do acidente, apontando que a cassação da CNH sequer era de conhecimento do motorista. Aduz que as jurisprudências dos Tribunais Superiores afastam a alegação de exclusão de cobertura por carteira de motorista suspensa ou cassada. Discorre sobre as questões controvertidas debatidas, invocando jurisprudência que entende respaldar a sua tese. Por fim, pede o provimento do apelo.

Recurso tempestivo, com preparo recolhido.

Com contrarrazões.

É o relatório.

O recurso preenche os pressupostos de admissibilidade.

No mérito, temos que o caso cuida de ação de cobrança, sustentando o autor que faz jus ao pagamento da indenização prevista em contrato de seguro facultativo de carro. Aponta que a seguradora recusou pagar a devida indenização, sob a alegação de que o autor estava com a CNH cassada à época do acidente. Alega que não houve imperícia por parte do autor, e sim mera infração administrativa, apontando que a questão fática não ocorreu por causa da inabilitação, mas por um caso fortuito que não há qualquer nexo com a habilitação.

Pois bem.

Inicialmente, cumpre-me informar que a jurisprudência do STJ é pacificada no sentido de que "*a falta de habilitação para dirigir veículos caracteriza-*

Acesso ao Sumário

se como mera infração administrativa não configurando, por si só, o agravamento intencional do risco por parte do segurado apto a afastar a obrigação de indenizar da seguradora" (AgRg no REsp 1193207/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 01/09/2015).

Logo, o segurado que estiver com a CNH cassada não deve ser excluído da indenização securitária, salvo se, por outro motivo, também contribuiu para o agravamento do risco, conforme artigo 768 do Código Civil:

> *Art. 768. O segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato.*

In casu, conforme afirmado pelo próprio autor, e comprovado pelos documentos por ele mesmo acostado, o segurado tinha ciência do diagnóstico de epilepsia cerebral desde 2014, sendo que, no dia do acidente, deixou de tomar o remédio devido (fls. 37).

Note-se que o fato de a doença estar assintomática não afasta a responsabilidade do motorista estar plenamente aderente ao tratamento, sendo importante ressaltar que o segurado, sabendo da doença, assumiu os riscos ao dirigir o veículo sem a medicação, sendo, inclusive, previsível o resultado.

Ora, era evidente que o motorista que já não poderia dirigir por estar com sua CNH cassada, sendo ainda portador de doença neurológica mal tratada, agravou o risco do acidente.

Nesse sentido, já decidiu este Tribunal:

> "*AÇÃO DE COBRANÇA. Seguro de veículo automotor. Recusa de cobertura pela Seguradora ré, a pretexto de exclusão de garantia por agravamento intencional do risco em razão da condução do veículo pelo segurado com a CNH cassada no momento do acidente. SENTENÇA de improcedência. APELAÇÃO do autor, que insiste no acolhimento do pedido inicial. EXAME: previsão contratual de exclusão securitária para o caso de prejuízo decorrente da condução do veículo automotor por motorista com habilitação suspensa ou cassada.* ***Ausência de abusividade no tocante, tendo em vista o nexo causal entre o acidente e a falta de habilitação, situação hábil a configurar agravamento intencional do risco. Observa dos artigos 757 e seguintes do Código Civil.*** *Prejuízo moral indenizável não configurado. Improcedência que era de rigor. Sentença mantida. RECURSO NÃO PROVIDO.*" (Apelação Cível nº 1008639-87.2021.8.26.0152; TJSP: 27ª Câmara de Direito Privado; Relator: **Des. Daise Fajardo Nogueira Jacot**; J. 20.10.2022).
>
> "*RECURSO DE APELAÇÃO. (i) Responsabilidade civil aquiliana.* Acidente de trânsito *com vítima fatal. Colisão entre trator e motocicleta. Insurgência dos réus – motorista do trator e seus pais-empregadores – contra a r. sentença de parcial procedência do feito. Irresignação imprós-*

Acesso ao Sumário

pera. (ii) Motorista do trator que, a despeito de não ser habilitado para a condução de veículos automotores, e de saber-se acometido por crises epilépticas desde a infância, conduzia o maquinário agrícola em estrada vicinal de maneira errática, dando azo à colisão com o motociclo conduzido pela vítima, que levava na garupa o autor, seu único filho, então criança. Autor que, em razão do acidente, fraturou o braço, e viu a mãe vir a óbito. (iii) Culpa exclusiva do condutor do trator pelo acidente bem demonstrada pelo acervo probatório. Responsabilidade solidária dos pais e empregadores do tratorista que, mesmo cientes da falta de habilitação e da doença do filho-empregado, ainda assim o encarregaram de cumprir tarefas laborais no comando de um Massey Ferguson 1980, cujo controle perderia ao dirigir em razão de uma síncope, causando a morte da condutora da motocicleta Honda e ferimentos no filho que viajava na garupa. Inteligência do artigo 932, inciso III, do Código Civil. ***Não sendo o condutor habilitado e padecendo de* epilepsia, *era naturalmente previsível que, durante o trajeto, de duas uma: ou mal-estar súbito, ou imperícia, poderiam causar um acidente de tráfego.*** *(iv) Falta de uso do capacete pela vítima que, embora não interfira na culpa exclusiva do tratorista pelo acidente, representa fator contributivo para o sensível agravamento do dano, devendo refletir, assim, no valor fixado a título de indenização por danos morais, ora reduzido de R$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais) para R$ 100.000,00 (cem mil reais). (v) Pensão mensal por morte devida, à ordem de 1/3 do salário-mínimo vigente ao tempo de cada vencimento. Vítima que, embora não trabalhasse em emprego formal, cultivava pequenas hortas e criava animais de pequeno porte, produzindo alimentos para a família e, com isso, colaborando financeiramente para as despesas da casa. Cuidados com o lar e com o filho que representam contribuição econômica tão relevante quanto o salário recebido no desempenho de um emprego no mercado de trabalho. Descabimento da pretendida limitação temporal de pagamento da pensão até a data em que o beneficiário completar 25 (vinte e cinco) anos de idade, com base na presunção de independência financeira. Presunção que não se aplica na espécie, pois escorada em evento futuro, incerto e, no caso vertente, improvável, notadamente quando o beneficiário pertence a família de poucos recursos, em que há ajuda recíproca entre os membros para a subsistência. Pensão que, portanto, deve ser paga até a data em que a vítima completaria a idade de 65 (sessenta e cinco) anos de idade, nos termos assinalados na sentença, balizada pelo pedido inicial. (vi) Recurso de apelação parcialmente provido para, nos termos da fundamentação, reduzir-se o valor referente aos danos morais, mantida no mais a respeitável sentença de primeiro grau. Condenação do apelado, em sede*

Acesso ao Sumário

recursal, ao pagamento de honorários sucumbenciais aos patronos dos apelantes, observada a disposição contida no artigo 98, §§ 2º e 3º, do CPC/2015" (Apelação Cível nº 1004379-05.2014.8.26.0445; TJSP: 34ª Câmara de Direito Privado; Relator: **Des. Issa Ahmed**; J. 21.11.2022).

"*APELAÇÃO. AÇÃO DE COBRANÇA.* SEGURO *DE AUTOMÓVEL. EXCLUSÃO DE COBERTURA. EMBRIAGUEZ DO CONDUTOR E SUSPENSÃO DA CNH. A ingestão de álcool pelo condutor do veículo segurado acarreta a presunção juris tantum de agravamento do risco, a atrair a incidência do art. 768 do Código Civil. Exclusão de cobertura nessa situação, prevista expressamente nas condições gerais do* seguro*. Embriaguez do motorista comprovada, haja vista o odor etílico atestado pelo Policial responsável pela diligência, a admissão de ingestão de duas garrafas de cerveja pelo próprio segurado e a recusa a se submeter ao teste de alcoolemia. Para fazer jus à indenização pretendida, caberia ao segurado comprovar que o sinistro ocorreria de qualquer maneira. Precedente do E. STJ. Ônus do qual não se desincumbiu.* ***Circunstâncias do acidente, envolvendo perda do controle do veículo e colisão com talude em condições normais de rodagem, sem indícios de falha mecânica ou de fatores externos, denotam ser pouco provável que o álcool não tenha tido qualquer influência no infortúnio. Recusa legítima da seguradora. Sem prejuízo, a negativa de pagamento se deu também porque, na ocasião do acidente, o apelante estava com a sua* CNH suspensa***. *Em suas razões recursais, o recorrente não se insurgiu quanto a isso. Logo, ainda que se considerasse não comprovado o estado de embriaguez, tal como pretende o recorrente com seu apelo, a improcedência da demanda subsistiria, respeitados os limites objetivos do pleito recursal (tantum devolutum quantum appellatum). Sentença mantida. SUCUMBÊNCIA. Majoração dos honorários advocatícios, segundo as disposições do art. 85, §11, do CPC/2015. RECURSO NÃO PROVIDO.*" (Apelação Cível nº 1003015-32.2020.8.26.0010; TJSP: 31ª Câmara de Direito Privado; Relator: **Des. Rosangela Telles**; J. 28.06.2022).

Portanto, não merece reparo a decisão de primeiro grau que julgou improcedente o pedido indenizatório previsto na apólice.

Por derradeiro, mantida a r. sentença de primeiro grau, majoro os honorários advocatícios devidos pelo apelante em favor do advogado do apelado para 12% sobre o valor atualizado da causa (art. 85, §11, do CPC).

Ante ao exposto e por meu voto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1014515-48.2022.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado SUATRANS EMERGÊNCIA S/A, é apelado/apelante E. C. NASCIMENTO E CIA LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.205)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO AYROSA (Presidente sem voto), ROSANGELA TELLES e FRANCISCO CASCONI.

São Paulo, 5 de setembro de 2023.

ADILSON DE ARAUJO, Relator

Ementa: APELAÇÕES. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ATENDIMENTO DE EMERGÊNCIAS AMBIENTAIS DECORRENTES DE VAZAMENTO DE PRODUTO QUÍMICO. COMPROVAÇÃO DE LEGITIMIDADE DE PARTE DOS VALORES COBRADOS. PEDIDO DE COBRANÇA PARCIALMENTE PROCEDENTE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSOS IMPROVIDOS. Há de se julgar procedente o pedido de cobrança de contraprestações apenas em relação aos serviços comprovadamente prestados. No caso, há prova suficiente de prestação de parte dos serviços de atendimento a emergências ambientais decorrentes do vazamento de produtos químicos (com exceção do uso de veículo hidrovácuo), cujas respectivas contraprestações são devidas.

VOTO

AMBIPAR RESPONSE S/A ajuizou ação de cobrança, fundada em contrato de prestação de serviços, em face de **E. C. NASCIMENTO E CIA. LTDA.**

Pela respeitável sentença de fls. 127/133, cujo relatório adoto, acolheu-se parcialmente os pedidos para condenação da ré no pagamento "*dos valores apontados na inicial*" (fl. 132), excluídos aqueles relativos ao uso do "caminhão

Munk" e do "veículo hidro vácuo", atualizados e acrescidos de juros moratórios. Diante da sucumbência recíproca, houve a condenação das partes no pagamento de verbas sucumbenciais da seguinte forma: dois terços das custas e despesas processuais, além de honorários sucumbenciais de dez por cento sobre o valor da condenação, a serem pagos pela ré; um terço das custas e despesas processuais, além de honorários sucumbenciais de dez por cento sobre "o valor do pedido não acolhido" atualizado, a serem pagos pela autora.

Inconformadas, apelam ambas as partes.

A autora, nas razões de apelação (fls. 154/160), diz que a ré tinha conhecimento dos possíveis serviços e custos para atendimento da emergência ambiental. Diz que os serviços exigiram o uso do caminhão "Munk" e do veículo de hidrovácuo, razão por que não há se falar na necessidade de autorização da ré para tal. Sustenta a falta de comprovação de que a ré providenciaria a remoção dos resíduos por conta própria. Discorre sobre a necessidade de utilização do veículo hidro vácuo. Informa ter enviado *e-mail* esclarecendo a necessidade de uso do citado veículo. Diz que os valores cobrados foram detalhados e justificados e os serviços foram autorizados.

Em suas contrarrazões (fls. 185/188) a ré diz não ter autorizado a prestação dos serviços cobrados. Assevera ser indevida a cobrança relativa ao caminhão "Munk" e ao veículo hidrovácuo.

A ré, nas razões de apelação (fls. 165/171), faz uma síntese dos fatos processuais. Aduz a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) ao caso. Diz que os documentos juntados pela autora foram produzidos de forma unilateral. Informa não ter autorizado o uso do caminhão "Munk" ou do veículo de hidro vácuo. Sustenta a falta de comprovação de qualquer serviço cobrado, ônus que cabia à autora. Alega que a autora sucumbiu na maior parte dos serviços, devendo arcar com o pagamento da integralidade das verbas sucumbenciais.

Em suas contrarrazões (fls. 180/184), a autora diz que não há relação de consumo. Sustenta que a inversão do ônus da prova não é automático, não tendo sido comprovados os requisitos legais para aplicação da regra.

Os requisitos de admissibilidade de ambas as apelações foram preenchidos.

É o relatório.

As apelações não merecem provimento, com observação.

1.- Fatos

Em 14/5/2018, as partes celebraram contrato de prestação de serviços, por meio do qual a autora se obrigou a atender emergências ambientais em favor da ré, decorrentes do vazamento de produtos químicos.

A autora informa que no dia 18/9/2020 foi acionada pela ré a fim de pres-

Acesso ao Sumário

tar "serviço emergencial extra", relativo ao tombamento de veículo que transportava vasilhames contendo gás liquefeito de petróleo. Diz que a ré foi informada, clara e objetivamente, sobre os serviços e valores que poderiam ser prestados e cobrados.

Após a prestação dos serviços, foi constatada a inadimplência relativa à contraprestação, no valor total de R$ 31.154,40. A autora informa que as partes negociaram o pagamento da dívida por *e-mail*, que resultou na redução do valor para R$ 26.554,96, a ser dividido em cinco parcelas, cuja primeira teria vencimento no dia 10/5/2021 e, a última, no dia 10/9/2021.

Diante da inadimplência do valor – negociado –, foi ajuizada a presente ação de cobrança, com valores devidamente atualizados e acrescidos de juros moratórios (R$ 29.054,37).

Contra a r. sentença de julgamento da ação foram interpostas as presentes apelações.

2.- Observação

Uma prévia observação é necessária.

A Magistrada de primeiro grau, ao acolher parcialmente os pedidos, determinou a exclusão, da quantia cobrada na petição inicial, dos valores relativos ao caminhão "Munk" e ao veículo hidrovácuo.

Ocorre que ela não se atentou ao fato de que no valor cobrado na ação já havia sido excluída a quantia relativa ao caminhão "Munk". De acordo com os autos, o valor total dos serviços prestados foi de R$ 31.154,40, conforme se verifica no demonstrativo de fl. 45. Contudo, as partes fizeram negociações na esfera extrajudicial, que resultou na exclusão, dos valores cobrados na presente ação, daqueles relativos ao caminhão "Munk" (fl. 58), o que reduziu a dívida para pouco mais de R$ 26 mil reais (fl. 47).

Portanto, do valor cobrado na ação devem ser subtraídos, apenas, os valores relativos ao uso do veículo hidrovácuo.

3.- Apelação da autora

Conforme alegado pela própria autora na petição inicial, os serviços prestados em favor da ré, cuja contraprestação é objeto de cobrança na presente ação, foram extras.

Assim, correto o entendimento da Magistrada de primeiro grau de que não basta a pactuação dos serviços e dos valores. Por se tratar de serviços extras, era necessária a comprovação de autorização da ré para a respectiva prestação.

A autorização do uso do veículo hidrovácuo não foi comprovado pela autora, ônus que cabia a ela. Aliás, todo o impasse surgiu da alegada desnecessidade de prestação do serviço, já que a ré alegou que a própria concessionária da rodovia o havia prestado.

Acesso ao Sumário

Inócua a tentativa de justificação do uso do veículo hidrovácuo. Como o uso dele decorria de serviço extra, era necessária a comprovação de autorização da ré para a respectiva utilização.

Por isso, esta apelação não merece provimento.

4.- Apelação da ré

É incontroversa a contratação e a prestação de serviços pela autora.

A ré, na contestação, não impugna a prestação de serviços. Apenas disse que era desnecessária a utilização do caminhão "Munk", do veículo hidrovácuo (cujo uso não foi autorizado), e alegou superfaturamento de valores relativos a materiais, horas de maquinário, mão-de-obra, fotos e emissão de relatório.

Ocorre que há clara inovação recursal quando a ré sustenta a falta de comprovação de qualquer serviço prestado pela autora quando, em momento processual anterior, impugnou a prestação (ou desnecessidade) de apenas alguns serviços.

Essa foi a mesma linha que a ré sustentou nas negociações extrajudiciais. O que se verifica nos *e-mails* de fls. 47/65 é que o maior impasse decorreu da cobrança relativa ao uso do caminhão "Munk" e do veículo hidro vácuo (sobre a alegação de valores superfaturados, a ré se limitou a fazer alegação genérica sem demonstrar o valor que ela entendia devido). A ré aquiesceu com a exclusão da cobrança relativa ao uso do caminhão "Munk" (fl. 58), o que acarretou a redução dos valores cobrados, mas impasse sobre o montantes remanescentes cobrados continuou. As partes celebraram reuniões e a ré chegou a fazer proposta de quitação da quantia cobrada, se dispondo a pagar R$ 20 mil reais parcelado em dez vezes (fl. 52). Essa proposta demonstra que ela reconheceu a existência de valores inadimplidos, sendo contraditória, agora, a alegação de ser indevida a cobrança de contraprestação por qualquer serviço.

Independente de aplicação do CDC ao caso, há, nos autos, provas suficientes da prestação dos serviços, sendo que, de todas as prestações cobradas, deve ser excluído apenas aquela relativa ao uso do veículo hidro vácuo, já que a autora não comprovou, de forma suficiente, a autorização do uso pela ré.

Também esta a apelação não merece provimento.

5.- Verbas sucumbenciais

Necessária a majoração dos honorários sucumbenciais em razão do trabalho adicional realizado em grau recursal, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil (CPC).

A ré alega que a autora sucumbiu na maior parte dos pedidos, mas tal alegação não deve ser acolhida. De fato, dos valores cobrados foi excluído apenas aquele relativo ao uso do veículo hidro vácuo. Houve sucumbência parcial, sendo correta a distribuição do ônus pelo pagamento das verbas sucumbenciais

Acesso ao Sumário

de forma proporcional, aplicando-se, ao caso, o art. 86, *caput*, do Código de Processo Civil (CPC).

Como ambas as apelações merecem desprovimento, necessária a majoração dos honorários em favor dos advogados de ambas as partes.

Verifica-se, nas contrarrazões de ambas as partes, que não houve impugnação específica de todos os argumentos articulados nas razões de apelação da parte contrária. Já as questões articuladas nas razões de apelação foram simples e, portanto, não exigiram grande dispêndio de tempo para elaboração. Sopesando-se estes elementos, considero que a majoração dos honorários sucumbenciais dos advogados de ambas as partes para 14% (mantida a mesma base de cálculo fixada na r. sentença) é suficiente para remuneração do serviço prestado.

6.- Dispositivo

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento** às apelações, com a observação constante no item 2 da fundamentação supra, majorando os honorários sucumbenciais dos advogados de ambas as partes para 14% (quatorze por cento), mantida a mesma base de cálculo fixada na r. sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1004908-73.2020.8.26.0005, da Comarca de São Paulo, em que é apelante IVALDO PEREIRA DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado EDVALDO JOSÉ DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 39388)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LÚCIA PIZZOTTI (Presidente), MARCOS GOZZO e CARLOS RUSSO.

São Paulo, 15 de agosto de 2023.

MARIA LÚCIA PIZZOTTI, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO – DANO MORAL CARACTERIZADO PELO INGRESSO DO LOCADOR NO IMÓVEL DADO EM LOCAÇÃO E DISCUTIDO COM O INQUILO – MAJORAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO

– Evidente o dano moral suportado pelo locatário que

foi vítima do ingresso do locador no bem recebido em locação, sem autorização, em face do exercício arbitrário das razões do proprietário, que assim entendia que tudo poderia fazer por gozar de tal condição, além de ter sido destratado pelo locador. Trata-se o locatário de pessoa idosa, que tinha sofrido infarto no ano de 2012, tendo evoluído com angina e aneurisma ventricular.

– Levando em consideração as peculiaridades do caso, bem como o caráter preventivo e punitivo do dano moral, de rigor a majoração da indenização por danos morais para R$ 10.000,00 (dez mil reais), se mostrando desproporcional a quantia pretendida no impor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais).

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. decisão de fls. 173/76, cujo relatório se adota, que julgou procedente a demanda, condenando o réu a pagar indenização pelos danos morais sofridos, fixados em R$ 5.000,00 (cinco mil reais) a ser atualizado pela Tabela do Tribunal de Justiça a contar do arbitramento e acrescido de juros de mora de 1% a contar da citação. Por consequência, condenou o réu, também, ao pagamento das custas, despesas processuais e dos honorários advocatícios do patrono da parte autora que fixo em 20% sobre o valor da condenação, observada a gratuidade concedida.

Entendeu o R. Magistrado *a quo*, que pelo depoimento da testemunha ouvida em Juízo restou comprovado o comportamento abusivo do réu com relação ao autor, bem assim aos demais inquilinos, e especialmente a ameaça descrita na inicial, em total afronta à regra contida no art. 22, II, da Lei nº 8.245/91. Destacou que a alegação de que o autor (inquilino) estava inadimplente com os aluguéis, ou que lhe causava problemas, não justifica seu comportamento, principalmente se assim agiu para reaver o imóvel, eis que a legislação lhe dá os meios para o alcance do intento, não lhe sendo permitido agir no uso arbitrário das próprias razões. Reconheceu a caracterização do dano moral em face da conduta abusiva do réu que causou aflição ao autor, que o fez ir à delegacia de polícia e adotar medida judicial, além de desocupar o imóvel.

Irresignado, o autor apelou.

Aduziu, em suma, que a r. decisão deveria ser reformada, ao argumento de que deveria ser majorado o valor da indenização fixada a título de danos

Acesso ao Sumário

morais, visto se tratar de pessoa idosa, cardíaca, aposentada por invalidez, que fora humilhada na frente da esposa e do filho. No mais, sustentou que deveria ser observado o caráter punitivo; preventivo do dano moral, majorando a indenização para R$ 30.000,00.

Processado o apelo, os autos foram remetidos a esta Instância, sem apresentação de contrarrazões.

É a síntese do necessário**.**

O recurso comporta acolhimento apenas em parte.

Isto porque, conforme bem ressaltado no bojo da r. sentença, evidente o dano moral suportado pelo apelante (então locatário do imóvel da parte adversa), que foi humilhado na frente de seus familiares pelo apelado, com a ameaça feita pelo locador no sentido de que ou ele desocupava o imóvel ou teria o que merecia, situação essa que levou inclusive à entrega do bem.

A discussão entre as partes foi presenciada pela testemunha (vizinho do apelante), que descreveu ter visto o desentendimento entre as partes, destacando que o apelado havia ingressado no imóvel locado pelo apelante, tendo-lhe destratado, sendo que logo depois o apelante saiu no quintal passando mal.

A mesma testemunha retratou, ainda, que era hábito do apelado, locador, ingressar no quintal do imóvel que dava em locação dizendo que poderia fazer isso quando quisesse por ser o dono, situação essa que se aparta diametralmente da regra contida no art. 22, II, da Lei do Inquilinato, que dispõe que o locador deve garantir o uso pacífico do bem locado, vez que resta claro o uso arbitrário pelo demandado das próprias razões, atos esses mais do que suficientes para a caracterização do dano moral.

Acerca dessa temática, deve ser destacado que foi ultrapassado o tempo em que dano moral equivalia à dor, sofrimento e angústia da vítima em razão da ofensa. Os mais renomados estudiosos da responsabilidade civil modernamente conceituam o dano moral de maneira bastante clara e objetiva: trata-se de ofensa aos direitos da personalidade e, em sentido mais amplo, à própria dignidade da pessoa humana. A consequência, os efeitos de mencionada ofensa podem, estes sim, ser constituídos pela dor, sofrimento ou vexame causado.

Fenômeno interno, portanto, o dano moral, em si mesmo, não se pode exigir que seja provado. O que deve ser provado são fatos, condutas ou omissões que ocasionem a mencionada ofensa aos direitos da personalidade e, por consequência, sofrimento e dor ao prejudicado. A avaliação sobre quais fatos que causam dano moral deve ser feita pelo juiz, segundo a jurisprudência e as regras da experiência.

Extrai-se, desde já, o conceito de dano moral e a desnecessidade de sua comprovação, via de regra. Por questões de ordem lógica, portanto, deve ser analisada a possibilidade de reparação dos danos extrapatrimoniais.

Acesso ao Sumário

Muito se questionou sobre a reparabilidade dos danos morais. Não se ignora que, inicialmente, havia certa resistência quanto à possibilidade de reparação, mas a discussão restou superada em face da Constituição Federal de 1.988, que em seu artigo 5º, incisos V e X, deixou evidente a possibilidade de reparação do dano moral, bem como a sua cumulatividade com o dano material. Neste sentido inclusive foi editada a Súmula nº 37 do STJ, cujo enunciado destaco: "São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.". Prevaleceu, portanto, a correta orientação de que os danos morais devem ser reparados.

Fixados, assim, o conceito do dano moral, a desnecessidade de comprovação de sua ocorrência e a possibilidade de sua reparação, pertinente se mostra a análise dos critérios de fixação do valor da indenização correspondente, sendo tal matéria uma das mais tormentosas na doutrina e jurisprudência.

O dano moral não precisa representar a medida nem o preço da dor, mas uma compensação pela ofensa injustamente causada a outrem.

A indenização econômica, assim, tornou-se o único meio para a reparação do dano moral. Ocorre por mera compensação ou neutralização e não exatamente por restauração dos bens lesados, o que, à evidência, seria impossível. Diante de tais situações, a única via pela qual se pode ao menos minorar os efeitos do dano é por meio da reparação pecuniária.

Assim, para a fixação dos danos morais, além do dano, também se deve levar em conta a situação econômica do causador deste, não se podendo fixar o valor de indenização em quantia irrisória, sob pena de não vir a surtir o efeito repressivo que se pretende, qual seja, fazer com que o agente perceba, eficazmente, as consequências de seu ato ilícito, gerando, ainda, efeito preventivo, de modo a evitar que novas situações desse tipo ocorram.

Nesse aspecto, devem ser levadas em consideração as peculiaridades do caso, as regras de experiência do julgador e os balizamentos doutrinários. E a fim de se buscar parâmetros para a fixação, é de grande relevância a análise da atual jurisprudência sobre o tema, mormente do Superior Tribunal de Justiça. Destaco, dentre os diversos julgados daquele Tribunal alguns de seus arestos, por meio dos quais é possível verificar que a indenização não deve ser fixada nem em quantia absurda, tampouco em quantia irrisória. Veja-se:

AgRg no Ag 1145425 / SP - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
2009/0006470-8
*Ministro **RAUL ARAÚJO (1143)***
T4 - QUARTA TURMA
DJe 24/02/2011

Acesso ao Sumário

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA A INADMISSÃO DE RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA. ***QUANTUM INDENIZATÓRIO REDUZIDO DE R$ 73.272,00 (SETENTA E TRÊS MIL, DUZENTOS E SETENTA E DOIS REAIS) PARA R$ 25.000,00 (VINTE E CINCO MIL REAIS)****. SÚMULA 7/STJ. INCIDÊNCIA AFASTADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*

1. Esta Corte admite a revisão do quantum arbitrado a título de indenização por danos morais, quando o valor fixado nas instâncias ordinárias se revelar ínfimo ou exorbitante, caso em que, afastada a incidência da Súmula 7/STJ, o Superior Tribunal de Justiça intervém para estabelecer o montante condizente com os parâmetros adotados pela respectiva jurisprudência e com as peculiaridades delineadas no acórdão recorrido, como ocorreu na hipótese vertente.

2. A decisão agravada, ao reduzir a verba indenizatória de R$ 73.272,00 para R$ 25.000,00 pela reparação moral decorrente da inscrição indevida do nome da autora/agravante em cadastros de restrição ao crédito, adequou a quantia fixada nos juízos ordinários aos patamares estabelecidos por este Pretório em casos assemelhados e às peculiaridades da espécie, motivo pelo qual deve ser mantida pelos próprios fundamentos.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

Diante de toda a exposição sobre o tema, entendo ter se configurado ofensa aos direitos da personalidade apta a autorizar a condenação do ofensor ao pagamento de indenização pelos danos morais sofridos.

No caso destes autos, como dito, o dano moral suportado pelo locatário decorre do fato de ter sido vítima do ingresso do locador no bem recebido em locação, sem autorização, em face do exercício arbitrário das razões do proprietário, que assim entendia que tudo poderia fazer por gozar de tal condição, além de ter sido destratado pelo locador.

Trata-se o locatário de pessoa idosa, que tinha sofrido infarto no ano de 2012, tendo evoluído com angina e aneurisma ventricular.

Desse modo, levando em consideração as peculiaridades do caso, bem como o caráter preventivo e punitivo do dano moral, de rigor a majoração da indenização por danos morais para R$ 10.000,00 (dez mil reais), se mostrando desproporcional a quantia pretendida no impor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais).

Mais, creio seja desnecessário.

Destarte, **DÁ-SE PROVIMENTO EM PARTE** ao recurso, para o fim de majorar o valor da indenização fixada a título de danos morais para R$ 10.000,00 (dez mil reais), montante esse que deverá ser acrescido de correção

Acesso ao Sumário

monetária pela tabela deste E. Tribunal de Justiça a partir desta data e de juros de mora contados da citação.

Por fim, deixo de majorar os honorários advocatícios sucumbenciais, nos termos do art. 85, § 11, do CPC, visto que tal verba já fora fixada em patamar máximo pelo R. Juízo *a quo*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1004825-58.2022.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante APARECIDA DA PENHA FERNANDES, são apelados CARLA PERES LETRAM (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA) e REGINALDO LETRAM (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº SMO 43114)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ EURICO (Presidente sem voto), ANA LUCIA ROMANHOLE MARTUCCI e SÁ DUARTE.

São Paulo, 24 de agosto de 2023.

SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: DIREITO DE VIZINHANÇA – Ação de indenização – Perturbação do Sossego – Prova oral – Sem demonstração da utilização desarrazoada, com a finalidade de incomodar a comunidade vizinha – Convivência em prédio geminados que exige mais paciência e tolerância – Sentença mantida. Apelação não provida.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por APARECIDA DA PENHA FERNANDES (fls. 166/175) contra r. sentença de fls. 159/161, proferida pelo MM. Juiz da 7ª Vara Cível da Comarca de São Bernardo do Campo, Dr. Fernando de Oliveira Domingues Ladeira, que julgou improcedente a ação de obrigação de fazer cumulada com pedido cominatório movida em face de CARLA PERES LETRAM E OUTRO. Fixou os honorários de sucumbência em 10%

Acesso ao Sumário

sobre o valor da causa.

Sustenta a apelante a perturbação de seu sossego em seu lar. Destaca o uso nocivo da propriedade vizinha. Refere conversas em tons exacerbados, gritos e palavrões. Reuniu vídeos para comprovar a perturbação do sossego. Assevera que os ruídos são insuportáveis. Anota que a falta de respeito ao próximo e a conduta antissocial caracterizam o ilícito. Postula o provimento do recurso.

Contrarrazões às fls. 179/180.

É o relatório.

Recebo o recurso em seus regulares efeitos.

A apelante é beneficiária da gratuidade de justiça.

Não há arguição de intempestividade.

Assim, presentes os pressupostos recursais, conheço do recurso, mas, a ele nego provimento.

Trata-se de ação de obrigação de fazer cumulada com pedido cominatório proposta pela apelante, em razão do uso nocivo da propriedade por seu vizinho, por ter reiteradas vezes perturbado o seu sossego.

É dever do vizinho observar, durante o dia e especialmente à noite, o silêncio necessário ao bem-estar e à tranquilidade de todos os vizinhos, estabelecido como período noturno aquele compreendido entre às 22h e 7h.

Realizada a produção de prova oral, conforme o depoimento pessoal das partes e testemunhas, os barulhos em razão da utilização de 'vídeo games' pelo filho da apelante ocorreram especialmente no período da pandemia do COVID-19 e depois cessaram, assim como os barulhos do cachorro.

Reclama a apelante do alto tom de voz da família e do uso de vocabulário não apropriado.

E, em que pese os possíveis incômodos gerados, entendo que os ruídos não são excessivos a ponto de implicar em imposição de penalidade aos vizinhos.

Nestas circunstâncias, assim como o magistrado, entendo que a utilização da unidade pelo requerido não se mostrou desarrazoada.

Tais fatos pontuais, tal como o tom de voz mais elevado e o vocabulário utilizado, por si sós, não legitimam a inobservância das regras de convivência.

E, em que pese os aborrecimentos e incômodos gerados, não é possível imputar o uso nocivo da propriedade, lembrando que a convivência em prédios geminados exige mais paciência e tolerância dada a proximidade das unidades.

Sem reparos à r. sentença.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso. E, em aplicação ao disposto no artigo 85, §11º do Código de Processo Civil, majoro os honorários de sucumbência de 10% para 12% do valor dado à causa.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1034955-65.2022.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante M.P.L., é apelado P.H.P.L.

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. INDICADO À JURISPRUDÊNCIA. SUSTENTARAM: ADV. José Rogério Cruz e Tucci (OAB/SP 53.416); ADV. André Chateaubriand Martins (OAB/SP 360.017)", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 54.140)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO NEGRÃO (Presidente sem voto), SÉRGIO SHIMURA e MAURÍCIO PESSOA.

São Paulo, 29 de agosto de 2023.

NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA, Relator

Ementa: Antecipação de provas. Acordo de investimentos. Pretensão da apelante é perícia contábil financeira para avaliação de desvalorização de ações. Alegação de interrupção de prestação de serviços configurada como fornecimento de plataforma na nuvem. Matéria que foge aos requisitos da produção antecipada de provas. Urgência não evidenciada. Existência, ademais, de cláusula compromissória expressa abrangendo qualquer controvérsia, a qualquer título, na relação negocial entre as partes. Não obstante a possibilidade de produção antecipada de provas relativa à arbitragem, no caso em exame, a matéria é integralmente de mérito. Própria apelante que menciona a autonomia na produção antecipada de provas, ao pleitear a fixação de prejuízos eventualmente existentes, o que caracteriza processo de conhecimento. Falta de interesse processual se apresenta notória. Extinção do processo apta a prevalecer. Apelo desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de apelação interposta tempestivamente, com base na r. sentença de págs. 782/789, aclarada pelos embargos de págs. 809/810, que julgou extinto o processo, sem alcançar o mérito, em produção antecipada de provas.

Alega a apelante que contratou a apelada, observando o *Master Service Agreement*, pleiteando apuração de prejuízo direcionado à discussão em processo arbitral próprio, pois houve interrupção dos serviços, sofrendo perda de sua clientela, ocasionando aos acionistas e investidores sensível diminuição de lucros. Menciona que pleiteou a realização de perícia para avaliação específica da sociedade S., a fim de determinar eventual impacto que a sabotagem possa ter causado às ações entre o início de julho de 2020 e a data da avaliação, que poderia viabilizar futura ação de indenização. Faz referência sobre a reforma da sentença, ante a ausência de cláusula arbitral aplicável ao potencial conflito, uma vez que a sentença se pautou por premissa absolutamente equivocada, já que as razões não estão subordinadas a nenhum compromisso arbitral, haja vista que a cláusula compromissória se encontra no *Investment Agreement* e não se procura antecipar provas relativamente a fatos relacionados ao contrato de investimentos, mas sim em relação ao *Master Service Agreement*, já que os instrumentos não guardam relação com a prova que se pretende produzir, pois a única relação existente, quando muito, reside no fato de que a conduta desidiosa da apelada foi motivada por retaliação contra a S. Ressalta que não está pleiteando obtenção de provas vinculadas a qualquer dos contratos, mas de simples relação jurídica apartada do acionista em face de outra acionista que lesou o seu investimento, em qualquer caso, nenhuma das cláusulas compromissórias poderiam ser aplicadas, conquanto a natureza do potencial litígio não guarde nenhuma relação com as avenças. Destaca a desnecessidade do requisito de urgência, ante o disposto no artigo 22-A da Lei de Arbitragem e artigo 381, inciso I, do Código de Processo Civil, salientando, ainda, o caráter satisfativo da medida cautelar pré-arbitral. Expõe os fundamentos legal e jurídico para a produção antecipada, inclusive que não se trata de *bis in idem*, uma vez que a apelada já foi em busca de processo arbitral específico. Enfatiza que a perícia pretendida deve ser conduzida por profissional habilitado para que seja identificado o decréscimo do valor de mercado na S., apurando-se o prejuízo imposto aos acionistas da apelante. Requer, assim, o provimento do recurso para que seja determinada a produção antecipada da prova.

Acesso ao Sumário

O recurso foi contra-arrazoado, rebatendo integralmente a pretensão da apelante, págs. 840/864.

É o relatório.

2. A r. sentença apelada merece ser mantida.

A teor do disposto no artigo 381 do CPC, a produção antecipada da prova será admitida nos casos em que: '*I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação; II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação*'.

Com efeito, a despeito da existência de cláusula compromissória, é possível a propositura pela parte de medidas cautelares ou antecipatórias enquanto não instaurada a arbitragem, como corolário da garantia constitucional de inafastabilidade do Poder Judiciário.

Assim, na hipótese de procedimento de produção antecipada de provas prévio à arbitragem, é necessário que seja demonstrada a urgência na concessão da tutela jurisdicional, bem como a probabilidade do direito do requerente.

Aliás, o artigo 22-A, da Lei nº 13.129/15, preceitua que, '*antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência*'.

Da leitura do referido dispositivo legal, depreende-se que a produção antecipada de provas só poderia ter por fundamento o inciso I do artigo 381 do CPC, todavia, a ação foi ajuizada com base nos incisos II e III do referido artigo.

Não bastasse, o pactuado pelas partes ressalta, item 13.2, pág. 409, que '*qualquer disputa, controvérsia ou ação entre as partes, bem como seus sucessores a qualquer título*', deveria ser resolvida por arbitragem, especificando, ainda, de que forma a arbitragem devia ocorrer.

Cumpre ressaltar que as pretensões da apelante, inclusive fazendo referência sobre distinção de disposições contratuais, não podem sobressair, mesmo porque, ao mencionar que visa indenização abrangendo prejuízo decorrente de suposta desvalorização das ações da empresa S., não se limita à questão de investimento, pois existe vínculo notório com a prestação de serviços, diante da referência expressa de que teria ocorrido abrupto rompimento dos serviços correspondentes que estariam vinculados a fornecimento de plataforma na nuvem.

Ademais, as alegações de que a produção antecipada de provas configuraria uma ação autônoma dão supedâneo, inclusive, para que a arbitragem prevaleça, ou seja, a cláusula compromissória correspondente, pois se há valores a serem futuramente adjudicados ou quiçá transacionados, como constou da própria inicial, pág. 56, isto abrange notória questão de mérito, com desvirtuamento do que fora livremente avençado, haja vista que destaca a ocorrência de impacto financeiro, pág. 821.

Desta forma, não se vislumbra embasamento para a modificação da decisão em exame, pois a ausência de urgência deve ser destacada no lapso cronológico longevo, haja vista que há mais de cinco anos permanece a pendência.

Outrossim, ressalte-se que o instrumento, com a nomenclatura "Contrato de Investimento", faz ressalva notória sobre "acordo de nível de serviço", pág. 375, e de que envolve "trabalho", pág. 406, consequentemente, existe vinculação entre os dois instrumentos que materializaram a relação negocial, que, como já destacado, envolve amplo negócio.

Destarte, não se identifica embasamento para que a produção antecipada

Acesso ao Sumário

de provas, nos moldes apresentados, esteja apta a regular sequência, diante da falta de urgência e da estipulação de cláusula compromissória, que destaca qualquer controvérsia, a qualquer título.

Reitere-se que, não obstante admitida a produção antecipada de provas, deve ser levado em consideração conteúdo específico ou a pretensão explicitada, não sendo este o caso em exame, pois ausente embasamento para a prova a ser realizada em juízo antecedente, já que isso deve ocorrer no juízo arbitral.

Nesta esteira, já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça:

"*(...) Na pendência da constituição do Tribunal Arbitral, admite-se que a parte se socorra do Poder Judiciário, por intermédio de medida de natureza cautelar, para assegurar o resultado útil da arbitragem. Superadas as circunstâncias temporárias que justificavam a intervenção contingencial do Poder Judiciário e considerando que a celebração do compromisso arbitral implica, como regra, a derrogação da jurisdição estatal, os autos devem ser prontamente encaminhados ao juízo arbitral, para que este assuma o processamento da ação e, se for o caso, reaprecie a tutela conferida, mantendo, alterando ou revogando a respectiva decisão. Em situações nas quais o juízo arbitral esteja momentaneamente impedido de se manifestar, desatende-se provisoriamente as regras de competência, submetendo-se o pedido de tutela cautelar ao juízo estatal; mas essa competência é precária e não se prorroga, subsistindo apenas para a análise do pedido liminar.*" (REsp nº 1.297.974/RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 19/06/2012)

"*Processual Civil. Recurso Especial. Ação cautelar produção antecipada de provas. Existência de cláusula compromissória arbitral. Ajuizamento prévio perante a Justiça Estatal. Instituição do Juízo Arbitral. Competência. 1. O prévio ajuizamento de ação cautelar perante o Poder Judiciário deriva do poder geral de cautela insculpido na legislação processual e hoje previsto expressamente nos artigos 22-A e 22-B da Lei n. 9.307/1996, incluídos pela Lei n. 13.129/2015. A atribuição de processá-la, todavia, após a instauração da arbitragem, é do juízo arbitral, ocasião em que poderá reanalisar a medida eventualmente concedida. 2. Recurso especial conhecido e provido.*" (REsp nº 1.586.383, Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 14-12-2017).

No mais, nada consta de que se torna indispensável a prestação jurisdicional na Justiça Comum, tanto que sequer indícios de provas de que teria ocorrido a necessidade de buscar a tutela jurisdicional foram apresentados.

Assim, a falta de interesse processual se faz presente, haja vista que tanto a complexidade quanto a demora são incompatíveis, uma vez que a discordância se arrasta por longo período.

Acesso ao Sumário

Além do mais, a antecipação de provas, por si só, não envolve caráter contencioso, o que já seria suficiente para obstar o pleiteado pela apelante, ou seja, aferição de desvalorização da empresa, que é matéria de âmbito de processo de conhecimento amplo ou, no presente caso, do juízo arbitral.

Deste modo, não se identifica supedâneo para a modificação da decisão em exame, que se apresenta clara e precisa, além de devidamente fundamentada.

Finalmente, em decorrência do desfecho da demanda, majora-se a verba honorária para 15% do valor atualizado da causa, em observância ao artigo 85, §11, do Código de Processo Civil.

3. Com base em tais fundamentos, **nega-se provimento ao apelo.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1029408-45.2019.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante KLEBSON COSTA DE MENEZES, é apelado NOTRE DAME INTERMÉDICA SAÚDE S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23/53130)**

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

São Paulo, 1º de setembro de 2023.

LUIZ ANTONIO COSTA, Relator

Ementa: Apelação – Erro médico – Responsabilidade civil – Suposto erro em diagnóstico – Corpo estranho não identificado no exame clínico – Indenização por dano moral – Prova pericial adequadamente realizada – Laudo claro e extremamente técnico – Questão controvertida na hipótese que exige conhecimentos técnicos para sua solução – Perícia realizada que foi clara ao concluir pela inexistência de falha no atendimento médico prestado ao Autor – Nexo de causalidade não demonstrado – Ausência de incapacidade laborativa ou habitual – Sentença mantida – Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Recurso de Apelação interposto contra sentença que julgou improcedente o pedido principal formulado em Ação de Indenização por Danos Morais proposta pelo Apelante em face da Apelada.

Recorre o Autor, buscando a reforma da r. sentença a fim de que julgados procedentes os pedidos deduzidos. Suscita preliminar de nulidade da sentença em virtude da não produção de prova testemunhal e da juntada dos prontuários médicos. No mérito, aduz que o julgador não está adstrito ao laudo pericial. Volta-se contra a conclusão a que chegou a perícia.

Recurso respondido.

Comprovada a tempestividade e a litigância sob o abrigo da assistência judiciária gratuita, recebo a apelação nos seus regulares efeitos.

É o Relatório.

Trata-se de Ação de Indenização por Danos Morais proposta pelo Autor, ora Apelante, na qual alega que sofreu erro médico decorrente de corpo estranho encontrado em seu ferimento e que não foi verificado pela Apelada.

Pois bem.

De início, rejeito a preliminar invocada.

É cediço que o julgador é o destinatário das provas, cabendo a ele verificar sua pertinência, podendo indeferir as provas inúteis e meramente protelatórias.

No caso, a prova testemunhal pretendida não se mostrava relevante à formação de convicção do julgador. A controvérsia é de natureza técnica, não se verificando a possibilidade de qualquer contribuição da testemunha à elucidação dos fatos alegados.

E isso revela reforçado na medida em que o Apelante não conseguiu demonstrar a contento a pertinência da prova pretendida, tampouco em como ela poderia influir no convencimento do Julgador na obtenção de um pronunciamento favorável.

Passo ao exame do mérito.

A questão posta nos autos é de ordem eminentemente técnica, cuja produção probatória pericial assume relevo e somente pode ser desconsiderada se divorciada dos outros elementos probantes.

Anoto que embora o Magistrado não esteja adstrito à perícia produzida nos autos, nela deve se amparar quando a questão exige conhecimento técnico-científico, mesmo porque o julgador não detem os conhecimentos específicos para tal mister.

Segundo a lição de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO:

"*A prova pericial é adequada sempre que se trate de exames fora do alcance do homem dotado de cultura comum, não especializado em temas*

Acesso ao Sumário

técnicos ou científicos, como são as partes, os advogados e o juiz." (*in* Instituições de Direito Processual Civil", v. III, Malheiros Editores, 4ª ed., p. 586)

No caso, o laudo apresentado é claro e extremamente técnico, convindo observar que a perita nomeada é independente e tem autonomia para elaboração do laudo, portanto absolutamente capaz para tal mister, o que fez com o devido zelo.

Em conformidade com todo o acervo probatório, não se percebe a falha na prestação dos serviços médicos ao amparo da indenização pretendida.

Destaco, a propósito, que constou desse expediente que:

"*2. A conduta médica para o atendimento de um quadro de "ferimento traumático de pele e subcutâneo" estava de acordo com o preconizado na Literatura técnica?*

R- Sim"

Como ficou claro do estudo, concluiu-se que as condutas médicas foram reputadas adequadas ao caso.

Aliás, foi destacado que a realização de exame de radiografia depende da avaliação física e, anoto, que não é correta a indicação indiscriminada, em razão dos efeitos adversos desse exame.

Anote-se, também, que o exame clínico realizado na perícia não encontrou a presença de corpo estranho na lesão.

Embora o Apelante tenha afirmado que o documento de fls. 20 demonstra a presença do corpo estranho, é de se dizer que o relatório de fls. 19 noticia que foi o próprio Apelante que informou a presença de corpo estranho. Extrai-se do documento encartado às fls. 20 que a presença de corpo estranho ficou duvidosa, sendo que o médico relatou tal circunstância de forma interrogativa, conforme reproduzo:

"*Presença de fragmentos puntiformes em subcutâneo?*".

Assim, conclui-se que as condutas médicas aplicadas não se revestiram de negligência, imprudência ou imperícia, na medida em que apresentada lesão perfurocortante, sem sinais de infecção, corpo estranho aparente ou dor no movimento, realizou a limpeza e, após, a sutura.

O acerto na adoção desse procedimento foi confirmado pela perícia realizada, não se esperando na hipótese qualquer procedimento que tenha sido deixado de ser adotado no momento. Repise-se, o exame radiográfico não é indicado de forma indiscriminada em razão dos efeitos causados no paciente.

Outrossim, o laudo também concluiu não ter havido qualquer incapacidade laborativa ou para a vida habitual, depreendendo-se pela inocorrência de dano.

Acesso ao Sumário

Dessa forma, a sentença não merece reparo, razão pela qual é de rigor a sua manutenção com adoção de seus fundamentos, conforme permite o art. 252 do RITJESP.

Por fim, majoro os honorários advocatícios em razão do desenvolvimento de trabalho adicional realizado em fase recursal (CPC, art. 85, § 11) para o correspondente a 12% sobre o valor da causa, observada, entretanto, a gratuidade da justiça deferida.

Isso posto, pelo meu voto, **nego provimento ao recurso.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1011210-35.2019.8.26.0529, da Comarca de Santana de Parnaíba, em que são apelantes MARCELO MARTINI FERREIRA DA CUNHA e MARCIO MARTINI FERREIRA DA CUNHA, é apelado ASSOCIAÇÃO GÊNESIS II.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44860)**

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

São Paulo, 1º de setembro de 2023.

ERICKSON GAVAZZA MARQUES, Relator

Ementa: APELAÇÃO – AÇÃO DE COBRANÇA – TAXA DE ASSOCIAÇÃO DE MORADORES – OBRIGAÇÃO QUE DECORRE DA LEI OU DA VONTADE DAS PARTES – TAXAS DE MANUTENÇÃO QUE NÃO OBRIGAM OS NÃO ASSOCIADOS OU OS QUE A ELA NÃO ANUÍRAM – TESE FIXADA EM SEDE DE RECURSOS REPRESENTATIVOS DE CONTROVÉRSIA – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1.036 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015 – AÇÃO PROCEDENTE – DECISÃO REFORMADA – RECURSOPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos, etc.

Trata-se de ação de cobrança, ajuizada pela Associação Gênesis II contra Marcelo Martini Ferreira da Cunha e Marcio Martini Ferreira da Cunha, que a respeitável sentença de fls. 203/206, cujo relatório fica fazendo parte integrante do presente, julgou procedente o pedido para condenar os réus ao pagamento de R$ 14.498,54 (quatorze mil e quatrocentos e noventa e oito reais e cinquenta e quatro centavos), a título de taxas associativas vencidas entre junho de 2018 e outubro de 2019, com atualização pela tabela prática desde o ajuizamento da ação e com juros de mora de 1% a contar da citação, bem como das parcelas que vencerem no curso desta demanda, estas com atualização pelo TJSP e juros de 1% ao mês a contar de cada inadimplência, além da multa de 2%. Os réus foram ainda condenados em custas e despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor atualizado da condenação.

A reconvenção foi julgada parcialmente procedente para condenar a reconvinda na obrigação de não fazer consistente em se abster de impedir a entrada dos réus no loteamento em razão de eventual inadimplemento em relação ao pagamento das despesas associativas, sob pena de fixação de multa.

Irresignados, os réus recorreram. Em preliminar alegaram ilegitimidade passiva por ser meros promitentes compradores do imóvel, assim como ilegitimidade ativa da apelada que cobra valores que não lhe pertencem. No mérito, aduzem que a simples propriedade do lote não é requisito para obrigar os apelantes a contribuírem com a associação. Argumentam que, consoante entendimento consolidado por nossos Tribunais, para a cobrança de taxa associativa ou de manutenção do proprietário do imóvel situado em loteamento fechado é necessária a existência de cláusula convencional quando da instituição do loteamento, constante de escritura pública averbada no cartório imobiliário, inserida especificamente na matrícula do imóvel. Afirmam que não há qualquer menção à obrigatoriedade da taxa em discussão. Invocam o julgado no Tema 882, pelo Superior Tribunal de Justiça que fixou a tese no sentido de que: "as taxas de manutenção criadas por associações de moradores não obrigam os não associados ou que a elas não anuíram". Apontam que não consta dos autos que os recorrentes tenham se associado e a existência de um estatuto relacionado à associação não confere legitimidade para a cobrança de taxas de manutenção. Requerem seja dado provimento ao recurso, modificando-se a sentença combatida.

Por sua vez, a parte-apelada, em resposta, pede que seja mantido o que consta da decisão *sub censura* com a condenação dos apelantes nas penas de litigância de má-fé.

Os autos foram remetidos a esta superior instância.

É o relatório.

Inicialmente, passo a análise das preliminares arguidas em sede de apelação.

Acesso ao Sumário

Pois bem. Para o deslinde da questão posta em juízo, não se pode perder de vista que a obrigação de pagar as despesas referentes à manutenção do loteamento constitui obrigação *propter rem* e, por isso mesmo, dependendo das circunstâncias do caso concreto, sua responsabilidade pode recair tanto sobre o promitente-vendedor quanto sobre o promissário-comprador.

Na espécie dos autos, houve o registro imobiliário do contrato celebrado entre as partes (fls. 47/52), acarretando ciência inequívoca do negócio jurídico.

Os compromissários-compradores foram imitidos na posse no ato da assinatura do compromisso particular, o que se deu em 08.04.2005, sendo responsáveis pelo pagamento de eventuais despesas posteriores à venda, devendo integrar o pelo passivo da demanda.

Deixo de acolher a tese de ilegitimidade ativa da apelada, diante do que consta nos termos do artigo 03, "o" de seu Estatuto.

Quanto a preliminar arguida em contrarrazões, referente à condenação nas penas de litigância de má-fé, não se vislumbra, por ora, na atitude dos apelantes a existência de dolo processual, no sentido de deliberadamente causar prejuízo à parte adversa, de maneira que fica afastada, nesta fase processual, tal pretensão.

No mérito, o cerne da questão é a cobrança de contribuições dos proprietários de imóveis situados em locais onde associações de moradores ou administradoras que supostamente prestam serviços de manutenção, segurança, entre outros.

Em que pese o posicionamento deste Relator, impõe-se observar a orientação definida pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, que, no julgamento do Recurso Especial n° 1.439.163/SP, processado nos termos do artigo 1036, do Código de Processo Civil, definiu que "*as taxas de manutenção criadas por associação de moradores não obrigam os não associados ou os que a ela não anuíram*" (Tema 882).

Com efeito, segundo o Superior Tribunal de Justiça:

"*esse tipo de associação não pode ser considerada um condomínio nos moldes da Lei nº 4.591/1964. Isso porque para haver a incidência da mencionada legislação, é necessário, entre outros requisitos, que a aquisição de fração ideal do terreno esteja atrelada à atividade de incorporação imobiliária.*

Já os chamados loteamentos fechados aproximam-se mais do loteamento disciplinado pela Lei nº 6.766/1979, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano, e apesar de apresentarem os mesmos requisitos urbanísticos exigidos para implantação de um loteamento convencional, possuem características próprias que acabam diferenciando-os, especialmente pelo fato de o acesso às vias e aos logradouros nos loteamentos fechados se-

Acesso ao Sumário

rem restritos ao trânsito de moradores e visitantes.

Logo, os loteamentos fechados, também conhecidos como "condomínio de fato", carecem de legislação específica, e a falta de previsão legal cria alguns impasses, dentre os quais se destaca a problemática referente ao rateio de despesas em comum.

Nesse contexto, para fazer face às despesas de disponibilização e manutenção de serviços que beneficiam áreas comuns no âmbito dos loteamentos fechados, são criadas associações de moradores.

No entanto, nos termos da consolidada jurisprudência desta Corte, em virtude da natureza jurídica da associação civil, não é possível a exigência de pagamento compulsório de contribuição de proprietário não associado à entidade por atentar contra a liberdade de associação prevista na própria Constituição Federal."

Oportuno consignar que para aquele Tribunal, nem mesmo a aquisição do imóvel após a constituição da associação justificaria a cobrança, uma vez que inexiste "*espaço para a concepção de uma 'aceitação tácita' a ser imposta pelo Poder Judiciário (...), pois, na ausência de uma legislação que regule especificamente a presente matéria, prepondera, na hipótese, o exercício da autonomia da vontade a ser manifestado pelo proprietário ou, inclusive, pelo comprador de boa-fé, emanada da própria garantia constitucional da liberdade de associação e da legalidade, uma vez que ninguém pode ser compelido a fazer algo senão em virtude de lei.*".

E, agora mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 695.911, em regime de repercussão geral, (Tema 492), fixou a seguinte tese: "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".

Em suma, somente pela lei ou pela adesão expressa é possível imputar ao proprietário ou possuidor a obrigação de ressarcir os gastos decorrentes dos serviços prestados por associação de moradores, prevalecendo a liberdade de associação, estampada no disposto no artigo 5º, inciso XVII, da Carta Magna.

Considerando que, na hipótese dos autos, os apelantes não aderiram formalmente à associação, não podem ser compelidos a arcar com o pagamento das taxas de manutenção, independentemente dos serviços que são prestados nas

Acesso ao Sumário

áreas comuns, razão pela qual a ação principal deve ser julgada improcedente, com a inversão do ônus da sucumbência, que fica a encargo da parte autora, nos termos em que fixados na sentença.

Pelo exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso, nos termos supra.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1125964-79.2020.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado VIBRA ENERGIA S.A., são apelados/apelantes AUTO POSTO KAPRI EIRELI, AMAURI FLAVIO GALLERANI, GIUSEPPE DEVASTATO (ESPÓLIO) e AMÉLIA DEVASTATO (INVENTARIANTE).

ACORDAM, em 35ª 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 54755)**

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

São Paulo, 4 de setembro de 2023.

MELO BUENO, Relator

Ementa: BEM MÓVEL – COMODATO – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – Legitimidade passiva dos fiadores – Exoneração da fiança que depende de prévia notificação ao credor – (art. 835 do CC) – Denunciação da lide – Descabida – Contrato findo – Notificação – Ausência de interesse na manutenção do negócio jurídico – Devolução dos bens – Necessidade – Esbulho possessório – Aquisição dos bens – Negociação que não se concretizou – Cláusula penal – Redução equitativa (art. 413, do CC) – Aplicação dos institutos da 'supressio' e do 'duty to mitigate the loss' – Ação parcialmente procedente – Recursos desprovidos, com observação.

Acesso ao Sumário

VOTO

Recursos interpostos contra a r. sentença de fls. 368/377, cujos embargos de declaração foram rejeitados a fls. 423/425, que julgou parcialmente proce-

dente ação de reintegração de posse de equipamentos, fundada em comodato. A autora alega, em suma, a impossibilidade de limitação ou redução da multa coercitiva; subsidiariamente, requer a majoração da multa para R$155.019,20 (fls. 390/400). Por sua vez, os réus *AUTO POSTO KAPRI* e *AMAURI* sustentam, em resumo, a inexistência de prévia notificação de recusa da alienação e de esbulho possessório; descabimento da devolução dos bens, enquanto pendentes as negociações quanto à alienação; violação da boa-fé objetiva; observância da legislação ambiental; impossibilidade de incidência da cláusula penal; ausência de culpa (fls. 430/458). Por fim, os réus *AMÉLIA* e *ESPÓLIO DE GIUSEPPE DEVASTATO* argumentam que houve regular extinção da fiança prestada; ilegitimidade passiva; subsidiariamente, reclamam o deferimento da denunciação da lide (fls. 463/469).

Os recursos foram processados, preparados, com respostas a fls. 475/484 e 485/499.

É o relatório.

A autora relata que as partes firmaram contrato de promessa de compra e venda mercantil, com vigência de 1/4/2008 até 31/3/2014 e, posteriormente, em 26/6/2013, contrato de comodato, vinculado ao primeiro, por meio do qual cedeu ao réu *AUTO POSTO KAPRI* alguns equipamentos, tendo os réus *AMÉLIA* e *GIUSEPPE* figurados como fiadores da avença. Ocorre que, findos os contratos, o réu *AUTO POSTO KAPRI* não restituiu os bens móveis como lhe competia, sendo notificado em 20/3/2020. A autora aduz que recebeu contranotificação, informando-a do interesse do réu *AUTO POSTO KAPRI* na aquisição dos equipamentos, contudo, tal proposta não se concretizou. Ainda, argumenta que houve alteração de bandeira pelo réu *AUTO POSTO KAPRI*, que não mais adquiriu com exclusividade os combustíveis fornecidos pela autora.

Por esta razão reclamou, em tutela de urgência, a reintegração na posse dos bens móveis, bombas e tanques de produtos derivados de petróleo, objeto do contrato de comodato; e, no mérito, a condenação dos réus ao pagamento de aluguel diário (R$2.000,00) pela não devolução dos equipamentos, a contar do término do prazo para a desocupação voluntária. Atribuiu-se à causa o valor de R$280.000,00.

De acordo com a r. sentença recorrida, a presente ação foi julgada parcialmente procedente para o fim de "**confirmada a liminar, (i) determinar a reintegração da parte autora na posse dos bens descritos a fls. 131/133 e (ii) condenar a parte ré no pagamento de multa diária de R$2.000,00, a partir da citação, limitada ao teto de R$ 37.271,41. Preteridas as demais alegações, por incompatíveis com a linha adotada, ficam as partes advertidas de que a oposição de embargos de declaração fora das hipóteses legais e/ou com postulação meramente infringente ensejará a imposição da multa prevista no art. 1.026, § 2º, do Código de Processo Civil. Vencida**

Acesso ao Sumário

na maior parte e atento ao princípio da causalidade, dado que foi o inadimplemento da parte ré que determinou o ajuizamento da demanda, fica a parte ré condenada no pagamento das custas e despesas processuais, mais honorários advocatícios. Considerando-se o trâmite da demanda, a baixa complexidade, o dispêndio do tempo e o trabalho exercido, a ausência de dilação probatória, bem como os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, os honorários advocatícios são arbitrados, nos termos do artigo 85, §2º, do Código de Processo Civil, em 10% sobre o valor atualizado da condenação, devido por cada réu defendido por patrono diverso à autora, individualmente. Quanto à denunciação da lide, atento ao art. 129, parágrafo único, do CPC, condeno os denunciantes no pagamento das verbas de sucumbência em favor do denunciado, arcando com as custas e despesas processuais por ele despendidas, bem como honorários advocatícios, fixados, nos termos do art. 85, §2º, do CPC, e observados os critérios acima mencionados, em 10% sobre o valor atualizado da condenação".

De início, não há que se falar em ilegitimidade de passiva dos réus *AMÉLIA* e *ESPÓLIO DE GIUSEPPE*, na medida em que a saída dos sócios fiadores do quadro societário não tem o condão de, por si só, exonerá-los de suas obrigações relativas ao contrato de fiança. Imprescindível o envio de notificação ao credor, nos termos do art. 835 do CC, informando-o da intenção de se exonerarem da obrigação assumida. Isto porque, a despeito das alterações fático-jurídicas posteriores à fiança possam justificar a exoneração do fiador, não operam efeitos automáticos e imediatos. A propósito, confira-se entendimento assente na c. Corte Superior:

> "**(...) Na esteira da jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça sobre a questão, a retirada dos sócios-fiadores, per si, não induz à exoneração automática da fiança, impondo-se, além da comunicação da alteração do quadro societário, formulação de pedido de exoneração das garantias, circunstâncias, conforme assentado pela Corte local, não ocorrente na hipótese dos autos. Incidência, no ponto, do enunciado n. 83 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. (...)**"[1]

Ainda, a denunciação da lide foi requerida para que o promitente comprador do posto de gasolina, denunciado *AMAURI*, viesse a responder aos termos da condenação, não havendo interesse em exercer o direito de regresso, mas sim verdadeiro pedido de exclusão de responsabilidade. Logo, correto o seu indeferimento, eis que incabível como apresentada, ou seja, quando pretender reconhecimento da responsabilidade denunciado com a exclusão da responsabilidade do denunciante, em evidente correção da ilegitimidade passiva, de forma a ampliar o objeto da lide inicial, não se configurando, pois, nenhuma das hipó-

1 AgInt no REsp n. 1.960.375/PR, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 14/2/2022, DJe de 21/2/2022.

Acesso ao Sumário

teses elencadas no art. 125 do CPC. A propósito, neste sentido é o entendimento do e. STJ:

"**(...)**

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e o Código de Processo Civil de 2015 não preveem a obrigatoriedade da denunciação da lide em nenhuma de suas hipóteses. Ao contrário, asseguram o exercício do direito de regresso por ação autônoma quando indeferida, não promovida ou proibida (CPC/2015, art. 125, caput, e § 1º).

2. O entendimento jurisprudencial desta Corte Superior é de que não se admite a denunciação da lide com fundamento no art. 125, II, do CPC se o denunciante objetiva eximir-se da responsabilidade pelo evento danoso, atribuindo-o com exclusividade a terceiro. Precedentes.

3. O Tribunal estadual entendeu pelo não cabimento da denunciação da lide, sob os fundamentos de que não é obrigatória no presente caso e de que o objetivo do denunciante é eximir-se da obrigação, atribuindo a responsabilidade, com exclusividade, a terceiro.

(...)"[2].

Destarte, as questões relativas ao esbulho possessório, a devolução dos bens, violação da boa-fé objetiva e observância da legislação ambiental restaram devidamente apreciadas por esta c. Câmara, por ocasião do julgamento do agravo de instrumento nº 2042474-20.2021.8.26.0000.

E, conforme deliberado no referido julgado, que manteve a liminar para reintegração de posse, "**Incontroverso que os bens reclamados foram cedidos pela agravada, ao agravante, em comodato. E, em que pese o contrato tenha expirado em 2014, o agravante passou a operar com a bandeira branca, deixando de adquirir com exclusividade os produtos da agravada, a partir de novembro//2019, o que motivou a notificação extrajudicial de fls. 101/102 (fls. 81/82 autos principais), em março/2020, a fim de devolução de todos os equipamentos e/ou elementos de imagem de sua propriedade, em trinta dias. Em abril/2020, em resposta, o agravante (fls. 105/106 -85/86, autos principais) afirmou que o contrato somente se encerrou em março/2020, tendo em vista a ausência de denúncia contratual em março/2014, período em que adquiriu produtos da agravada sem qualquer benefício. Ressaltou, ainda, a impossibilidade de devolução e o interesse na aquisição dos bens cedidos em comodato, notificando a agravada para apresentação dos valores, devidamente depreciados, possibilitando a apresentação de proposta. Destarte, conforme fls. 110/111, a agravada informou o preço dos bens, R$280.000,00, quedando-se o agravante silente. Isto posto, impertinentes as alegações de ausência de constituição em mora e violação ao princípio da boa-fé contratual, ante a falsa expec-**

2 AgInt no AREsp n. 1.333.671/SP; Rel. Min. RAUL ARAÚJO; Quarta Turma; j. em 8/8/2022.

Acesso ao Sumário

tativa de alienação dos bens cedidos em comodato. Tampouco há que se cogitar em descabimento da devolução dos bens, enquanto pendentes as negociações quanto à alienação. Outrossim, as cláusulas 6, do contrato de promessa de compra e venda mercantil (fls. 64/72 – 44/52, autos principais) e 8 do contrato de comodato celebrados pelas partes (fls. 74/83 – 54/63 autos principais), estabelecem a responsabilidade ambiental do agravante pelos custos, desmobilização dos equipamentos, além de todas as exigências da legislação pertinente, não subsistindo a mera alegação de impossibilidade de retirada dos bens".

Com efeito, nos termos dos artigos 421 e 422, ambos do Código Civil, os contratos em geral devem guardar estrita observância à autonomia privada, boa-fé objetiva, probidade e função social do contrato. Malgrado o direito potestativo na restituição dos bens de sua propriedade, a autora foi desidiosa ao permanecer inerte por longo período, agravando os prejuízos decorrentes do inadimplemento do réu *AUTO POSTO KAPRI*.

De forma que, diante do comportamento omissivo, contraditório e tolerante por período significativo, aplicável os institutos da '**supressio**' e do '**duty to mitigate the loss**', como bem salientado pelo d. magistrado "**No caso, a parte autora, insisto, ajuizou a demanda em dezembro de 2020, quando a parte ré estava inadimplente há mais de cinco anos, o que demonstra verdadeiro descaso quanto aos seus próprios deveres contratuais e, mais, à sua propriedade**".

Quanto à penalidade a ser imposta, ainda que a cláusula 10.2.2 (multa diária de R$2.000,00), estipulada por vontade das partes, seja válida e regular, em princípio, pode ser revista se sua incidência não atender ao caráter de proporcionalidade e razoabilidade que a orienta. A cobrança da referida multa desde o término do contrato, afigura-se desproporcional e extrapola a natureza e a finalidade do negócio, cujo valor excederia o da obrigação principal.

Portanto, conforme o estabelece o art. 413 do CC "**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**". Manifesta, pois, a abusividade da referida cláusula, cuja penalidade deve ser reduzida equitativamente nos moldes em que estabelecido na r. sentença, ou seja, "**a cominação imposta não poderá ultrapassar o valor de mercado dos bens cedidos em comodato, devidamente depreciado (fls. 131/133), no importe de R$ 37.271,41, valor apurado pela parte ré e não impugnado pela parte autora**".

Acesso ao Sumário

Deste modo, a r. sentença recorrida não comporta modificação, cuja manutenção pelos seus próprios fundamentos é medida que se impõe. Descabida a majoração dos honorários advocatícios devidos ao patrono da autora, com fundamento no §11, do art. 85 do CPC, eis que fixados no máximo legal (**10% so-**

bre o valor atualizado da condenação, devido por cada réu defendido por patrono diverso à autora, individualmente). Por outro lado, na lide secundária, os honorários devidos ao patrono do denunciado comportam majoração, por força do citado parágrafo, para 15% sobre o valor atualizado da condenação.

Ante o exposto, **nego provimento aos recursos, com observação**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1010114-69.2023.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado QSAÚDE OPERADORA DE PLANOS DE SAÚDE LTDA., é apelada/apelante DANIELA BRITO DE SOUZA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO ao recurso da ré e DERAM PROVIMENTO ao recurso da autora. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.571)**

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

São Paulo, 5 de setembro de 2023.

CLAUDIO GODOY, Relator

Ementa: Plano de saúde. Autora diagnosticada com carcinoma invasivo de mama, indicado tratamento com urgência. Negativa ao argumento de que o prazo de carência para doenças pré-existentes não foi cumprido. Abusividade reconhecida. Situação que atrai período de carência não superior a 24 horas. Súmula 103 deste Tribunal. Cobertura que era devida. Dano moral configurado. Sentença parcialmente revista. Recurso da ré desprovido, provido o da autora.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra sentença (fls. 172/174) que julgou parcialmente procedente a ação, para o fim de, confirmando a tutela antecipada deferida, condenar a ré a custear todos os exames e procedimentos indicados à autora, nos exatos termos do prescrito e nos limites do contrato, afastando, no entanto, a indenização pleiteada a título de danos morais. Diante

Acesso ao Sumário

de sucumbência recíproca, foi imposto o pagamento das custas e despesas processuais por ambas as partes, bem como de honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da causa para cada uma delas.

Sustenta a autora, em sua irresignação (fls. 195/201), que a recusa da operadora em custear tratamento indicado enquadra-se em conduta abusiva, causando aflição psicológica e agravando sua condição física, já debilitada em razão da doença, gerando assim dano moral indenizável.

Recorre a ré, de seu turno (fls. 207/225), argumentando que a sentença, ao se utilizar da fundamentação de que no exercício de direito à portabilidade de carência não pode haver alegação de doenças e lesões preexistente, incorreu de erro de fato, já que no caso em tela não houve portabilidade do plano. Ainda a respeito, defende que a portabilidade sequer foi arguida na inicial ou na contestação, até porque, contratado o plano anterior em junho de 2021, os requisitos dispostos no art. 3º da RN 438/18 não estão cumpridos na hipótese, tendo havido julgamento com base em fato alheio à lide. Nesta senda, requer o reconhecimento da nulidade da sentença. Sustenta, no mais, que ausente interesse de agir, pois não houve negativa de sua parte, mas tão somente o encaminhamento de termo para facultar a retificação das informações prestadas quando da contratação do plano, devendo o processo ser extinto sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, inc. VI, do CPC.

No mais, argumenta que o custeio pretendido diz respeito à cobertura de doença preexistente, assim ainda sujeito a carência pelo período de vinte e quatro meses, incidindo a cláusula de cobertura parcial temporária; que a cobertura parcial temporária não se confunde com carência contratual, esta última disposta no artigo 11 da Lei 9.656/98, abarcando tão somente tratamento relativos a doenças preexistentes expostas na declaração de saúde e afastando a cobertura mesmo em situações de urgência e emergência; que consta no relatório médico, de forma expressa, que a autora já se havia submetido anteriormente a tratamento quimioterápico, o que comprova a omissão quando do preenchimento da declaração de saúde, cenário que se agrava pelo espaço de três dias entre a vigência do plano e o diagnóstico médico; que não há qualquer ilegalidade na aplicação da cobertura parcial temporária, tratando-se de procedimento que visa a mitigação de riscos por parte das operadoras, sempre em respeito aos limites do contrato.

Recursos regularmente processados, respondido o da autora (fls. 257/274)

É o relatório.

Em princípio, a respeito da nulidade da sentença, alegada pelo réu, certo que a fundamentação ao acolhimento da demanda, baseada na portabilidade de carência, de fato não se sustenta, primeiro porque sequer alegada pela autora e, segundo, por não caber a portabilidade na hipótese, não cumpridos os requisitos

Acesso ao Sumário

dispostos no art. 3º da RN 438/18, em especial o prazo de carência no plano de origem, como se vê dos dados informados pela própria autora na inicial (fls. 03).

No entanto, mesmo desconsiderada a hipótese de portabilidade de carências, a preliminar de nulidade se afasta, já que, no caso, a sentença se mantem devidamente fundamentada com base nos demais elementos lá expostos. Confira-se, em trecho do *decisum*:

"*Ainda que não se aplicasse ao caso a portabilidade de carências, seria de rigor a cobertura dos procedimentos indicados à autora pois constou expressamente do relatório médico de fls. 46 a urgência em se iniciar o tratamento, o que atrai a incidência do artigo 35-C, inciso II, e do artigo 12, inciso V, alínea "c", ambos da Lei 9656/98, que preveem como prazo máximo de carência nas hipóteses de emergência e urgência o período de 24 horas.*" (fls. 173, destaque acrescido)

Depois, também se afasta a preliminar de falta de interesse de agir suscitada pela ré.

Argumenta a operadora que inexistente negativa de atendimento de sua parte, ocorrido somente o encaminhamento de termo à autora (fls. 55/56), com a finalidade de oportunizar a retificação das informações anteriormente prestadas a respeito de doença pré-existente.

Contudo, fica evidenciado o interesse se, proposta a ação, a cobertura se nega na defesa, o que o recurso confirma. Lembre-se que as condições da ação, mesmo se de início ausentes, podem ter superveniente atendimento, devendo se fazer presentes no momento do deslinde da causa **(cf. Celso Agrícola Barbi, in Comentários, Forense, v. I, p. 62; JTA 98/248 e 74/71)**.

No mérito, não se entende que as razões do apelo interposto pela ré inovem ou infirmem os fundamentos do quanto consignado por esta Câmara no julgamento do agravo de instrumento por ela interposto, contra a decisão do Juízo de origem que deferiu a tutela provisória de urgência requerida pelo autor quando do ajuizamento da demanda (**AI n. 2040221-88.2023.8.26.0000**). Conforme lá se asseverou:

"*Consta dos autos de origem que a inclusão da autora no plano oferecido pela ré teve início em 10.01.2023 (cf. fls. 22/38 da origem), na rede ambulatorial e hospitalar com obstetrícia (fls. 24 da origem). Consta ainda que, no dia 13.01.2023, a autora foi diagnosticada com carcinoma invasivo de mama (fls. 44), sendo necessário tratamento de 'imunoistoquimica do carcinoma de mama, preservação de fertilidade com reprodução de mama, estadiamento com tomografias de tórax/ abdome total/ cintilografia óssea/ecocardiograma/ ressonância de mama e mamografia bilateral", com urgência, nos termos do relatório de fls. 46 da origem.*

Pois, em princípio, decorridas mais de 24 horas do início de vigência do

Acesso ao Sumário

plano da autora, ausente causa aparente para recusa. O prazo a respeito cogitável teoricamente é este previsto no art. 12, V, "c" da Lei 9656/98, segundo o qual, quando houver previsão de prazos de carência nos contratos de saúde, o prazo máximo será de 24 horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência.

Neste mesmo sentido, prevê a ***Súmula 103*** *deste Tribunal que 'é abusiva a negativa de cobertura em atendimento de urgência e/ou emergência a pretexto de que está em curso período de carência que não seja o prazo de 24 horas estabelecido na Lei n. 9.656/98'.*

É verdade que julgado da Corte Superior já assentou não ser abusiva cláusula de limitação, mesmo nos casos de urgência ou emergência, às primeiras doze horas de atendimento, mas bem desde que contratado apenas o segmento ‹atendimento ambulatorial› que, por sua natureza, não abarca o atendimento de internação hospitalar ***(Resp 1.764.859/RS, Terceira Turma, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 06.11.2018, DJe 08.11.2018)****. Mas, de um lado, vê-se que justamente o aresto preserva o entendimento da* ***Súmula 302*** *para os casos em que se contrata também o atendimento hospitalar.*

Colhe-se, especificamente, da ementa do acórdão citado: 'No específico caso dos autos, exclusivamente em razão da contratação conjunta dos segmentos de atendimento ambulatorial e hospitalar, o segurado/recorrido, em situação de urgência ou de emergência, ainda que superado o espaço de tempo de 12 (doze) horas de seu atendimento ambulatorial, permanecerá assistido pelo plano de saúde, que prevê o atendimento hospitalar, caso haja necessidade de internação hospitalar, sem nenhuma limitação de tempo'. (grifo acrescido).

Mais, fundada a resistência, neste ponto, basicamente na afirmação de incidência de cláusula de cobertura parcial temporária de 24 meses, em razão de doença pré-existente, não se há de olvidar que, nos termos do artigo 11 da Lei dos Planos de Saúde, à operadora ou seguradora, para se utilizar da excludente da preexistência, impõe-se não só comprová-la como, ainda, o ônus de demonstrar o conhecimento prévio do consumidor ou beneficiário da doença ou lesão preexistente. Assentou, a propósito, o Superior Tribunal de Justiça não ser 'possível presumir-se a má-fé da segurada sobre a preexistência da doença sem respaldo em prova técnica e, ainda, neste caso, sem que sequer tenha sido alegada e demonstrada pela seguradora' ***(REsp 617.239/MG, rel. Min. Menezes Direito, j. 14/09/2004)****.*

Não de diferente teor, explicitou-se, em outro aresto, ser preciso, para que a seguradora se valha, utilmente, da alegação de preexistência, que prove a ciência do segurado sobre seu preciso e real estado de saúde ao fazer as declarações exigidas à contratação ***(STJ, REsp. n. 1.080.973, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 03.02.2009)****.*

Acesso ao Sumário

E isto tanto mais porque a cláusula excludente de que se trata há de ser compreendida nos exatos termos do artigo 766 do CC/02, o qual, no seu caput, dispõe sobre a perda do direito ao seguro quando o segurado faça declaração inexata ou omita fato relevante, mas, veja-se, de modo deliberado, eis que, consoante ressalva o parágrafo único, já, de seu turno, na esteira de semelhante previsão do CC italiano (art. 1.893) - sabido que relevante fonte de inspiração ao atual Código brasileiro - a consequência é outra se a inexatidão ou omissão não resulta de má-fé.

Com efeito, ausente má-fé, ao segurador somente resta a resolução do contrato ou reajuste do prêmio, note-se, no primeiro caso desde que o sinistro já não tenha ocorrido, como tive oportunidade de sustentar em outra sede, e a exemplo do que se dá no direito peninsular ***(cf. CC Comentado, Coord. Min. Cezar Peluso, Manole, 4ª ed., p. 782)****, quando então a indenização, de todo modo, deve ser paga, ainda que pleiteada eventual diferença de prêmio, bem verdade de que aqui a ré nem cogitou.*

No caso em tela, veja-se que, por ora, não consta tenha sido realizado exame específico na dependente quando da contratação da apólice.

E já de há muito erigida orientação de que operadora que não realiza exame admissional não pode depois levantar exceção de preexistência, aqui incidindo o enunciado da ***Súmula 105*** *do TJSP. Conforme iterativa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, 'a doença preexistente só pode ser oposta pela seguradora ao segurado mediante realização de prévio exame médico ou prova inequívoca de sua má-fé.'* ***(STJ, AgRg no Ag n. 1.062.383/RS)****. No mesmo sentido:* ***STJ, AgRg no Ag n. 1.039.850/BA, AgRg no Ag n. 973.265/SP, REsp. n. 777.265/MG, REsp. n.651.713/PR e REsp. n. 653.720/RS****. Tal o teor do enunciado agora da* ***Súmula 609 da Corte Superior.***

No mais, a autora afirma desde a inicial que nada sabia sobre o quadro de que acometida. Narra que obteve a informação ao realizar exames preventivos de câncer de mama, o que se corrobora até aqui por declaração de sua ginecologista (fls. 44 da origem) e receituário médico (fls. 46 da origem), que aponta a constatação de neoplasia maligna como 'recém diagnosticado em USG de mama data 13/1/2023'. Tudo, portanto, em período posterior à contratação, havida dias antes.

Não se olvida a alegação da operadora de que a autora já tenha realizado prévio tratamento com quimioterapia cardiotorácica, conforma aponta relatório médico de fls. 47 dos autos de origem. No entanto, diante relatórios médicos que indicam expressamente a data do diagnóstico da autora e, ainda, considerada a natureza urgente da demanda, não se presta a indicar, por ora, ressalvada oportuna instrução, a ciência inequívoca da paciente de seu específico estado ou específica afecção, menos ainda de diagnóstico grave.

Acesso ao Sumário

Ressalva-se, de todo modo, que os pontos acima descritos haverão de ser objeto de mais aprofundada dilação probatória na origem, inclusive por meio de prova técnica que se venha a requerer e que se pode realizar mesmo que de modo indireto. Mas, por enquanto, não servem a indicar, de modo bastante, a má-fé da autora."

Pois, regularmente processado o feito na origem e, note-se, sem que a ré se tenha interessado pela dilação (v. fls. 163), o Juízo *a quo*, confirmando a tutela provisória anteriormente deferida, determinou que a operadora custeie todos os exames e procedimentos pleiteados pela autora. E tal o que, nesta instância, não se entende de rever, inalterado o panorama analisado quando da apreciação do agravo de instrumento, inclusive tendo a ré repisado, em boa medida, as alegações lá externadas.

Acrescenta-se que, antes de mais nada, impende à cognição não olvidar que os planos de saúde são típico exemplo de contrato relacional, aqueles cativos e de longa duração, de resto em que sobrelevam os deveres de correção e lealdade, corolários do princípio da boa-fé objetiva. Quer-se dizer que é uma relação que se estabelece à perspectiva de um longo tempo, fiando-se o consumidor em que estará atendido de forma contínua. Daí o particular cuidado com cláusulas restritivas, malgrado não sejam vedadas.

Neste sentido, então, embora não se vede a previsão de carências em planos de saúde, bem observa Cláudia Lima Marques, com base em larga jurisprudência, que se trata de cláusula sob suspeita, exatamente porque, conforme o tempo fixado, retira do consumidor a eficácia do atendimento coberto, desequilibrando o ajuste e quebrando o dever de cuidado e lealdade com o parceiro contratual, imposto pelo princípio da boa-fé objetiva, em sua função supletiva **(v. Contratos no CDC, 4a ed., RT, p. 854-857)**.

De outra parte, e mais a agravar o quadro, tem-se no caso concreto uma restrição para atendimento a situações de emergência ou urgência que a própria lei quis assegurar, uma vez vislumbrar-se que os procedimentos e exames de que necessita a beneficiária são de emergência, constatado quadro anterior cancerígeno, pelo que a restrição trazida pela carência e, ainda, a busca da recorrente pela limitação do atendimento aos primeiros 24 meses, é ainda mais questionável. Isto porque a lei 9.656/98 estatuiu obrigatório o atendimento a casos de emergência e urgência (artigos 12, V, "c" e 35 C), garantindo-se que a oferta de planos, quando coberta a internação, não pudesse limitar estadia em centros de terapia intensiva, o que é bastante sintomático da preocupação com a ampla cobertura das emergências e urgências.

Em outras palavras: colocando-se o fornecedor, nas relações de massa, em estado de oferta pública e permanente, diante de um universo anônimo de consumidores, não pode prevalecer recusa que seja injustificada (art. 39, II, do

Acesso ao Sumário

Código de Defesa do Consumidor), aí incluída, no caso de contratos de saúde, recusa baseada na idade, em deficiência ou em doenças pré-existentes do consumidor (arts. 11 e 14 da lei n. 9.656/98).

E a emergência, no caso, já não fosse incontroversa, alegando a apelante tão somente a sua irrelevância ao deslinde, pode se inferir da natureza do mal de que acometida a autora, além de expressamente indicada a urgência no relatório médico juntado (fls. 46).

E, se de emergência se tratava, a limitação de que quer se socorrer a ré aparenta desequilibrar o contrato, na exata medida em que priva a consumidora da plena cobertura que a lei quis preservar.

De relevo a respeito, inclusive, a **Súmula n. 103 deste Tribunal**, já citada quando do agravo de instrumento que confirmou a tutela de urgência ao caso.

Não se controverte a legalidade da existência de cláusula que prevê a cobertura parcial temporária inclusive regulamentada pela Resolução Normativa n. 162/2007 da Agência Nacional de Saúde Suplementar. O que não se pode admitir é que o órgão regulador vá além dos poderes normativos de que dispõe. Com efeito, não se entende que o artigo 11 da lei 9.656/98 autorize a operadora de saúde a negar todo e qualquer atendimento ao beneficiário portador de doenças preexistentes, assim em real eugenia, garantindo o acesso à saúde suplementar somente a pessoas sadias.

Por isso é que a cobertura no caso era mesmo de rigor, porque de emergência o atendimento, cabendo ao caso a carência máxima de 24 horas.

Ademais, a respeito do apelo interposto pela autora, entende-se que, se abusiva a recusa da operadora em cobrir a despesa de atendimento da autora, em momento de emergência, e contra orientação sedimentada, é mesmo devida a indenização moral.

E nem se deslembre que o dano moral deve cumprir, também, um papel dissuasório.

A propósito, lembra Fernando Noronha que a própria responsabilidade civil ganha, hoje, novas funções, além daquela reparatória, dentre as quais, justamente, a dissuasória, que também quer *preventiva* (*in* **Desenvolvimentos Contemporâneos da Responsabilidade Civil. In: Revista dos Tribunais. Ano 88. v. 761. março 1999. p. 31-44**). Na mesma esteira, ainda que à luz de sistema diverso, acentuam G.L. Williams e B.A. Hepple que a indenização, em casos como o presente, nos quais havidos danos que chamam de exemplares, serve a preservar a força do direito e a constituir um sistema de prevenção (*in* **I fondamenti del diritto dei "torts". Trad. Mario Serio. Ed. Scientifiche Italiane. Camerino. 1983. p. 52-53**).

Porém, mesmo assim, a indenização não pode ser de molde a, mais que compensar, representar lucro, indevido enriquecimento ao ofendido, monetari-

Acesso ao Sumário

zando-se situações existenciais, assim mercantilizadas e, por isso, apequenadas. (cf. **Anderson Schreiber, *Novos paradigmas da responsabilidade civil*, Atlas, p. 187-190)**.

Assim, atentando-se à dupla função do dano moral, entende-se de fixar a indenização no importe de R$10.000,00 (dez mil reais), adequado às especificidades do presente caso, atualizados desde o julgamento presente (**Súmula 362 do STJ**) e com juros de mora devidos desde a citação.

Como consequência do julgamento presente, deverá a ré arcar com as custas e despesas processuais, além de honorários, no montante fixado em sentença, ausente recurso a respeito.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso da ré e **DÁ-SE PROVIMENTO** ao recurso da autora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001517-83.2020.8.26.0596, da Comarca de Serrana, em que é apelante UNIMED DE RIBEIRÃO PRETO COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO, é apelada VEREZA RAFAELA BERTOLINI BONHOLI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 937)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COSTA NETTO (Presidente sem voto), CLARA MARIA ARAÚJO XAVIER e RODOLFO PELLIZARI.

São Paulo, 11 de setembro de 2023.

MARCIA MONASSI, Relatora

Ementa: APELAÇÃO. PLANO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO A BASE DE CANNABIS CBD TINCTURE. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. PEDIDO DE ACORDO COM A RESOLUÇÃO 335/2020 DA ANVISA. AUTORA QUE APRESENTOU AUTORIZAÇÃO DE IMPORTAÇÃO EMITIDA PELA ANVISA. LEI 14.454/22 QUE ESTABELECE A COBERTURA DE MEDICAMENTOS NÃO INCLUSOS NO ROL DA ANS.

Acesso ao Sumário

SÚMULAS 96 E 102 DESTE E. TJSP. INDICAÇÃO MÉDICA FUNDAMENTADA. RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

Trata-se de apelação interposta em face de r. sentença, que julgou procedente os pedidos formulados pela apelada, condenando a recorrente a fornecer o medicamento CBD Tincture 6.000mg – USAHemp, na dosagem e composição indicadas na prescrição médica, até alta médica definitiva. Ainda, fixou honorários sucumbenciais em 10% sobre o valor da causa atualizado (fls. 395/401).

Irresignada, a recorrente pleiteia a total reforma da r. sentença, sob a tese de que o medicamento pleiteado não possui registro na ANVISA e não consta no rol taxativo da ANS (fls. 404/428).

Custas recursais devidamente recolhidas (fls. 429/431).

É o relatório.

Os pressupostos de admissibilidade recursais estão presentes. Portanto, conheço do recurso.

Consta que a autora, beneficiária de plano de saúde fornecido pela apelante, foi diagnosticada com cistoadenocarcinoma seroso de ovário, desencadeando diversas sequelas associadas, como depressão, síndrome do pânico, ansiedade generalizada, transtorno do humor afetivo e insônia (fl. 70).

Em razão do quadro médico apresentado, fez uso de medicações que não surtiram efeito, obtendo resultados apenas com o CBD Tincture 6.000mg – USAHemp, a base de extrato de *Cannabis sativa*.

Assim, moveu a presente ação, após a negativa de fornecimento pelo plano de saúde, tendo sido corretamente proferida decisão concessiva de tutela provisória de urgência, posteriormente confirmada pela r. sentença.

A pretensão recursal não prospera.

A sentença deve ser confirmada pelos seus próprios fundamentos, que ficam inteiramente adotados como razão de decidir pelo improvimento do recurso, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça.

Tal norma estipula que "nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la", tendo sido abundantemente utilizado por suas Câmaras, seja para evitar improdutiva repetição, seja para cumprir o princípio constitucional da razoável duração dos processos.

Trata-se de nobre entendimento proferido pelo C. Superior Tribunal de Justiça, que legitima "a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juí-

Acesso ao Sumário

zo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-a no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no decisum" (REsp n° 662.272-RS, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. de 4.9.2007; REsp n° 641.963-ES, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. de 21.11.2005; REsp n° 592.092-AL, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 17.12.2004 e REsp n° 265.534- DF, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j de 1.12.2003).

Pois bem, o fornecimento do medicamento mostra-se essencial à manutenção da saúde mental da apelada.

Conforme se extrai da justificativa do médico assistente, após a interrupção do tratamento com o medicamento pleiteado, a autora (fls. 74): "*apresentou quadro de dor crônica insuportável associada a choques, pensamentos suicidas, alterações do humor, insônia grave com 48h sem dormir, limitação funcional, alteração de humor e visão, insônia grave e transtorno de ansiedade*".

Sobre a tese de que o medicamento não possui registro na ANVISA, conforme documento às fls. 84/85, a autora possui "autorização excepcional para importação de produto derivado de Cannabis" emitida pela própria ANVISA.

Ainda, a Resolução n° 335/2020 da ANVISA, regulamenta "*os critérios e os procedimentos para a importação de Produto derivado de Cannabis, por pessoa física, para uso próprio, mediante prescrição de profissional legalmente habilitado, para tratamento de saúde*", estando a autora cumprindo todos os requisitos.

Ressalte-se inclusive que há previsão de possibilidade de importação através da operadora de plano de saúde:

> *Art. 3º Fica permitida a importação, por pessoa física, para uso próprio, mediante prescrição de profissional legalmente habilitado para tratamento de saúde, de Produto derivado de Cannabis.*
>
> § 2º A importação do produto poderá ainda ser intermediada por entidade hospitalar, unidade governamental ligada à área da saúde, operadora de plano de saúde para o atendimento exclusivo e direcionado ao paciente previamente cadastrado na Anvisa, de acordo com esta Resolução.

Quanto à tese de ausência de previsão no rol da taxativo da ANS, a Lei n° 14.454/22 passou a estabelecer critérios que permitem a cobertura de medicamentos, exames ou tratamentos de saúde que não estão inclusos no rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar da ANS:

> *Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermaria, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da*

Acesso ao Sumário

Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto:

§ 13. Em caso de tratamento ou procedimento prescrito por médico ou odontólogo assistente que não estejam previstos no rol referido no § 12 deste artigo, a cobertura deverá ser autorizada pela operadora de planos de assistência à saúde, desde que: (Incluído dada pela Lei nº 14.454, de 2022)

I – exista comprovação da eficácia, à luz das ciências da saúde, baseada em evidências científicas e plano terapêutico; ou (Incluído dada pela Lei nº 14.454, de 2022)

II – existam recomendações pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec), ou exista recomendação de, no mínimo, 1 (um) órgão de avaliação de tecnologias em saúde que tenha renome internacional, desde que sejam aprovadas também para seus nacionais. (Incluído dada pela Lei nº 14.454, de 2022)

Necessário frisar ademais que não cabe ao plano de saúde interferir na relação médico/paciente, mas ao profissional que o assiste para eleger o melhor tratamento. Aliás, nesse sentido encontra-se sedimentado o entendimento deste E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Súmula 102: Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS.

Súmula 96: Havendo expressa indicação médica de exames associados a enfermidade coberta pelo contrato, não prevalece a negativa de cobertura do procedimento.

Por fim, há precedentes nesta C. 6ª Câmara de Direito Privado deferindo o fornecimento do mesmo medicamento à pacientes com indicação médica:

PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PRETENDIDO FORNECIMENTO E CUSTEIO, PELA OPERADORA DO PLANO, DOS MEDICAMENTOS 'HOH CBD FULLSPECTRUM 2000 MG e HOH SLEEPY TINCTURE 1500 MG CBD + 500 MG CBN', PARA TRATAMENTO DE INSÔNIA E POLIARTRALGIA. NECESSIDADE DO FÁRMACO DEMONSTRADA POR CIRCUNSTANCIADO RELATÓRIO MÉDICO. EXCLUSÃO CONTRATUAL. JURISPRUDÊNCIA, TODAVIA, QUE VEM SE ORIENTANDO FIRMEMENTE NO SENTIDO DO RECONHECIMENTO DO CARÁTER ABUSIVO DAS CLÁUSULAS DE EXCLUSÃO DE COBERTURA. PRECEDENTES DO STJ E ENUNCIADO 102 DA SÚMULA DO TJSP. COBERTURA DETERMINADA, CONFORME PRESCRIÇÃO MÉDICA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1003153-78.2023.8.26.0564; Re-

Acesso ao Sumário

lator (a): Vito Guglielmi; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Bernardo do Campo – 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/08/2023; Data de Registro: 29/08/2023).

APELAÇÃO – PLANO DE SAÚDE. Ação de obrigação de fazer c.c indenização por danos morais. Autora beneficiária de plano de saúde ofertado pela ré. Paciente diagnosticada com autismo (TEA- cid 10-F84.0). Prescrição médica para utilização do fármaco CDB – medicinal (Usa Hemp CBD Tincture 6000mg). Negativa de custeio e fornecimento. Sentença de procedência parcial, afastado o pedido indenizatório de dano moral. Insurgência da ré. Desacolhimento. Cerceamento de defesa não verificado. RN 539/2022 que prevê cobertura para transtorno global. Autorização pela ANVISA para utilização de medicamento a base de cannabis. Precedentes. Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1122141-63.2021.8.26.0100; Relator (a): Costa Netto; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 24ª Vara Cível; Data do Julgamento: 22/05/2023; Data de Registro: 22/05/2023).

Ante o total improvimento do recurso, majoro os honorários sucumbenciais em 15% do valor da ação, já observados os requisitos do art. 85 do CPC.

Para proporcionar eventual acesso aos recursos extraordinário e especial, considero prequestionada a matéria, evitando-se a interposição de embargos de declaração com esta única e exclusiva finalidade, nos moldes do irrefutável entendimento do STJ de que desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205/SP, Min. Felix Fischer, DJ de 08/05/2006).

Posto isto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, nos termos da fundamentação supra.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1006723-43.2021.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante ELIAS BATISTA DE OLIVEIRA JUNIOR (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado VOLKSWAGEN DO BRASIL LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17778)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LÚCIA

PIZZOTTI (Presidente) e CARLOS RUSSO.

São Paulo, 15 de setembro de 2023.

MARCOS GOZZO, Relator

Ementa: AÇÃO ESTIMATÓRIA C/C REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. Improcedência do pedido. Insurgência do requerente. Alegação de falha na prestação de serviços da ré. Inadmissibilidade. Ausência de comprovação de que os vícios redibitórios do veículo decorreram de falha na prestação de serviços da concessionária. Ônus do qual a requerente não se desincumbiu. Em que pese se tratar de relação de consumo, a inversão do ônus da prova não é automática, dependendo da verossimilhança nas alegações do consumidor ou ser ele hipossuficiente, requisitos não verificados no caso. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

1. Recebo a apelação nos efeitos suspensivo e devolutivo, deixando de intimar a parte contrária para apresentar contrarrazões, eis que já ofertadas nos autos.

2. Ao relatório da r. sentença (fls. 194/196), proferida pelo MM. Juiz de Direito **Carlo Mazza Britto Melfi**, acrescenta-se que o pedido foi julgado improcedente.

Irresignado, recorre o autor pretendendo a reforma da decisão primeva (fls. 199/235).

Recurso respondido (fls. 239/251).

É o relatório em acréscimo daquele constante da r. sentença recorrida.

Passo ao voto.

Narra o autor que foi fazer a revisão de seu carro na concessionária da requerida, sendo orientado a trocar algumas peças. Todavia, após referido serviço, o veículo nunca mais foi o mesmo, retornando diversas vezes para que os vícios fossem sanados, sem êxito. Em razão disso, ajuizou a presente requerendo a condenação da demandada ao pagamento de indenização por danos materiais, correspondentes aos gastos com o conserto, morais e lucros cessantes pelo período que o automotor permaneceu na oficina.

Após regular marcha processual, sobreveio sentença de improcedência do pedido, contra o que se insurgiu o requerente pretendendo a inversão do ônus

Acesso ao Sumário

da prova. No mais, aduz que restaram demonstrados o ato ilícito, nexo causal e danos suportados, comportando acolhimento o pleito inicial.

Sem razão, todavia.

Em que pese a relação *sub judice* se tratar de consumo, a inversão do *onus probandi* não é automática – ainda que sob a égide das normas do CDC.

É necessário que haja verossimilhança nas alegações do consumidor ou ser ele hipossuficiente, requisitos não verificados no caso.

O requerente alega falha na prestação de serviços da demandada, pois após realizar revisão em seu automotor ele apresentou diversos vícios.

Ocorre que, quando do despacho para especificação de provas, o demandante pediu o julgamento antecipado do feito, não se desincumbindo do ônus de provar o fato de que os vícios dos veículos decorreram da má prestação de serviços da ré.

Conta o requerente que levou o veículo à concessionária para revisão em 31/08/2018, tendo o veículo apresentado vícios posteriores decorrentes da má prestação de serviços da ré.

Todavia, não restou comprovada tal alegação, não bastando para tanto as notas fiscais datadas de 13/12/2018, 18/12/2018, 24/12/2018 e 28/12/2018.

Destarte, de rigor manter a improcedência do pedido, majorando-se os honorários sucumbenciais para 15% sobre o valor atualizado da causa.

Em casos semelhantes, decidiu da mesma forma este E. Tribunal:

> *REPARAÇÃO DE DANOS – RETÍFICA DE MOTOR – VEÍCULO USADO – DEFEITO POSTERIOR DESVINCULADO – ÔNUS DA PROVA 1 – Veículo automotor com mais de dez anos de uso, levado para feitura de retífica de motor que apresentou posteriormente problemas no radiador. Nem todo problema apresentado pelo veículo guarda relação de causalidade com o serviço anteriormente prestado. Ausência de nexo entre a retífica e o radiador, evidenciando-se que veículos com muitos anos de uso apresentam desgaste natural e problemas mecânicos; 2 – Simples juntada de orçamentos e recibos, mostrando-se inviável a prova pericial, diante da venda do bem pelo autor da demanda, que não realizou prova antecipada dos fatos. Documentação que igualmente inviabiliza prova técnica indireta. Ausente prova do nexo entre o problema do radiador com o anterior serviço de retífica, descabida a condenação da oficina que realizou tal serviço. RECURSO IMPROVIDO. (Relator(a): Maria Lúcia Pizzotti; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 30ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 09/09/2015; Data de registro: 15/09/2015)*

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1010403-77.2022.8.26.0248, da Comarca de Indaiatuba, em que é apelante G.R.P. (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados S.N.P. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e K.L.N. (M. (JUSTIÇA GRATUITA).

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 46574)**

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

São Paulo, 1º de setembro de 2023.

JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Ação revisional de alimentos. Sentença que julgou improcedente o pleito de redução da obrigação alimentar para o patamar de 45% do salário-mínimo. Insurgência do apelante. Não acolhimento. Cerceamento de defesa. Não ocorrência. Ausência de comprovação de prejuízo decorrente do indeferimento de produção da prova testemunhal e documental. Pas de nullité sans grief. Ações revisionais que demandam prova eminentemente documental, incidindo o princípio da eventualidade também em relação ao autor. Alimentante que é empresário individual e, malgrado tenha demonstrado situação de dificuldade financeira, não comprovou a alteração de sua situação econômica desde o ano de 2020, no qual foi fixada a obrigação alimentar. Redução de rendimentos não comprovada. Despesa superveniente relativa à financiamento de imóvel, cujo ônus não deve recair sobre a alimentante. Necessidade de observação do binômio necessidade-proporcionalidade (art. 1.694, §1º, do Código Civil). Redução do encargo alimentar não recomendada. Sentença mantida. Honorários majorados ao patamar de 12% do valor da causa. Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação tirado contra a r. sentença de fls. 95/97 que julgou improcedente o pleito do autor para modificação do valor da obrigação alimentar, mantendo-a em 30% sobre os rendimentos líquidos, em caso de trabalho formal; 67% sobre o salário-mínimo, em caso de trabalho informal ou autônomo ou 50% sobre o salário-mínimo federal vigente, em caso de desemprego.

O r. *decisum* também condenou o autor ao pagamento de custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, observada a gratuidade de justiça, caso em que a exigibilidade das obrigações sucumbenciais fica suspensa (art. 98, §3º, do CPC).

Apela o recorrente afirmando, em suma, que diante do julgamento antecipado, não pode pugnar realização de prova testemunhal e documental para a comprovação dos pontos controvertidos, aduzindo, neste ponto, cerceamento de defesa.

Assevera, ainda neste contexto, que a r. sentença apelada é contraditória, pois julgou as provas até então juntadas à inicial insuficientes para a procedência do pleito autoral, não dando oportunidade para produção de outras provas. Argumenta que a celeridade processual não pode se sobrepor ao contraditório e à ampla defesa, colacionando julgados a respeito do tema.

Relata, no mais, que comprovou a redução de sua capacidade financeira, havendo colacionado extratos bancários e comprovantes de despesas com financiamento de bem imóvel, o que, indubitavelmente, teria impactado seus rendimentos, de modo que não mais possui capacidade financeira para arcar com a obrigação alimentar em questão.

Narra, por fim, que não pretende discutir a necessidade da menor e ressalta que passou pelo crivo da assistência jurídica gratuita, sendo atendido pelo convênio da OAB, restando comprovada sua situação financeira não abastada.

Pleiteia a reforma da sentença, a fim de modificar o valor dos alimentos para o valor de 45% do salário-mínimo.

Acesso ao Sumário

Contrarrazões (fls. 118/121).

Parecer da douta Procuradoria de Justiça pelo não provimento do recurso (fls.129/133).

Recurso tempestivo e dispensado de preparo em razão da gratuidade do apelante.

É o relatório.

De início, rejeita-se a preliminar de cerceamento de defesa arguida pelo apelante, em virtude da não oportunização de produção de prova testemunhal e documental.

Com efeito, o recorrente sequer especificou como e o que pretendia provar em relação ao fato principal fato controvertido, qual seja, mudança de sua capacidade financeira. Diante disto, não é possível vislumbrar o necessário prejuízo decorrente da falta da produção da prova e consequentemente reconhecer qualquer tipo de nulidade que, como se sabe, depende da demonstração de prejuízo (*pas de nullité sans grief*).

Ressalta-se que a prova relativa à capacidade financeira é eminentemente documental e, pela incidência do princípio da eventualidade, é recomendável que, salvo justificada impossibilidade, alegue e comprove o direito descrito na petição inicial, detalhando a matéria que repute necessária ao deslinde neste caso.

Não obstante, o julgamento antecipado possui expressa previsão legal (art. 355, I, do CPC) e lembra-se que, consoante entendimento do C. STJ, "sendo o juiz o destinatário da prova, cabe a ele, com base em seu livre convencimento, avaliar a necessidade desta (...)" (AgRg no Ag 1.114.441/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 16/12/2010, DJe 4/2/2011).

No mérito, o recurso não está em vias de ser provido.

É cediço que a revisão da obrigação alimentar se subordina aos requisitos do art. 1.699 do Código Civil, segundo o qual, "se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo".

In casu, malgrado não se ignore a dificuldade financeira aduzida pelo apelante, demonstrada por seus extratos bancários e atendimento pelo "convênio da OAB", o ponto nevrálgico para solução do mérito diz respeito à efetiva mudança da situação financeira que não foi devidamente comprovada, não tendo o autor de desincumbido de seu ônus, nos termos do art. 373, I, do CPC.

Neste sentido, tem-se que a obrigação foi recentemente fixada em 2020, ano em que já havia sido iniciada a situação de pandemia. Ademais, embora um financiamento de imóvel, de fato, impacte a situação financeira de quem presta os alimentos, é dever deste efetuar o devido planejamento financeiro, cujo ônus de sua ausência não pode ser transferido à menor carecedora de alimentos.

Ainda, não pode ser ignorada a necessidade da menor, tal qual pretende o apelante, não devendo-se, pois, descartar a incidência também do art. 1.694, §1º, do CC e, portanto, do binômio necessidade-proporcionalidade, sob pena de se desamparar a menor que conta com quase 10 anos de idade e possui despesas relevantes atinentes à sua fase de desenvolvimento.

Conforme explicado pela eminente doutrinadora Maria Berenice Dias "frequentes são as ações de exoneração ou redução (...) os argumentos mais comuns são a constituição de nova família, ou o nascimento de outros filhos.

Acesso ao Sumário

Porém esses acontecimentos não justificam a redução do encargo, sob pena de se estar transferindo a obrigação alimentar de uns filhos para os outros. Não são motivos instantâneos e razões infalíveis de redução da obrigação alimentar preexistente, **sendo ônus do devedor provar, satisfatoriamente, que houve substancial alteração de sua capacidade econômica**" (Manual de Direito das Famílias -15 ed., Editora JusPodivm, 2022, p. 923/924).

Deste modo, de rigor a manutenção integral da sentença tal qual lançada, majorando-se, todavia, os honorários ao patamar de 12% do valor da causa, em obediência ao art. 85, §11, do CPC, com a observância de eventual gratuidade concedida à parte apelante.

Por fim, considera-se prequestionada toda matéria constitucional e infraconstitucional suscitada, com a finalidade de viabilizar o eventual acesso às Superiores Instâncias, sendo desnecessária, para fins de prequestionamento, a citação exaustiva dos dispositivos legais invocados, bastando que a questão posta tenha sido decidida, como o fora no teor deste Acórdão.

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

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1095180-51.2022.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SOLANGE PEREIRA RAMOS DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado FUNDO DE INVESTIMENTO EM DIREITOS CREDITÓRIOS NÃO PADRONIZADOS NPL II.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.881)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JONIZE SACCHI DE OLIVEIRA (Presidente), PEDRO PAULO MAILLET PREUSS e SALLES VIEIRA.

São Paulo, 4 de setembro de 2023.

JONIZE SACCHI DE OLIVEIRA, Relatora

Ementa: APELAÇÃO – Ação de inexistência de débito cumulada com danos morais – Inscrição do nome da autora em cadastros de proteção ao crédito – Sentença de procedência – Recurso da demandante.

DEVOLUÇÃO RECURSAL – Ausência de insurgência recursal que torna incontroverso, in casu, o acolhimento do pleito declaratório, assim como a ocorrência de danos extrapatrimoniais – Questões que, em respeito ao princípio do tantum devolutum quantum apellatum, não serão apreciadas por esta Corte.

VALOR DOS DANOS MORAIS – Quantum indenizatório fixado em R$ 5.000,00 (cinco mil reais) que comporta majoração para R$ 10.000,00 (dez mil reais) – Referencial adotado por esta Colenda Câmara em situações parelhas – Importância que se mostra suficiente para indenizar o abalo sofrido pela demandante, sem caracterizar enriquecimento sem causa.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – Simplicidade da demanda, marcada pela desnecessidade de dilação probatória e a curta duração – Percentual de 10%, fixado a título de verba honorária, sobre o valor da condenação (agora arbitrado em R$ 10.000,00) que não comporta a pretendida majoração, porquanto atendidos os critérios previstos no art. 85, § 2º, I a IV, do CPC.

CONCLUSÃO – Sentença reformada unicamente para majorar o quantum indenizatório – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Trata-se de "*ação de danos morais cumulada com inexistência de débito*" ajuizada por **Solange Pereira Ramos Dos Santos** em face de **Fundo de Investimento em Direitos Creditórios Não Padronizados NPL II**.

A autora narrou que tomou conhecimento de que seu nome foi indevidamente inserido nos serviços de proteção ao crédito em razão de uma dívida que alega desconhecer (contrato n. 10163104923718; valor R$ 4.698,15; data do vencimento 09.06.2018 – fls. 02).

Aduziu que a negativação tem lhe acarretado constrangimentos e impossibilitado a obtenção de crédito. Requereu a declaração de inexistência do débito mencionado, a exclusão de seu nome dos cadastros restritivos, e, por fim,

Acesso ao Sumário

reparação por danos morais no importe de R$ 15.000,00.

Em contestação às fls. 24/34, o requerido informou que, por boa-fé processual, providenciou a baixa do apontamento lançado em desfavor da autora. Esclareceu, ainda, que o débito impugnado decorre de serviços prestados por OMNI S/A e que a autora não tomou providência alguma quando foi comunicada sobre a cessão de crédito.

O douto Juízo *a quo*, por intermédio da r. sentença às fls. 144/148, julgou procedente a demanda, condenando o réu a pagar R$ 5.000,00 por danos morais, além de custas, despesas processuais e honorários advocatícios ao causídico da autora no patamar de 10% do valor da condenação.

Irresignada, apela a autora às fls. 151/156. Requer a majoração dos danos morais para R$ 15.000,00 e dos honorários advocatícios para 20% sobre o valor da condenação.

Contrarrazões de apelação às fls. 160/170, sem preliminares.

É o relatório.

Cumpre registrar, desde logo, que, em respeito ao princípio do *tantum devolutum quantum apellatum*, esta Corte se pronunciará somente sobre o *quantum* arbitrado a título de danos morais e honorários advocatícios, resultando preclusa a discussão sobre a inexistência do débito e ocorrência de danos extrapatrimoniais.

Vai-se ao cerne recursal.

Os valores arbitrados a título de danos morais devem abrangem três vertentes: a primeira, de caráter punitivo, objetivando penalizar o causador da lesão pela ofensa que praticou; a segunda, de caráter compensatório, que proporcionará ao ofendido algum bem em contrapartida ao mal sofrido; e a terceira, de caráter dissuasor ou preventivo, que busca dissuadir o responsável pelo dano a cometer novamente a mesma modalidade de violação e prevenir que outra pessoa pratique ilícito semelhante.

Ainda sobre tal questão, Maria Helena Diniz ensina que:

"*A fixação do 'quantum' competirá ao prudente arbítrio do magistrado de acordo com o estabelecido em lei, e nos casos de dano moral não contemplado legalmente, a reparação correspondente será fixada por arbitramento (CC, art. 1553, RTJ 69/276, 67/277). Arbitramento é o exame pericial tendo em vista determinar o valor do bem, ou da obrigação, a ele ligado, muito comum na indenização dos danos. É de competência jurisdicional o estabelecimento do modo como o lesante deve reparar o dano moral, baseado em critérios subjetivos (posição social ou política do ofendido, intensidade do ânimo de ofender: culpa ou dolo) ou objetivos (situação econômica do ofensor, risco criado, gravidade e repercussão da ofensa). Na avaliação do dano moral o órgão judicante deverá*

Acesso ao Sumário

estabelecer uma reparação equitativa, baseada na culpa do agente, na extensão do prejuízo causado e na capacidade econômica do responsável. Na reparação do dano moral, o juiz determina, por equidade, levando em contra as circunstâncias de cada caso, o quanto da indenização devida, que deverá corresponder à lesão e não ser equivalente, por ser impossível tal equivalência" (Maria Helena Diniz in Curso de Direito Civil Brasileiro, São Paulo, Saraiva, 1990, vol. 7, "Responsabilidade Civil", 5ª edição, p. 78/79).

Em outras palavras, na fixação do *quantum* indenizatório, deve-se levar em conta o bem jurídico lesado, a extensão do dano, as condições da vítima, o perfil do ofensor, o seu grau de culpa, assim como os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Há que prevalecer, em meio à análise de todos esses elementos, o prudente arbítrio do julgador, a quem cabe evitar que a condenação, por um lado, represente enriquecimento ilícito e, por outro, perca a sua tríplice finalidade (coercitiva-compensatória-pedagógica).

Frente às peculiaridades do caso em tela, tem-se que o importe fixado pela r. sentença impugnada (R$ 5.000,00) deve ser majorado para R$ 10.000,00 (dez mil reais), não apenas porque tal importância se afina com o referencial adotado por esta Colenda Câmara em situações análogas, mas também porque eventual manutenção do valor adotado na origem inviabilizaria a compensação do abalo moral decorrente da negativação, não sendo igualmente capaz de incentivar a parte ré a repensar o seu comportamento em relação aos consumidores.

A propósito, eis a jurisprudência mencionada:

AÇÃO INDENIZATÓRIA. Inscrição do nome da consumidora em cadastro de inadimplentes por débito decorrente de multa rescisória contratual. Sentença de procedência parcial, declarando inexigíveis as multas vinculadas aos contratos de telefonia 'sub judice' e condenando a parte ré a indenizar a parte autora por danos morais, no valor de R$2.000,00, acrescido de juros de mora desde a data da negativação e corrigido monetariamente desde a prolação da sentença. Apelação da parte autora e recurso adesivo da parte ré. Cabimento parcial apenas do apelo. Parte ré revel ante a apresentação intempestiva de contestação. Ausência de impugnação dos fatos descritos na inicial, os quais tornaram-se incontroversos em vista da revelia decretada. Aplicação do art.344 do CPC. Débito corretamente declarado inexigível 'in casu'. Negativação indevida. Responsabilidade objetiva. Dano 'in re ipsa'. 'Quantum' indenizatório que comporta majoração não para a quantia pleiteada pela parte autora, mas, sim, para o montante de R$10.000,00. Quantia que está em consonância com os valores arbitrados por esta C. Câmara em casos

Acesso ao Sumário

análogos. Sentença que já determinou a incidência dos juros moratórios a partir do evento danoso, inexistindo interesse recursal da autora a esse título. 'Dies a quo' da correção monetária, por sua vez, acertadamente fixado como sendo a data de prolação da r. sentença, nos termos da Súmula nº362, do C. STJ. Valor arbitrado a título de honorários advocatícios que não comporta alteração, sendo suficiente para remunerar condignamente o Patrono da parte autora. Verba honorária sucumbencial, por sua vez, majorada para R$1.500,00, nos termos do art.85, §11, do CPC. Recurso de apelação da parte autora provido parcialmente, na parte conhecida, e recurso adesivo da parte ré não provido. (TJSP; Apelação Cível 1002273-20.2020.8.26.0038; Relator (a): Walter Barone; Órgão Julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Foro de Araras - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/05/2022; Data de Registro: 27/05/2022);

APELAÇÃO – AÇÃO DECLARATÓRIA E INDENIZATÓRIA – NEGATIVAÇÃO INDEVIDA – DANOS MORAIS – I – Sentença de improcedência – Recurso da autora – II – Caracterizada relação de consumo – Inversão do ônus da prova – Reconhecida a ilegalidade da inscrição do nome da autora nos órgãos de proteção ao crédito, vez que ausente inadimplemento – Falha na prestação de serviços – Responsabilidade objetiva do réu – Dano moral caracterizado – Ainda que não haja prova do prejuízo, o dano moral puro é presumível – Indenização devida, devendo ser fixada com base em critérios legais e doutrinários – Indenização fixada, ante as peculiaridades do caso, em R$10.000,00, quantia suficiente para indenizar a autora e, ao mesmo tempo, coibir o réu de atitudes semelhantes – Ação procedente – Sentença reformada – Ônus sucumbenciais carreados ao réu – Apelo provido. (TJSP; Apelação Cível 1018429-29.2021.8.26.0562; Relator (a): Salles Vieira; Órgão Julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santos - 11ª Vara Cível; Data do Julgamento: 25/05/2022; Data de Registro: 25/05/2022)

Por fim, **no tocante ao pedido para majorar o percentual dos honorários advocatícios**, diante da simplicidade da demanda, marcada pela desnecessidade de dilação probatória e a curta duração (sete meses desde o ajuizamento e prolação da sentença), tem-se que o percentual de 10%, fixado a título de honorários advocatícios sobre o valor da condenação, agora arbitrado em R$ 10.000,00, não comporta a pretendida majoração, porquanto atendidos os critérios previstos no art. 85, § 2º, I a IV, do CPC.

Em suma, a r. sentença é parcialmente reformada para majorar o valor indenizatório ao montante de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Para fins de prequestionamento, ressalta-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

Acesso ao Sumário

a citar as normas aventadas, bastando que o recurso tenha sido fundamentadamente apreciado.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003645-84.2022.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante IARA APARECIDA BARUFALDI, é apelado DEFFER RP CIA. - ME.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42019)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO BATISTA VILHENA (Presidente sem voto), LUÍS H. B. FRANZÉ e ALEXANDRE DAVID MALFATTI.

São Paulo, 4 de setembro de 2023.

AFONSO BRÁZ, Relator

Ementa: AÇÃO DE COBRANÇA. NULIDADE DA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. Descabimento. O julgador singular analisou adequadamente os pontos relevantes para o deslinde da controvérsia, descrevendo o caminho lógico percorrido para a conclusão a que chegou. Ausência de afronta ao artigo 93, IX, da Constituição Federal.

CHEQUE. Cártula sustada pela alínea 21, tendo em vista a não realização de serviços contratados pela demandada com o primitivo portador, que não integra a lide. Título repassado para a empresa autora após a sustação. Cobrança descabida, não prevalecendo, nesta hipótese, a regra do art. 25, primeira parte, da Lei nº 7.357/1985. Sentença reformada. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

A r. sentença de fls. 391/395, de relatório adotado, julgou procedentes os pedidos iniciais da ação de cobrança, processada como ação monitória, ajuizada

Acesso ao Sumário

por **DEFFER R.P. CIA ME** em face de **IARA APARECIDA BARUFALD** para constituir de pleno direito o título que acompanha a inicil em título executivo judicial. Diante da sucumbência, condenou a ré ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor do crédito.

Embargos de declaração (fls. 398/400) rejeitados pela decisão de fls. 401/402.

Apela a ré (fls. 405/422) sustentando, em síntese, nulidade da r. sentença, sob a alegação de que a decisão carece de fundamentação, por não ter enfrentado todos os argumentos deduzidos no processo, capazes de infirmar a conclusão adotada. Sustenta que por se tratar de ação de cobrança, deve ser demonstrada a origem do cheque. Alega que a cobrança é inexigível e que a autora não tem boa-fé, já que recebeu o cheque após a sustação do mesmo. Requer a reforma da r. sentença.

Recurso regularmente processado, com contrarrazões às fls. 429/432.

É o relatório.

Afasto a alegação de nulidade da r. sentença, por ausência de fundamentação.

O magistrado "a quo" examinou os fundamentos que motivaram sua convicção para decidir o feito, apontando os fatos que considera pertinentes ao caso, ainda que o faça sem examinar um a um os argumentos das partes, mas descreve adequadamente o caminho lógico percorrido para a conclusão a que chegou. Inexistente, portanto, afronta ao artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

No mérito, o recurso comporta provimento.

Via de regra, a cobrança de cheque não admite discussão da "causa debendi".

Nesse sentido é a redação do art. 25 da Lei nº 7.357/1985:

> "Art. 25 Quem for demandado por obrigação resultante de cheque não pode opor ao portador exceções fundadas em relações pessoais com o emitente, ou com os portadores anteriores, salvo se o portador o adquiriu conscientemente em detrimento do devedor."

Ainda, sobre o tema, dispõe a Súmula 531 do STJ: "*Em ação monitória fundada em cheque prescrito ajuizada contra o emitente, é dispensável a menção ao negócio jurídico subjacente à emissão da cártula.*".

Contudo, a jurisprudência, em casos excepcionais, tem relativizado este princípio:

> "AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ANULATÓRIA DE TÍTULO CAMBIAL. **CHEQUE. RELATIVIZAÇÃO DA ABSTRAÇÃO E AUTONOMIA DO CHEQUE. POSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO DA CAUSA DEBENDI.** REEXAME DE PROVA. INVIABILIDADE. SÚMU-

Acesso ao Sumário

LA Nº 7/STJ.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que, muito embora se presuma a autonomia e a independência do cheque diante da relação jurídica da qual se originou, é possível, excepcionalmente, a investigação da causa debendi e o afastamento da cobrança quando verificado que a obrigação subjacente claramente se ressente de embasamento legal.

2. O exame da matéria circunscrita à regularidade, ou não, do título executivo, bem assim da causa subjacente, dependeria, inexoravelmente, do reexame de matéria fático-probatória, procedimento vedado na estreita via do recurso especial, a teor da Súmula nº 7/STJ.

3. Os argumentos expendidos nas razões do regimental são insuficientes para autorizar a reforma da decisão agravada, de modo que esta merece ser mantida por seus próprios fundamentos. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp n. 471.817/RS, Relator Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRATURMA, julgado em 4/12/2012, DJe 11/12/2012.). (citação extraída do REsp 1641806, Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, publicado em 06/02/2020) (g.n.)

E essa é a hipótese dos autos.

Afirma a ré que "*nunca teve qualquer relação negocial com a empresa Requerente*" (fls. 35) e que "*O presente cheque foi emitido para pagamento de um contrato referente a móveis planejados (emprestando a Apelante os cheques a uma amiga, que efetivou o contrato) junto a empresa* ***S. Rossignoli Móveis Planejados – Eireli (Dolce Abitare)****, devidamente inscrito no CNPJ sob o n. 28.070.579/0001-88, representado por* ***Stefano Rossignoli****, conforme se depreende os documentos em anexo (DOC. 1), observa-se que o presente cheque se encontra descrito na relação dos cheques entregues para pagamento.*" (fls. 35).

Alega que "*Ocorreu a sustação do cheque pois o serviço de móveis planejados, contratado junto a referida empresa não fora concretizado. E isso ocorreu não só neste caso, mas com diversos consumidores, respondendo o sócio da empresa por crime, ora Estelionato, conforme se depreende a cópia do Inquérito 0025872-27.2018.826.0506 em anexo (DOC.2)*" (fls. 35/36).

A autora em réplica restringe-se a alegar desvinculação do título com a transação original impugnada.

Ocorre que, a partir da demonstração da existência de causa extintiva do direito de cobrança, possível a discussão da "causa debendi", sendo que era ônus da embargada/autora apresentar prova da efetiva prestação dos serviços.

Diante das alegações da requerida e dos documentos de fls. 44/380, depreende-se que o serviço contratado não foi prestado, a justificar o não pagamento e, portanto, a legalidade da sustação da cártula.

Acesso ao Sumário

A requerida, portanto, se desincumbiu de seu ônus, provando fato extintivo da obrigação.

Destarte, a r. sentença deve ser reformada para julgar improcedente o pedido inicial da ação de cobrança, com fundamento no art. 487, inciso I do Código de Processo Civil.

Diante da sucumbência, fica a autora condenada ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios em favor do patrono da ré, fixados em 10% sobre o valor da causa atualizado.

Considerando precedentes dos Tribunais Superiores, que vêm registrando a necessidade do prequestionamento explícito dos dispositivos legais ou constitucionais supostamente violados e, a fim de evitar eventuais embargos de declaração, apenas para tal finalidade, por falta de sua expressa remissão na decisão vergastada, mesmo quando os tenha examinado implicitamente, dou por prequestionados os dispositivos legais e/ou constitucionais apontados pela parte.

Por isso, **DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1009959-49.2022.8.26.0020, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BANCO BRADESCO S/A, é apelado EDMILSON DE LIMA PACHECO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 20ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50076)**

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

São Paulo, 5 de setembro de 2023.

CORREIA LIMA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL – Sequestro relâmpago – Realização de transferências bancárias via PIX da conta do autor para contas não cadastradas, em situação destoante do seu perfil como cliente da instituição bancária – Responsabilidade objetiva da fornecedora – Teoria do risco do negócio – Falha na prestação de serviços – Dano moral configurado

– Damnum in re ipsa – Indenização devida – Arbitramento realizado segundo o critério da prudência e razoabilidade – Procedência mantida – Recurso improvido.

VOTO

1. Trata-se de ação ordinária de indenização por dano material e moral ("sequestro relâmpago", em 21.05.2022, que culminou com a realização de saques e transferências via PIX, no total de R$17.500,00 da conta do autor, fls. 1/11 e 22/31) intentada por Edmilson de Lima Pacheco em face de Banco Bradesco S. A., julgada procedente pela r. sentença de fls. 181/185, declarada a fls. 218, de relatório a este integrado, para condenar o réu ao pagamento de indenização por dano material no valor de R$17.500,00, corrigido monetariamente de acordo com os índices da Tabela Prática do Tribunal de Justiça de São Paulo mais juros remuneratórios de 0,5% ao mês, ambos contados a partir da data das transferências indevidas, tudo acrescido de juros de mora de 1% ao mês, contados a partir da citação (12.08.2022), bem como ao pagamento de indenização por dano moral no valor de R$4.000,00, atualizado pela correção monetária de acordo com os índices da Tabela Prática do Tribunal de Justiça de São Paulo, a partir da condenação e acrescida de juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação, além das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 20% do valor da condenação e, em sede de acolhimento dos embargos de declaração opostos pelo autor, determinar que o réu providencie a devolução dos valores e a exclusão de todos os encargos e juros moratórios impostos como consequência das movimentações, de tal forma que a conta bancária do autor retorne com o saldo positivo de R$84,09, este atualizado pela correção monetária, de acordo com os índices da Tabela Prática do Tribunal de Justiça de São Paulo e acrescida de juros remuneratórios de 0,5% ao mês, ambos contados a partir da data das transferências indevidas, tudo acrescido de juros de mora de 1% ao mês, contados a partir da citação (12.08.2022).

Inconformado, pelas razões de fls. 221/241 o réu pretende o provimento para que a ação seja julgada improcedente, alegando em síntese que não houve defeito na prestação do serviço sendo que o evento danoso só ocorreu por culpa exclusiva do autor.

A insurgência é tempestiva, foi respondida (fls. 251/259) e recolheu-se o preparo (fls. 245 e 264).

É o relatório.

2. O recurso não comporta provimento.

3. A r. sentença analisou corretamente todos os pontos controvertidos de relevância para a solução da lide e as provas produzidas, chegando à bem deli-

Acesso ao Sumário

neada conclusão de procedência da ação, ancorada na comprovação de que as transações impugnadas durante a prática criminosa destoavam completamente do perfil do autor, ensejando a responsabilidade do banco réu pelo evento danoso em foco.

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

"Pelo que se depreende da inicial, o autor, em 21 de maio de 2022, por volta da 20h00, foi vítima de roubo, no qual foi levado seu aparelho de telefone celular e exigido o fornecimento da senha; embora tendo o autor entrado em contato como o banco para comunicar o roubo na mesma data, apenas conseguiu acesso à central do banco às 20h58m.

Os meliantes conseguiram realizar seis transferência através de PIX e saques, em valores de R$4.800,00; R$3.800,00; R$4.200.00 e R$2.000,00; R$1.500,00; R$1.200,00; totalizando R$17.500,00, tendo os PIX's como destinatário terceiro denominado Bruna Quesia Domingos Pere (fls. 28/29 e 34).

Em sua defesa, o réu afirma que não houve falha na prestação de seus serviços, arguindo que a transação foi feita mediante senha no próprio celular do autor. Assevera que o caso se trata de fortuito externo e que, portanto, deve ser verificada a excludente de responsabilidade do fornecedor do serviço, incerta no art. o artigo 14, § 3º, I e II do Código de Defesa do Consumidor.

Em que pese as alegações do réu, é certo que não produziu nenhuma prova contundente que convença ter o autor efetivamente realizado as transações realizadas, inclusive tais transferências ocorreram após o autor informar o roubo ocorrido. Isso restou incontroverso, posto que não impugnado pelo réu, que o autor entrou em contato com o banco após o ocorrido para solicitar o bloqueio da conta.

Ora, era ônus do réu, comprovar que, ao receber a mensagem do autor, comunicando o roubo de seu telefone celular, a suspeição das transações, a fim de que fizesse o bloqueio cautelar dos recursos e após constatada a fraude, providenciasse a devolução do valor transferido, acionando o MED (mecanismo especial de devolução).

Esse fato demonstra que o réu cometeu falha grosseira em seu sistema de segurança, primeiro por não suspeitar de tais transações, segundo, por não tomar precauções rapidamente utilizando-se da ferramenta MED, disponibilizada pelo BACEN.

É evidente, portanto, que o réu, no mínimo, cometeu grave falha em seu sistema de segurança em relação à autorização para a prática da referida transação. Isso porque, sendo 3 operações PIX, na sequência, para o mesmo beneficiário, de valores consideráveis, e 3 saques, deveria, obviamente, ter

Acesso ao Sumário

levantado suspeita no sistema de monitoramento do banco réu, e bloqueado tal transferência, ainda que momentaneamente, até conseguir fazer contato com ele, a fim de confirmar que, efetivamente, era ele quem estava realizando, consciente e voluntariamente, tal transferência. Portanto, ficou claro que o requerido contribuiu, por grave falha em seu sistema de controle de volume de transações. Em casos análogos, assim se decidiu:

'APELAÇÃO. Ação declaratória de inexistência de débitos c.c. indenizatória. Sentença de parcial procedência. Inconformismo do requerido. Fraude praticada por terceiro. Furto de celular, cartão de crédito e documentos. Contratação de empréstimos e realização de transferências bancárias. Transações que fogem ao padrão de gastos da autora. Responsabilidade objetiva da casa bancária (Súmula 479, do STJ). Indenização por danos morais. Manutenção do valor de R$5.000,00 fixado na sentença. Ausência de pedido de majoração. Sentença mantida. Recurso desprovido'. (Apelação Cível 1004768-14.2021.8.26.0196; Relator (a): Régis Rodrigues Bonvicino; Órgão Julgador: 21ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 27/09/2022).

'RECURSO INOMINADO. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES CUMULADA COM DANO MORAL. Autora (ora recorrida) que foi vítima de 'sequestro relâmpago', tendo os agentes sacado R$500,00 de sua conta-corrente do Banco do Brasil e adquirido produtos nas lojas World Tennis no valor de R$1.149,98. Boletim de ocorrência, reclamação aos requeridos com extratos bancários apresentados (fls. 11/17). Boa-fé da recorrida. Responsabilidade objetiva do recorrente (teoria da atividade). Artigo 927 do Código Civil. Relação de consumo. Prova da regularidade do 'saque' que competia à Instituição Financeira (artigo 14, § 3º do CDC). Inversão do ônus probatório. Recorrida que é titular de seguro de cartão de crédito. Abusividade da cláusula que determina a exclusão da cobertura em casos de transações realizadas com base na função débito dos cartões de débitos (artigo 51, inciso 4º do CDC). Ação parcialmente procedente. Condenação do Banco do Brasil ao pagamento da quantia de R$500.00 e da World Tennis do valor de R$1.149,98. Recurso desprovido'. (Recurso Inominado nº 0612678-67.2011.8.26.0016, 2ª Turma Cível Extraordinária do I Colégio Recursal dos Juizados Especiais/SP, Rel. Egberto de Almeida Penido. j. 10.04.2012, unânime, DJe 25.04.2012).'

Considerando que restou evidente a existência de defeito no serviço prestado pelo réu, ele se obriga a ressarcir os valores das transferência indevidas no valor de R$17.500,00, uma vez que é medida justa que se impõe.

Para completa reparação do prejuízo material, o valor deverá ser atualizado pela correção monetária e acrescido de juros remuneratórios e moratórios, na forma do art. 404 do Código Civil.

De outra parte, em relação ao pleito indenizatório em danos morais, resta

Acesso ao Sumário

concluir que tendo o réu permitido tal transação fraudulenta na conta do autor e se recusado a ressarcir o desfalque por ele sofrido, houve falha em sua prestação de serviços, já que restou demonstrado que possuía condições de impedir a consumação da fraude, seja porque falhou em não suspeitar das transações, seja por não ter tomado as medidas cabíveis após ser informado do roubo.

Destarte, fica claro que o réu impôs ao autor transferência que não realizou, nem autorizou de forma livre e consciente, e ao saber de sua falha da segurança, não procedeu com a devolução do valor ao autor, o que caracteriza prática abusiva vedada pelo artigo 39, III, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

Por isso, não há dúvida de que se deduz dano moral da conduta do requerido que autorizou a transferência fraudulenta via PIX da conta do autor, não devolvendo o valor, após ciência de sua falha na segurança, privando-o de valor necessário às suas despesas pessoais, o que causa revolta, insegurança, aflição e sensação de impotência a qualquer pessoa.

Caracterizado o dano moral, há de ser fixada a indenização em valor consentâneo com a gravidade da lesão, observadas posição familiar, cultural, política, social e econômico-financeira do ofendido e as condições econômicas e o grau de culpa do lesante, de modo que com a indenização se consiga trazer uma satisfação para o ofendido, sem configurar enriquecimento sem causa, e, ainda, uma sanção para o ofensor.

Considerando a gravidade do ato ilícito; que o réu é instituição de grande porte; que o autor ficou privado de valores de monta considerável; que o réu não devolveu o valor até a presente data; que o réu poderia ter evitado tal transação com as medidas de segurança disponibilizadas pelo BACEN; por fim, considerando o caráter pedagógico de que também deve se revestir a indenização por danos morais, para completa reparação do dano, o réu deverá pagar ao autor a quantia de R$4.000,00, que é suficiente para amenizar o sofrimento por que passou a parte autora, e dissuadir o réu de igual e novo atentado.

Ante o exposto, julgo PROCEDENTE o pedido formulado nesta ação em face do Banco Bradesco para condenar o réu a indenizar o autor no valor de R$17.500,00, atualizada pela correção monetária, de acordo com os índices da Tabela Prática do Tribunal de Justiça de São Paulo, e acrescida de juros remuneratórios de 0,5% ao mês, ambos contados a partir da data da transferência indevida, tudo acrescido de juros de mora de 1% ao mês, contados a partir da citação (12/08/2022), bem como ao pagamento de indenização por danos morais, a quantia de R$4.000,00, atualizada pela correção monetária, de acordo com os índices da Tabela Prática do Tribunal de Justiça de São Paulo, a partir de hoje, em conformidade com a Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça, e acrescida de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação; declarando extinto

Acesso ao Sumário

o processo, nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil.

Diante da sucumbência, caberá ao réu o pagamento das custas processuais e honorária ao patrono do autor no valor correspondente a 20% do valor da condenação". (fls. 181/185).

A r. sentença restou declarada e complementada a fls. 218, in verbis:

"Os embargos são acolhidos.

De fato, tendo em vista os encargos moratórios impostos contra a parte autora, a mera devolução dos valores, ainda que corrigidos, não é suficiente para o retorno ao 'status quo ante'.

Dessa forma, reconhecida a procedência da ação, de rigor determinar que a parte ré providencie a devolução dos valores e a exclusão de todos os encargos e juros moratórios impostos como consequência das movimentações, de tal forma que a conta bancária do autor retorne com o saldo positivo de R$84,09, este atualizado pela correção monetária, de acordo com os índices da Tabela Prática do Tribunal de Justiça de São Paulo, e acrescida de juros remuneratórios de 0,5% ao mês, ambos contados a partir da data da transferência indevida, tudo acrescido de juros de mora de 1% ao mês, contados a partir da citação (12/08/2022). No mais, a sentença é mantida". (fls. 218).

4. Não se desconhece a jurisprudência que entende pela inexistência de responsabilidade da casa bancária nos casos de sequestro relâmpago realizado com cliente vítima, no entanto, no caso dos autos, as peculiaridades do presente caso, a existência de transações fora dos padrões do autor, em valores que excediam em muito o limite de transações, para contas não cadastradas demonstram a evidente negligência do sistema antifraudes do réu.

É cediço que o banco atua como prestador de serviços e, nessas condições, submete-se à legislação consumerista, respondendo objetivamente pelos danos advindos aos consumidores por defeitos relativos à atividade exercida, conforme preceitua o art. 14 da Lei 8.078/90, in verbis:

"O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 3° O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro".

Nesse cenário, o prestador de serviços responde pelo dano causado ao consumidor, quando da execução dos serviços, no caso a ausência de segurança necessária aos clientes, independentemente de ter agido com culpa ou não, se não ocorridas as excludentes previstas no parágrafo 3º do dispositivo legal

Acesso ao Sumário

mencionado.

Assim, ainda que realizadas as operações impugnadas fora do ambiente bancário, é certo que o sistema de segurança, se eficientemente estabelecido, poderia ter bloqueado os cartões do autor logo após a primeira transação que já destoava do seu perfil.

5. Havendo defeito na prestação do serviço, inarredável se afigura a recomposição do prejuízo suportado pelo apelado exposto à sua incidência, razão pela qual o banco apelante deve ser condenado ao pagamento de indenização pelo dano moral suportado pelo acionante em virtude dos transtornos, angústia, sofrimento e da perda da paz de espírito oriunda da necessidade de tomar medidas judiciais no intuito de se ver ressarcido pelo dano material e moral sofridos.

A ofensa moral reclamada é resultante inexorável dos transtornos, angústia e frustração causados ao apelado e que teve abalada a sua paz de espírito, a vida privada e o seu sossego, em razão de serviço defeituoso praticado pelo banco apelante ao deixar de tomar as cautelas de segurança necessárias no momento da celebração das transações impugnadas.

É damnum in re ipsa, que importuna desde logo o sujeito passivo do injusto desfalque, o que redundou em sofrimento, vexame, humilhação e enorme constrangimento, inclusive pela busca frustrada de solucionar a injusta refrega na esfera administrativa.

Em precedente análogo, aliás, o E. Superior Tribunal de Justiça deixou assentado:

"CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. SAQUES IRREGULARES EFETUADOS EM CONTA-CORRENTE. DANOS MATERIAIS RECONHECIDOS. DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA. VALOR INDENIZATÓRIO DEVIDO. FIXAÇÃO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. REEXAME DOS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ.

1. Tendo o Tribunal a quo examinado, fundamentadamente, todas as questões suscitadas pelo recorrente, tanto em sede de apelação como em embargos (fls. 141/144, 167/169), não há falar na ocorrência de omissão e, pois, de ofensa ao art. 535, II, do CPC.

2. No pleito em questão, os saques irregulares efetuados na conta-corrente do autor acarretaram situação evidente de constrangimento para o correntista (que, como reconhece, expressamente, o Tribunal 'perdeu quase todo o seu dinheiro que tinha em sua conta-corrente'), caracterizando, por isso, ato ilícito, passível de indenização a título de danos morais. Segundo precedentes desta Corte, em casos como este, o dever de indenizar prescinde da demonstração objetiva do abalo moral sofrido, exigindo-se como prova apenas o fato ensejador do dano, ou seja, os saques indevidos por culpa da instituição ora recorrida: 'a

exigência de prova do dano moral se satisfaz com a comprovação do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam' Precedentes (...) Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido." (STJ-4ª Turma, REsp 797.689/MT, J. 15.08.2006, Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI, DJ 11.09.2006, p. 305).

Cuida-se, portanto, de compensação ou atenuação da ofensa moral injustamente assacada pelo banco apelante, impondo-se mensuração equânime que se preste à moderada satisfação da vítima sem lhe propiciar enriquecimento ilícito e, ao mesmo tempo, desestimular o agente quanto a eventual recidiva.

Nesse cenário de adversidade ao consumidor e de reprochável conduta do fornecedor, o quantum indenizatório deve ser fixado de acordo com os critérios da prudência e razoabilidade.

É certo que, de um lado, há que dissuadir o autor do ilícito ou responsável para não reiterar a conduta lesiva (valor de desestímulo) e, de outro, compensar a vítima pelo vexame, humilhação ou transtorno a que acometida. Não pode, entretanto, o dever reparatório ser convertido em instrumento propiciador de vantagem exagerada ou de enriquecimento ilícito nem tampouco ser irrisório.

Assim, sob o influxo dos parâmetros enunciados e da razoabilidade que os governa, o perfil econômico do apelado e também a capacidade financeira da entidade ofensora, instituição financeira de grande porte, a indenização arbitrada em primeiro grau no valor de R$4.000,00 fica mantida, porquanto condizente com os critérios e parâmetros acima mencionados.

De rigor, assim, a manutenção da r. sentença.

6. Isto posto nega-se provimento ao recurso, sem majoração dos honorários advocatícios eis que fixados em grau máximo em 1ª instância.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1031153-62.2022.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes JUANA MELO PIMENTEL DOS SANTOS, MIGUEL BORGES CAPP, CLARA MELO PIMENTEL DE CARVALHO BORGES, LUIZA AMELIA GUEDES MACHADO MELLO e RODRIGO LEWINSKI CAPP, são apelados CVC BRASIL OPERADORA E AGÊNCIA DE VIAGENS S.A. e BRITISH AIRWAYS PCL.

ACORDAM, em 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento à apelação, por votação unânime.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este

Acesso ao Sumário

acórdão. **(Voto nº 30693)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI (Presidente sem voto), NUNCIO THEOPHILO NETO e DANIELA MENEGATTI MILANO.

São Paulo, 4 de setembro de 2023.

CLÁUDIA GRIECO TABOSA PESSOA, Relatora

Ementa: APELAÇÃO – Ação de obrigação de fazer cumulada com pedido indenizatório – Transporte aéreo internacional – Cancelamento do voo, em razão da Pandemia de Covid 19 – Pleito de remarcação no valor pago originariamente – Emenda da inicial para conversão em ação indenizatória – Pedidos improcedentes – Pleito de reforma – Impossibilidade – Inexistência de falha na prestação do serviço – Inexistência de garantia de preço do valor da passagem, mas de utilização de crédito sem a cobrança de tarifas e multas – Requeridas que disponibilizaram a utilização do crédito, conforme disposto no artigo 3º, parágrafos 2º e 3º da Lei nº 14.034/2020 – Cobrança da diferença de preço entre o valor originário das passagens e o valor da passagem no momento da utilização do crédito que não se revela abusiva – Autores que não demonstraram a incompatibilidade do valor da tarifa da ré British com as demais empresas do setor – Inexistência de ato ilícito – Pedido subsidiário – Ressarcimento do valor de R$29.491,49 – Inovação recursal – Recurso improvido.

Dispositivos: negaram provimento.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta por **Juana Melo Pimentel dos Santos, Rodrigo Lewinski Capp, Miguel Borges Capp, Clara Melo Pimentel de Carvalho Borges, Luiza Amélia Guedes Machado Mello** em face da r. sentença proferida pelo MM. Juízo de Direito da 15ª Vara Cível do Foro Regional de Santo Amaro, às fls.298/301, nos autos da ação indenizatória, ajuizada contra **CVC Brasil Operadora e Agência de Viagens S/A** e **British Airways**, por meio da qual os pedidos iniciais foram julgados improcedentes e condenados os autores ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Inconformados, apelam os autores em busca da reforma do julgado. Sustentam, em síntese, que incumbia às requeridas provarem a impossibilidade de remarcação do voo nas condições originárias. Aduzem que a ré CVC era a responsável por realizar a remarcação, mas não o fez, o que conduz à responsabilidade solidária. Afirmam que o dano moral restou demonstrado em razão de todo transtorno causado. Pugnam pelo ressarcimento integral do valor das novas passagens ou, subsidiariamente, que as requeridas sejam condenadas ao ressarcimento do valor originário das passagens, além da condenação ao ressarcimento do dano moral (fls.304/317).

A ré CVC ofereceu contrarrazões, pugnando pela manutenção do julgado (fls.324/329).

Recurso tempestivo, preparado e regularmente processado, nos termos legais.

É o relatório.

Conheço do recurso, haja vista a presença dos pressupostos de admissibilidade, mas nego-lhe provimento.

Trata-se de ação indenizatória, fundada em descumprimento de contrato de transporte aéreo, alegando os autores que adquiriram passagens aéreas da ré British Airways, por meio da requerida CVC. Aduziram que, em razão da pandemia de Covid 19 o voo foi cancelado, pelo que, optaram pela utilização do crédito no momento oportuno, mas, ao solicitarem a remarcação do voo, em 2022, foram surpreendidos com o aumento do valor da passagem com o qual não concordaram, asseverando ter o direito à remarcação nas mesmas condições. Pugnaram pela concessão da tutela antecipada para obrigar as requeridas a oferecerem passagens nas mesmas condições e ao ressarcimento do dano moral, no valor de R$5.000,00, para cada autor.

Posteriormente, considerando que os autores adquiriram novas passagens, emendaram a inicial e pleitearam pelo ressarcimento do valor de R$89.051,97 (fls.154).

De seu turno, a ré CVC apresentara defesa afirmando que atuou na condição de intermediária. Aduziu ter cumprido sua obrigação e disponibilizado aos autores o crédito equivalente para ser utilizado. Pugnou pela improcedência dos pedidos iniciais.

A ré British Airways, a despeito de regularmente citada, deixou de se manifestar.

Sobreveio a r. sentença pela qual a d. magistrada *a quo* julgou improcedentes os pedidos iniciais, em razão da inexistência de falha na prestação do serviço (fls.298/301).

À luz dos autos não há controvérsia acerca do cancelamento do voo, limitada a discussão em relação à responsabilidade das rés pelos efeitos advindos

Acesso ao Sumário

do fato.

Ao reverso do alegado pelos autores, não houve falha na prestação do serviço, porquanto as requeridas não se furtaram da obrigação de remarcar as passagens.

Nesse sentido, o artigo 3º, parágrafos 1º e 2º da Lei nº 14.034/2020 dispõe:

"§ 1º Em substituição ao reembolso na forma prevista no caput deste artigo, poderá ser concedida ao consumidor a opção de receber crédito de valor maior ou igual ao da passagem aérea, a ser utilizado, em nome próprio ou de terceiro, para a aquisição de produtos ou serviços oferecidos pelo transportador, em até 18 (dezoito) meses, contados de seu recebimento.

§ 2º Se houver cancelamento de voo, o transportador deve oferecer ao consumidor, sempre que possível, como alternativa ao reembolso, as opções de reacomodação em outro voo, próprio ou de terceiro, e de remarcação da passagem aérea, sem ônus, mantidas as condições aplicáveis ao serviço contratado."

Como bem ressaltou a d. magistrada, os autores tinham direito apenas à disponibilização de crédito para utilização futura e não garantia de preço das passagens para voo futuro.

As requeridas não exigiram eventual encargo ou multa para a remarcação, tão somente, a complementação da diferença entre o preço praticado no momento da aquisição e aquele da data de utilização do crédito (fls.89/102).

A reclamação registrada pelos autores no Procon afasta qualquer dúvida acerca da inexistência de cobrança de taxas e multas, mas apenas de diferença tarifária (fls.105/106), que não foi garantida pela legislação incidente.

Cediço que os autores poderiam optar em receber a integralidade do quanto pagaram ou, alternativamente, utilizar tal crédito para compra de novos serviços, pagando as diferenças de preços, o que se verificou no caso concreto.

Somado a isso, não há prova de eventual indício de abusividade no preço praticado pela requerida Britshi Airways, sendo certo que, bastaria os requerentes apresentarem os preços praticados por outras companhias, no mesmo trecho e período, providência que não foi adotada, de modo a indicar a equivalência do valor cobrado em relação aqueles praticados no mercado.

Destarte, as requeridas não falharam na prestação do serviço, não havendo se falar em dano material ou moral a ser indenizado.

Por outro lado, o pleito subsidiário, ressarcimento do valor equivalente a R$29.491,49, constitui inovação recursal, não devendo ser considerado.

Por fim, majoro os honorários do patrono da ré CVC para 15% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, §11, do CPC.

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, por meu voto, **nego provimento** ao recurso de apelação interposto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000834-50.2023.8.26.0011, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes LILIANA MARIA OTTANELLI e EZIO ERNETSO CARLO OTTANELLI, é apelado SUL AMÉRICA CIA. DE SEGURO SAÚDE.

ACORDAM, em 3ª 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 58.808 (RB))**

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

São Paulo, 12 de setembro de 2023.

DONEGÁ MORANDINI, Relator

Ementa: AÇÃO CONDENATÓRIA. Rede credenciada. Manutenção dos prestadores. Redução, porém, dos serviços realizados nos estabelecimentos. Prática que estabelece efetivo descredenciamento parcial. Exigência, nos mesmos moldes do art. 17, § 1º, da Lei 9.656/98, de substituição e de comunicação prévia aos segurados. Descumprimento que afasta a resistência da seguradora. Comunicação necessária, pois somente com a transparência é possível se buscar o atendimento e o tratamento que melhor atende os consumidores, segundo as possibilidades oferecidas. Precedentes. APELO PROVIDO.

VOTO

1.- Ação condenatória julgada improcedente pela r. sentença de fls. 317/321, de relatório adotado, pois "existindo prestador de serviço na rede de referenciada da ré, atuante na mesma área de abrangência em que os autores costumavam utilizar o prestador excluído, e sem que os autores tenham sequer alegado quais as diferenças entre os serviços prestados pela clínica excluída (Hospital Beneficência Portuguesa Mirante e Hospital Samaritano e os Labora-

Acesso ao Sumário

tórios Fleury e Cimerman) e aquelas integrantes do Grupo DASA, não há abusividade no descredenciamento da clínica e, portanto, não há que se condenar a ré em manter o atendimento dos autores nos nosocômios excluídos somente para sua maior comodidade, já que lá era onde habitualmente realizavam os exames".

Recorrem os autores.

Destacam, em síntese, que "**a simples informação de que os laboratórios já pertencem a rede credenciada como Grupo Dasa ou A+, atende as necessidades dos Apelante não prosperam, pois os Apelantes necessitam de atendimento ambulatorial que consiste (realização de exames, consulta e aplicação de medicação)**".

Assinalam, depois, que "**... não houve substituição como sustenta a Recorrida, uma vez que os laboratórios citados em defesa ja fazem parte da rede credenciada do plano dos Apelantes, nesse caso houve descumprimento ao** §1º do art. 17 da Lei 9656/98, uma vez que não houve a substituição da rede ambulatorial (Samaritano e BP Mirante) para outros nosocômios de igual equivalência".

Por isso, reclamam a condenação da seguradora à "**... manutenção da rede médica integral com seus respectivos atendimentos médicos, junto ao Hospital Samaritano e Hospital BP Mirante; mantendo-se, ainda, a rede originariamente contratada**" (fls. 324/329).

O recurso, preparado, foi respondido (fls. 335/351).

Oposição ao julgamento virtual (fls. 399).

É o relatório.

2.- Impõe-se o acolhimento do recurso.

Com efeito.

A recorrida admite que os estabelecimentos noticiados pelos apelantes continuam credenciados, porém, "**... só não estão mais habilitados para a realização de exames de análises clínicas em âmbito ambulatorial, portanto, exames eletivos**".

Por isso, sustenta que não se mostra aplicável o disposto no art. 17, § 1º, da Lei 9.656/98, pois não se trata de descredenciamento, mas apenas de redimensionamento dos serviços prestados.

Sob a justificativa, necessário considerar o entendimento trazido pelo Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual "**... o termo entidade hospitalar inscrito no art. 17, § 1º, da Lei nº 9.656/1998, à luz dos princípios consumeristas, deve ser entendido como gênero, a englobar também clínicas médicas, laboratórios, médicos e demais serviços conveniados. O usuário de plano de saúde tem o direito de ser informado acerca da modificação da rede conveniada (rol de credenciados), pois somente com a transparência poderá**

buscar o atendimento e o tratamento que melhor lhe satisfaz, segundo as possibilidades oferecidas. Precedente" (REsp n. 1.561.445/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 13/8/2019, DJe de 16/8/2019.).

Neste caso, ainda que aqueles hospitais ainda estejam credenciados ao contrato firmado com os apelantes, não estão mais autorizados à realização dos exames em ambiente ambulatorial, sendo certo que a alteração dos laboratórios igualmente se ajusta à necessidade de prévia comunicação em caso de restrições que anteriormente não eram identificadas.

Só por isso, a procedência é de rigor. A recorrida não encaminhou a notificação de que cuida o art. 17, § 1º, da Lei 9.656/98, sob a justificativa de que se tratava de redimensionamento. Porém, a sua prática é idêntica ao descredenciamento parcial, uma vez que impõe limitação para a utilização dos serviços, o que não era anteriormente existente.

Vale destacar, outrossim, que independente da existência de outros laboratórios credenciados ao plano, aqueles que eram utilizados pelos apelantes, nas circunstâncias noticiadas, não são mais autorizados à prestação de serviços e nada lhes foi comunicado, com manifesta violação à disciplina legal.

Em conclusão, acolhe-se o pedido para condenar a SUL AMÉRICA a preservar os serviços anteriormente disponíveis aos recorrentes nos hospitais listados na inicial, restabelecendo, assim, a r. decisão de fls. 58/59.

Com o decreto de procedência, condena-se a recorrida ao pagamento das custas e honorários fixados em 15% do valor atribuído à causa, nos termos do art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil.

APELO PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005451-80.2023.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado BV FINANCEIRA S/A CRÉDITO, FINANCIMENTO E INVESTIMENTO, é apelada/apelante GRACIELE RIBEIRO DA SILVA DIAS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 20ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do recurso da autora e deram provimento em parte, ao recurso do réu. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 52723)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ROBERTO

Acesso ao Sumário

MAIA (Presidente) e REBELLO PINHO.

São Paulo, 22 de setembro de 2023.

LUIS CARLOS DE BARROS, Relator

Ementa: Ação revisional de contrato. Financiamento de veículo. Deserção do recurso da autora. Não conhecimento. Expurgada, no caso concreto, a quantia cobrada a título de seguro. Admissibilidade da cobrança da tarifa de avaliação, diante da demonstração da realização do serviço. Quanto aos valores a serem devolvidos, inviabilidade da substituição da correção monetária e juros moratórios pela Taxa Selic. RECURSO DA AUTORA NÃO CONHECIDO E RECURSO DO RÉU PROVIDO EM PARTE.

VOTO

A r. sentença de fls. 137/143, cujo relatório é adotado, julgou procedente em parte ação revisional de financiamento de veículo, para afastar a cobrança referente à tarifa de avaliação e ao seguro prestamista, apurando-se em fase de liquidação o valor despendido a tal título, com a respectiva restituição ao autor, na forma simples, corrigida desde o desembolso e com juros de mora desde a citação.

Apela a ré, a fls. 146/164, requerendo a reforma da sentença. Afirma a legalidade da cobrança de tarifas, devendo ser reconhecida a regularidade dos atos praticados.

Sustenta que o seguro de proteção financeira foi contratado pelo autor de forma facultativa, em instrumento separado da operação de financiamento, assinado voluntariamente, não sendo condição para a concessão do financiamento. De qualquer forma, é sempre facultado ao consumidor, e a qualquer tempo, desistir do seguro, fazendo jus ao recebimento parcial do prêmio.

Aduz que a tarifa de avaliação do bem está prevista no contrato e houve demonstração que o serviço foi realizado, conforme "termo de avaliação de veículo" juntado, com prévia concordância da autora.

Postula a improcedência da ação e, subsidiariamente, a redução dos honorários da sucumbência. Por fim, requer a aplicação da taxa Selic em substituição aos juros moratórios de 1% a.m. e correção monetária.

Apela também a autora, de maneira adesiva, a fls. 173/178, requerendo a reforma da sentença, para o fim de determinar a restituição em dobro dos valores abusivamente cobrados, com fundamento no art. 42, parágrafo único, do Código

Acesso ao Sumário

de Defesa do Consumidor. Postula, outrossim, o afastamento da sucumbência recíproca, determinando que as referidas verbas sejam arcadas exclusivamente pelo banco requerido.

Recursos tempestivos, preparado somente o do réu, respondidos a fls. 170/172 e 182/199.

É o relatório.

De início, verifica-se que o apelo da autora não há de ser conhecido, por deserção.

Com efeito, a autora não é beneficiária da justiça gratuita e interpôs o recurso adesivo de fls. 173/178 sem o recolhimento do preparo. Intimada a efetuar o recolhimento em dobro, sob pena de deserção (fls. 206/207), a autora deixou o prazo transcorrer *in albis*, conforme certidão de fls. 208.

Desse modo, deve ser reconhecida a deserção do recurso adesivo da autora e, consequentemente, o seu não conhecimento.

Passo ao exame do apelo da ré, que sustenta a legalidade da cobrança do seguro e da tarifa de avaliação.

Relativamente à cobrança a título de seguro, tem-se o entendimento firmado no julgamento do REsp nº 1639320/SP:

"EMENTA RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. TEMA 972/STJ. DIREITO BANCÁRIO. DESPESA DE PRÉ-GRAVAME. VALIDADE NOS CONTRATOS CELEBRADOS ATÉ 25/02/2011. SEGURO DE PROTEÇÃO FINANCEIRA. VENDA CASADA. RESTRIÇÃO À ESCOLHA DA SEGURADORA. ANALOGIA COM O ENTENDIMENTO DA SÚMULA 473/STJ. DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA. NÃO OCORRÊNCIA. ENCARGOS ACESSÓRIOS. 1. DELIMITAÇÃO DA CONTROVÉRSIA: Contratos bancários celebrados a partir de 30/04/2008, com instituições financeiras ou equiparadas, seja diretamente, seja por intermédio de correspondente bancário, no âmbito das relações de consumo. 2. TESES FIXADAS PARA OS FINS DO ART. 1.040 DO CPC/2015: 2.1 - Abusividade da cláusula que prevê o ressarcimento pelo consumidor da despesa com o registro do pré-gravame, em contratos celebrados a partir de 25/02/2011, data de entrada em vigor da Res.-CMN 3.954/2011, sendo válida a cláusula pactuada no período anterior a essa resolução, ressalvado o controle da onerosidade excessiva. 2.2 - **Nos contratos bancários em geral, o consumidor não pode ser compelido a contratar seguro com a instituição financeira ou com seguradora por ela indicada.** 2.3 - A abusividade de encargos acessórios do contrato não descaracteriza a mora. 3. CASO CONCRETO. 3.1Aplicação da tese 2.3 ao caso concreto, mantendo-se a procedência da ação de reintegração de posse do bem arrendado. 4. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO" (Segunda Seção, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 12.12.18, DJe 17.12.18, grifos nossos).

Acesso ao Sumário

No caso em exame, não ficou comprovada a possibilidade de contratação do empréstimo sem a compra dos seguros, com prêmio no valor total de R$ 3.584,45 (item B6 do contrato, fls. 71), nem mesmo se haveria possibilidade de escolha entre seguradoras.

O simples fato de haver proposta em apartado não afasta a obrigação do fornecedor de apresentar ao consumidor a escolha de outras seguradoras. Ainda, na espécie, o seguro foi celebrado com seguradoras indicadas pelo Banco réu, em evidente parceria para benefício dos fornecedores.

Nestes termos, em atenção ao atual entendimento sobre o tema, deve ser afastada a cobrança a título de seguro, tal como constou da sentença.

No que diz respeito à tarifa de avaliação, segue a transcrição da ementa do julgamento do C. Superior Tribunal de Justiça sobre o tema:

"EMENTA. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. **TEMA 958/STJ**. DIREITO BANCÁRIO. COBRANÇA POR SERVIÇOS DE TERCEIROS, **REGISTRO DO CONTRATO E AVALIAÇÃO DO BEM**. PREVALÊNCIA DAS NORMAS DO DIREITO DO CONSUMIDOR SOBRE A REGULAÇÃO BANCÁRIA. EXISTÊNCIA DE NORMA REGULAMENTAR VEDANDO A COBRANÇA A TÍTULO DE COMISSÃO DO CORRESPONDENTE BANCÁRIO. DISTINÇÃO ENTRE O CORRESPONDENTE E O TERCEIRO. **DESCABIMENTO DA COBRANÇA POR SERVIÇOS NÃO EFETIVAMENTE PRESTADOS. POSSIBILIDADE DE CONTROLE DA ABUSIVIDADE DE TARIFAS E DESPESAS EM CADA CASO CONCRETO.** 1. DELIMITAÇÃO DA CONTROVÉRSIA: Contratos bancários celebrados a partir de 30/04/2008, com instituições financeiras ou equiparadas, seja diretamente, seja por intermédio de correspondente bancário, no âmbito das relações de consumo. 2. TESES FIXADAS PARA OS FINS DO ART. 1.040 DO CPC/2015: 2.1. Abusividade da cláusula que prevê a cobrança de ressarcimento de serviços prestados por terceiros, sem a especificação do serviço a ser efetivamente prestado; 2.2. Abusividade da cláusula que prevê o ressarcimento pelo consumidor da comissão do correspondente bancário, em contratos celebrados a partir de 25/02/2011, data de entrada em vigor da Res.-CMN 3.954/2011, sendo válida a cláusula no período anterior a essa resolução, ressalvado o controle da onerosidade excessiva; 2.3. Validade da tarifa de avaliação do bem dado em garantia, bem como da cláusula que prevê o ressarcimento de despesa com o registro do contrato, ressalvadas a: 2.3.1. abusividade da cobrança por serviço não efetivamente prestado; e a 2.3.2. possibilidade de controle da onerosidade excessiva, em cada caso concreto. 3. CASO CONCRETO. 3.1. Aplicação da tese 2.2, declarando-se abusiva, por onerosidade excessiva, a cláusula relativa aos serviços de terceiros ("serviços prestados pela revenda"). 3.2. Aplicação da tese 2.3, mantendo-se hígidas a despesa de registro do contrato e a tarifa de avaliação do bem dado em garantia. 4. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PRO-

Acesso ao Sumário

VIDO." (RECURSO ESPECIAL Nº 1.578.553 – SP (2016/0011277-6), Segunda Seção, Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, DJe: 06/12/2018, grifos nossos).

No caso, foi cobrada a quantia de R$ 435,00 a título de tarifa de avaliação de contrato (item D2, fls. 71). O documento de fls. 79/80 demonstra que houve prestação do serviço, razão pela qual é devida a tarifa, impondo-se a reforma da sentença neste ponto.

Sobre os valores a serem devolvidos, devem incidir correção monetária e juros, tal como determinado na sentença, vez que cada qual possui finalidade distinta, sendo descabida a substituição pela taxa Selic, como requerido pelo réu.

Fica mantida a disciplina da sucumbência fixada na sentença, inclusive quanto ao valor dos honorários, que foram arbitrados com razoabilidade.

Ante o exposto, não se conhece do recurso da autora e dá-se parcial provimento ao recurso do réu.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000457-40.2016.8.26.0459, da Comarca de Pitangueiras, em que é apelante APARECIDO DONISETE SCOMPARIM (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ANDERSON DOS SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13478)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COSTA NETTO (Presidente sem voto), MARCUS VINICIUS RIOS GONÇALVES e MARIA DO CARMO HONÓRIO.

São Paulo, 4 de setembro de 2023.

RODOLFO PELLIZARI, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. Ação indenizatória. Óbito da companheira e genitora dos autores, que realizava frequentemente faxina na residência do réu, a título gratuito. Contato com cerca elétrica de alta tensão instalada no galinheiro. Parcial procedência, com condenação do demandado a indenizar os auto-

Acesso ao Sumário

res em R$ 60.000,00, montante a ser dividido entre os três. Irresignação do réu. Alegada excludente de responsabilidade por culpa exclusiva da vítima. Não configuração. Dispositivo instalado sem a devida advertência sobre seus riscos, em lugar acessível e com excesso de carga. Requerido que, na própria defesa, confessou ter esquecido de desligar o ofendículo ao sair para trabalhar. Comprovação da conduta negligente, do dano e do nexo causal (Art. 186 e 927 do Código Civil) aptos a ensejarem a responsabilidade civil. Quantum indenizatório que atende aos ditames da razoabilidade e proporcionalidade, não ensejando o locupletamento ilícito dos requerentes. Perda de ente querido que se encontra entre os bens jurídicos de maior envergadura, não comportando indenização aviltante. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por **Aparecido Donisete Scomparim**, em face de **Anderson dos Santos e outros**, nos autos da ação de reparação por dano moral em trâmite perante a 1ª Vara do Foro de Pitangueiras.

Em primeiro grau, o magistrado *a quo* julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o pedido de indenização, para condenar o réu ao pagamento, aos três autores, de indenização por danos morais no valor total de R$60.000,00, com correção monetária pela Tabela Prática deste E. Tribunal, desde a data do arbitramento, e "correção monetária de 1% ao mês" (s.i.c.) a contar da data de citação.

Irresignado, apela o requerido.

Alega que não estava presente no dia em que ocorreu a descarga elétrica, levando ao óbito da mãe e companheira dos autores. Relata que Maria ajudava todo mundo, sem cobrar nada. Aduz que ela entrava sem qualquer autorização, pois tinha a chave da casa dele. Observa que a cerca elétrica ficava no quintal, para fora da varanda da casa, para cercar o galinheiro, sendo que a falecida sabia inclusive onde ligava e desligava.

Sustenta que o infortúnio ocorreu por culpa exclusiva da vítima, sendo uma mera fatalidade. Assevera que Maria, de forma livre e espontânea, se prontificou a limpar o local, mesmo sabendo da presença da cerca elétrica instalada para afastar os animais predadores das galinhas ali criadas, vindo a falecer por descarga elétrica por mero descuido ao encostar no equipamento ligado. Com

Acesso ao Sumário

isso, não lhe pode ser repassada a culpa pelo que ocorreu, diante da excludente da responsabilidade civil, o que afasta o nexo de causalidade. Elenca jurisprudência.

Pede, assim, a improcedência da demanda. Subsidiariamente, pede a redução do *quantum* indenizatório, readequando-se as condições econômicas das partes, de modo que não seja tão elevado a ponto de implicar enriquecimento sem causa para os Apelados.

Recurso tempestivo, bem processado e não contrariado.

É o relatório.

Com efeito, estatui o Código Civil: "***Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.***" (artigo 186). E, em decorrência do **ato ilícito** praticado, surge o dever de reparação do dano, com obrigação de indenizar, sejam os danos morais e/ou patrimoniais decorrentes da conduta.

Neste sentido:

> ***Art. 927, Código Civil: Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.***
>
> ***Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.***

A partir de sua leitura atenta, infere-se de seu parágrafo único que a obrigação de reparar o dano independentemente de culpa (responsabilidade **objetiva**) representa exceção nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Nas sábias palavras de **Maria Helena Diniz**, "*a necessidade de culpa para haver responsabilidade, preconizada pela teoria subjetiva, continua a ser a regra geral, exigindo, por parte da vítima, a prova da culpa do agente, dos prejuízos sofridos e a existência da relação de causalidade entre o comportamento do agente e o dano causado*"[1].

Ademais, explana a nobre doutrinadora acerca dos elementos indispensáveis à configuração do ato ilícito, quais sejam: ***fato lesivo voluntário ou imputável***, causado pelo agente por ação ou omissão voluntária (dolo), negligência, imprudência ou imperícia (culpa), que viole direito subjetivo individual; ***ocorrência de um dano***, podendo ser patrimonial ou moral e ***nexo de causalidade***

1 Diniz, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais/Maria Helena Diniz. – 27. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, pág. 866.

Acesso ao Sumário

entre o dano e o comportamento do agente[2].

Da análise dos autos, se pode depreender o atendimento destes três requisitos aptos a ensejar a condenação do Apelante a indenizar a parte autora por danos morais, senão vejamos. A conduta do requerido, com eventual fato lesivo, restou comprovada pela simples afirmação de que a Sra. Maria possuía a chave de sua casa e sempre adentrava no local para ajudar nos afazeres domésticos. Logo, inverídica a afirmação de que a Sra. Maria entrava sem autorização, pois possuía a chave.

E, sabedor da frequência de terceiros a sua casa, em horários em que se encontrava ausente, inclusive com o intuito de lhe prestar serviços a título gratuito, detinha o réu o dever de evitar choques elétricos fatais, decorrente da utilização de cerca de alta voltagem, como ocorreu no caso em tela. O caso não pode ser interpretado como exercício regular de direito na instalação de ofendículo, porquanto tal circunstância apenas ocorre quando o proprietário opõe uma resistência normal e notória, advertindo claramente e de forma ostensiva.

Inclusive, a cerca elétrica, montada para espantar outros animais do galinheiro do Apelante, deveria ter sido, por óbvio, desativada quando este saía para trabalhar, sabedor de que a Sra. Maria ingressaria no local para a limpeza que frequentemente fazia. Tanto é assim que, em sede de contestação, o recorrente afirmou que desativava a cerca, mas se esqueceu de fazê-lo no dia dos fatos (fls. 146/150). Disso se vislumbra a conduta negligente do réu naquele dia, que infelizmente deu causa ao óbito da Sra. Maria.

Como se vê, o comportamento do requerido, que instalou cerca elétrica sem observar as cautelas necessárias de conhecimento do homem médio, causou dano irreparável aos demandantes. O autor Rubens perdeu sua companheira e os autores Maikon e Anderson serão privados da convivência materna por conta do fatídico acidente que tirou a vida da genitora e que, por uma simples cautela do réu, poderia ter sido evitado.

Presente, portanto, o dano, a conduta e o nexo causal, sendo por certo presumida a dor moral causada aos autores pela perda do ente querido. Anote-se que, muito embora alegue, o réu não logrou êxito em comprovar a culpa exclusiva da vítima, situação que excluiria o seu dever de indenizar. Logo, a r. sentença deve ser mantida, pois solveu a lide com maestria.

De igual modo, já decidiu este E. Tribunal:

Dano moral. Óbito de homem de 24 anos em decorrência de eletroplessão em ofendículo irregularmente instalado pelo réu em local aberto ao público. Propositura da ação por sua companheira e seu filho, que contava com apenas 3 anos de idade na data dos fatos. Dispositivo instalado sem a devida advertência sobre seus riscos,

Acesso ao Sumário

2 Diniz, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais/Maria Helena Diniz. – 27. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, pág. 864/865.

em lugar muito próximo de onde o requerido recebia frequentadores de seu bar, montado no mesmo local de sua residência. Ofendículo instalado para afastar porcos que eram criados pelo réu. Demonstrada a culpa do demandado. Dever de indenizar configurado. Sentença que defere pensionamento mensal aos autores, além de indenização por danos morais no valor de 100 salários mínimos. Provimento, em parte, do recurso, apenas para reduzir o quantum da indenização para 50 salários mínimos, tendo-se em vista as especificidades do caso. (TJSP; Apelação Cível 0004447-88.2009.8.26.0269; Relator(a): Enio Zuliani; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de Itapetininga - 4ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 20/10/2011; Data de Registro: 25/10/2011)

RESPONSABILIDADE CIVIL. Óbito de jovem por eletroplessão em ofendículo. Réu que instalou dispositivo elétrico para proteger plantas do alcance de animais domésticos. Filha e irmã dos autores, hóspede da casa que, com os pés dentro da piscina, acabou por ter contato com o dispositivo elétrico de alta voltagem, vindo a falecer. Dispositivo instalado sem a devida advertência sobre seus riscos, em lugar muito próximo à piscina acessível aos familiares e seus convidados e com excesso de carga. Inegável ocorrência de dano moral sofrido por pais e irmã pelo falecimento de jovem em circunstâncias tão trágicas. Redução do montante indenizatório. Indenização que não desconsidera o brutal sofrimento dos autores, porém leva em consideração a simplicidade do ofendículo instalado. Réu que não tinha idéia do potencial ofensivo do artefato, pois o mantinha instalado ao alcance de seus próprios filhos. Ação procedente. Recurso parcialmente provido, para o fim de reduzir a indenização. (TJSP; Apelação Cível 0128979-73.2006.8.26.0000; Relator(a): Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Bernardo do Campo - 1ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 04/08/2011; Data de Registro: 08/08/2011)

No tocante à indenização, esta deve ser estabelecida em importância, dentro de um critério de prudência e razoabilidade, que considere sua natureza punitiva e compensatória. A primeira, como uma sanção imposta ao ofensor, por meio da diminuição de seu patrimônio. A segunda, para que o ressarcimento traga uma satisfação que atenue o dano havido. **Flavio Tartuce**[3], ao abordar a forma de sua fixação, diz que o magistrado, agindo com equidade, deve observar quatro critérios para o estabelecimento de seu valor: *(i)* a extensão do dano; *(ii)* as condições socioeconômicas e culturais dos envolvidos; *(iii)* as condições psicológicas das partes e *(iv)* o grau de culpa do agente, de terceiro ou da vítima.

Para ele, tais critérios "podem ser retirados dos arts. 944 e 945 do CC/2002, bem como do entendimento dominante, particularmente do Superior

Acesso ao Sumário

3 Tartuce, Flávio. Manual de direito civil: volume único/Flávio Tartuce. 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

Tribunal de Justiça." Assim, tenho que o valor fixado, R$ 60.000,00 (sessenta mil reais), a ser dividido entre os três autores, não enseja mesmo redução, pois não teria o condão de acarretar o locupletamento ilícito dos requerentes, conduta vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro (Art. 884, CC).

Noutro giro, a redução afastaria o seu caráter sancionador, apto a evitar que novas condutas ilícitas como estas ocorram. Por fim, de ser considerar que se está em busca de atenuar o sofrimento da mais alta envergadura, que é a perda da vida de um ente querido, de modo que o valor indenizatório não pode ser fixado em valor módico, o que se mostraria aviltante.

Postas tais premissas, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso e, nos termos do artigo 85, §§ 2º e 11 do CPC, majoro os honorários fixados em primeiro grau para o importe de 20% sobre o valor atualizado da condenação, observada a suspensão da exigibilidade, por conta da gratuidade de justiça a que a autora faz jus (Art. 98, §3º, do CPC).

Por fim, para que não se alegue cerceamento do direito de recorrer, dou por prequestionados todos os dispositivos legais referidos na fase recursal, bastando 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. 18.04.2006).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1034084-23.2022.8.26.0007, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ROSEMEIRE MARIA DA SILVA SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO BRADESCO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39700)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RENATO RANGEL DESINANO (Presidente sem voto), JOSÉ WILSON GONÇALVES e WALTER FONSECA.

São Paulo, 11 de setembro de 2023.

MARINO NETO, Relator

Ementa: AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO – RENEGOCIAÇÃO DE DÍVIDA –

Acesso ao Sumário

SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA – APELAÇÃO DA AUTORA – Juros – As instituições financeiras não estão sujeitas ao limite estabelecido na Lei de Usura, podendo cobrar juros acima de 12% ao ano – Confusão entre a taxa de juros remuneratórios e o Custo Efetivo Total (CET) do contrato – Irresignação que não se sustenta.

– Não há capitalização de juros no caso dos autos, pois se trata de empréstimo contraído para ser pago em parcelas fixas, no qual os juros são calculados no início (capitalização não composta) e diluídos ao longo do prazo, não ocorrendo incidência de novos juros sobre aqueles anteriores – Ainda que assim não fosse, a capitalização não padece de ilegalidade (REsp Repetitivo 973.827-RS, Súmulas STJ 541 e 539) – Contrato em discussão celebrado após a MP 1.963-17/00, reeditada sob o nº 2.170-36/01, confirmada na EC 32/2001 e cuja inconstitucionalidade se acha pendente de julgamento na ADI 2316/DF – Sentença mantida.

– A utilização do Sistema Francês de Amortização (Tabela Price), por si só, não implica a prática de capitalização de juros – Sentença mantida.

– Contrarrazões: – Preliminar de não conhecimento da apelação, deduzida pelo apelado – Não acolhimento – Recurso que ataca os fundamentos da sentença.

Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de apelação de sentença (fls. 128/140) que julgou improcedente a "*ação declaratória de impossibilidade de capitalização composta de juros frente a recente súmula 539 e Resp repetitivo 1.388.972 / sc todos do STJj c/c revisão de cláusulas contratuais que implicam em venda casada e onerosidade excessiva e tutela de evidência para depósito judicial do incontroverso*"[1] ajuizada por **Rosemeire Maria da Silva Santos** em face de **Banco Bradesco S/A**, condenando a autora ao pagamento das custas, das despesas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, observado a gratuidade de justiça concedida.

A autora recorre reiterando os argumentos da petição inicial para que seja reconhecida a capitalização de juros, a substituição do sistema de amortização

1 Valor da causa: R$ 20.152,39, em novembro de 2022. Sentença disponibilizada no DJE de 08/05/2023.

Acesso ao Sumário

para o método *Gauss*, bem como a alteração da taxa de juros.

Apresentadas contrarrazões pelo réu com preliminar de não conhecimento do recurso (fls. 152/160).

É o relatório.

O recurso deve ser conhecido. A apelação rebate os fundamentos da sentença, em observância aos requisitos do artigo 1.010 do Código de Processo Civil.

A autora celebrou com o réu contrato de renegociação de dívida no valor de R$ 41.435,12 (quarenta e um mil quatrocentos e trinta e cinco reais e doze centavos) para pagamento em sessenta parcelas fixas de R$ 1.291,40 (mil duzentos e noventa e um reais e quarenta centavos) com a incidência de juros moratórios mensais de 2% a.m. e 2,03% a.m. de CET (custo efetivo total).

Os **juros** contratados, ao que se percebe, estão dentro dos praticados no mercado. Ademais, já é pacífico que a Lei da Usura não se aplica às instituições financeiras, conforme consignado na Súmula 596 do Supremo Tribunal Federal: "*As disposições do Decreto 22.626/33 não se aplicam às taxas e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas que integram o sistema financeiro nacional*".

Em relação à divergência reclamada no tocante à taxa de juros (contratada e cobrada), verifica-se que os juros remuneratórios pactuados, com a cobrança dos encargos, totalizaram um Custo Efetivo Total (CET) de 2,03% ao mês. Assim, não há que se falar em cobrança de juros acima da taxa pactuada, não havendo qualquer motivo para modificação do valor das parcelas, uma vez que a autora confundiu, em suas alegações, a taxa de juros remuneratórios com o CET do contrato.

Não restou configurada **capitalização de juros**, porque a ação está fundada em contrato de renegociação de dívida para pagamento em prestações fixas, tendo os juros sido calculados de início e diluídos ao longo do prazo, de forma que não incidem novos juros sobre aqueles já vencidos, salvo os moratórios, que têm natureza diversa.

Ainda que assim não fosse, a capitalização não padece de ilegalidade (REsp Repetitivo 973.827-RS, Súmulas STJ 541 e 539).

Segundo o enunciado da Súmula 541, "**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**".

Nos termos enunciados na Súmula 539 "É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior à anual em contratos celebrados com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional a partir de 31/3/2000 (MP n. 1.963-17/2000, reeditada como MP n. 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada".

Acesso ao Sumário

Ressalte-se, ainda, que o contrato em discussão foi celebrado após a MP 1.963-17/00, reeditada sob o nº 2.170-36/01 e confirmada na EC 32/2001, cuja inconstitucionalidade se acha pendente de julgamento na ADI 2316/DF.

Embora não se possa constatar a utilização do sistema francês de amortização, a utilização da ***Tabela Price*** não importaria em capitalização de juros, pois ocorrendo o pagamento de cada uma das prestações avençadas nos respectivos vencimentos, os juros são integralmente pagos e, assim, não passam para o mês seguinte. Não ocorrendo incorporação dos juros anteriores ao saldo devedor, não haveria que se falar em capitalização de juros ou anatocismo.

Portanto, fica afastada a pretendida substituição pelo método *Gauss*.

Posto isso, **nega-se provimento** ao recurso.

Em atenção ao artigo 85, §§ 1º e 11 do Código de Processo Civil, majora-se os honorários devidos pela **autora apelante** para 15% do valor atualizado da causa, observado o benefício da justiça gratuita concedido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1006360-74.2018.8.26.0010, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes L.L. (JUSTIÇA GRATUITA) e S.C.L. (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados A.Y.C., L.R.C., M.C., R.C., S.R.C.Z. e T.R.C.

ACORDAM, em 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 36611)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SALLES ROSSI (Presidente sem voto), SILVÉRIO DA SILVA e THEODURETO CAMARGO.

São Paulo, 6 de setembro de 2023.

PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO, Relator

Ementa: Apelação. Ação de investigação de paternidade 'post mortem'. Sentença de improcedência. Inconformismo dos autores. Descabimento. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Desnecessidade de nova perícia e de oitiva de testemunhas. Três exames de DNA elaborados pelo IMESC, sendo os dois primeiros inconclusivos e o terceiro, realizado com material

Acesso ao Sumário

genético exumado do suposto pai que viabilizou as análises, conclusivo pela exclusão da paternidade. Insurgência sobre o resultado sem nenhum embasamento técnico de irregularidade na realização da perícia ou indício de fraude na realização do exame realizada pelo IMESC, idôneo estabelecimento oficial. Ausência de motivos plausíveis. Desnecessidade de realização de novo exame e de realização de audiência para depoimento de testemunhas. Precedentes deste E. TJSP. Recurso desprovido.

VOTO

Apelação interposta contra a sentença de fls. 305/307, cujo relatório se adota, que julgou improcedente a ação de investigação de paternidade *post mortem* movida por S.C. de L. e L. de L. em face de A.Y.C., L.R.C., S.R.C.Z., T.R.C., R.C. e M.C. e condenou os autores ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes últimos fixados em 10% do valor da causa atualizado a partir da data da sentença, observada a justiça gratuita que lhes foi concedida.

Os autores apelam, pelas razões apresentadas às fls. 310/314.

Recurso tempestivo, isento de preparo por serem os apelantes beneficiários da justiça gratuita e respondido (fls. 318/327 e fls. 328/331).

É o relatório.

Trata-se de ação de investigação de paternidade *post mortem* movida por S.C. de L. e L. de L. em face de A.Y.C., L.R.C., S.R.C.Z., T.R.C., R.C. e M.C., na qual os autores postulam o reconhecimento do vínculo de paternidade deles com o falecido L.O.C., do qual o primeiro réu é irmão e os demais réus são sobrinhos, alegando que sua genitora manteve relacionamento amoroso com o de cujus, que era de conhecimento público, bem como da família de ambos. Dizem, ainda, que recentemente tentaram de cadastrar no Poupatempo para postular o reconhecimento da paternidade, quando vieram a ter conhecimento do falecimento do suposto genitor.

Acesso ao Sumário

Após regular tramitação do feito, a ação foi julgada improcedente pela sentença de fls. 305/307, contra a qual recorrem os autores, pleiteando sua reforma. Alegam que não foram esgotadas as provas por eles requeridas, dentre elas a prova oral e a contraprova em relação ao laudo de fls. 166/175 com a coleta de material genético dos autores e dos réus, bem como da genitora dos autores, pedido que fora desentranhado e não analisado, conforme certificado à fl. 300; que a contraprova é necessária, diante da divergência dos laudos das três perícias realizadas (laudo de fls. 166/175 e laudo de fls. 252/259 inconclusivos

e laudo de fls. 278/286 conclusivo pela exclusão da paternidade postulada) e da precariedade do material exumado. Pedem a devolução dos autos à primeira instância, para realização de nova perícia com material colhido dos autores e réus, como contraprova ao laudo de fls. 166/175, bem como seja realizada prova oral.

Em que pese os argumentos dos apelantes, o recurso não comporta provimento, sendo o caso de manter a sentença pelos seus próprios e bem deduzidos fundamentos.

Restou suficientemente demonstrado por meio da perícia realizada nos autos quanto à ausência de compatibilidade genética entre o falecido L.O.C. e os autores, excluindo a paternidade.

Em 11/12/2019 foi realizado nos autos o primeiro exame pericial pelo IMESC, o qual foi laboratorial, com laudo inconclusivo acerca da compatibilidade dos materiais genéticos (fls. 166/175). Extrai-se do referido laudo, que o índice de paternidade acumulado (IPA) obtido por meio do exame de DNA não foi suficiente para atestar sobre a paternidade dos autores, concluindo o Sr. Perito, *in verbis*: "*Portanto, nas duas perícias de Investigação de Paternidade obtivemos* ***resultados inconclusivos*** *e no intuito de possibilitar a elaboração de um laudo de investigação de Paternidade conclusivo, sugerimos a realização da perícia pela análise do material exumado do suposto pai, visto a ausência de outros parentes consanguíneos do mesmo*" (fl. 173).

O corpo foi exumado e houve a realização de nova perícia pelo IMESC (fls. 252/259), com laudo inconclusivo em razão da "*elevada deterioração das amostras biológicas exumadas*" referentes ao falecido, o que "*inviabilizou a obtenção de seu perfil genético*". Extrai-se do referido laudo que:

> "*Apesar de realizadas diversas tentativas, não foi possível a obtenção do perfil genético do material biológico exumado referente a L. O. C.. Os resultados obtidos das análises apresentaram qualidade insatisfatória, ou seja, a amplificação de diversos locos ocorreu de maneira estocástica ou não houve amplificação.*
>
> *Estes resultados indicam que o material genético contido nas amostras estava com elevado estágio de deterioração, o que é causado naturalmente pela exposição ao calor, umidade e ação de microrganismos decompositores.*
>
> *Salientamos também que as amostras enviadas (epífese proximal dos fêmures e da tíbia e osso do tarso), segundo nossa experiência, não são preferencialmente indicadas para a obtenção de material genético que viabilize as análises.*
>
> *Assim, no intuito de possibilitar a elaboração de um laudo conclusivo, sugerimos a realização de uma nova coleta de amostras biológicas exumadas, preferencialmente, de porções melhor preservadas da diáfise do*

Acesso ao Sumário

fêmur ou da tíbia, conforme indicado no artigo 1º da portaria IMESC nº 05/2014, de 18/07/2014. Ou, caso seja de interesse das partes a realização de nova perícia sem a coleta de amostras biológicas exumadas, sugerimos o comparecimento de ***T. O. C., O. L. C., V. L. de L.***

Caso haja interesse na realização de nova perícia, aguardamos pronunciamento, mediante ofício, e informamos que a coleta do material biológico exumado deverá ser solicitada diretamente ao Instituto Médico Legal, o qual deverá nos enviar posteriormente o referido material" (fl. 258).

Em 31/08/2022 foi realizada uma terceira perícia pelo IMESC (fls. 278/286), conclusiva pela exclusão da paternidade postulada, mostrando-se relevante a reprodução do seguinte excerto do laudo pericial (com a substituição dos nomes das partes mencionados pelas suas iniciais, em obediência ao Provimento CSM nº 2.241/2015):

"***Discussão***

Os resultados obtidos na identificação de Polimorfismos de DNA não revelam compatibilidade alélica entre os perfis genéticos de L. de L. e do material biológico exumado referente a L. O. C. (suposto pai) nos locos D3S1358, vWA, D21S11, D19S433, THO1, D13S317 e SE33.

Em Medicina Legal, o valor da presente prova é absoluto, portanto, quando se exclui uma paternidade pode-se dizer com certeza que o suposto pai não é o pai biológico do filho questionado.

Os resultados obtidos na identificação de Polimorfismos de DNA não revelam compatibilidade alélica entre os perfis genéticos de S. C. de L. e do material biológico exumado referente a L. O. C. (suposto pai) nos locos TPOX, D21S11, D18S51, D5S818, D13S317, SE33, D10S1248, D1S1656 e D12S391.

Em Medicina Legal, o valor da presente prova é absoluto, portanto, quando se exclui uma paternidade pode-se dizer com certeza que o suposto pai não é o pai biológico do filho questionado.

Conclusão

Considerando que o material biológico exumado pertence a L. O. C. (suposto pai), a paternidade do mesmo em relação a L. de L. foi excluída pelo sistema de Polimorfismos de DNA nos locos D3S1358, vWA, D21S11, D19S433, THO1, D13S317 e SE33.

Considerando que o material biológico exumado pertence a L. O. C. (suposto pai), a paternidade do mesmo em relação a S. C. de L.. foi excluída pelo sistema de Polimorfismos de DNA nos locos TPOX, D21S11, D18S51, D5S818, D13S317, SE33, D10S1248, D1S1656 e D12S391)" (fl. 285).

Foi certificado à fl. 300 que os autores manifestaram-se intempestivamente sobre o terceiro laudo, sendo determinado o desentranhamento da referida petição dos autos.

Insurgem-se os autores sobre o resultado da última perícia sem nenhum embasamento técnico de irregularidade ou indício de fraude na realização do exame, realizada por estabelecimento oficial idôneo (IMESC) revelando apenas mero inconformismo ante a exclusão da paternidade.

Não há razão para a realização de novo exame pericial, após ter o IMESC excluído com segurança a paternidade, não havendo que se falar em cerceamento de defesa no caso dos autos.

A realização de mais uma perícia, como querem os autores, somente irá procrastinar a solução da lide, gerando custo excessivo desnecessário ao Estado e às partes diante da precisão do resultado obtido.

Conforme já decidiu este E. Tribunal:

Apelação nº 0000317-50.2010.8.26.0615 – *APELAÇÃO – INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – Cerceamento de defesa afastado – Não há sentido em pretender-se a produção de prova testemunhal ou renovar a prova pericial depois do resultado do exame de DNA realizado pelo idôneo Instituto de Medicina Social e de Criminologia de São Paulo (IMESC), que reconheceu a paternidade – Litigância de má-fé afastada – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO* (TJSP – Rel. Des. GILBERTO DE SOUZA MOREIRA, 7ª Câmara de Direito Privado, j. em 03/10/2012).

Apelação Cível nº 1026969-28.2016.8.26.0405 – *AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE POST MORTEM – Cerceamento de defesa – Inocorrência – Laudo pericial de DNA realizado pelo IMESC, com material do falecido, que excluiu a paternidade – Impossibilidade de realização de nova exame de DNA – Inexistência de provas de qualquer mácula no exame – Sentença mantida – Recurso desprovido* (TJSP – Rel. Des. COSTA NETTO, 6ª Câmara de Direito Privado, j. em 31/08/2022).

A pretensão dos autores de produção de prova testemunhal também não prospera. No caso dos autos, estava autorizado o julgamento da lide, uma vez que a prova pericial, somada às provas documentais encartadas, eram suficientes para o deslinde da controvérsia.

Ressalte-se que a faculdade de produzir provas desnecessárias comprometeria a razoável duração do processo, garantia fundamental prevista no art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88.

Destarte, de rigor o desprovimento do recurso.

Por fim, ficam majorados os honorários advocatícios de sucumbência fixados na fase de conhecimento para 20% sobre o valor da causa atualizado (art.

Acesso ao Sumário

85, §§2º e 11, do CPC), observadas as regras acerca da justiça gratuita (art. 98, §3º, do CPC).

Ante o exposto, meu voto nega provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1011128-52.2014.8.26.0020, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes IGREJA EVANGÉLICA ASSEMBLEIA DE DEUS, IRENE TAVARES FERREIRA DA SILVA, JOSÉ CRISPIM DA SILVA e IGREJA EVANGÉLICA ASSEMBLEIA ASSEMBLEIA DE DEUS MINISTÉRIO EL SHADAI, são apelados GEORGE ANTONIO PONCI DA CUNHA e CRISTINA APARECIDA PONCI DA CUNHA.

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 4648/2023 (ESF))**

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

São Paulo, 5 de setembro de 2023.

LUÍS ROBERTO REUTER TORRO, Relator

Ementa: APELAÇÕES – Locação de imóvel comercial – Ação de despejo por falta de pagamento cumulada com cobrança de aluguéis – Sentença de parcial procedência, com rescisão contratual, decretação do despejo e condenação em alugueres vencidos e vincendos não acobertados pela prescrição – Apelo da locatária, dos fiadores e da terceira ocupante do imóvel – Rejeição das preliminares de cerceamento de defesa e de ilegitimidade processual – Relação contratual que torna os contratantes partes legítimas e, a terceira ocupante, ilegítima – Ausência de prejuízo ao exercício do contraditório e da ampla defesa – Incabível o reconhecimento de "Nulidade de algibeira", como pretende a locatária, em razão da ilicitude da conduta de não alegar a ilegalidade na primeira oportunidade – Existência de ação de usucapião em curso proposta

Acesso ao Sumário

pela terceira ocupante que não impede o julgamento da ação de despejo – Enquanto na usucapião se discute posse, a ação de despejo tem fundamento contratual, cujo entrelaçamento se adstringe à (in)existência do contrato de locação – Caso concreto em que a entrega das chaves pela locatária no ano de 1997 não foi comprovada – Depoimentos e documentos que demonstram a realização de pagamento de aluguéis até o ano de 2002 – Irrelevância do título pelo qual a terceira ocupou o imóvel no período de vigência do contrato de locação – Fiança existente – Ausência de comprovação de que os locadores tenham sido notificados da intenção de exoneração dos fiadores – Valor dos aluguéis baseado em instrumento contratual assinado por locadores, locatária e fiadores, o que ilide a alegação de reconhecimento de aditamentos contratuais não comprovados nos autos – Coisa julgada da ação de despejo que, excepcionalmente, pode prejudicar terceiros na execução do julgado, como no caso de sub-locatários e ocupantes de imóvel cuja desocupação foi determinada em sentença – Redução dos honorários advocatícios contratuais – Não cabimento – Quantias fixadas em consonância com as circunstâncias do caso concreto – Litigância de má-fé – Não ocorrência – Não ultrapassado o legítimo exercício do direito de ação e ao contraditório e à ampla defesa – Sentença mantida – Recursos IMPROVIDOS.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recursos de apelação interpostos por "IGREJA EVANGÉLICA ASSEMBLEIA DE DEUS MINISTÉRIO DE PERUS", JOSÉ CRISPIM DA SILVA e IRENE TAVARES FERREIRA DA SILVA (réus) e "IGREJA EVANGÉLICA ASSEMBLEIA DE DEUS – MINISTÉRIO EL SHADAI" (denunciada à lide), que contendem com GEORGE ANTONIO PONCI DA CUNHA e CRISTINA APARECIDA PONCI DA CUNHA (autores) em face da r. sentença proferida a fls. 1.217/1.222, que julgou parcialmente procedente a pretensão inicial para decretar rescindido o contrato de locação, assinalar o prazo de quinze dias para desocupação voluntária do imóvel e condenar os réus ao pagamento de aluguéis e acessórios vencidos e não pagos a partir de 29/07/2011, inclusive os vencidos até a efetiva desocupação. Houve a condenação das partes em custas

Acesso ao Sumário

e despesas processuais na proporção de 75% aos réus e 25 % aos autores, bem como em honorários advocatícios fixados em dez por cento sobre o valor da condenação (em benefício do patrono da autora) e vinte e cinco por cento sobre o valor atualizado da causa (em favor dos patronos dos réus).

Embargos de declaração (fls. 1.227/1.234, 1.235/1.238 e 1.239/1.243) acolhidos apenas para corrigir o erro material contido na condenação da parte autora ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência, que é no percentual de 25% sobre 10% do valor atualizado da causa (fls. 1.244).

Razões de apelação oferecidas pela corré "Igreja Ministério de Perus" (fls. 1.249/1.270). Sustentou que (i) há nulidade na sentença por cerceamento de defesa, em razão de não ter sido expedido um segundo mandado de constatação de quem ocupa o imóvel objeto do contrato de locação e de um despacho equivocado ter tolhido o direito da corré de se manifestar sobre a prova documental juntada pelos autores; (ii) a prova da ação de usucapião fulmina o direito dos autores, pois evidencia que a má-fé destes em tentar dar continuidade a contrato de locação já encerrado; (iii) é parte ilegítima, pois comprovou que o imóvel é ocupado por outra igreja, com personalidade jurídica própria, a qual, em decorrência do abandono do imóvel, ingressou com ação de usucapião; (iv) comprovou nos autos que entregou as chaves do imóvel a Jesus Takata, locador do imóvel à época, tendo a testemunha referido que o termo de entrega só não existe pois foi certamente incinerado; (v) é possível que, após o encerramento do contrato com a "Igreja Ministério de Perus", tenha sido celebrada a locação com a "Igreja El Shadai", criada no mesmo ano em que foram entregues as chaves; (vi) os reajustes contratuais não foram comprovados e são excessivos e desproporcionais, devendo ser mantido o valor mencionado a fls. 09 (R$ 300,00); e (vii) dado o tempo decorrido (mais de vinte anos), não mais existe a obrigação de guarda de documentos. Requereu o acolhimento das preliminares, com o cancelamento da sentença em razão do cerceamento de defesa, a aceitação da ilegitimidade de parte e, no mérito, a reforma da sentença para afastar os reajustes contratuais. Alternativamente, requereu a redução da condenação em honorários advocatícios com base na equidade. Acompanharam as razões os documentos de fls. 1.271/1.300.

Acesso ao Sumário

Os corréus fiadores José Crispim e Irene Tavares apresentaram razões de apelação (fls. 1.303/1.319). Afirmaram que (i) são parte ilegítima no feito, pois jamais foram notificados sobre eventual acordo para a renovação ou prorrogação do contrato que findou em 27/01/1997 e nunca prestaram garantia nenhuma à atual ocupante do imóvel, a "Igreja El Shadai", que propôs ação de usucapião em relação ao imóvel; (ii) em 1997, as chaves foram entregues ao locador à época, sendo que o comprovante só não existe em razão do lapso temporal de mais de vinte anos; (iii) o fiador não responde por obrigações decorrentes de aditamento ao qual não anuiu; e (iv) não existe prova dos reajustes de aluguel,

tendo se baseado a sentença somente nas informações prestadas pelos autores. Requereram o acolhimento da ilegitimidade de parte e, no mérito, a reforma da sentença para afastar os reajustes contratuais. Alternativamente, requereu a redução da condenação em honorários advocatícios com base na equidade.

Razões de apelação trazidas pela litisdenunciada "Igreja El Shadai" (fls. 1.338/1.370). Defendeu que (i) tem interesse e legitimidade para recorrer por ser terceiro prejudicado; (ii) possui direito a não ser despejada em razão de processo do qual sequer fez parte ou teve oportunidade de exercer o contraditório e a ampla defesa; (iii) a sentença faz coisa julgada entre as partes, não prejudicando terceiros; (iv) não foi observado o litisconsórcio necessário; (v) há questão prejudicial externa, consistente na propositura de ação de usucapião, pois detém a posse mansa e pacífica do imóvel há mais de 22 anos; (vi) a sentença é nula porque não existe mais o contrato de locação, chamando a atenção o fato de que os autores levaram mais de 17 anos para ingressar com a ação de despejo; e (vii) os autores litigam de má-fé, pois tinham ciência prévia da ocupação da litisdenunciada sobre o imóvel objeto da ação. Requereu a anulação da sentença e de todo o processado desde a citação e, no mérito, a reforma para que se reconheça a inexistência de relação locatícia.

Contrarrazões oferecidas pelos autores contra os recursos da parte contrária a fls. 1.742/1.764. Requereram o não conhecimento do apelo da "Igreja El Shadai", o desprovimento dos demais apelos e a condenação da parte contrária ao pagamento de multa por litigância de má-fé.

Recolhimento de custas de preparo pela corré "Igreja AD Perus" (fls. 1.784/1.785).

As partes manifestaram oposição ao julgamento virtual (fls. 1.781, 1.787, 1.789, 1.808 e 1.834/1.835).

Comprovação de recolhimento de custas de preparo pelos corréus José Crispim e Irene (fls. 1.796/1.798) e por "Igreja El Shadai" (fls. 1.800/1.802).

Recursos formalmente em ordem.

É o relatório.

Aprecio em conjunto as três apelações, tendo em vista que as matérias devolvidas se entrelaçam e, por vezes, se repetem.

A preliminar de nulidade de sentença por não expedição de mandado de constatação não prospera. A ocupação do imóvel pela "Igreja El Shadai" é fato no processo, de modo que a diligência pretendida é inútil. O que se discute é a que título ocupa o imóvel, o que se resolverá mais adiante.

O evidente erro material contido no despacho exarado a fls. 1.185 não teve o condão de prejudicar o direito da corré "Igreja AD Perus" de se manifestar sobre a documentação juntada pelo autor. Conforme certidão de fls. 1.187, a referida corré foi intimada via DJE do despacho e, face à absolutamente cla-

Acesso ao Sumário

ra incorreção, deveria ter se manifestado sobre os documentos ou, ao menos, ter requerido esclarecimento à Magistrada, não sendo lícito à parte aguardar momento futuro e conveniente para alegar nulidade, o que se tem denominado "nulidade de algibeira".

A existência de ação de usucapião em curso não tem o condão de fazer desaparecer o contrato de locação referente ao mesmo imóvel.

Enquanto a usucapião versa posse, a ação de despejo tem fundamento contratual, o qual se modifica ou se extingue pelos modos ordinários previstos no Livro das Obrigações do Código Civil.

Daí se extrai de modo suficiente a legitimidade processual passiva da corré locatária "Igreja AD Perus" e dos corréus fiadores.

Ademais, no caso concreto, é relevante a questão acerca de a que título se deu a ocupação do imóvel pela "Igreja AD El Shadai".

Sem pretensão de aprofundamento na questão, cuja sede de resolução definitiva é a ação de usucapião, a existência de posse *ad usucapionem* depende da comprovação de pelo menos um de dois fatos: (i) a prova da extinção do contrato de locação; ou (ii) a absoluta independência entre as duas igrejas, de modo que para o ingresso da "Igreja El Shadai" no imóvel em nada tenha concorrido a "Igreja AD Perus".

Contudo, como bem observado pelo Juízo de primeiro grau, o depoimento da testemunha Abimael (fls. 918/919) não oferece subsídios para que seja considerada provada a entrega das chaves pela corré "Igreja AD Perus" no ano de 1997, mormente por nada haver nos autos que corrobore.

Por seu turno, a testemunha Jesus Takata, primitivo locador do imóvel, prestou depoimento em que recusou ter recebido as chaves do imóvel e afirmou data de rescisão do contrato de locação que não condiz com a defendida pela parte ré (fls. 891/892).

Restou demonstrado ainda que houve pagamentos de aluguéis ate o ano de 2002, quando foram interrompidos em razão da dúvida acerca de quem era o legítimo locador/credor, tanto por depoimentos quanto pela via documental.

Não procede a irresignação acerca da inexistência de prova dos aditamentos contratuais que resultaram em reajustes do valor dos aluguéis. Depreendo da sentença que o valor adotado foi o consignado no instrumento de fls. 27, com a cifra de aluguel de R$ 300,00 em julho de 1994, assinado pelos corréus "Igreja AD Perus", José Crispim e Irene, o que extirpa qualquer dúvida a respeito da válida emissão de consentimento das partes, inclusive a fiadora.

Anoto que não há alegação dos corréus fiadores de que tenham notificado os autores locadores ou mesmo o locador primitivo a respeito de intenção de exoneração da obrigação.

Acesso ao Sumário

Conheço da apelação interposta pela ocupante do imóvel "Igreja El Shadai", porquanto possui interesse jurídico na demanda e o julgamento pode prejudicar seu complexo de direitos, enquadrando-se na previsão do artigo 996 do Código de Processo Civil.

Correto o entendimento do Juízo de primeiro grau de que a "Igreja El Shadai" não faz parte da lide. Repiso que a relação jurídica discutida nestes autos é contratual e a referida pessoa jurídica não integra o contrato.

Se houve ou não exercício de posse *ad usucapionem* que se sobreponha à relação contratual deste feito, a decisão é do Juízo competente, e não daquele que conheceu a ação de despejo.

Ressalto ainda que não se justifica a suspensão deste feito para aguardo da decisão definitiva do Juízo da usucapião, por esta não ser obstáculo intransponível à resolução da ação proposta nestes autos, de cunho contratual, reitere-se.

A previsão legal expressa de que a coisa julgada não prejudica terceiros (artigo 506 do Código de Processo Civil) diz respeito à preclusão e oportunidade de discussão judicial de pretensões e respostas, e não a efeitos concretos da execução de julgado, que, excepcionalmente, pode atingir terceiros, como no presente caso, em que sub-locatários e demais ocupantes de imóveis objeto de ação de despejo suportam a decretação da desocupação do bem, independentemente de não terem integrado a ação.

Não vislumbro cabimento de redução de honorários advocatícios de sucumbência, arbitrados pelo Juízo de primeiro grau em quantia adequada e justa frente às circunstâncias do caso concreto.

Outrossim, não enxergo conduta de qualquer das partes que se enquadre nos incisos do artigo 80 do Código de Processo Civil, pelo que não há litigância de má-fé que demande imposição de multa processual.

Em razão da sucumbência recursal, majoro os honorários advocatícios fixados em sentença em desfavor dos réus para 12% (doze por cento) sobre o valor da condenação.

De forma a evitar a oposição de embargos de declaração destinados meramente ao prequestionamento e de modo a viabilizar o acesso às vias extraordinária e especial, considera-se prequestionada toda a matéria constitucional e infraconstitucional suscitada nos autos, uma vez que apreciadas as questões relacionadas à controvérsia por este Colegiado, ainda que não tenha ocorrido a individualização de cada um dos argumentos ou dispositivos legais invocados, cenário ademais incapaz de negativamente influir na conclusão adotada, competindo às partes observar o disposto no artigo 1.026, § 2º do Código de Processo Civil.

Diante do exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** aos recursos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1024314-87.2022.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante REGINA FERREIRA RAMOS, é apelado REPASSE CAR LOJA DE VEÍCULOS NOVOS E USADOS EIRELLI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.686)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LIDIA CONCEIÇÃO (Presidente) e WALTER EXNER.

São Paulo, 20 de setembro de 2023.

ARANTES THEODORO, Relator

Ementa: Compra e venda de veículo automotor. Ação de indenização por danos materiais e morais. Automóvel adquirido após vinte e três anos de uso, ofertado "no estado" em que se achava e posto à disposição para vistoria antes da consumação da venda, mas com garantia para motor e câmbio. Quadro que desautorizava a expectativa de estar o bem como se novo fosse. Alegada pane no motor dentro do período da garantia. Defeitos e nexo causal que não restaram comprovados nos autos. Inversão do ônus da prova não autorizada. Sentença de improcedência preservada. Recurso não provido.

VOTO

Cuida-se de apelação contra sentença que julgou improcedente ação de indenização por danos materiais e morais aforada por adquirente de veículo automotor usado, ao argumento de que o bem apresentou vícios ocultos.

A autora insiste na procedência da ação.

Para tanto ela afirma que o veículo apresentou defeito no motor dentro do período de garantia, o que torna irrelevante o fato de se tratar de vício redibitório ou desgaste natural, uma vez que o fato de se tratar de bem usado não lhe retira os direitos de consumidora.

Nesse sentido a recorrente pondera que não realizou perícia cautelar previamente à aquisição "*por não entender de compra e venda veicular e muito*

Acesso ao Sumário

menos de mecânica", bem como por sugestão do vendedor, que agiu de má-fé ao omitir a degradação da estrutura metálica do veículo por oxidação.

A isso a autora acrescenta que vivenciou expressivo sofrimento em razão do ocorrido e por isso faz jus à indenização por danos morais, cuja quantia há de ser fixada em magnitude compatível com os aspectos compensatório e punitivo de tal sorte de medida.

Recurso regularmente processado e não respondido, tendo a apelante procedido à complementação do preparo.

É o relatório

I De pronto cabe apontar que a ré interpôs duas apelações (fls. 137/150 e 176/189), de modo que apenas do primeiro recurso ora se conhece ante a ocorrência de preclusão consumativa.

II A proponente narrou na peça exordial que "*na data de 30 de julho de 2022 realizou a compra do veículo FORD/ KA GL ANO/MODELO 1999/2000 PLACA CZL9466, RENAVAN 00730135683, CHASSI 9BFBSZGDAYB684554, junto a empresa Ré, pagando o importe de R$ 10.000,00*" e que "*no ato da compra foi dado um desconto de R$ 1.900,00 (Mil e Novecentos Reais) para que a Autora pudesse realizar possíveis reparos, bem como o pagamento de uma multa de trânsito*".

Após ter utilizado o valor daquele desconto obtido no preço da aquisição para efetuar diversos consertos no veículo, a autora relata ter sido surpreendida com a reprovação do automóvel em vistoria de seguradora, que recusou a contratação do seguro veicular em razão de estar o chassi deteriorado por ferrugem.

Em seguida a este fato, a demandante informa que empreendeu viagem com o automóvel para outro estado da federação, mas "*aproximadamente após 4 horas de viagem o veículo simplesmente parou, a Autora encontrou um mecânico nas imediações o qual ao avaliar o veículo no local informou que o motor encontrava-se travado*".

Diante da inércia da ré em oferecer solução ao impasse, a autora ingressou com a presente ação postulando a condenação da demandada a lhe pagar o valor despendido com serviço de reboque do automóvel e a quantia estimada para o conserto do motor, além de indenização por danos morais, pedidos de cuja improcedência proclamada pelo Juízo a apelante ora almeja a reforma.

Como se viu, cuidava-se de um automóvel fabricado em 1999 e vendido à autora cerca de 23 anos depois.

Ora, é razoável supor que em situações tais o veículo apresenta certo desgaste consequente ao prolongado uso, além de componentes já próximos do fim de sua vida útil, o que dificilmente pode ser classificado como defeito, eis que se cuida do estado natural de coisas assim, que justamente por isso têm preço menor que os bens novos.

Acesso ao Sumário

Nesse contexto, a compradora não havia de esperar, portanto, que o bem se encontrasse nas condições que teria um veículo novo ou com pouco uso.

A própria autora juntou aos autos o contrato de compra e venda do automóvel, documento no qual consta declaração de que ela "*teve total liberdade de inspecionar pessoalmente e/ou por terceiros de sua confiança, efetuar o test-drive, ficando assim, por sua inteira responsabilidade os custos de conservação, manutenção que por ventura o veículo venha apresentar após a sua retirada*" (fls. 23).

O referido documento também revela que a autora estava ciente de que estava adquirindo veículo "*no estado*" em que se achava, "*sem garantia*", em "*valor abaixo da tabela Fipe*" e com "*um desconto de R$ 1900,00 para reparos de possíveis avarias no veículo*", mas com a ressalva de "*garantia de motor e câmbio no tempo de 3 (três) meses*".

Certo, destarte, que cabia à autora examinar o veículo, valendo-se de mecânico de sua confiança caso não se sentisse habilitada a proceder aos devidos testes e inspeção, mas pelo que se viu não manifestou interesse em tais medidas, tendo inclusive aduzido que nem realizou perícia cautelar antes de concretizar a compra.

Se a adquirente abre mão desse exame, como fez a autora, aceitando comprar o veículo "*no estado e sem garantia*" e com "*desconto de R$ 1900,00 para reparos de possíveis avarias*", não pode depois simplesmente alegar que o veículo padecia de um vício oculto, pois infere-se das condições do negócio jurídico que a compradora reputou conveniente a aquisição do bem por aquele preço reduzido após atestar o respectivo estado de conservação.

Porém, é verdade que o contrato de compra e venda de forma paradoxal assegurava à consumidora a "*garantia de motor e câmbio no tempo de 3 (três) meses*", sendo certo que a causa de pedir da presente ação corresponde justamente a uma pane grave no motor, a qual a autora buscou demonstrar por meio de diversos orçamentos (fls. 34/41).

Acesso ao Sumário

O fato, contudo, é que referidos documentos não fazem qualquer menção à possível causa da noticiada falha mecânica, resumindo-se a estimativas de preços de conserto dos alegados danos, sem caráter de laudo técnico.

Aquela revelação de ordem etiológica era fundamental, eis que sem isso não se podia dizer que os danos foram causados por falha do produto no estado em que fora comercializado pela ré, cabendo lembrar que o automóvel passou por revisão e diversos consertos em oficina escolhida pela autora após a aquisição, oportunidade em que, aliás, não se observou funcionamento anormal do motor.

Nesse contexto não tinha lugar a inversão do ônus da prova, medida que seja pela lei comum (artigo 373 § 1º do CPC), seja pela lei consumerista (artigo

6º inciso VIII do CDC) só se justifica quando a parte esteja compreensivelmente impossibilitada de produzir prova de sua alegação, hipótese inocorrente na espécie, de modo que cabia à autora provar o fato constitutivo de seu direito, conforme o artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil.

Contudo, intimada a especificar as provas que pretendia produzir, a autora nem se animou a requerer a realização de perícia técnica no automóvel avariado (fls. 121), motivo pelo qual sobreveio sentença de improcedência em julgamento antecipado do feito, cujo excerto se mostra relevante:

"*Nesta ordem ressalte-se que a perícia seria, em tese, importante para o deslinde do feito, mas a requerente optou por não requer quaisquer provas, quando instada a manifestar-se, entendendo que todas já constavam nos autos (fls. 121).*

Assim, ausente nos autos prova bastante sobre as alegações autorais, tendo o autor permanecido ainda silente quando instado a manifestar-se sobre a indicação e produção de provas, não restaram comprovados vícios ocultos, nexo de causalidade e responsabilidade da requerida, capaz de ensejar a reparação na forma pretendida.

De fato, não há como ignorar que se trata de um defeito que ocorreu apenas 18 dias após a aquisição do bem.

Entretanto, conforme dito alhures, há que se imputar à requerente falta de cautela quando da compra do produto, uma vez que não realizou a revisão do automóvel, mas decidiu levá-lo para outro mecânico, devendo arcar com o ônus de sua precipitação.

Neste viés, cabe ponderar que, segundo relato da própria autora, o seu mecânico de confiança realizou reparos, tais como troca de óleo, filtro de combustível, filtro de óleo, cabo acionador do capo, filtro de ar, alinhamento e balanceamento, inclusive, constatou defeito na caixa de direção, realizando a sua troca, ou seja, verifica-se que houve uma checagem geral na mecânica do veículo, entretanto, não restou detectada qualquer anomalia no motor.

Dessa forma, ante a total falta de provas das alegações autorais e da existência de vícios ocultos no bem, diante da fragilidade do conjunto probatório a embasar a alegação, não há outra alternativa senão a improcedência." (fs. 131).

Assim, ausente prova suficiente dos elementos ensejadores da responsabilidade objetiva, mormente do liame causal, a ação havia mesmo de ser julgada improcedente conforme sentenciado.

De todo modo, também não custa apontar que ainda que se considerasse que o veículo automotor fora vendido à autora com vício oculto não seria o caso de concessão de indenização por danos morais.

Pois a particularidade de um veículo automotor apresentar problemas ain-

Acesso ao Sumário

da que impeçam seu uso causaria evidente dissabor, mas a isso não se haveria de conferir dimensão maior de modo a ensejar indenização a título de dano moral.

Consoante a convicção geral, danos morais situam-se no plano dos direitos da personalidade. Assim, se o fato contraria interesse legítimo, mas não chega a macular a integridade física ou psíquica, a honra ou o conceito social, então ele não justifica indenização daquela espécie.

De lembrar que indenização pressupõe dano conforme resulta dos artigos 927 e 944 do Código Civil, motivo pelo qual nem poderia ser deferida a mero título punitivo.

Em suma, não se justifica a reforma da sentença.

Nos termos do artigo 85 § 11 do Código de Processo Civil, impõe agravar a condenação do recorrente em honorários advocatícios, que passa a 15% do valor indicado na sentença

Nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Cível nº 1008918-69.2020.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes/apelados A.S., M.M.S.P. e M.L.S.P., é apelado/apelante B.B.S.A.

ACORDAM, em 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 37994)**

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

São Paulo, 18 de setembro de 2023.

CRISTINA ZUCCHI, Relatora

Ementa: CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. AÇÃO DECLARATÓRIA C.C. COBRANÇA E/OU ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS. DECRETO DE PROCEDÊNCI PARCIAL. INVIABILIDADE DE ANULAÇÃO DA R. SENTENÇA PARA ANÁLISE DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, BEM COMO PARA COMPLEMENTAÇÃO OU REALIZAÇÃO DE NOVA PERÍCIA. VERIFICAÇÃO DE QUE AS CONCLUSÕES

PERICIAIS CONTÉM EMBASAMENTO TÉCNICO E DOCUMENTAL. HIPÓTESE EM QUE TODOS OS CORRÉUS SE BENEFICIARAM DOS RESULTADOS DOS PROCESSOS E QUE A ATUAÇÃO DA SOCIEDADE DE ADVOGADOS NOS PROCESSOS ERA TRATADA ENTRE A COAUTORA A.S. E O ADVOGADO. PECULIARIDAES DO CASO CONCRETO INDICANDO NÃO HAVER IMPEDIMENTO LEGAL PARA A CONDENAÇÃO DE TODOS OS REQUERIDOS NOS PAGAMENTOS DOS HONORÁRIOS. AFASTADA A CONDENAÇÃO NO PAGAMENTO A TÍTULO DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS UMA VEZ QUE SE TRATA DE VERBA A SER FIXADA NO PROCESSO, CUJA RESPONSABILIDADE SERÁ DA PARTE SUCUMBENTE. VERIFICAÇÃO DE QUE A PARTE AUTORA SUCUMBIU EM PARTE MÍNIMA DOS PEDIDOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA AFASTADA, DEVENDO SER APLICADO O DISPOSTO NO ART. 86, § ÚNICO, DO CPC, RESPONDENDO OS CORRÉUS PELA INTEGRALIDADE DAS CUSTAS E VERBA HONORÁRIA SUCUMBENCIAIS. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. Recursos de apelação e adesivo parcialmente providos.

VOTO

Trata-se de apelação dos corréus (fls. 1059/1086, com preparo às fls. 1409/1410) e recurso adesivo da parte autora (fls. 1146/1155, com preparo às fls. 1156/1158, complementado às fls. 1186/1188) interpostos contra a r. sentença de fls. 1043/1050 (da lavra do MM. Juiz Márcio Teixeira Laranjo), cujo relatório se adota, que julgou procedente em parte ação declaratória c.c. arbitramento e/ou cobrança de honorários advocatícios "*... para condenar a requerida A.S. no pagamento de 11/12 avos da 13ª parcela de honorários mensais pactuada no contrato estabelecido com a requerente, atualizado desde a data da rescisão do contrato e acrescido de juros moratórios legais desde a citação, e para condenar todos os requeridos no pagamento de : I - honorários contratados em 1% sobre o valor ajuizado da cobrança e honorários sucumbenciais de 2% sobre o valor de eventual condenação, para a ação de cobrança de autos nº (...); II - honorários de 5% sobre o valor que os réus vierem a receber no cumprimento de sentença, para a ação de execução, autos nº (...), e cumprimento de sentença, autos nº (...) e III - honorários de 5% sobre a diferença do pedido reconven-*

Acesso ao Sumário

cional e o valor procedente, executado em cumprimento de sentença, para a reconvenção nos autos nº (...). Todos os valores serão apurados na fase de cumprimento de sentença, os pretéritos acrescidos de correção monetária e de juros moratórios legais, estes desde a citação, se posterior. Diante da sucumbência recíproca, cada parte arcará com metade das despesas processuais e com os honorários do patrono da parte contrária, que arbitro em 5% do valor da causa atualizado para o advogado dos requeridos e 5% do valor da condenação para o advogado da autora.".

Às fls. 1053/1054, oposição de embargos de declaração, rejeitados às fls. 1056.

Às fls. 1055, oposição de embargos de declaração, rejeitados às fls. 1056.

Alegam os corréus-apelantes (fls. 1059/1086), em síntese, que deve ser anulada a r. sentença em razão de não ter sido suprida a omissão discutida em sede de embargos de declaração. Aduzem que foi requerido que o laudo pericial fosse refeito ou complementado, caracterizando-se o cerceamento de defesa, e que o arbitramento de honorários indicado no laudo reveste-se de total subjetividade, despido de critérios técnicos e objetivos. Indicam que o contrato de prestação de serviços jurídicos e advocatícios previa o pagamento de mensalidades e que os poderes foram destituídos em razão da quebra de confiança, no exercício do direito potestativo. Discorrem sobre os trabalhos efetivamente realizados pelo escritório de advocacia autor, aduzindo não ser o único credor da verba honorária sucumbencial. Argumentam que descabe a condenação da contratante A.S. no pagamento da 13ª parcela de honorários, na proporção de 11/12 da parcela que considerou vigente, e que o arbitramento dos honorários advocatícios proporcionais recaia sobre cada um dos réus e não de forma solidária. Asseveram que deve ser reformada a r. sentença ao conferir à parte autora, honorários sucumbenciais de 2% sobre o valor de eventual condenação em ação de cobrança. Batem-se pela necessidade de compensação dos valores contratualmente pagos, no montante de R$ 49.507,00, que a parte autora deixou de ressalvar o quanto recebeu, devendo ser observado o disposto no art. 940 do Código Civil (restituição em dobro), e que há clara litigância de má fé (art. 80, II e III, do CPC). Requerem a reforma da r. sentença, condenando-se a parte adversa nos ônus sucumbenciais, além da majoração com base no art. 85, § 11, do CPC.

Alega a parte autora em seu recurso adesivo (fls. 1146/1155), em síntese, que os pedidos formulados foram julgados procedentes em mais de 80%, não havendo que se falar em sucumbência recíproca, e que a verba honorária deve se ater aos percentuais previstos no art. 85, § 2º, do CPC, inviabilizando a condenação em 5% a título de honorários sucumbenciais. Bate-se pela condenação no pagamento de R$ 3.000,00, referente a 60 dias de honorários em caso de rescisão contratual, não comprovando os corréus a alegação de quebra de confiança, devendo ser observada a cláusula 7ª do contrato celebrado entre as partes, e que

Acesso ao Sumário

devem ser condenados por litigância de má fé. Requer a reforma de parte da r. sentença.

Os recursos são tempestivos (fls. 1058/1059; fls. 1125 e 1146) e preenchem os requisitos de admissibilidade.

Contrarrazões às fls. 1126/1141, pugnando a parte autora pela negativa de seguimento ou improvimento do recurso dos corréus e condenação por litigância de má fé.

Contrarrazões às fls. 1162/1173, batendo-se os corréus pela insuficiência do preparo, bem como pugnando pela condenação por litigância de má fé, improvimento do recurso adesivo e majoração dos honorários sucumbenciais.

É o relatório.

O recolhimento do preparo sobre o recurso adesivo foi devidamente regularizado às fls. 1183/1188, cumprindo-se o determinado às fls. 1180.

Não se verifica litigância de má fé de nenhuma das partes em razão da interposição dos recursos de apelação e adesivo, já que se trata de natural irresignação contra decisão desfavorável, valendo-se as partes do duplo grau de jurisdição e trazendo as razões pelas quais entendem que deva ser reformada a r. sentença. O que se verifica são alegações naturais de ambas as partes na defesa de seus interesses, não querendo significar alteração da verdade ou utilização da via judicial para conseguir objetivo ilegal.

Analisa-se o recurso de apelação dos corréus (fls. 1059/1086).

Não há que se falar em anulação da r. sentença em razão da alegação de que questões trazidas nos embargos de declaração não foram solucionadas. Nos termos do art. 1.013, § 1º, do CPC, "*Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, desde que relativas ao capítulo impugnado.*".

Portanto, trazendo os recorrentes questionamentos feitos em sede de embargos de declaração, evidentemente que compete aqui analisar as questões, não havendo que se falar em anulação da r. sentença para suprir alegadas omissões já que plenamente possível, nesta sede, a análise pontual.

Não se desconhece que o mandante detém o direito de destituir o advogado contratado; porém, isso não o isenta de pagar o que o mandatário tem direito a receber pelo trabalho realizado até a data da revogação do mandato, conforme bem definido na r. decisão saneadora de fls. 906/907.

No que se refere ao laudo pericial de fls. 957/999 e manifestação de fls. 1029/1030, não vinga a alegação de que "*está despido de critérios técnicos e objetivos*". O trabalho pericial atendeu à determinação de fls. 906/907. O fato de o resultado não atender aos interesses dos ora recorrentes não quer significar

Acesso ao Sumário

que as conclusões periciais não tenham embasamento técnico e documental, tampouco possa ser considerado como motivo suficiente para determinação de que seja refeito ou complementado.

No que se refere ao trabalho realizado pelo escritório de advocacia, constou do laudo pericial o detalhamento dos atos praticados nos processos em que atuou, demonstrando que não se tratou de poucas práticas e que o trabalho, a final, resultou em proveito econômico aos recorrentes.

Para verificação dos valores devidos, deve ser analisado o trabalho realizado, como feito no laudo pericial de fls. 977/999, bem como o que foi estabelecido em contrato pelas partes, não se mostrando razoável falar-se que um contrato de prestação de serviços advocatícios consiste de "meras convenções escritas", já que não se demonstrou a ocorrência de abusividade no que foi convencionado pelas partes em relação à prestação dos serviços.

Como cediço, nos termos do art. 265 do CPC, a solidariedade não se presume, uma vez que resulta de lei ou de contrato.

A r. sentença condenou todos os requeridos nos pagamentos dos honorários, discriminando os percentuais e as ações, indicando que todos os valores serão apurados em sede de cumprimento de sentença.

A r. sentença deixou claro a extensão do contrato de fls. 35/40, firmado entre a corré A.S. e a sociedade de advogados autora, fundamentando que (fls. 1040):

"*Divergem as partes quanto à extensão do contrato, instrumentalizado pela primeira ré, aos demais corréus.*

Nesse sentido, verifico que, embora apenas a corré A. tenha contratado formalmente, os demais corréus outorgaram procuração à autora (fls. 377, 350 e 551).

Assim, ainda que de forma verbal, contrataram os serviços profissionais da autora. Tanto é que M.L. e M. também assinaram o instrumento de revogação de mandato (fls. 42).

Destaco que, em que pese o contrato com os demais corréus seja verbal, isso em nada altera o arbitramento. É dizer, este não é baseado no contrato escrito, mas no serviço que foi prestado.

Incontroversamente, a autora prestou serviços a M.L. e M., sendo que houve até mesmo prestação integral nos autos nº (...).".

Verifica-se dos autos que todos os corréus se beneficiaram dos resultados dos processos e que, na verdade, a atuação da sociedade de advogados nos processos era tratada entre a Sra. A.S. e o advogado, conforme documentos de fls. 57/58 e *emails* de fls. 569/581, além do fato de o contrato de fls. 35/40 prever a atuação da contratada nos processos discutidos nos autos (cláusula 1ª de fls. 35).

Acesso ao Sumário

O art. 257 do Código Civil estabelece uma presunção sobre a divisibilidade das obrigações; portanto, diante das peculiaridades do caso concreto, não há impedimento legal para a condenação de todos os requeridos no pagamento dos honorários, podendo, evidentemente, cada um dos co-devedores voltar-se contra os demais, por meio de eventual ação regressiva, além da possibilidade de as partes se ajustarem extrajudicialmente, já que se trata de parentes (mãe e filhos).

Nada a ser alterado em relação à determinação de pagamento da 13ª parcela (conforme cláusula 4ª, § 1º, "h" do contrato - fls. 37), proporcional a 11/12 avos da parcela contratada, havendo, inclusive, previsão de proporcionalidade em caso de rescisão do contrato. Referida previsão mostra-se justa, não havendo que se falar em abusividade na sua exigência.

Também não prospera a pretendida compensação do valor de R$ 49.507,00 (planilha de fls. 830) já que se relacionam a pagamentos referentes aos honorários contratuais mensais e não estão relacionados aos honorários discutidos nos autos, nos termos do parágrafo 1º da cláusula 4ª do contrato (fls. 36/37), a qual expressamente indica que, além dos honorários mensais e sucessivos, são devidos honorários, "em caráter cumulativo", em percentuais sobre o proveito econômico alcançado nas ações patrocinadas.

Portanto, não era o caso de a parte autora fazer qualquer ressalva sobre os valores mensais regularmente recebidos, não se mostrando razoável a pretensão de compensação. Desse modo, não há que se falar em litigância de má fé, tampouco de condenação em dobro, nos termos do art. 940 do Código Civil, como pretendido pelos recorrentes.

No que se refere à condenação em 2% a título de honorários sucumbenciais, sobre eventual condenação nos autos do processo nº (...), assiste razão aos apelantes uma vez que se trata de verba a ser fixada quando da prestação jurisdicional, cuja responsabilidade será da parte sucumbente. Como se trata de direito do advogado, caberá a este, nos autos em questão, postular seu direito, não se mostrando razoável condenar-se o constituinte a pagar honorários sucumbenciais ao mandatário, nos autos em que defende, ou defendeu, seus interesses.

Diante do provimento parcial do recurso dos apelantes, deixa-se de aplicar o disposto no art. 85, § 11, do CPC.

Analisa-se o recurso adesivo da parte autora.

No que se refere à indenização prevista na cláusula 7ª do contrato (fls. 38), segundo a qual a rescisão do contrato prevê a comunicação com 60 dias de antecedência, não assiste razão ao escritório de advocacia recorrente.

Conforme fundamentado na r. sentença, (fls. 1046) "*Como bem trouxe o Dd. perito (fl. 995), a jurisprudência majoritária não aceita cláusula penal em contrato de serviços advocatícios, porquanto seja da natureza deste tipo de contrato a confiança entre advogado e cliente, devendo o mesmo entendimento*

Acesso ao Sumário

ser estendido para a exigência de aviso prévio à rescisão do contrato.".

O precedente do E. STJ (REsp n. 1.346.171/PR), ao contrário do alegado, amolda-se ao presente caso e foi colacionado na r. sentença, numa demonstração de sua pertinência, já que se deixou claro não subsistir a estipulação de multa, nos contratos de prestação de serviços advocatícios, em casos de renúncia ou revogação unilateral, não sendo o caso de demonstração dos motivos, nem por parte do advogado (no caso de renúncia), nem por parte do mandante (no caso de revogação unilateral):

> "**RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. RESCISÃO UNILATERAL. PRETENSÃO DE INCIDÊNCIA DA CLÁUSULA PENAL. PREVISÃO CONTRATUAL DA MULTA EM CASO DE REVOGAÇÃO DO MANDATO. IMPOSSIBILIDADE. DIREITO POTESTATIVO DO CLIENTE, ASSIM COMO É DO ADVOGADO, DE RENUNCIAR AO MANDATO. ESTATUTO DA OAB E CÓDIGO DE ÉTICA DOS ADVOGADOS. RELAÇÃO JURÍDICA INTUITU PERSONAE, LASTREADA NA EXTREMA CONFIANÇA. QUEBRA DA FIDÚCIA. DIREITO DE REVOGAÇÃO/RENÚNCIA SEM ÔNUS PARA OS CONTRATANTES.**
>
> **1. Em razão do papel fundamental do advogado, por ser indispensável à administração da Justiça, prevê o Estatuto da OAB normas deontológicas, que devem nortear o exercício do profissional, inclusive na relação advogado/cliente, remetendo a regulação para o Código de Ética e Disciplina.**
>
> **2. Justamente em razão da relação de confiança entre advogado e cliente, por se tratar de contrato personalíssimo (intuitu personae), dispõe o Código de Ética, no tocante ao advogado, que "a renúncia ao patrocínio deve ser feita sem menção do motivo que a determinou" (art. 16).**
>
> **3. Trata-se, portanto, de direito potestativo do advogado em renunciar ao mandato e, ao mesmo tempo, do cliente em revogá-lo, sendo anverso e reverso da mesma moeda, do qual não pode se opor nem mandante nem mandatário. Deveras, se é lícito ao advogado, por imperativo da norma, a qualquer momento e sem necessidade de declinar as razões, renunciar ao mandato que lhe foi conferido pela parte, respeitado o prazo de 10 dias seguintes, também é da essência do mandato a potestade do cliente de revogar o patrocínio ad nutum.**
>
> **4. A cláusula penal é pacto acessório, por meio do qual as partes determinam previamente uma sanção de natureza civil - cujo escopo é garantir o cumprimento da obrigação principal -, além de estipular perdas e danos em caso de inadimplemento parcial ou total de um dever assumido, podendo ser compensatória ou moratória, a depender do cumprimento total ou parcial da obrigação.**

Acesso ao Sumário

5. No contrato de prestação de serviços advocatícios, em razão do mister do advogado, só há falar em cláusula penal para as situações de mora e/ou inadimplemento e desde que os valores sejam fixados com razoabilidade, sob pena de redução (CC, arts. 412/413).

6. Não é possível a estipulação de multa no contrato de honorários para as hipóteses de renúncia ou revogação unilateral do mandato do advogado, independentemente de motivação, respeitado o direito de recebimento dos honorários proporcionais ao serviço prestado.

7. Recurso especial não provido."[1].

No mesmo sentido:

"**AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CONTRATO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. REVOGAÇÃO DO MANDATO. EXECUÇÃO DE CLÁUSULA PENAL. LIQUIDEZ, CERTEZA E EXIGIBILIDADE DO TÍTULO NÃO RECONHECIDAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SÚMULA 5/STJ. RESCISÃO UNILATERAL. POSSIBILIDADE. DESCABIMENTO DA PENALIDADE. HONORÁRIOS PROPORCIONAIS. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.**

1. O Tribunal de origem, interpretando o contrato de prestação de serviços advocatícios firmado pelas partes, conclui pela ausência de liquidez e certeza do título executivo, consignando que a pretensão executiva se funda na cobrança de multa contratual decorrente da rescisão unilateral do contrato, a demandar o exame de matéria probatória. Nesse contexto, o conhecimento do recurso quanto ao ponto demandaria a interpretação de cláusulas contratuais, inviável em recurso especial (Súmula 5/STJ).

2. A resilição unilateral do contrato de mandato é faculdade atribuída pela lei tanto ao mandante como ao mandatário (CC/2002, art. 473, c/c o art. 682, I), não ensejando o pagamento de multa prevista em cláusula penal, conforme já decidido por esta Corte: "Não é possível a estipulação de multa no contrato de honorários para as hipóteses de renúncia ou revogação unilateral do mandato do advogado, independentemente de motivação, respeitado o direito de recebimento dos honorários proporcionais ao serviço prestado" (REsp 1.346.171/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe de 07/11/2016).

3. Agravo interno desprovido."[2]

No que se refere à verba honorária sucumbencial, assiste razão ao recor-

1 REsp n. 1.346.171/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. em 11/10/2016, DJe de 7/11/2016

2 AgInt no AREsp n. 1.353.898/SP, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, j. em 18/2/2020, DJe de 12/3/2020

Acesso ao Sumário

rente quando afirma que a parte contrária sucumbiu em grande parte dos pedidos formulados.

O que se verifica, diante do que constou da r. sentença e do que aqui restou decidido, é que a parte autora sucumbiu em parte mínima dos pedidos, devendo, nesse caso, ser aplicado o disposto no art. 86, § único, do CPC, respondendo os corréus pela integralidade das custas e verba honorária sucumbencial.

Assim sendo, condena-se os corréus no pagamento das custas e despesas processuais, mais honorários advocatícios, que fixo em 10% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 86, § único, e art. 85, § 2º, ambos do CPC, aqui já se considerando a pequena parcela em que a parte autora sucumbiu.

Diante do provimento parcial do recurso, deixa-se de aplicar o disposto no art. 85, § 11, do CPC.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento aos recursos, nos termos do acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1045895-35.2022.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que são apelantes A.C. F.C. e L.G.Z.P., é apelado J.C.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Afastaram a matéria preliminar e, quanto ao mérito, negaram provimento ao recurso. V. U. Sustentou oralmente a Dra. Ana Carolina dos Santos Mendonça, OAB/SP 167.704", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44.389)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ELCIO TRUJILLO (Presidente), COELHO MENDES e ANGELA MORENO PACHECO DE REZENDE LOPES.

São Paulo, 26 de setembro de 2023.

ELCIO TRUJILLO, Relator

Ementa: NULIDADE – Cerceamento de defesa – Não configuração – Alegada falta de oportunidade para juntada nos autos da declaração firmada pelo doador de sêmen – Prova irrelevante, uma vez que as próprias autoras, na petição inicial, afirmaram que a identidade do doador seria mantida em caráter sigiloso – Preliminar afastada –

Acesso ao Sumário

ALVARÁ JUDICIAL – Registro civil de nascimento – Dupla maternidade – Inseminação caseira – Provimento nº 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça prevê a possibilidade de registro de filhos de casais homoafetivos decorrente da utilização de técnicas de reprodução assistida – Necessária, contudo, declaração assinada pelo diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana onde foi realizado o procedimento (artigo 17, inciso II) – Tentativa de registro fora dos parâmetros exigidos – Precedentes deste E. Tribunal de Justiça – Sentença de improcedência mantida – Aplicação do disposto no artigo 252 do Regimento Interno deste Tribunal – RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 264/267, de relatório adotado, que assim consta em sua parte dispositiva: "*JULGO IMPROCEDENTE o pedido inicial, por não preenchimento dos requisitos legais e determino o arquivamento dos autos após o trânsito em julgado desta, após certificada a inexistência de custas em aberto. Custas na forma da lei, observada a gratuidade. Não há sucumbência, na hipótese*".

Com embargos declaratórios rejeitados (fls. 271/274 e 276), apelam as autoras alegando, preliminarmente, cerceamento de defesa, pois, no tocante à indicada ausência de consentimento formal e escrito do doador de sêmen, o juízo de primeiro grau sequer deu oportunidade para que as apelantes juntassem aos autos o referido documento. No mérito, afirmam, em resumo, que estão impossibilitadas de dar cumprimento ao disposto no Provimento n° 63/2017 do CNJ, pois a coatora L.G.Z.P. realizou inseminação caseira, e não em clínica de reprodução humana; que a prática não é vedada pelo ordenamento jurídico; que o fato de ser autorizado o registro da criança apenas para as pessoas que têm condições financeiras para fazer tratamento junto à clínica de reprodução assistida e não reconhecer o mesmo direito àquelas que carecem de recursos implica em evidente tratamento diferenciado, violando o princípio da igualdade; que há presunção de filiação dos filhos havidos na constância da união e por fecundação heteróloga; que, na petição inicial, as apelantes, em momento algum, fizeram menção à filiação socioafetiva, a qual é admitida apenas no decorrer do tempo, com a convivência, posse do estado de filho e reconhecimento mútuo; trata-se de filiação advinda de planejamento comum; pedem o provimento do recurso (fls. 279/292).

Acesso ao Sumário

Manifestou-se a d. Procuradoria de Justiça pelo não provimento do recurso (fls. 279/292).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

A.C.F.C. e L.G.Z.P. buscam, por meio da presente demanda, a expedição de alvará para que seja autorizado o registro civil do menor B.C.Z., fruto de inseminação caseira, constando como genitoras ambas as requerentes.

Narra a inicial que as autoras vivem em união estável desde o ano de 2020, formalizada em escritura pública. Devido à falta de condições financeiras das autoras para realização de tratamento perante clínica de reprodução humana, a demandante L.G.Z.P. foi submetida à inseminação caseira com sêmen doado por terceiro, cuja identidade pretendem manter anônima.

O douto magistrado *a quo* indeferiu o pedido formulado, pois o registro da criança apenas seria possível se fosse cumprida a exigência prevista no artigo 17, inciso II, do Provimento nº 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça, que exige a comprovação da realização de reprodução assistida.

Daí o apelo.

Sem razão.

Desde logo, cumpre afastar a preliminar de cerceamento de defesa, não obstante a alegação das autoras de que não lhes foi dada a oportunidade para juntarem aos autos declaração firmada pelo doador de sêmen.

Ora, a prova era irrelevante, uma vez que as próprias autoras, na petição inicial, afirmaram que a identidade do doador seria mantida em caráter sigiloso, conforme segue: "*(...) levando a termo o projeto parental do casal, a co-Requerente (...) foi fecundada, sem conjunção carnal, mediante a utilização de gametas doados por um terceiro, restando resguardado o direito ao sigilo do doador, nos termos da Resolução n.º 1358/1992 do Conselho Federal de Medicina – CFM*" (fl. 2).

Logo, não restou caracterizado qualquer prejuízo processual.

No mérito, conforme disposto pelo artigo 252, do Regimento Interno desta Corte, em vigor desde 4 de novembro de 2.009, "***Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la.***"

No caso em análise, a r. decisão constante de fls. 264/268 analisou, de forma detalhada e objetiva, todos os pontos controvertidos do conflito instaurado bem como as provas apresentadas, chegando à bem fundamentada solução da lide.

O provimento nº 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça prevê a possibilidade de registro de filhos de casais homoafetivos decorrente da utilização de

Acesso ao Sumário

técnicas de reprodução assistida, de modo que "*o assento de nascimento deverá ser adequado para que constem os nomes dos ascendentes, sem referência a distinção quanto à ascendência paterna ou materna*" (artigo 16, § 2º).

No entanto, para fins de registro e emissão da certidão de nascimento, há exigência de "*declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando que a criança foi gerada por reprodução assistida heteróloga, assim como o nome dos beneficiários*" (artigo 17, II).

Logo, na hipótese de reprodução assistida heteróloga, na qual há utilização de material genético de terceiro (o doador de sêmen, por exemplo), faz-se necessária a declaração assinada pelo diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana onde foi realizado o procedimento, não havendo regulamentação para inseminação caseira.

Como bem observou o d. magistrado *a quo*, "*independentemente de se tratar de um casal homoafetivo ou qualquer outro casal, é fato que inexiste qualquer disciplina legal para o registro de nascimento na hipótese de "inseminação caseira*" (fl. 265).

Em caso análogo envolvendo registro de nascimento e o pretendido reconhecimento da dupla maternidade decorrente de inseminação caseira, o i. Des. Vito Guglielmi destacou: "*Infere-se que o escopo do CNJ foi exigir a certeza da realização do procedimento, evitando-se fraudes, tais como a popular 'adoção à brasileira', além da veracidade do registro. Buscou-se, assim, a edição de normas uniformes para o registro ou a averbação, visando, consoante o preâmbulo de referido provimento, 'conferir segurança jurídica à paternidade ou à maternidade socioafetiva estabelecida, inclusive no que diz respeito a aspectos sucessórios e patrimoniais'. Não se está a dizer, evidentemente, que o registro civil do bebê, em nome de ambas as demandantes, seja juridicamente inviável. Bem ao revés. Apenas que a via eleita não se revela adequada, sem embargo de as requerentes pleitearem a adoção unilateral do menor pela demandante G., como bem assinalou o magistrado sentenciante*" (TJ/SP, Apelação nº 1019511-22.2021.8.26.0554, 6ª Câmara de Direito Privado, Rel. Vito Guglielmi, julgado em 18/01/2022, v.u).

Vale mencionar, ainda, que a inseminação caseira deve ser vista com cautela, diante da possibilidade do doador do material genético, ou mesmo a criança, em futuro, postular o reconhecimento da paternidade, pois as identidades do doador e da receptora são conhecidas, ao contrário do sigilo assegurado pelas clínicas de reprodução humana.

Adoto como razões de decidir os fundamentos da bem lançada sentença:

"*O pedido não comporta acolhimento.*

Ausente o requisito previsto no artigo 17, inciso II, do Provimento n.º

Acesso ao Sumário

63/17 CNJ.

A doação particular de sêmen não possui previsão legal e sua prática é vedada pelo ordenamento jurídico pátrio, ressaltando que o CNJ deixou de regular a possibilidade de 'inseminação caseira', 'tendo em vista que não houve ato médico e consentimento formal e escrito do doador, o que pode ensejar a prática de ilegalidades e ilícitos penais'.

Embora o livre planejamento familiar seja direito constitucional fundamental garantido a todas as famílias (art. 226, § 7º, da Constituição Federal; e art. 1.565, § 2º, do Código Civil) é certo que a opção por adoção de procedimento não regulamentado e, portanto, irregular, leva à ausência de reconhecimento do procedimento para os fins a que pretendem as autoras, porque eventual limitação financeira não é justificativa, por si só, para se contornar procedimento que busca o atendimento às exigências do bem comum, com a finalidade de evitar fraudes e ilícitos.

Assim, independentemente de se tratar de um casal homoafetivo ou qualquer outro casal, é fato que inexiste qualquer disciplina legal para o registro de nascimento na hipótese de 'inseminação caseira'.

A pretensão inicial não observa as exigências normativas que regulamentam a inseminação artificial contidas no Provimento n. 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça, que assim estabelecem: "(...) Da Reprodução Assistida Art. 16. O assento de nascimento de filho havido por técnicas e reprodução assistida será inscrito no Livro A, independentemente de prévia autorização judicial e observada a legislação em vigor no que for pertinente, mediante o comparecimento de ambos os pais, munidos de documentação exigida por este provimento. § 1º Se os pais forem casados ou conviverem em união estável, poderá somente um deles comparecer ao ato de registro, desde que apresente a documentação referida no art. 17, III, deste provimento. § 2º No caso de filhos de casais homoafetivos, o assento de nascimento deverá ser adequado para que constem os nomes dos ascendentes, sem referência a distinção quanto à ascendência paterna ou materna. Art. 17. Será indispensável, para fins de registro e de emissão da certidão de nascimento, a apresentação dos seguintes documentos: I - declaração de nascido vivo (DNV); II - declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando que a criança foi gerada por reprodução assistida heteróloga, assim como o nome dos beneficiários; III - certidão de casamento, certidão de conversão de união estável em casamento, escritura pública de união estável ou sentença em que foi reconhecida a união estável do casal (...)".

O planejamento familiar deve se dar de acordo com a liberdade que lhe é peculiar, mas com as consequências que estão previstas na legislação,

Acesso ao Sumário

sendo que o princípio da dignidade humana não pode ser utilizado para justificar qualquer conduta ou procedimento, em desacordo com a normatização que busca atender ao princípio da segurança jurídica e evitar fraudes e ilicitudes. Trata-se de normatização com finalidade de disciplinar situação excepcional e que visa garantir a veracidade do registro, sem empecilho a que se busque, a seu tempo, eventual reconhecimento de filiação afetiva, desde que constituída e demonstrada, na época pertinente trata-se de exigências feitas, indistintamente, a casais heteroafetivos ou homoafetivos, sem qualquer distinção.

(...)

O registro da criança, como requerido, só é possível se for cumprida a exigência prevista no art. 17, II, do Provimento nº 63/207, do Conselho Nacional de Justiça, que exige a comprovação da realização de reprodução assistida. Como no caso em análise não houve atendimento em clínica ou centro de reprodução humana, inviável se deferir o pedido de alvará, por não preencherem as requerentes os requisitos legais exigidos.

Não se desconhece que é possível posterior reconhecimento da maternidade socioafetiva da coautora com relação ao filho gerado, nos termos do disposto no artigo 1.593, do Código Civil. Entretanto, no caso, trata-se de criança em tenra idade, inexistindo relacionamento de afetividade e, portanto, não se havendo de falar em maternidade socioafetiva nesse momento. Outrossim, observo que isso não implicaria em qualquer juízo de valor sobre a maternidade, cuja origem é indiferente e tampouco em prejuízo à formação e desenvolvimento da criança.

Em hipótese análoga se observou:

APELAÇÃO CÍVEL Declaratória Autoras que formam um casal homoafetivo e realizaram inseminação artificial caseira (autoinseminação), ensejando na gravidez de uma delas, com expectativa de parto em 21/08/2021 Pretensão de "declaração futura acerca do estado do feto após o parto", constando ambas as autoras como suas genitoras e ascendentes, sem qualquer distinção para a posterior lavratura da certidão de nascimento da criança, ou, subsidiariamente, de autorização para a lavratura de certidão de nascimento do nascituro em nome de ambas Insurgência contra sentença de extinção sem resolução de mérito por falta de interesse de agir, conforme artigos 330, III, e 485, I, do CPC Não acolhimento Inviabilidade de se emitir a declaração pretendida no sentido de se reconhecer, antes do nascimento, a relação socioafetiva (que pressupõe ao menos dois sujeitos de direito) com a requerente não gestante e assim autorizar que no (futuro) registro civil de nascimento também conste o nome dela como genitoras/ascendente. A despeito das questões relacionadas ao procedimento caseiro adotado pelas apelantes, ainda não regulamentado no ordenamento pátrio, o que impede o acolhimento da pretensão

Acesso ao Sumário

inicial é, de fato, a ausência de interesse de agir, pois a situação envolver sujeito ainda desprovido de personalidade jurídica e de direitos, sendo o nascituro detentor de meras expectativas de direitos - RECURSO DESPROVIDO. (TJSP – Apelação Cível nº 1007450-30.2021.8.26.0005. Rel. RODOLFO PELLIZARI, julg. 03/09/2021).

Colhe-se do requerido voto o seguinte excerto que aqui cabe para fundamentar a situação 'Desnecessário se adentrar nas questões relacionadas ao procedimento caseiro adotado pelas apelantes, ainda não regulamentado no ordenamento pátrio, pois o ponto fulcral que impede o acolhimento da pretensão inicial pelos mesmos fundamentos apontados em primeira instância reside no fato de a situação envolver sujeito ainda desprovido de personalidade jurídica e de direitos. Nesta senda, de fato, acertado o reconhecimento da falta de interesse de agir das apelantes, de modo que seria mesmo o caso de se extinguir o feito sem resolução de mérito, à luz dos artigos 330, inciso III, e 485, inciso I, ambos do Código de Processo Civil.'

Observa-se que é indiferente que se trate de dois pais, duas mães, pai ou mãe. Indiferente, assim, qual o tipo de família, pois isso não tem qualquer influência, considerando-se que a questão é a existência de vínculo socioafetivo que, no caso, é manifestamente inexistente.

Assim: A filiação socioafetiva não está lastreada no nascimento (fato biológico), mas em ato de vontade, cimentada, cotidianamente, no tratamento e na publicidade, colocando em xeque, a um só tempo, a verdade biológica e as presunções jurídicas. Socioafetividade é aquela filiação que se constrói a partir do 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. (Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, Curso de Direito Civil, 8ª edição, Ed. JusPodivm, 2016. v. 6: Famílias, pág. 611).

Nada obstante o disposto no artigo 1597, inciso V, do Código de Processo Civil seja espécie de filiação socioafetiva, é certo que, na hipótese, a inseminação artificial 'caseira' não encontra regulamentação e não pode ser acolhida para tal presunção.

Ante o exposto JULGO IMPROCEDENTE o pedido inicial, por não preenchimento dos requisitos legais e determino o arquivamento dos autos após o trânsito em julgado desta, após certificada a inexistência de custas em aberto. Custas na forma da lei, observada a gratuidade. Não há sucumbência, na hipótese".

Confiram-se, ainda, os julgados desta E. Corte paulista:

"AÇÃO DECLARATÓRIA – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA – AUTORAS UTILIZARAM MÉTODO DE "INSEMINAÇÃO CASEIRA" – PRETENSÃO DE DUPLA MATERNIDADE NO REGISTRO DO FILHO QUE ESTÁ SENDO GERADO POR UMA DAS AUTORAS – DESCABI-

Acesso ao Sumário

MENTO – PROCEDIMENTO CASEIRO NÃO REGULAMENTADO NO ORDENAMENTO PÁTRIO IMPEDE O ACOLHIMENTO DA PRETENSÃO INICIAL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO" (Apelação nº 1012225-60.2022.8.26.0003, 8ª Câmara de Direito Privado, Rel. Theodureto Camargo, julgado em 10/05/2023, por maioria de votos);

"AÇÃO DECLARATÓRIA DE DUPLA MATERNIDADE – Procedência – Insurgência do Ministério Público – Cabimento – Autoras que pretendem a declaração de dupla maternidade do filho que está sendo gerado pela coautora F.E. – Provimento nº 63/2017, do CNJ, que dispõe sobre o registro de nascimento dos filhos gerados por reprodução assistida, sem disciplina legal para a hipótese de 'inseminação caseira' – Ainda que seja possível o reconhecimento da maternidade socioafetiva da coautora S. em relação ao/à filho/a que está sendo gerado/a por F.E., é necessário considerar que se trata de um nascituro, desprovido de personalidade civil, e que apenas os interesses das autoras está sendo trazido a debate – Direito de reconhecimento à ancestralidade que deve ser preservado (CC, art. 2º, parte final) – Improcedência da ação que é medida de rigor – RECURSO PROVIDO" (Apelação nº 1001350-16.2022.8.26.0008, 7ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Miguel Brandi, julgado em 30/06/2022, v.u.).

No mesmo sentido, razoável a ponderação da d. Procuradoria de Justiça: "*Não se trata apenas de matéria registrária e por esse motivo firma-se a competência da Vara de Família para reconhecimento de vínculo de filiação e sua repercussão, nos termos do art. 113 da Lei 6015/73, até mesmo para verificação do melhor interesse da criança, da ausência de prejuízo e a posse do estado de filho. Ocorre que de fato, as recorrentes não desejam o reconhecimento do vínculo socioafetivo, mas que seja introduzida no registro de nascimento, a afirmação de que a criança nasceu de ambas, contrariando (ou omitindo) o que consta da declaração de nascido vivo- DNV expedida no hospital. Não há como determinar a correção ou inclusão de termos na DNV, que é um relatório decorrente de procedimento médico ou atestado pelo médico. É hipótese de reconhecimento da socioafetividade com prolação da sentença constitutiva do direito. O pedido conforme foi formulado, não encontra respaldo legal, nem mesmo se vislumbra o interesse na medida, já que não há qualquer diferenciação entre filho biológico ou não biológico*" (fls. 314/315).

Desta forma, a r. sentença deu adequada e correta solução ao conflito, eis que não superada pelas razões do recurso, merecendo confirmação por seus próprios e bem deduzidos fundamentos, a teor do disposto pelo artigo 252 do Regimento Interno desta Corte.

Por fim, inaplicável, na espécie, o artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil - majoração dos honorários advocatícios em grau recursal -, observada a

Acesso ao Sumário

ausência de imposição das verbas de sucumbência na origem.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

Ficam as partes cientificadas de que o julgamento dos embargos de declaração eventualmente opostos em face do presente acórdão será realizado nos termos da Resolução nº 549/2011, do Órgão Especial desta Corte, publicada no DJe de 25 de agosto de 2011, facultada a manifestação contrária, em 10 (dez) dias.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1004754-84.2022.8.26.0005, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes/apelados CAPTALYS GESTÃO LTDA., MERCADOPAGO.COM REPRESENTAÇÕES LTDA. e MERCADO CRÉDITO HOLDING FINANCEIRA LTDA., é apelado/apelante LAYKE CONFECÇÕES LTDA - EPP.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U. Sustentou oralmente o advogado Matheus Pinho Moraes Soares OAB/RJ 239.564", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28998)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ELÓI ESTEVÃO TROLY (Presidente sem voto), MENDES PEREIRA e RAMON MATEO JÚNIOR.

São Paulo, 12 de setembro de 2023.

ACHILE ALESINA, Relator

Ementa: AÇÃO OBRIGAÇÃO DE FAZER COM DANOS MATERIAIS E MORAIS – R. sentença de procedência – Recursos de ambas as partes.

RECURSO DAS RÉS – ILEGITIMIDADE PASSIVA – Não acolhimento – Autora que mantém conta na Instituição Mercado Pago, onde recebeu empréstimo fraudulento, originado de transação fraudulenta com a empresa MercadoPago Fundo de Investimentos em Direitos Creditórios – Legitimidade passiva configurada – EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE – Não acolhimento – Alegação de excludente de responsabilidade, com culpa exclusiva da vítima e de

Acesso ao Sumário

terceiro, pretendendo o afastamento da indenização pelos danos morais – Não acolhimento – Empréstimo realizado na conta bancária da autora, sem qualquer autorização – Realização de transferência de parte do valor para conta de terceiro – Devolução da quantia integral do empréstimo às rés pela parte autora – Continuação dos descontos das parcelas do empréstimo em conta da autora e bloqueio da conta corrente por mais de 40 dias, configurando falha na prestação de serviços – Fraude evidenciada – Responsabilidade objetiva – Súmula 479 do STJ – Inexigibilidade dos débitos decorrentes do contrato e restituição dos descontos indevidos que devem ser mantidos nos termos da r. sentença singular – DANOS MORAIS – Falha na prestação de serviço da parte ré, que bloqueou a conta corrente da autora, unilateral e abruptamente, por tempo relevante, superior a 40 dias, impossibilitando a autora de realizar as vendas de seus produtos – Aplicação da Súmula 227 do STJ – Danos morais caracterizados, cujo montante não merece qualquer redução ou majoração, devendo ser mantido na quantia arbitrada pela r. sentença singular, em R$ 12.000,00 – Sentença mantida – Recurso não provido.

RECURSO DA AUTORA – LUCROS CESSANTES – Não demonstrados, pela autora, efetivo déficit em seu faturamento após bloqueio da conta bancária, ônus que lhe incumbia – Danos materiais não devidos – MAJORAÇÃO DOS DANOS MORAIS – Não acolhimento – Indenização arbitrada respeitando os critérios da razoabilidade e proporcionalidade – Indenização mantida nos termos da r. sentença singular – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – Pretensão em ser considerado todo o proveito econômico ou o valor da causa para fins de arbitramento dos honorários de sucumbência – Não acolhimento – Ordem de preferência que deve levar em consideração, primeiramente, o valor da condenação líquida como parâmetro de arbitramento dos honorários de sucumbência – Aplicação do artigo 85, §2º, do CPC – Precedentes do STJ e desta E. Câmara – Ausência de honorários recursais, diante do arbitramento no limite máximo

Acesso ao Sumário

permitido pela legislação processual civil – Sentença mantida – Recurso não provido.

DISPOSITIVO – Recursos não providos.

VOTO

Recursos à r. sentença singular de fls. 677/685, proferida pela MMa. Juiza de Direito da 1ª Vara Cível do Foro Regional de São Miguel Paulista, Dra. Lucilia Alcione Prata que julgou procedente o pedido inicial, para declarar a inexigibilidade dos débitos decorrentes do contrato de empréstimo nº 147385999, no valor de R$ 427.000,00, bem como a inexigibilidade de todas as parcelas do referido empréstimo, encargos, taxas de juros e mora, sob pena de multa de R$ 5.000,00 a cada desconto indevido a partir da concessão da tutela.

Determinou aos réus que se abstenham de efetuar o desconto de qualquer valor ou parcela decorrente do referido contrato na conta corrente da autora, sob pena de multa de R$ 5.000,00 a cada desconto indevido realizado após ciência da tutela de urgência, tornando-a definitiva em seus termos.

Condenou os réus a restituírem à autora os valores indevidamente descontados de sua conta corrente à título de pagamento das parcelas do referido empréstimo, mediante correção monetária incidente de cada desconto e juros de 1% ao mês desde a citação.

Condenou ainda os réus ao pagamento da quantia de R$ 12.000,00, a título de danos morais, com correção monetária pela tabela prática do TJSP desde o arbitramento e acrescida de juros de mora de 1% ao mês desde a citação, julgando extinto o processo, com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, I, do CPC.

Em razão da sucumbência, condenou os réus ao pagamento de despesas processuais, bem como honorários advocatícios da parte adversa, arbitrados em 20% sobre o valor total da condenação.

Embargos declaratórios opostos pelos réus Mercado Pago e Mercado Crédito (fls. 688/696), sendo rejeitados (fls. 706/707).

Recorrem os réus Mercado Pago e Mercado Crédito e, de forma adesiva, a parte autora pretendendo a reforma do julgado, trazendo argumentos que entendem socorrer seus posicionamentos.

Recursos regularmente processados (fls. 712/730 e fls. 748/751).

Contrarrazões apresentadas pelas rés Mercado Pago e Mercado Crédito (fls. 755/767).

Oposição ao julgamento virtual pelas rés (fls. 1026).

Despacho determinado às recorrentes a complementação do preparo recursal (fls. 1028).

Acesso ao Sumário

Complemento apresentado pela parte autora através do incidente nº 50000 (fls. 02/03) e pela parte ré através do incidente nº 50001 (fls. 04/06).

É o relatório.

Trata-se de "ação de obrigação de fazer com pedido de tutela provisória de urgência c.c. indenizatória por perdas e danos" ajuizada por Layke Confecções Ltda – EPP em face de Mercado Pago.com Representações Ltda, Mercado de Crédito Fundo de Investimento Em Direitos Creditórios Não Padronizados e Captalys Gestão Ltda.

Alega a autora em sua inicial em síntese que em 28/12/2021 a autora fora vítima de fraude mediante empréstimo realizado no valor de R$ 427.000,00 – depositado na conta da autora no MercadoPago.

Afirma que os fraudadores conseguiram transferir via Pix o valor de R$ 30.000,00 e o restante do valor do empréstimo foi devolvido pela autora aos réus, sendo que em 03/02/2022 o valor foi transferido aos réus para quitação do empréstimo fraudulento.

Assinala que os réus continuam descontando o valor do empréstimo da autora não obstante o sistema dos réus aponte a existência de saldo devedor de R$ 118.895,30, como se o empréstimo ainda estivesse vigente.

Requer a procedência dos pedidos, com condenação da parte ré a suspender os descontos indevidos e que os réus se abstenham a bloquear as vendas e a conta corrente bancária da autora, a restituição dos valores pagos, bem como a declaração de nulidade do contrato de empréstimo e ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R$ 20.000,00.

Tutela antecipada deferida, para o fim de determinar aos réus que suspendam imediatamente os descontos realizados sobre as vendas dos produtos da autora e devolvam os valores até o momento descontados relativos ao empréstimo em discussão e se abstenham de bloquear a conta corrente e a conta de vendas da autora, no prazo de 15 dias, sob pena de multa de R$ 5.000,00, em caso de descumprimento (fls. 211/212).

Em contestação as rés Mercado Pago e Mercado Crédito alegam em síntese ilegitimidade passiva, visto que o ato fora praticado por terceiros. Sustentam que no boletim de ocorrências a autora confessa que acessou um link externo enviado pela pessoa que se passava por suposta funcionária do Mercado Pago.

Afirmam ausência de falha na prestação de serviço e culpa exclusiva da parte autora, bem como inexistência de ato ilícito e do dever de indenizar.

Certidão de decurso de prazo para a ré Captalys Gestão apresentar defesa (fls. 620).

Réplica às fls. 623/628.

Instadas a especificarem provas, houve manifestação pela parte autora e

Acesso ao Sumário

pela parte ré, ambas requerendo o julgamento antecipado da lide (fls. 632 e fls. 633/634).

Decisão saneadora às fls. 635/636.

Manifestação da parte ré (fls. 641/646) e da parte autora (fls. 676).

A r. sentença julgou procedente a demanda, nos termos já expostos.

Recorrem as partes.

Recurso das rés Mercado Pago e Mercado Crédito:

Recorrem as rés alegando em síntese que a parte autora foi vítima de "phising" ou do inglês "fishing", que significa uma forma de fraude eletrônica, que consiste em um fraudador se passar por uma pessoa ou empresa confiável enviando comunicação eletrônica, por e-mail, mensagem instantânea, SMS, dentre outros, havendo manifesta culpa exclusiva de terceiro e do autor.

Sustentam que o ocorrido nada se relaciona às empresas rés, sendo que a vulnerabilidade criada pela navegação insegura expôs seus acessos às contas mantidas junto às apelantes. Assinalam pela culpa exclusiva da empresa autora, ora apelada, não havendo qualquer prejuízo, visto que as recorrentes adotaram cautelas preventivas e de urgência a fim de evitar desfecho negativo à autora.

Entendem pela ilegitimidade passiva, em razão de fato atribuído à terceiro fraudador, não havendo qualquer ato ilícito imputável às recorrentes.

Alegam pelo exercício regular de direito, sendo adotada, pelas apelantes, medida de proteção dos usuários, dentro dos termos do contrato firmado entre as partes.

Apontam que o empréstimo foi cancelado e os valores restituídos antes mesmo da propositura da ação, sendo que a restituição prevista na r. sentença singular ensejará enriquecimento sem causa da parte autora, apelada.

Discorrem sobre a ausência de dever de indenizar, diante da culpa da vítima e fato de terceiro. Afirmam que a parte autora apelada confessa que os valores foram subtraídos por terceiro fraudador, bem como ter fornecido seus dados e credenciais de acesso a terceiros, havendo culpa concorrente, visto que a apelada sequer observou orientações de segurança da plataforma, não havendo que se falar em danos materiais ou morais. Subsidiariamente, pretendem a redução da condenação.

Sustentam que não existe dano moral *in re ipsa* em relação às pessoas jurídicas, sendo descabida a condenação pelos danos morais. Entendem pela redução dos honorários advocatícios de sucumbência.

Requerem a reforma.

O recurso não comporta provimento.

De início deve-se destacar que as rés recolheram o complemento do preparo recursal às fls. 05/06 do incidente 50001, conforme determinado pela r.

Acesso ao Sumário

decisão de fls. 1028, não havendo qualquer óbice para análise do mérito.

Pois bem.

Na hipótese dos autos a empresa autora sustenta que foi vítima de fraude, no dia 28/12/2021, mediante a realização de um empréstimo no valor de R$ 427.000,00, depositado em sua conta no MercadoPago (fls. 20).

Assinala que houve uma transferência da quantia de R$ 30.000,00 para terceira pessoa (fls. 21), sendo que a quantia de R$ 400.033,08 foi transferida para os réus, conforme comprovante de fls. 87.

Sustentam que retornaram em sua conta a quantia de R$ 30.000,00, sendo devolvida aos réus (fls. 96/98).

Dessa forma, sustenta que mesmo sendo realizada a devolução integral do empréstimo fraudulento, ainda assim continuaram os descontos de 35% sobre cada venda, bem como a existência de saldo devedor e o bloqueio de sua conta para movimentação.

Com efeito, não há dúvida da legitimidade passiva da parte ré, visto que a parte autora mantém relação jurídica contratual através de abertura de conta corrente na instituição Mercado Pago, onde recebeu o empréstimo fraudulento no valor de R$ 427.000,00, oriundo de transação com a empresa MercadoPago Fundo de Investimento Em Direitos Creditórios.

E a fraude é incontroversa, uma vez que as rés não negam que o empréstimo foi fraudulento, alegando tão somente a culpa da vítima e de terceiro, na tentativa de ser excluída a responsabilidade objetiva, inerente ao desenvolvimento de suas atividades.

No entanto, evidente que o réu deve responder por eventuais danos experimentados em razão de possíveis falhas no cumprimento do contrato.

A ação versa sobre operações bancárias ilícitas, sobretudo um empréstimo bancário fraudulento no valor de R$ 427.000,00, **o qual mesmo sendo restituído às rés (fls. 87, 96/98)**, continuou ensejando descontos de 35% sobre cada venda.

As mensagens e e-mails apresentados às fls. 24/33 demonstram que a parte autora informou a fraude e tentou solucionar a questão diretamente com a parte ré, porém, sem êxito.

O boletim de ocorrência comprova que a autora foi vítima do ato criminoso em decorrência do empréstimo realizado, sem autorização e transferência à terceiro (fls. 34/36).

O fato da autora ter acessado o *link* de pessoa que se passava por suposta funcionário do MercadoPago, não retira a responsabilidade das rés, as quais devem garantir um ambiente seguro quanto a utilização dos serviços que fornecem aos clientes.

Acesso ao Sumário

No entanto, a pessoa que encaminhou o *link* à autora, tinha total conhecimento dos dados pessoais e conta da parte autora, tanto quanto o número de celular e vínculo da autora com o réu MercadoPago.

De todo modo, a parte ré deveria ter comprovado efetivamente a regularidade do empréstimo e transferência impugnada, o que não restou evidenciado nos autos, a teor do artigo 373, II, do CPC.

Nesse passo, a contestação não foi instruída com qualquer elemento apto, sobretudo o acesso de terceiros ao sistema bancário que se pretende tão seguro.

Evidente, portanto, a responsabilidade objetiva da parte ré.

E ainda, as operações impugnadas nesta ação destoam do perfil da parte autora e, assim, realmente podem ser caracterizadas como fortuito interno, já que a parte ré falhou no dever de segurança.

Diferentemente do que alegam as rés, o caso é de fortuito interno, pois pouco importa se as operações foram realizadas dentro ou fora de suas dependências físicas, mas sim que foi utilizado o ambiente bancário em sentido amplo para as operações e, nesse sentido, caixas eletrônicos, aplicativos, internet banking enfim, tudo isso é considerado ambiente bancário.

Se a Instituição Financeira quer obter os bônus do mercado, deve arcar com os ônus.

Assim, não há como excluir a responsabilidade da parte ré que é objetiva nos termos da Súmula 479 do STJ, bem como do artigo 927, parágrafo único, do CC.

Esta Câmara já decidiu:

"AÇÃO DE RESSARCIMENTO POR DANOS MATERIAIS E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – Consumidora que foi vítima de roubo, tendo sido obrigado a fornecer seu celular e cartões bancários, com os quais os criminosos realizaram várias transferências via PIX – Sentença de procedência, declarando inexigíveis as transações descritas na petição inicial, com a consequente determinação de estorno dos valores à conta da autora e condenação da casa bancária ao pagamento de indenização por danos morais – Insurgência do banco réu – Parcial acolhimento – Afastadas as preliminares suscitadas tanto pelo recorrente (ilegitimidade de parte, formação de litisconsórcio necessário, denunciação da lide) quanto pela recorrida (ausência de requisitos legais de admissibilidade por falta de indicação dos nomes e qualificação das partes e violação ao princípio da dialeticidade) – Relação de consumo caracterizada – Fraude configurada – Transferências bancária que fogem do padrão habitual da consumidora e foram realizados em um só dia, tendo beneficiários comuns, a constituir forte indicativo de fraude – Falha na prestação de serviço configurada – Responsabilidade objetiva – Aplicação do art.14 do CDC e súmula 479 do STJ – Condenação da financeira à

Acesso ao Sumário

restituição dos valores descontados indevidamente – Restabelecimento do "status quo ante" – Dano moral não configurado – Ausente abalo de crédito, restrição cadastral, lesão às suas honras objetiva e subjetiva ou cobrança vexatória ou humilhante – Réu que não responde pelos impactos psíquicos decorrentes do roubo **– Verba sucumbencial redistribuída – Recurso parcialmente provido. (TJSP; Apelação Cível 1021772-57.2021.8.26.0554; Relator (a): Mendes Pereira; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santo André - 9ª Vara Cível; Data do Julgamento: 18/12/2022; Data de Registro: 18/12/2022) (g.n.).**

Dessa forma, não há que se falar em culpa concorrente, da vítima ou de terceiro para ocorrência da fraude.

Isso porque, a parte autora obteve empréstimo não autorizado em sua conta bancária, em decorrência de acesso por fraudadores, sendo que, mesmo realizando a devolução de valores indevidamente depositados em sua conta corrente, continuou a obter descontos de valores das parcelas do empréstimo, bem como sua conta foi bloqueada.

Desta feita, não se cogita de participação da autora na operação impugnada, restando evidente a ocorrência de fortuito interno, com responsabilidade objetiva e exclusiva da parte ré.

Esta Câmara já decidiu em situações que também se referem ao fortuito interno relativo à operações bancárias:

"AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – Pagamento de parcela de contrato de financiamento de veículo mediante boleto fraudado, pensando o autor ter sido enviado pela instituição financeira requerida – Ação julgada improcedente – Apelo do autor – Aplicação do Código de Defesa do Consumidor – Responsabilidade objetiva do réu – Teoria do risco do negócio – Incontroversa falha na prestação dos serviços prestados pela instituição financeira, pois a ré deixou vazar dados e informações pessoais do autor, concorrendo para a situação fraudulenta – Cabe às fornecedoras de serviços a salvaguarda de dados de seus clientes – Ausência de culpa concorrente do autor – Golpes desta natureza que devem ser considerados fortuito interno, pois representam risco inerente à atividade exercida pelos bancos, que devem preservar/resguardar os dados de seus clientes – Parcela paga que deve ser restituída ao autor, acrescida de correção monetária a contar do desembolso – Danos morais, no entanto, que não devem ser concedidos – Conquanto reflita a existência de algum dissabor ou desconforto na situação vivenciada pelo autor, não se justifica a concessão de indenização por dano moral – Sentença minimamente modificada – Sucumbência mantida, ressalvada a concessão da gratuidade de justiça –RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSP; Apelação

Acesso ao Sumário

Cível 1016342-64.2021.8.26.0477; Relator (a): Ramon Mateo Júnior; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro de Praia Grande - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 20/12/2022; Data de Registro: 20/12/2022) (g.n.).

Portanto, correta a sentença na declaração de inexigibilidade dos débitos decorrentes do contrato de empréstimo e condenação imposta às rés de ressarcir a integralidade dos valores indevidamente descontados da conta da autora a título de pagamento das parcelas do referido empréstimo.

Deve-se destacar que, diferentemente do alegado pelas rés, não houve comprovação nos autos de devolução dos valores descontados indevidamente da parte autora, sendo que a r. decisão de fls. 707, bem ponderou que "*se houve devolução como alegam basta que se prove no momento do cumprimento de sentença.*"

Assim, não há que se falar em enriquecimento ilícito, como alegado pelas rés, apelantes.

Por fim, no que se refere aos danos morais, melhor sorte não socorre as rés, apelantes.

A parte autora comprovou que realiza vendas de produtos através do MercadoPago (fls. 123/124, 127/128, 131/132, 135/136).

No entanto, em razão do empréstimo fraudulento realizado em sua conta corrente, houve a suspensão de sua conta para fim de concretizar vendas e realizar pagamentos a fornecedores.

Os e-mails apresentados nos autos comprovam que a conta da autora foi bloqueada em 28/12/2021 (fls. 25, 28, 29, 30), sendo que em 19/01/2022 a conta ainda permanecia suspensa (fls. 91).

Em 31/01/2022 a conta foi reativada (fls. 94), porém, no mesmo dia informaram a suspensão do uso do dinheiro em conta (fls. 95).

No dia 09/02, a parte autora informou que ainda encontrava-se com a conta bloqueada (fls. 101), assim como permanecia com o bloqueio no dia 18/02 (fls. 107).

Acesso ao Sumário

E ainda, a parte autora apresenta nos autos e-mail de cobrança de fornecedor para quitação de nota fiscal, atraso em decorrência dos infortúnios causados pelo bloqueio da conta corrente pelas rés (fls. 210).

Em resumo, a parte autora obteve empréstimo não autorizado em sua conta, realizou a devolução da quantia para a parte ré, continuou com descontos indevidos das parcelas e com saldo devedor superior a R$ 120.000,00 (fls. 111) e, ainda, obteve bloqueio da conta que obtinha para realização de vendas de seus produtos e pagamento de fornecedores, por mais de 40 dias.

Dessa forma, revela-se que os dissabores passados pela autora ultrapassam o mero aborrecimento, ensejando assim os danos morais arbitrados pela r.

sentença singular.

O dano moral no caso em análise decorre do bloqueio da conta corrente por mais de 40 dias junto a ré, o que impossibilitou a autora realizar vendas de produtos, bem como de pagamento de fornecedores, o que ensejou inclusive cobranças e ameaça de negativação do nome da empresa junto aos órgãos de proteção ao crédito (fls. 210), trazendo como consequência o descrédito, a desconfiança e desprestígio perante consumidores, fornecedores, parceiros, sendo desnecessária a comprovação de ofensa aos direitos de personalidade e do prejuízo sofrido.

Nesse sentido, entendimento desta E. Câmara:

"Apelação. Ação indenizatória. Autora que é microempresária (vendedora de marmitas) e possui conta corrente atrelada à pessoa jurídica, com utilização de duas máquinas GetNet. Bloqueio da conta corrente por suspeita de fraude, decorrente de contestação da operação bancária pelo titular da conta. Ação julgada procedente para determinar o desbloqueio da conta corrente da autora, condenando a ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 1.500,00, e por danos materiais (lucros cessantes), pelo valor de R$ 5.010,00. Apelo de ambas as partes. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Irrecusável falha do serviço da instituição financeira, que bloqueou a conta corrente da autora, unilateral e abruptamente, por tempo juridicamente relevante (aproximadamente 8 meses). Casa bancária que extrapolou no dever fiscalizatório, causando prejuízos à autora, devendo por eles responder. Danos morais caracterizados, cujo montante deverá ser majorado para R$ 10.000,00. Danos materiais. Sentença que deve ser reformada, nesse ponto, posto que não demonstrados, pela autora, efetivo déficit em seu faturamento após bloqueio da conta bancária, ônus que lhe incumbia. APELOS PARCIALMENTE PROVIDOS." (TJSP; Apelação Cível 1009340-60.2020.8.26.0127; Relator (a): Ramon Mateo Júnior; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro de Carapicuíba - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 04/08/2021; Data de Registro: 04/08/2021) (g.n.).

E ainda, há entendimento pacífico no STJ, quanto a possibilidade de danos morais à pessoa jurídica, através da Súmula 227, que prevê:

"Súmula 227- A pessoa jurídica pode sofrer dano moral."

Sob esse aspecto, a indenização por danos morais não pode ser exagerada a ponto de causar enriquecimento a quem deve ser indenizado e nem fixada em valor ínfimo e insuficiente ao fim a que se destina que é o de evitar e desencorajar futuras desídias e servir como reparação pelos dissabores experimentados.

Todavia, no que se refere ao quantum indenizatório, assinale-se que, a respeito do tema, é pacífica a jurisprudência dos nossos Tribunais Superiores,

Acesso ao Sumário

no sentido de que "*a indenização por dano moral deve atender a uma relação de proporcionalidade, não podendo ser insignificante a ponto de não cumprir com sua função penalizante, nem ser excessiva a ponto de desbordar da razão compensatória para a qual foi predisposta*" (STJ, REsp 318379-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.9.2001).

Assim, não há que se falar em redução, devendo ser mantida a indenização por danos morais arbitrados pela r. sentença singular no valor de R$ 12.000,00, com correção monetária do arbitramento e juros de mora de 1% ao mês da citação.

Recurso não provido.

Recurso da autora:

Recorre a parte autora alegando em síntese que os lucros cessantes foram comprovados documentalmente, não sendo impugnados.

Afirma que bloquearam a conta de venda da autora no Mercado Livre, impedindo a autora por diversos dias de vender seus produtos. Assinala que vive de vendas e, sendo impedida de vender, perdeu dinheiro e teve prejuízo.

Sustenta que bloquearam a conta de venda da autora no Mercado Pago, com saldo em conta, restando impedida de realizar transferências ou pagamentos, sendo inclusive notificada por fornecedores por estar inadimplente. Entende que deve ser apurado o prejuízo em liquidação de sentença.

Alega pela majoração dos danos morais em pelo menos R$ 20.000,00 e pugna pela fixação dos honorários através da soma de todo o proveito econômico, ou pelo valor da causa.

Requer a reforma.

De início deve-se destacar que a autora realizou o pagamento do preparo em dobro, conforme fls. 02/03 do incidente nº 50000, nos termos determinados pela r. decisão de fls. 1028 dos autos.

Destaca-se que a parte autora comprovou que efetivamente realizou o pagamento da guia do preparo em dobro com vinculação ao presente feito, bem como demonstrou o pagamento através de pesquisa realizada pela Secretaria da Fazenda e Planejamento (fls. 1036/1037 e 1041/1042), restando pela regularidade do recolhimento do preparo recursal, com possibilidade da análise do mérito.

Pois bem.

No tocante aos danos materiais, consubstanciados nos lucros cessantes, a parte autora apelante alegou que em decorrência do bloqueio de sua conta deixou de vender seus produtos, obtendo prejuízos.

Para tanto, apresentou "Métricas de Vendas" dos meses de Novembro e Dezembro de 2021 (fls. 121 e 125), bem como Janeiro e Fevereiro de 2022 (fls. 129 e 133), apontando como Faturamento Bruto respectivamente de R$

Acesso ao Sumário

66.415,00, R$ 30.097,00, R$ 3.218,00 e R$ 55.958,00.

Deve-se destacar que somente pelas métricas de vendas, com demonstração de faturamento bruto, não revela-se suficiente para demonstrar efetivamente o prejuízo alegado pela parte autora.

Era necessária, no mínimo, a apresentação de documentos que comprovassem efetivamente as vendas realizadas, indicando o faturamento líquido, para tal cotejamento, o que facilmente poderia ter sido apresentado.

As métricas apresentadas consistem em apontamentos de quantidade de vendas, unidades vendidas e preço médio, como uma simples consulta, sem demonstração efetiva do que de fato foi efetivamente vendido pela autora

Evidente que o valor das vendas mensais (valor bruto) não corresponde ao faturamento líquido da autora.

De toda forma, os lucros cessantes não podem ser presumidos.

O art. 402 do Código Civil dispõe:

"Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar."

A propósito, Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes (Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República, Vol. I, Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 727/726):

"A prova da existência de dano é indispensável para o surgimento do dever de indenizar e deve ser feita, em regra, por quem alega o prejuízo. A efetiva comprovação dos prejuízos é tão importante que mesmo que se comprove a violação de um dever jurídico e a culpa ou dolo do infrator, nenhuma indenização será devida, se não houve prejuízo."

Assim, embora presumida a redução da venda pela autora, tal aspecto não é suficiente para condenar a ré ao pagamento dos lucros cessantes, dado que a autora deixou de demonstrar o real déficit em seu faturamento, ou seja, a privação de ganho econômico-financeiro durante o período em que a conta corrente permaneceu bloqueada, motivo pelo qual, não há que se falar em lucros cessantes, devendo permanecer a r. sentença singular em seus termos.

No que se refere aos danos morais, deve permanecer o valor arbitrados pela r. sentença singular, visto que arbitrado na quantia de R$ 12.000,00, com observância aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade, não merecendo qualquer redução ou majoração, conforme fundamentos apresentados no recurso das empresas rés, acima.

Por fim, no que se refere aos honorários advocatícios, não assiste razão a parte autora.

A r. sentença singular julgou procedente a demanda, condenando as rés

Acesso ao Sumário

ao pagamento de despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 20% sobre o valor total da condenação, no que se refere especificamente ao valor a restituir e os danos morais (fls. 685).

No entanto, a parte autora pretende a fixação dos honorários, considerando a soma de todo o proveito econômico, ou pelo valor da causa.

No entanto, sem razão.

O art. 85, §2º, do CPC estabelece critérios para fixação dos honorários advocatícios de sucumbência:

> **"Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:**
>
> **I o grau de zelo profissional;**
>
> **II o lugar de prestação do serviço;**
>
> **III a natureza e a importância da causa;**
>
> **IV o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço." (g.n.).**

O STJ, em precedente, estabeleceu ordem de preferência para a fixação dos honorários sucumbenciais:

> **"RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. JUÍZO DE EQUIDADE NA FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. NOVAS REGRAS: CPC/2015, ART. 85, §§ 2º E 8º. REGRA GERAL OBRIGATÓRIA (ART. 85, § 2º). REGRA SUBSIDIÁRIA (ART. 85, § 8º). PRIMEIRO RECURSO ESPECIAL PROVIDO. SEGUNDO RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.**
>
> **1. O novo Código de Processo Civil – CPC/2015 promoveu expressivas mudanças na disciplina da fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais na sentença de condenação do vencido.**
>
> **2. Dentre as alterações, reduziu, visivelmente, a subjetividade do julgador, restringindo as hipóteses nas quais cabe a fixação dos honorários de sucumbência por equidade, pois: a) enquanto, no CPC/1973, a atribuição equitativa era possível: (a.I) nas causas de pequeno valor; (a. II) nas de valor inestimável; (a. III) naquelas em que não houvesse condenação ou fosse vencida a Fazenda Pública; e (a. IV) nas execuções, embargadas ou não (art. 20, § 4º);**
>
> **b) no CPC/2015 tais hipóteses são restritas às causas: (b.I) em que o proveito econômico for inestimável ou irrisório ou, ainda, quando (b. II) o valor da causa for muito baixo (art. 85, § 8º).**
>
> **3. Com isso, o CPC/2015 tornou mais objetivo o processo de determinação da verba sucumbencial, introduzindo, na conjugação dos §§ 2º e 8º do art. 85, ordem decrescente de preferência de critérios**

Acesso ao Sumário

(ordem de vocação) para fixação da base de cálculo dos honorários, na qual a subsunção do caso concreto a uma das hipóteses legais prévias impede o avanço para outra categoria.

4. Tem-se, então, a seguinte ordem de preferência: (I) primeiro, quando houver condenação, devem ser fixados entre 10% e 20% sobre o montante desta (art. 85, § 2º); (II) segundo, não havendo condenação, serão também fixados entre 10% e 20%, das seguintes bases de cálculo: (II. a) sobre o proveito econômico obtido pelo vencedor (art. 85, § 2º); ou (II. b) não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, sobre o valor atualizado da causa (art. 85, § 2º); por fim, (III) havendo ou não condenação, nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou em que o valor da causa for muito baixo, deverão, só então, ser fixados por apreciação equitativa (art. 85, § 8º).

5. A expressiva redação legal impõe concluir: (5.1) que 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; (5.2) 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.

6. Primeiro recurso especial provido para fixar os honorários advocatícios sucumbenciais em 10% (dez por cento) sobre o proveito econômico obtido. Segundo recurso especial desprovido. (REsp 1746072, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 13/02/2019) (g.n.).

E o entendimento desta E. Câmara:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Alegada omissão no V, Acórdão, ao não dispor sobre o percentual de honorários advocatícios devidos pela ré, e sua forma de apuração – Ocorrência – Sentença de parcial procedência, carreando a verba sucumbencial ao autor, ora apelante, e fixando os honorários advocatícios em 10% do valor atualizado da causa – Condenação com base no valor da causa que se deu ante a inexistência de condenação em valor líquido – Com o acolhimento do apelo, a demanda passou a ter condenação em valor líquido (danos morais), de modo que os honorários advocatícios, agora carreados à ré, devem ser fixados com base no valor da condenação (20% sobre o valor da condenação atualizado) – EMBARGOS ACOLHIDOS." (TJSP; Embargos de Declaração Cível 1009060-45.2021.8.26.0292; Relator (a): Ramon Mateo Júnior; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro de Jacareí -

Acesso ao Sumário

3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 23/06/2022; Data de Registro: 23/06/2022) (g.n.).

Dessa forma, tem-se que a condenação líquida serve como primeiro critério a ser observado para arbitramento da verba honorária de sucumbência.

Nesse sentido, entendimento desta E. Câmara que bem observa primeiramente o critério da condenação líquida, para somente após serem analisados outros parâmetros para servir como base de cálculo dos honorários de sucumbência.

Confira-se:

"HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – Pretensão de majoração – Ação declaratória de inexigibilidade de débito prescrito – Pedido julgado procedente – Sentença que havia fixado a verba honorária em 10% sobre o valor de R$ 6.128,47 dado à causa, representando valor irrisório – Inexistência de condenação líquida para servir como primeiro critério – Fixação nos termos do art. 85, § 8º, do CPC – Cabimento – Arbitramento que deve considerar a natureza da causa, sua importância para o requerente, a atuação do causídico inclusive na esfera recursal, e remunerar proporcionalmente o seu trabalho – Recurso provido a fim de fixar a verba honorária em R$ 1.200,00 (artigo 85, §§ 8º e 11, do CPC), a ser paga pela ré ao patrono do autor." (TJSP; Apelação Cível 1009022- 95.2020.8.26.0606; Relator (a): Mendes Pereira; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro de Suzano - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 18/12/2022; Data de Registro: 18/12/2022) (g.n.).

Portanto, em consonância com a regra trazida pelo vigente CPC, o arbitramento da verba honorária deve ser com base, primeiramente, no valor da condenação, considerando os valores a restituir e os danos morais, nos exatos termos da r. sentença singular.

Recurso não provido.

Deixa-se de majorar a verba honorária em grau recursal, diante do arbitramento em primeiro grau, no limite máximo permitido pelo artigo 85, §2º, do CPC.

Em harmonia com todo o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** aos recursos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1058734-52.2022.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BANCO PSA FINANCE BRASIL S/A, é apelado DAUDELINO AGUIRRE (JUSTIÇA

GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 2227)**

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

São Paulo, 13 de setembro de 2023.

LUÍS H.B. FRANZÉ, Relator

Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO. SEGURO.

1. CONTROVÉRSIA. Sentença que reconhece a abusividade da imposição do seguro prestamista. Insurgência recursal da Instituição Financeira ré.

2. ABUSIVIDADE DO SEGURO. Afastada. Não configurada a venda casada, porque o contrato assegura, ao autor, tanto a liberdade para contratar a cobertura securitária, quanto para escolher a seguradora (STJ, Tema repetitivo 972).

2. RECURSO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de ação revisional de contrato que DAUDELINO AGUIRRE move em face de BANCO PSA FINANCE BRASIL S/A, julgada PARCIALMENTE PROCEDENTE, para reconhecer a abusividade das cobranças referentes à tarifa de seguro prestamista, observando neste aspecto, que sobredito encargo, bem como os juros contratuais cobrados sobre esta tarifa, deverá ser abatido do montante da dívida (compensação) e, na hipótese de quitação do contrato, devolvidos, corrigidos monetariamente pela Tabela Prática do TJSP desde seu desembolso, e com juros de mora de 1% ao mês desde a citação.

Em apelação, o requerido alegou que não existem cláusulas abusivas no contrato em discussão. Afirmou que o autor concordou com cada uma das cláusulas do contrato. Disse que o negócio jurídico firmado entre as partes só poderia ser anulado caso houvesse erro ou ignorância, dolo, coação, simulação ou fraude, o que não ocorreu. Relatou que há possibilidade da cobrança de tarifas bancárias no decorrer do contrato. Sustentou a contratação do seguro prestamista pelo autor ocorreu por sua livre vontade. Afirmou que a contratação do finan-

Acesso ao Sumário

ciamento não está condicionada à contratação de qualquer outro serviço. Negou a ocorrência de venda casada. Pleiteia o provimento do recurso.

Recurso regularmente processado, com apresentação das contrarrazões às fls. 165/185.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

As partes firmaram cédula de crédito bancário n° 201655883 para financiamento de veículo, a ser pago em 48 parcelas fixas e mensais de R$ 1.357,19, com juros remuneratórios pré-fixados ao patamar de 1,90% ao mês e 25,34% ao ano, com taxa referente ao CET (Custo Efetivo Total) de 2,48% ao mês e de 34,72% ao ano (fls. 60/62).

1. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor (STJ, súmula 297)

Parte-se da premissa que a relação travada entre as partes é de consumo, o que faz incidir, na hipótese, todas as regras e os princípios esculpidos no Código de Defesa do Consumidor, legislação protetiva especial da parte considerada hipossuficiente técnica e economicamente.

Na hipótese, a parte autora é parte hipossuficiente em razão de sua vulnerabilidade, pois o: "*fornecedor que por sua posição de monopólio, fático ou jurídico, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõe sua superioridade a todos que com ele contratam*" (CLÁUDIA LIMA MARQUES, "Contratos no Código de Defesa do Consumidor", São Paulo: Editora RT, 3ª edição, páginas 147/149).

Já a parte ré está na condição de fornecedora dos serviços, como se vê do art. 3º do mesmo CDC, assim redigido: "*Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestações de serviços.*"

Por essas razões, a Súmula nº 297 do C. Superior Tribunal de Justiça assegura a aplicação da legislação consumerista ao caso em tela, ao expressar: "*O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras*".

Acesso ao Sumário

2. Seguro prestamista (STJ, Tema repetitivo 972)

No tocante à contratação do seguro prestamista, não basta observar a liberdade de contratar ou não a cobertura securitária, sendo necessária também a demonstração da liberdade de escolher o outro contratante, para a caracterização ou não da venda casada.

Vale dizer, deve estar bem claro ao consumidor: (i) a liberdade ou não de contratar o seguro prestamista, bem como (ii) a necessária demonstração da liberdade de escolher o contratante para a caracterização ou não da venda casada.

Nesse sentido é determinado pelo Tema repetitivo 972, do C. Superior Tribunal de Justiça, fixando a tese, a saber: "*2 - Nos contratos bancários em geral, o consumidor não pode ser compelido a contratar seguro com a instituição financeira ou com seguradora por ela indicada.*"

Igualmente, esse é o entendimento deste E. Tribunal de Justiça:

"*DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL C.C. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. SEGURO. Reconhecida a ocorrência de venda casada no que tange ao seguro de proteção financeira. Inexistência de cláusula contratual expressa e destacada que ressalte o caráter eletivo da contratação do seguro (em seus dois enfoques liberdade de contratar e escolha do outro contratante) e a natureza facultativa dela. Aplicação do entendimento fixado pelo Superior Tribunal de Justiça para fins do artigo 1.040 do Código de Processo Civil (REsp 1.639.320/SP). Restituição do prêmio à demandante, permitida a compensação. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO*" (TJSP, Apelação nº 1001772-30.2022.8.26.0189, relator Desembargador Afonso Braz, j. em 22.08.2022).

No caso presente há cláusula contratual expressa e destacada ressaltando o caráter eletivo da contratação de seguro (em seus dois enfoques – liberdade de contratar e escolha do outro contratante) destacando a natureza facultativa dela:

"*(g) possui ciência de que a contratação de qualquer modalidade de seguro é opcional, não sendo condição imposta pelo BANCO para a aceitação da proposta de crédito, ficando a seu exclusivo critério a contratação da seguradora e modalidade de pagamento de sua preferência*" (fls. 62).

Diante disso, não se pode afirmar a ocorrência da denominada venda casada, uma vez que demonstrada a natureza eletiva da contratação.

3. Dispositivo

Destarte, reformo a r. sentença para julgar improcedente a ação.

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

Deixo de majorar os honorários, por não ser hipótese de incidência do § 11, do art. 85, do CPC/15.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005756-09.2020.8.26.0604, da Comarca de Sumaré, em que é apelante PRISMA COMERCIAL EXPORTADORA DE OLEOQUÍMICOS LTDA., é apelada HOYER GLOBAL (BRASIL) TRANSPORTES LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27415)**

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

São Paulo, 15 de setembro de 2023.

HELIO FARIA, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Ação de cobrança – DESERÇÃO – Sentença de procedência – Inconformismo da ré – Pedido de gratuidade judiciária em sede recursal indeferido e ausência de recolhimento de preparo – Determinado o recolhimento, o suplicante deixou transcorrer in albis o prazo sem qualquer manifestação – Deserção configurada – Recurso não conhecido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a sentença de fls. 809/810 que julgou procedente a ação de cobrança para condenar a ré a pagar à autora o correspondente a USD 107.833,08, convertido pela taxa de câmbio oficial na data do efetivo pagamento, acrescido de juros de 1% ao mês a partir da citação sobre o valor convertido, além de arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação.

A empresa ré apela alegando que está em momento de delicada situação financeira, passando por um processo de recuperação judicial; além de responder por mais de 60 ações judiciais. Pugna pela concessão da gratuidade judiciária.

No mérito aduz que os documentos juntados estão claramente em idioma estrangeiro, sem a respectiva tradução juramentada; que a cobrança não pode ser imposta à suplicante, pois que há uma notória carência probatória.

Alega que há manifesta desproporção na penalidade sofrida por uma parte em detrimento da outra; há uma impossibilidade de reequilíbrio contratual, em razão de contrato tipicamente adesivo; fato de terceiro, alheio ao razoável controle das partes.

Diz que a cobrança entabulada pela recorrida é abusiva, inclusive no que tange às perdas e danos, especialmente porque a própria estipula todas as condições e termos e condições do negócio e busca auferir valor manifestamente superior ao devido.

Acesso ao Sumário

Pugna pela reforma da sentença, com inversão da sucumbência.

Recurso sem preparo e respondido.

Determinada a comprovação da gratuidade judiciária pela empresa apelante no despacho de fls. 845/846, foi juntada a documentação de fls. 850/857.

Sobreveio o despacho de fls. 859/860, que indeferiu a gratuidade judiciária e concedeu o prazo de 5 dias para o preparo recursal, sob pena de deserção.

Decorrido o prazo sem qualquer manifestação, os autos me vieram conclusos.

É o relatório.

Cabe salientar que a taxa judiciária é renda pública por força de lei, descabendo ao magistrado abrir mão de sua exigência, ou diferir-lhe o pagamento, salvo nos casos nela expressamente previstos.

Conforme determina a Lei Estadual 15.855 de 02 de julho de 2015, que alterou a Lei nº 11.608/2003, em seu artigo 4º, inciso II, o preparo da apelação deverá ser de 4% (quatro por cento) sobre o valor da causa, válido a partir de 01/01/2016, nos termos do artigo 1007 do Código de Processo Civil.

No ato da interposição do apelo a suplicante nada recolheu, pleiteando a gratuidade judiciária. Embora concedido prazo comprovação da *benesse*, a recorrente juntou documentação insuficiente, motivo pelo qual sobreveio o indeferimento.

O prazo para recolhimento do preparo decorreu sem qualquer manifestação.

Desta forma, diante da inobservância do requisito essencial de admissibilidade da apelação, deve o recurso ser considerado deserto, nos termos do artigo 1007 do novo Código de Processo Civil.

Este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO AGRAVADA PUBLICADA NA VIGÊNCIA DO CPC/1973. JUSTIÇA GRATUITA. INDEFERIMENTO. APELAÇÃO. PREPARO. DESERÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. COISA JULGADA. INEXISTÊNCIA. DECISÃO MANTIDA.

1. “Deve ser afastada a deserção da apelação quando, no momento de sua interposição, a parte acreditava estar no gozo do benefício da assistência judiciária gratuita, mesmo porque ainda aguardava o resultado do julgamento de recurso pelo qual buscava reverter a decisão que revogara o benefício da gratuidade” (REsp n. 404.539/SP, Relator Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 20/11/2012, DJe 10/12/2012).

2. Na linha da jurisprudência do STJ, se o benefício da justiça gratuita ou o requerimento de diferimento do pagamento das custas for negado, deve ser possibilitado à parte o recolhimento do preparo

Acesso ao Sumário

recursal, antes de se decretar deserta a apelação. Precedentes.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 818586/SP, Quarta Turma, Relator Ministro Antônio Carlos Ferreira, julgado em 26/04/2016). Grifo nosso.

Pelo voto, não conheço do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1011524-81.2022.8.26.0009, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FUNDO DE INVESTIMENTO EM DIREITOS CREDITORIOS MULTISEGMENTOS NPL IPANEMA VI - NAO PADRONIZADO, é apelado RAFAEL ARAÚJO SILVA.

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 48098)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI (Presidente) e CLÁUDIA GRIECO TABOSA PESSOA.

São Paulo, 15 de setembro de 2023.

JOÃO CAMILLO DE ALMEIDA PRADO COSTA, Relator

Ementa: PRESCRIÇÃO. Ação declaratória de inexigibilidade de dívida oriunda do inadimplemento de contratos bancários, ante o reconhecimento da prescrição quinquenal. Vedação à cobrança do débito a qualquer título e ordem de exclusão do registro do nome do autor da plataforma digital Serasa Limpa Nome, ainda que seja ela de acesso exclusivo do interessado e que se preste meramente à renegociação de débitos, não tendo natureza de restrição cadastral. Inexistência de justificativa plausível para a perpetuação do registro de dívida prescrita. Pedido inicial julgado procedente. Sentença mantida. Recurso desprovido.

Dispositivo: negaram provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 205/207 e 213/214, de relatório adotado, que, em ação declaratória, julgou procedente o pedido inicial.

Sustenta o recorrente, em síntese, que o portal Serasa Limpa Nome não tem por finalidade a cobrança de débitos, mas apenas possibilita a negociação de dívidas em aberto, sem restrição cadastral ao nome do devedor. Salienta que a prescrição apenas inibe o exercício do direito de ação, mas não torna as dívidas inexigíveis e o direito do credor de proceder à sua cobrança extrajudicial também permanece.

O recurso é tempestivo, foi preparado e respondido.

É o relatório.

Versam os autos sobre ação declaratória em que fundamenta o autor sua postulação em indevida cobrança de dívida prescrita, formulando pedido de declaração de inexigibilidade do débito fulminado pela prescrição e a cessação dos atos de cobrança.

O pedido inicial foi julgado procedente pela r. sentença de fls. 205/207 e 213/214 para declarar a inexigibilidade da dívida, reconhecer a ocorrência da prescrição e determinar que o réu deixe de realizar cobranças do débito, bem como para condená-lo ao pagamento das custas processuais e de honorários em favor do advogado do autor, arbitrados em 10% sobre o valor da causa.

Nego provimento ao recurso.

É que aflora cristalino do exame destes autos que a postulação deduzida e que tem por finalidade a declaração de inexigibilidade da obrigação impugnada nesta demanda é legítima, ante a consumação da prescrição da dívida constituída em virtude do inadimplemento do contrato n. 21121000080407, no valor de R$ 760,83, com vencimento em 02/02/2014 (fls. 20) e contrato n. 92738, no valor de R$ 631,06, com vencimento em 01/07/2013 (fls. 22), circunstância que constitui empeço à cobrança extrajudicial realizada pelo réu.

Assim é porque se faz aplicável à espécie o prazo prescricional quinquenal a que alude o artigo 206, § 5º, I, do Código Civil, tanto é que se cuida aqui de dívida líquida constante de instrumento particular, vencidas as obrigações no dia 02/02/2014 e 01/07/2015, motivo pelo qual esgotaram-se em 02/02/2019 e 01/07/2020 os prazos prescricionais pertinentes, a justificar a declaração de inexigibilidade dos débitos impugnados na causa.

Neste sentido, há precedentes desta Corte:

"Declaratória de inexigibilidade de débito – Prescrição da dívida – Artigo 206, §5º, I, do CC – Inexigibilidade reconhecida – Sentença mantida – Recurso improvido, com majoração dos honorários advocatícios, nos termos do art. 85, §1º e §11, do CPC." (Apel. 1011144-06.2018.8.26.0007, Rel. Des. Souza Lopes,

Acesso ao Sumário

j. 27-11-2019).

"Apelação – Ação declaratória – Sentença de acolhimento do pedido – Irresignação improcedente. Autor que celebrou contrato de empréstimo CDC e não satisfez todas as parcelas do mútuo. Empresa de cobrança ré que, após quase sete anos da data programada para o vencimento da última parcela do mútuo, passa a cobrar do autor o saldo remanescente do débito. Prescrição do art. 206, §5º, I, do CC consumada. Obrigação inexigível neste passo. Atos de cobrança indevidos. Negaram provimento à apelação." (Apel. 1002663-38.2019.8.26.0001, Rel. Des. Ricardo Pessoa de Mello Belli, j. 25-11-2019).

"Ação declaratória de inexigibilidade de débitos. Contratos bancários. Empréstimo. Cessão de Crédito. Prescrição. Artigo 206, § 5º, I do Código Civil. Inexigibilidade do débito. Sentença mantida. Recurso desprovido." (Apel. 1114925-56.2018.8.26.0100, Rel. Des. Luis Carlos de Barros, j. 04-11-2019).

E o reconhecimento da inexigibilidade dos débitos impugnados na causa, ante a consumação da prescrição, deve importar não somente na vedação à cobrança por qualquer meio [judicial ou extrajudicial], mas também na exclusão do registro realizado em nome do autor na plataforma "Serasa Limpa Nome", ainda que seja ela de acesso exclusivo ao devedor, porque não há justificativa plausível para a manutenção de questionados apontamentos por prazo indeterminado.

Neste sentido, há precedentes desta Corte:

"Apelações – Ação declaratória c.c. indenizatória – Débito prescrito apontado no 'Serasa Limpa Nome' – Sentença de acolhimento do pedido declaratório e de rejeição do indenizatório. 1. Débito prescrito, o que não se discute. Declaração da inexigibilidade da dívida que se impõe, em virtude da extinção do direito de reclamá-la em juízo, mercê da prescrição. 2. Pedido cominatório de abstenção dos atos de cobrança que se acolhe, pois não se justifica reconhecer ao credor o direito de realizar cobranças extrajudiciais, sobretudo no âmbito de relações de consumo, sob pena de fazer indefinida a questão e deixar o consumidor, permanentemente, sujeito a importunações. 3. Consequente determinação para cancelamento daquela anotação, inclusive para que não reflitam na formação do chamado 'score'. Do contrário, estaríamos admitindo que nosso sistema jurídico contempla sanção eterna, já que o devedor, em tal hipótese, jamais se livraria da pecha de mau pagador ou, o que dá na mesma, das respectivas consequências, pese a prescrição. 4. Não demonstrado, porém, o efetivo caráter restritivo do cadastro em questão, isto é, a possibilidade de trazer algum tipo de comprometimento à imagem da autora no meio social, em termos de abalo ao crédito. Dano moral não caracterizado. Precedentes desta Corte. 5. Sentença reformada, para acolhimento do pedido voltado ao cancelamento da anotação e do cominatório. Responsabilidades pelas verbas da sucumbência

Acesso ao Sumário

distribuídas em proporção. Deram parcial provimento a ambas as apelações." (Apelação n. 1009516-42.2020.8.26.0223; Relator Ricardo Pessoa de Mello Belli; j. 08/11/2021).

"APELAÇÃO – Ação declaratória cumulada com pedido indenizatório – Proposta para quitar dívida prescrita na plataforma "Serasa Limpa Nome" – Extinção do processo sem resolução do mérito, em razão do reconhecimento da ilegitimidade passiva da ré – Pleito de reforma – Possibilidade, em parte (...) Prescrição que não extingue a dívida, mas obsta a cobrança judicial e extrajudicial da obrigação – Credor do débito prescrito a quem compete, tão somente, aguardar eventual adimplemento voluntário, vedada a cobrança por qualquer meio – Pedido de exclusão da plataforma do Serasa – Plataforma que permite eventual acesso, ainda que restrito, para fins de cobrança indireta (por meio de proposta de acordo) – Pertinência da exclusão – Dano moral – Ausência de provas quanto à pontuação do score, anteriormente ao acesso do 'Feirão Serasa Limpa Nome' – Plataforma restrita aos consumidores – Proposta que não é acessível a terceiros – Inúmeras restrições realizadas por outras empresas e não impugnadas – Dano não demonstrado – Autora que sucumbiu substancialmente – Recurso parcialmente provido." (Apelação n. 1023712-88.2021.8.26.0576; Relª. Desª. Claudia Grieco Tabosa Pessoa; j. 09/11/2021).

"AÇÃO DECLARATÓRIA – COBRANÇA INDEVIDA – DÍVIDA PRESCRITA – I- Sentença de parcial procedência – Apelo do autor – II- Alegação do autor de que seu nome está inscrito na plataforma 'Serasa Limpa Nome' por débitos já prescritos, o que lhe acarreta baixo 'score' perante os fornecedores de crédito – Prescrição dos débitos, bem como a declaração de sua inexigibilidade, incontroversas – Prescritas as dívidas, impossível que se proceda à cobrança, quer por meio judicial, quer por meio extrajudicial, descabendo, assim, a manutenção de seu apontamento – Determinação de que a ré se abstenha de efetuar novas cobranças referentes aos débitos em tela – Sentença parcialmente reformada – Ação procedente – Ônus sucumbenciais carreados à ré, incluídos os honorários recursais – Apelo provido." (Apelação n. 1013807-63.2020.8.26.0004; Rel. Des. Salles Vieira; j. 28/10/2021).

Como remate, a nota de que se faz indisputável a responsabilidade do réu, ora recorrente, pelo pagamento dos encargos sucumbenciais, mesmo porque foi ele que deu causa à propositura da ação, ao inserir dívida prescrita em nome do autor na plataforma Serasa Limpa Nome.

E, como se sabe, "no que tange aos consectários legais vige o princípio da causalidade, que tem por premissa básica o prejuízo." (Apel 1008477-45.2021.8.26.0006, Rel. Des. Cauduro Padin, 13ª Câmara de Direito Privado; j. 13/05/2022).

Acesso ao Sumário

Em suma, atento à circunstância de que as razões expendidas neste recurso de apelação não se prestam a abalar os fundamentos da r. sentença proferida, preservo-a por seus fundamentos e pelos ora delineados, majorados os honorários devidos pelo réu ao advogado do autor [que se conformou com o critério de arbitramento estabelecido em primeiro grau] para 20% sobre o valor atualizado da causa (CPC, 85, § 11).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001487-02.2020.8.26.0288, da Comarca de Ituverava, em que é apelante ROBERTO DINIZ JUNQUEIRA FILHO, é apelado CORAM - COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES AGRÍCOLAS LTDA.

ACORDAM, em 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "REJEITARAM A PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 48585)**

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

São Paulo, 18 de setembro de 2023.

PAULO ALCIDES, Relator

Ementa: EMBARGOS À EXECUÇÃO E CAUTELARES DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO. DUPLICATAS MERCANTIS. Ausência de fundamentação. Inocorrência. nulidade afastada. No mérito, improcedência. Apelo do requerente. Acolhimento. Duplicata é título de crédito causal. Comprovada a fraude do negócio jurídico subjacente. Funcionário do requerente adquiriu mercadorias em seu nome, desviando-as em proveito próprio. Os insumos agrícolas foram retirados por terceiros e entregues em endereço distinto das fazendas do apelante. Teoria da Aparência. Impossibilidade de aplicação. Signatário do ajuste não possuía poderes para assumir obrigações em nome do recorrente. Falta de cautela por parte da requerida na comercialização de produtos sem verificação da legiti-

Acesso ao Sumário

midade do funcionário e cujo valor das compras fugia completamente do perfil do cliente. Sentença reformada para acolher os pedidos, declarando a inexistência de relação jurídica entre as partes e inexigíveis as duplicatas mercantis em discussão, determinando o cancelamento dos protestos. Execução extinta (art. 924, I, do CPC). PRELIMINAR REJEITADA, RECURSO PROVIDO.

VOTO

ROBERTO DINIZ JUNQUEIRA FILHO apela da r. sentença (fls. 1270/1286), que julgou improcedentes os pedidos dos embargos à execução (nº 1002101-07.2020.8.26.0288) e das cautelares de sustação de protesto (1001487-02.2020.8.26.0288 e 1001498-31.2020.8.26.0288) propostos contra **CORAM - COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES AGRÍCOLAS LTDA.**

Sustenta, em preliminar, a nulidade da decisão por falta de fundamentação. No mérito, argumenta que os títulos de crédito objeto das execuções são nulos, porque emitidos mediante fraude, devidamente apurada na esfera criminal, não tendo sido a compra das mercadorias consentida pelo recorrente e que não há comprovação da entrega dos materiais em suas fazendas. Ressalta que seu ex-funcionário João Bagatini (auxiliar de contabilidade) não detinha poderes de representação, nem era seu preposto, não tendo a apelada se cercado dos cuidados necessários ao realizar as vendas de quase dois milhões de reais. Alega não ser caso de aplicação da teoria da aparência, porque o funcionário não era seu comprador habitual (o administrador era Enrico Bagatini, seu pai) e tampouco a requerida compunha seu quadro normal de fornecedores, devendo ser reconhecida a inexigibilidade dos títulos. Subsidiariamente, pleiteia o reconhecimento da existência de culpa concorrente (fls. 1289/1325).

Contrarrazões (fls. 1364/1385).

Documentos foram juntados pelo recorrente.

É o relatório.

Importante salientar que o magistrado não está obrigado a rebater ponto por ponto os argumentos apresentados pelas partes; para que perfaça o princípio contido no art. 93, IX, da CF, basta que demonstre claramente, com base na prova amealhada, as razões de seu convencimento, tal qual ocorreu na hipótese vertente, de modo que não há que se falar em nulidade da decisão por ausência de fundamentação.

No mérito, consta que a Coram ajuizou a execução nº 1001690-61.2020.8.26.0288 em 02/09/2020, para obter o pagamento de títulos extrajudiciais (duplicatas) emitidos em razão da compra de defensivos agrícolas no valor

Acesso ao Sumário

de R$ 927.518,39, conforme notas fiscais apresentadas (nºs 2734, 2853, 2874, 2427, 2449, 2546, 2556, 2535, 2583, 2230, 2347, 2441, 2557, 2605, 2727, 2761, 2875, 2959, 2350, 2855, 2534, 2585, 2873, 2373, 2374, 2388, 2410, 2428, 2455, 2527, 2544, 2728, 2854, 2526, 2450, 2547, 2454, 2582, 2431, 2452, 2521, 2525, 2533, 2730, 2539, 2548, 2767, 2542, 2552, 2586 e 2731).

Incitado ao pagamento, o devedor Roberto opôs os presentes embargos à execução, alegando, em síntese, que seu ex-funcionário João Batista Bagatini da Silva, filho do administrador de suas fazendas, realizou as aquisições de insumos e defensivos agrícolas mediante fraude, pois não detinha nenhum poder de representação para atuar em seu nome, devendo ser reconhecida a inexigibilidade dos títulos.

Com o propósito de evitar maiores prejuízos, Roberto também ajuizou os pedidos de tutela cautelar, em caráter antecedente, autuados sob nº 1001487-02.2020.8.26.0288 e nº 1001498-31.2020.8.26.0288 (em apenso), para sustação dos mesmos títulos discutidos na execução.

Assim, os feitos foram reunidos para julgamento em conjunto, resultando na sentença de improcedência e consequente apelo do executado, que se passa a apreciar.

Como se sabe, a duplicata é título causal e representa crédito decorrente de uma causa prevista em lei, podendo ser sacada nas hipóteses de compra e venda mercantil e prestação de serviços.

Cuidando-se de duplicata de compra e venda mercantil sem aceite, o protesto por falta de pagamento e a cobrança do título estão condicionados à demonstração da real entrega das mercadorias (art. 15, II, b, da Lei n.º 5.474/68).

Evidentemente, a comprovação da causa subjacente cumpre ao sacador, porque é impossível exigir do sacado a produção de prova negativa.

Assim, as notas fiscais consubstanciam documento unilateral e para que tenham efeito, devem vir acompanhadas dos respectivos comprovantes de entrega dos produtos devidamente assinados.

Acesso ao Sumário

No caso, a farta prova documental e testemunhal revela a fraude cometida pelo ex-funcionário João Bagatini, um auxiliar contábil da empresa do recorrente, que se utilizou do nome do patrão para adquirir defensivos agrícolas junto à requerida e várias outras empresas do setor, desviando-os em proveito próprio.

A questão está sendo discutida inclusive no âmbito criminal, no qual João Bagatini, Ronaldo Rosa dos Santos e Wilson Paulo de Souza respondem a processo por estelionato e associação criminosa (nº 1500678-92.2020.8.26.0210) em razão dos crimes cometidos com a utilização do nome do requerente Roberto, sem seu consentimento, para cometer fraudes contra várias empresas, inclusive a exequente.

Ressalte-se que no processo-crime o réu confessou os atos ilícitos em seu interrogatório judicial.

Além disso, as mercadorias não chegaram às fazendas do autor, nem foram retiradas por ele ou seus funcionários (fls. 821/835), e sim pelos terceiros Yago M. de Assis Lima, Junior T. Tristão e Antonio Carlos Pastoria Torres, contratados por João, conforme se nota pelos canhotos de recebimento de compras (fls. 24, 44, 59, 64 e 69), o que também foi confirmado por Yago, Tristão, Eurico, Cléria Aparecida Borges de Oliveira e Pedro Guilhermino da Silva nos depoimentos criminais (fls. 1887/1888).

É certo, porém, que a apelada afirma que o funcionário João Bagatini era conhecido na cidade de Guaíra como "braço direito" do embargante e como pessoa autorizada a realizar compras em nome dele. Defende, portanto, a aplicação da teoria da aparência para vincular o embargante aos negócios feitos pelo ex-empregado.

Porém, as testemunhas Edson Eduardo Biscalquini, Eurico Bagatini da Silva, Diego Antônio da Silva e Luis Roberto da Silva, ouvidas neste feito e no processo-crime, confirmaram que João jamais deteve autorização nesse sentido, deixando claro que o responsável pelas compras era o próprio apelante ou seu administrador Enrico Bagatini da Silva, pai de João.

Além disso, o apelante Roberto comprovou não ser comprador habitual da Coram, sendo certo que foram apenas cinco aquisições nos últimos três anos, as quais totalizaram somente R$ 32.646,00 e, em todas as ocasiões, as respectivas notas fiscais foram assinadas tanto pelo recorrente quanto pelo administrador, Sr. Eurico (fls. 793/818).

Desta forma, as compras realizadas por João num intervalo de pouco mais de dez meses que chegaram a quase dois milhões de reais, como a própria apelada admitiu, claramente fugiam ao perfil de compra do cliente e deveriam ter sido verificadas com pontualidade por seu setor de compras, em especial se realmente havia poderes de representação para tanto, o que não ocorreu, conforme admitiu a testemunha Matheus Barbosa de Andrade Binhardi, funcionário da recorrida.

Portanto, caberia à apelada comprovar ter tomado as cautelas necessárias para realizar a venda, assegurando-se que o signatário possuía poderes para contrair obrigações em nome da empresa, ônus do qual não se desincumbiu (art. 373, II, do CPC).

Diante desse quadro, inaplicável a teoria da aparência.

Em caso análogo, envolvendo a mesma fraude cometida por João contra outra empresa, também assim se decidiu:

"*COMPRA E VENDA. Ação de cobrança. Sentença de improcedência. Apelo da autora. Compra e venda de defensivos agrícolas. Preli-*

Acesso ao Sumário

minar de inépcia da apelação por violação ao princípio da dialeticidade rejeitada. Apelo que impugna a r. sentença na tentativa de comprovar a existência de contratação e a responsabilidade do réu. Inexistente prova de contratação pelo réu, ou mesmo de recebimento dos produtos por ele. Réu que demonstrou a atuação fraudulenta de seu funcionário, que realizou contratações sem sua anuência. Funcionário, suposto contratante com a autora, que não tem poderes de representação. As declarações de vontade apenas produzem efeitos na esfera do representado no limite dos seus poderes. Inteligência dos artigos 116 e 118 do Código Civil. À autora incumbia tomar precauções e exigir prova de que o funcionário do réu de fato poderia adquirir os produtos em seu nome. Ausência de prova de entrega dos produtos na fazenda do réu. Inexistência de contratos anteriores celebrados entre a autora e o réu por meio de seu funcionário, o que impede o reconhecimento da aplicação da teoria da aparência. Réu que realizava compras de mercadorias agrícolas regularmente de outros fornecedores. Valores indevidos. Sentença mantida. Apelo desprovido." (TJSP; Apelação Cível 1000633-14.2021.8.26.0210; Relator (a): Carlos Dias Motta; Órgão Julgador: 26ª Câmara de Direito Privado; Foro de Guaíra - 2ª Vara; Data do Julgamento: 13/04/2023; Data de Registro: 14/04/2023).

Nessas circunstâncias, inexistindo prova de vínculo negocial apto a obrigar o apelante, de rigor o acolhimento dos embargos para extinguir a execução.

Concluindo, a r. sentença é reformada para julgar procedentes os pedidos dos embargos à execução e das cautelares de protesto (1002101-07.2020.8.26.0288, 1001487-02.2020.8.26.0288 e 1001498-31.2020.8.26.0288), a fim de determinar o cancelamento em definitivo dos protestos e a extinção da execução nº 1001690-61.2020.8.26.0288, com fundamento no art. 924, I, do CPC.

Sucumbente, condeno a parte requerida no pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários em favor do procurador da parte autora que arbitro em 10% do valor da execução, considerando, em especial, o trabalho despendido, com fulcro no art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil (Tema 1076 STJ).

Por derradeiro, para evitar a costumeira oposição de embargos declaratórios voltados ao prequestionamento, tenho por discutidos neste grau de jurisdição todos os dispositivos legais citados e argumentos deduzidos no recurso interposto.

Ante o exposto, preliminar rejeitada, dá-se provimento ao apelo, nos termos explicitados.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1089831-04.2021.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA, são apelados FABIO LIBERMAN e MILENA SARA DAYAN LIBERMAN.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. Sustentaram oralmente, pelas partes, os advogados Bianca Lima Meneses e Guilherme Gomes Affonso.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 52.718)**

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

São Paulo, 26 de setembro de 2023.

MAURO CONTI MACHADO, Relator

Ementa: Responsabilidade civil. Reparação de danos materiais e morais. Programa de milhagem "Amigo Avianca". Ilegitimidade passiva. Preliminar afastada. Oceanair e Aerovias atuam sob a marca Avianca. Exclusão do programa de fidelidade. "Amigo Avianca" após a decretação da recuperação judicial da Avianca Brasil. Perda das milhas. Ausência de solução administrativa. Dever de reparação configuração. Danos materiais e morais evidenciados. Sentença mantida. Recurso a que se nega provimento.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fl. 314/316, cujo relatório é adotado, que julgou procedente a ação para condenar ré ao pagamento da quantia de R$539.653,60, pelos danos materiais sofridos pelos autores, com juros de 1% ao mês desde a citação (artigo 240 do CPC), e correção monetária pela tabela prática deste tribunal desde a propositura desta ação (artigo 1º. § 2º, da Lei nº 6.899/81); da quantia de R$ 5.396,53 para cada um dos autores, pelos danos morais por eles sofridos, com juros de 1% ao mês desde a citação (artigo 240 do CPC) e correção monetária desde esta data (Súmula 362 do STJ); e das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, que fixo, com base no artigo 85, § 2º, do CPC, em 10% sobre o valor da condenação, com juros de 1% ao mês e correção monetária pela tabela prática do TJSP, tudo atualizado a partir do trânsito em julgado desta sentença.

Acesso ao Sumário

A recorrente reitera a alegação de ilegitimidade passiva, reafirmando que as empresas – Aerovias e Oceanair – celebraram o Contrato de Cessão, o qual não possui o condão de caracterizar qualquer tipo de relação de subordinação ou coligação entre as empresas. Não há falar em sua responsabilização, especialmente porque não há prova de que a Aerovias tenha participado da relação de consumo e/ou que haja nexo de causalidade entre a conduta da Aerovias e eventual dano suportado pelo consumidor, impondo-se a extinção do processo sem julgamento do mérito em relação a ela. Prossegue discorrendo sobre os programas de milhagem Amigo pertencente à Avianca Oceanair e o Lifesmile da Aerovias. O programa de milhagem em questão era da Oceanair. Defende a inexistência de danos materiais e morais e impugna as condenações e, alternativamente, pede a redução do "quantum" indenizatório.

Regularmente processado, preparado e impugnados, os autos subiram a esta instância para o reexame da matéria controvertida.

É a suma do necessário.

Reunidos os pressupostos objetivos e subjetivos de recorribilidade, conhece-se dos presentes recursos e os recebo em seus regulares efeitos.

Ainda que não se olvide que as empresas Avianca Brasil (OceanAir Linha Aéreas S/A) e Avianca (Aerovias Del Continente Americano S/A) são pessoas jurídicas distintas, deve-se compreender que, aos olhos do consumidor, não há diferença entre elas, pois em todos os pontos de publicidade apenas consta o único logotipo "Avianca" para ambas as empresas.

Assim, em observância à segurança das relações jurídicas justifica-se a aplicação da teoria da aparência.

Destarte, não há que discutir a legitimidade de parte da empresa demandada Aerovias Del Continente Americano S/A.

Passa-se ao exame do mérito.

Do exame dos autos, resulta que os autores eram clientes do Programa de Milhagem Amigo da Avianca Brasil, acumulando o total de 1.777.000 pontos do coautor Fabio e de 1.420.000 da coautora Milena, contudo, quando a ré entrou em recuperação judicial, os pontos acumulados desapareceram sem qualquer justificativa. Alegam que não obtiveram administrativamente solução para questão e não há possibilidade de utilização das milhas, por isso, buscam a reparação de danos pelos danos materiais e morais.

De início, cumpre não olvidar que o Código do Consumidor cuidou de dar proteção eficaz ao consumidor, adotando, como regra, no campo da prestação de serviços, a responsabilidade objetiva do fornecedor, em caso de dano por defeito na prestação do serviço (artigo 14, da Lei nº 8.078/90).

Em demandas promovidas por consumidores imputando falha na prestação do serviço contratado, incumbe à fornecedora provar a regularidade dos atos

Acesso ao Sumário

praticados, por força do disposto no artigo 6º, VIII, da Lei nº 8.078/90.

Logo, se os autores são detentores dos pontos indicados na inicial não podem ser prejudicados pela má prestação de serviços da empresa ré.

Observando-se se aqui que a recorrente não impugnou especificamente toda a matéria contra ela deduzida, tornando-se incontroverso para o processo os fatos narrados, especialmente o fato de que os autores possuíam as milhas alegadas na inicial, em decorrência da presunção de veracidade dos fatos não impugnados prevista no art. 341 do CPC. Não houve impugnação, também, em relação ao valor dos pontos perdidos, conforme a simulação realizada na Lifesmiles à fl. 9 e 35.

Assim e não tendo havido impugnação específica, impunha-se o acolhimento da pretensão inicial, para se reconhecer a ocorrência dos prejuízos narrados perda dos pontos no programa de fidelidade "Amigos Avianca" e que efetivamente, a luz das provas carreadas para os autos, devem ser ressarcidos tal como pleiteado.

O dano moral se revela evidente, pois transcendeu o mero aborrecimento, incômodo ou contratempo que poderiam ser causados por um comezinho descumprimento contratual, pois não foi oferecida pela empresa recorrida nenhuma solução para o problema, nem mesmo uma assistência ao consumidor de como proceder com a extinção do programa de milhas e transferência dos pontos.

Como é sabido, o direito à honra pode ser compreendido, dentre outras variações, como o bom nome, o prestígio, a reputação, estima e decoro, além da consideração e o respeito perante os semelhantes, independente de existir um prejuízo material daí decorrente, certo e determinado, contrariamente ao invocado na exceção levantada, pois é indiferente ao império do Direito ao relevar à reparação do dano moral, apenas e tão somente, a prática do ato ilícito e não o virtual prejuízo que terá importância na fixação da indenização que vier a ser acolhida como devida finalmente.

A honra é o ("...") sentimento de nossa dignidade própria (honra interna, honra subjetiva), quer como apreço e respeito de que somos objetos ou nos tornamos merecedores perante os nossos concidadãos (honra externa, honra objetiva, reputação, boa fama). Assim como o homem tem direito à integridade do seu corpo e do seu patrimônio econômico, tem-no igualmente à indenidade do seu amor-próprio (consciência do próprio valor mora e social, ou da própria dignidade ou decorro) e do seu patrimônio moral.

Salienta-se, ademais, que os danos morais aqui apontados são daqueles danos que emergem "in re ipsa", isto é, aqueles cuja existência se presume de modo absoluto ("iuris et de jure") e que, por certo, dispensam a comprovação da dor, do sofrimento, da angústia e da desolação, sendo "da natureza das coisas" que o sofrimento impingido era indiscutível.

Acesso ao Sumário

Quanto ao montante da verba indenizatória, cumpre salientar que o dano moral, "se não é verdadeiramente, dano suscetível de fixação pecuniária equivalencial, tem-se de reparar equitativamente" (Pontes de Miranda)[1]. In casu, é aplicável a teoria do valor do desestímulo em que o quantum fixado deve ser de valor hábil a incutir naquele que agiu incorretamente uma repercussão tal que iniba a sua conduta antijurídica, impedindo a reiteração de seu ato, levando-se sempre em conta a capacidade patrimonial do causador do dano e daquele que o sofreu, com o escopo de não transformar também tal evento em enriquecimento sem causa.

Daí porque se devem relevar para esse fim os princípios da proporcionalidade e o da razoabilidade, relevados, ainda, os efeitos em concreto produzidos pelo ato lesivo na órbita jurídica da vítima, de maneira que a quantia acolhida como devida sirva a indenizar e ressarcir – sancionatória e educativa. É dizer, deverá corresponder tanto à coerção para que o transgressor, punido, entenda que é melhor pautar o seu comportamento de forma inversa, respeitando a norma, e, ainda, propicie à vítima uma satisfação material pelo dano extrapatrimonial sofrido, sem que dele advenha, é certo, o enriquecimento sem causa.

Enfim, em atenção ao cunho satisfativo-punitivo de que se revestem as indenizações por dano moral, observados, ainda, os critérios da razoabilidade e proporcionalidade que norteiam o seu arbitramento, mantém-se a indenização arbitrada

Derradeiramente, ante o improvimento da irresignação manifestada, de rigor a imposição de honorários advocatícios recursais, fixados em 11% do valor da condenação, nos termos do art. 85, §11º, do CPC.

Por fim, já é entendimento pacífico o de que não está obrigado o julgador a citar todos os artigos de lei e da Constituição Federal para fins de prequestionamento. Sendo assim, ficam consideradas prequestionadas toda a matéria e disposições legais discutidas pelas partes.

Posto isto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1029203-41.2016.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante REFAST INTERMEDIAÇÃO E AGENCIAMENTO DE SERVIÇOS LTDA. ME, é apelado EMPRESA DE ONIBUS VILA GALVÃO LIMITADA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 29ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "De-

1 MIRANDA, Pontes de, Tratado de Direito Privado, Tomo 54, parágrafo 5.536, n.1, pg. 61.

ram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.573)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores NETO BARBOSA FERREIRA (Presidente), SILVIA ROCHA e FABIO TABOSA.

São Paulo, 29 de setembro de 2023.

NETO BARBOSA FERREIRA, Relator

Ementa: Reparação de Danos havidos em Acidente de Trânsito – Juízo a quo julgou a autora carecedora da ação em relação ao pleito de indenização por dano danos materiais, havidos em seu veículo e extinguiu o feito nesse ponto, sem julgamento do mérito, com fundamento no art. 485, inc. VI, do CPC. No tocante aos demais pleitos julgou improcedente a ação. Apelo da autora circunscrito ao pleito de indenização por danos materiais – Ilegitimidade ativa – Inocorrência – À luz da teoria da asserção, adotada pelo CPC, de rigor concluir que a empresa autora, proprietária do veículo envolvido no acidente, detém legitimidade ativa, por figurar na trama de direito material esposada na causa de pedir próxima e remota – Destarte de rigor o afastamento do decreto de extinção. Mérito – Culpa do preposto da requerida e responsabilidade civil da parte ré que restou assentada nos autos – Danos emergentes – B.O. e registro fotográfico do acidente que fazem prova inequívoca dos danos. Orçamentos acostados à inicial que fazem prova da extensão dos danos verificados no micro-ônibus, devidamente identificado nos documentos. Por fim, o fato do orçamento ter sido lavrado em nome do sócio da requerente não retira a legitimidade desta ou a exigibilidade da indenização pretendida. Realmente, além de condutor do veículo na ocasião do acidente, e, com efeito, legítimo interessado na reparação do bem, os orçamentos foram elaborados em nome do sócio e representante legal da empresa autora – Danos efetivamente demonstrados – Acolhimento do orçamento de menor valor – Recurso parcialmente provido para julgar parcialmente procedente a ação.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

O Juízo a quo pela r. sentença de fls. 180/190, cujo relatório adoto, julgou improcedente a ação de reparação de danos causados por acidente de trânsito, ajuizada por **Regfast Intermediação e Agenciamento de Serviços Ltda Me** contra **Empresa de Ônibus Vila Galvão Limitada**.

Em síntese, apesar de reconhecer a culpa do preposto da requerida pelo acidente, entendeu que a autora não fez prova dos lucros cessantes e dos propalados danos emergentes decorrentes de ação trabalhista movida pelo funcionário que conduzia o veículo no momento do acidente.

Outrossim, considerou inexistente o propalado dano extrapatrimonial e reconheceu a ilegitimidade ativa da empresa autora em pleitear o ressarcimento dos danos verificados no veículo.

Neste sentido, pontuou que "*apesar de ter comprovado que o veículo estava em seu nome (fls. 92), a autora trouxe orçamentos efetuados em nome de seu sócio, apenas (fls. 16/18). Como é cediço, a empresa tem personalidade jurídica própria, de modo que não pode ser confundida com os seus sócios. Assim, a pessoa jurídica não tem legitimidade para pleitear danos materiais que foram arcados por seus sócios, não sendo caso de legitimidade extraordinária.*" (fls. 182).

Com efeito, nessa parte, julgou o feito extinto, sem resolução do mérito, com fundamento no art. 485, inc. VI, do CPC e, ao final, condenou a autora ao pagamento das verbas de sucumbência.

Inconformada, a empresa autora apelou (fls. 206/212), insurgindo-se, em síntese, contra a parte da sentença que reconheceu sua ilegitimidade ativa para pleitear a reparação pelos danos verificados no veículo.

Nesse sentido, alega que logrou demonstrar, por meio do certificado de propriedade acostado a fls. 92, que é proprietária do veículo sinistrado e que apenas os orçamentos foram elaborados em nome de um de seus sócios, condutor do veículo na ocasião dos fatos.

Todavia, quem arcou efetivamente com os danos foi a apelante.

Portanto, uma vez reconhecida a culpa do preposto da requerida, de rigor a condenação desta ao ressarcimento dos danos emergentes, estimados em R$ 15.000,00.

Colaciona entendimento jurisprudencial que entende aplicável à espécie.

Ante o exposto, requer o provimento do recurso e a reforma da sentença, nos termos supracitados.

Recurso tempestivo e preparado (fls. 213/214, 234/235), com contrarrazões a fls. 217/227.

Acesso ao Sumário

O recurso foi distribuído a esta C. Câmara, inicialmente, à relatoria do Em. Des. Jayme de Oliveira (fls. 229).

Após ter passado por diversas relatorias, o feito foi encaminhado a este relator em setembro de 2022, em virtude de sua promoção ao cargo de Desembargador (fls. 247).

É o relatório.

O recurso preenche os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, motivo pelo qual deve ser conhecido.

No mérito, respeitado o entendimento do Juízo sentenciante, a r. sentença comporta reparos.

Inicialmente, nunca é demais lembrar que a legitimidade é definida *in status assertiones*, isto é, segundo aquilo que é afirmado na inicial.

De fato, segundo a teoria da asserção, adotada pelo CPC em vigor, como bem ensina José Miguel Garcia Medina (Direito Processual Civil Moderno – 2ª. ed. – RT – pg 573), "*os requisitos da demanda (legitimidade ou interesse processual) devem ser identificados à luz do que tiver afirmado o autor em sua petição inicial*".

Nesse sentido, já decidiu o C. STJ (STJ, AR 495/SP, rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, 2ª. S. J. 08.02.2012): "*a verificação das condições da ação deve ser realizada in status assertionis, isto é, segundo o que se alega na inicial*".

In casu, consta da inicial que "*No dia 05.05.16, por volta das 6:40 da manhã, o veículo da Autora trafegava na via expressa da Rodovia SP 070 - Rod. Ayrton Senna da Silva, perto da Ponte Nordestina, quando, próximo ao nº 10.000, o ônibus da empresa Ré, placas CUC-5684, INTERNORTE, abruptamente saiu da pista local e acesso a via expressa, ser dar qualquer sinalização e sendo conduzido em alta velocidade, abalroou o véiculo Renanut Master Bus6 da Autora, o qual era conduzido por seu sócio Rogério Brandão, identificado como um Micro-Ônibus, batendo no mesmo, ocasionando avarias na veículo da Autora,*" (sic - fls. 02).

Pelo que se infere do alegado, bem como do Boletim de Ocorrência (fls. 09/10), analisados à luz da teoria da asserção, é certo afirmar que o sócio da empresa autora, Rogério Brandão, era o condutor do micro-ônibus da requerente na época do acidente.

E nessa condição, em razão da posse, Rogério tinha o dever de guarda e conservação do veículo, respondendo, em tais condições, ao proprietário do bem, ou seja, à autora.

Nesse sentido, é o entendimento deste E. Tribunal de Justiça. A propósito, veja-se:

Acesso ao Sumário

"*APELAÇÃO – ACIDENTE DE TRÂNSITO – DANOS MATERIAIS e MORAIS – LEGITIMIDADE ATIVA DO CONDUTOR DO VEÍCULO. 1 –* ***Condutor que no momento do acidente detinha a posse do bem, e, em consequência, tinha o dever de guarda e conservação da coisa. Logo, o condutor pode vir a ser responsabilizado perante o proprietário do bem pelos danos causados ao veículo – Legitimidade ativa configurada****. RECURSO PROVIDO. Sentença anulada.*" (TJSP; Apelação Cível 1011043-77.2015.8.26.0005; Relator (a): Maria Lúcia Pizzotti; Órgão Julgador: 30ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional V - São Miguel Paulista - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 30/07/2020; Data de Registro: 30/07/2020, g.n.).

Outrossim, não pairam dúvidas de que a empresa autora é a proprietária do micro-ônibus Renault/Master Bus16 DCI, placas DVS-6500, cf. informado no B.O. (fls. 10) e no CRLV inserido no bojo da manifestação de fls. 92.

Destarte, de rigor reconhecer sua legitimidade para figurar no polo ativo da demanda.

Em outras palavras, à luz da teoria da asserção, de rigor concluir que empresa autora detém legitimidade ativa por figurar na trama de direito material esposada na causa de pedir próxima e remota.

Destarte, **de rigor o acolhimento do recurso para reconhecer a legitimidade da empresa autora, afastando-se via de consequência, o decreto de extinção, com fundamento no art. 485, inc. VI, do CPC.**

No mérito, com razão a suplicante.

De fato, **reconhecida a culpa do preposto da requerida e, por conseguinte, sua responsabilidade civil, em tese, pelos danos experimentados pela autora, cumpre-nos analisar a prova do dano produzida nos autos, porém, em observância à matéria devolvida em recurso, que se circunscreve ao ressarcimento dos danos materiais.**

Pois bem.

Consta do B.O. de fls. 09/10 que o veículo micro-ônibus Renault/Master Bus16 DCI, placa DVS-6500, de propriedade da requerente (fls. 92) sofreu danos em sua lateral esquerda e direita da parte dianteira.

E o registro fotográfico de fls. 11/15 faz prova inequívoca dos danos.

Outrossim, os três orçamentos, acostados a fls. 16/18, fazem prova da extensão dos danos verificados no micro-ônibus, devidamente identificado nos documentos.

Por fim, o fato do orçamento ter sido lavrado em nome do sócio da requerente não retira a legitimidade da requerente ou a exigibilidade da indenização pretendida.

Realmente, além de condutor do veículo na ocasião do acidente, e, com

Acesso ao Sumário

efeito, legítimo interessado na reparação do bem, Rogério Brandão é sócio representante legal da empresa autora (fls. 07).

Portanto, forçoso convir que os orçamentos de fls. 16/18 são elementos aptos de prova da extensão dos danos emergentes suportados pela autora.

No mais, não se exige, para fins de indenização, a prova do dispêndio dos valores orçados, mas tão somente a prova da quantificação dos danos materiais decorrentes do acidente.

Do exposto, de rigor o provimento do recurso, para reconhecer a legitimidade ativa da autora e julgar parcialmente procedente a ação, para condenar a requerida ao ressarcimento dos danos emergentes, porém, não na quantia requerida em recurso.

De fato, há que se adotar o orçamento de menor valor (**fls. 16 – R$ 11.675,00**), e não o valor pleiteado em recurso (R$ 15.000,00), que sequer guarda coerência com o valor do pedido deduzido na inicial (R$ 13.000,00, fls. 4).

Ante todo o exposto, **de rigor o parcial provimento do recurso e a reforma da sentença, para julgar parcialmente procedente a ação e, com efeito, condenar a requerida ao pagamento de R$ 11.675,00, corrigidos da data do ajuizamento da ação e acrescidos de juros de mora, estes contados do evento danoso, ex vi do que dispõe a Súm. 54, do C.STJ.**

Em razão da sucumbência parcial e recíproca, cada parte arcará com as custas e despesas processuais suportadas, devendo a requerida arcar com honorários advocatícios devidos ao patrono da parte autora, ora fixados em 12% sobre o valor da condenação.

Por sua vez, a parte autora deverá arcar com os honorários de sucumbência devidos ao patrono da requerida, ora fixados em 10% sobre o valor do benefício econômico obtido, que corresponde à diferença entre o valor da causa e o valor da condenação.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1004759-15.2021.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante ANTONIO IZAR DE OLIVEIRA, é apelado ADEILDO MARTINS DA SILVA.

ACORDAM, em 23ª 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**

Acesso ao Sumário

nº 40687)

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

São Paulo, 4 de outubro de 2023.

JOSÉ MARCOS MARRONE, Relator

Ementa: Possessória – Reintegração de posse – Necessidade de estarem preenchidos os requisitos previstos no art. 561 do atual CPC para a caracterização do pedido como possessório – Insuficiente que o autor comprove que tenha direito à posse – Posse que consubstancia um estado de fato, devendo ser demonstrada suficientemente quando for negada pelo réu – Autor que não demonstrou a posse anterior exercida sobre o imóvel questionado – Suposta relação locatícia existente entre o anterior proprietário do imóvel e o réu que não ficou comprovada – Caso em que, embora a posse do réu tenha decorrido de invasão, não há de se reconhecer o esbulho possessório, ante a não comprovação do exercício da posse pelo autor – Sentença reformada – Ação improcedente – Apelo do réu provido.

VOTO

1. Adeildo Martins da Silva propôs "ação de reintegração de posse c.c. indenização por perdas e danos" de rito especial, em face de Antonio Izar de Oliveira (fls. 1/8).

O MM. Juiz de origem indeferiu a liminar de reintegração de posse (fls. 208/209).

O réu ofereceu contestação (fls. 229/263), havendo o autor apresentado réplica (fls. 294/302).

Na audiência de instrução, mediante gravação em áudio e vídeo (fl. 327), três testemunhas arroladas pelo autor foram inquiridas (fls. 322, 323, 324), duas testemunhas arroladas pelo réu foram ouvidas (fls. 325, 326).

A final, o ilustre magistrado de primeiro grau julgou a ação procedente, para reintegrar o autor na posse do imóvel discutido (fls. 352/354). Condenou o réu no pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atribuído à causa, observada a gratuidade

Acesso ao Sumário

da justiça a que ele faz jus (fl. 354).

O réu opôs, tempestivamente, embargos de declaração (fls. 357/362), os quais foram rejeitados (fls. 366/368).

Inconformado, o réu interpôs, tempestivamente, apelação (fls. 373/374), aduzindo, em síntese, que: o imóvel questionado é uma área particular, protegida pela Associação dos Moradores do Parque São Bernardo, oriunda de ação de usucapião julgada procedente; no imóvel em debate, residem duas famílias, a sua e a de José Nivaldo e Olivia; o autor já ingressou em face dele e de José Nivaldo com ações de despejo de nº 1022707-38.2019.8.26.0564 e de nº 1022709-08.2019.8.26.0564, as quais foram julgadas improcedentes; em virtude da improcedência das aludidas ações, o autor ajuizou a ação de reintegração de posse em face dele e de José Nivaldo; a ação de reintegração de posse nº 1019492-20.2020.8.26.0564, ajuizada em face de José Nivaldo, foi julgada improcedente, havendo a respectiva sentença sido confirmada em sede recursal; a sentença combatida se embasou unicamente em prova testemunhal, não havendo qualquer documento que ampare os depoimentos; o autor não esclareceu como adquiriu a posse do imóvel; o pedido de perdas e danos foi formulado de maneira genérica; o autor não comprovou a legitimidade de qualquer direito sobre o imóvel, tampouco o esbulho; o autor não figura como beneficiário na ação de usucapião; nenhuma das testemunhas soube dizer a quem pertence o imóvel; embora ele e a outra família tenham ingressado no imóvel por meio de invasão de área sem dono, a ação possessória somente tem lugar se o autor provar os requisitos previstos no art. 561 do atual CPC; a ação versa sobre posse e não sobre domínio; os documentos de fls. 299 e 300 não foram por ele firmados; a questão da suposta locação entre ele e Bruno ficou superada com o decreto de improcedência da ação de despejo; a contradita apresentada em relação às testemunhas arroladas pelo autor deveria ter sido acolhida, tendo em vista a existência de vínculo de amizade entre eles; a ação deve ser julgada improcedente (fls. 375/405).

O recurso não foi preparado, visto que o réu é beneficiário da justiça gratuita (fl. 354), tendo sido respondido pelo autor (fls. 410/418).

O processo, inicialmente, foi distribuído ao eminente desembargador Moreira Viegas, integrante da 5ª Câmara de Direito Privado (fl. 420).

A aludida câmara, no julgamento realizado em 30.6.2022, não conheceu do recurso, tendo determinado a sua redistribuição a uma das câmaras da Subseção de Direito Privado II (fls. 424/426).

É o relatório.

2. O reclamo manifestado pelo réu merece prosperar.

Explicando:

2.1. Para a caracterização do pedido como possessório, devem estar preenchidos os requisitos inseridos no art. 561 do atual CPC, isto é: a prova da

Acesso ao Sumário

posse do autor; a prova da turbação ou esbulho praticado pelo réu; a prova da data da turbação ou esbulho; a prova da continuação ou perda da posse.

Esses fatos devem ser evidenciados, exigindo-se, nos dizeres de ANTONIO CARLOS MARCATO, "a prova cabal de pelo menos dois deles: a posse do autor e a data do esbulho ou da turbação" ("Procedimentos especiais", 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999, nº 72, p. 121).

De outra banda, não é suficiente que o autor comprove que tenha direito à posse. É imprescindível que ele demonstre que a exerça realmente.

De acordo com pronunciamento jurisprudencial trazido à baila por HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:

> "Não basta ao autor provar que tem direito à posse, como mero reflexo do seu título aquisitivo do domínio ou mesmo da posse, mas, imperiosa e necessariamente, que a exercia de fato sobre área certa e determinada da qual veio a ser despojado. Não tem direito subjetivo material à restituição da posse quem não a exercia, real e concretamente, mas apenas ideal e devaneadoramente. O título ou documento de aquisição de posse, por si só, não prova que o adquirente a exerça efetivamente. Ter direito à posse não é o mesmo que possuir (TJMJ, Ap 10.817, Rel. Des. Atahíde Monteiro da Silva, 2ª Câmara, jul. 12.6.1984)" ("Código de processo civil anotado", 20ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 678) (grifo não original).

Logo, a posse consubstancia um estado de fato, devendo ser demonstrada suficientemente quando for negada pelo réu.

Nas palavras de CLÁUDIA APARECIDA CIMARDI:

> "A alegação da posse, contudo, não é suficiente para o acolhimento do pedido de defesa da mesma, pois deverá o autor demonstrá-la, sem o que a ação possessória não poderá ser julgada procedente. Compete ao autor, assim, o ônus da prova da existência de posse anterior ao esbulho, ou a coexistência dessa com o ato de violência (turbação ou ameaça) contra ela desferido (...)" ("Proteção processual da posse", 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, nº 3.4.1, p. 142).

2.2. No caso em tela, não ficou suficientemente demonstrado o efetivo exercício de posse por parte do autor sobre o imóvel discutido.

Segundo afirmado pelo autor na exordial, ele adquiriu a propriedade do imóvel situado na Rua Minas Gerais, nº 884-C, Parque São Bernardo, na comarca de São Bernardo do Campo, por meio da ação de usucapião promovida pela Sociedade Amigos dos Moradores do Parque São Bernardo, que tramitou perante a 6ª Vara Cível da comarca de São Bernardo (fl. 2).

Declarou o autor que, em razão de sua separação, teve de alienar o referido imóvel, composto por três pavimentos, para Bruno Manoel Acencio, que, posteriormente, alienou o referido bem de volta para ele, mediante instrumento

Acesso ao Sumário

particular de venda e compra de imóvel celebrado em 2.5.2019 (fl. 2).

Sustentou o autor que, ao adquirir o imóvel de Bruno, tornou-se titular dos direitos incidentes sobre o ventilado bem, dentre os quais a locação de dois dos três pavimentos que compõem o imóvel, cujos locatários eram o réu e José Nivaldo (fl. 2).

Como os mencionados locatários deixaram de pagar os aluguéis, ingressou o autor com ações de despejo, julgadas improcedentes, motivo pelo qual ajuizou a ação em análise, objetivando ser reintegrado na posse do imóvel questionado (fls. 2/3).

2.3. Todavia, não assiste razão ao autor.

Embora a prova testemunhal tenha confirmado a versão do autor acerca da alegada "recompra" do imóvel em discussão, amparada pelo "Contrato de Compra e Venda de Imóvel" celebrado em 2.5.2019 (fls. 200/202), não ficou suficientemente demonstrado o efetivo exercício da posse sobre o bem por parte do autor após a mencionada "recompra".

Não ficou evidenciada a alegada relação locatícia entre o anterior proprietário do imóvel e o réu.

Não foi anexado qualquer contrato de locação entre Bruno e o réu, sendo insuficiente, para tanto, o canhoto de recibo em nome de José Nivaldo Silveira da Silva, ocupante do outro pavimento do imóvel, elaborado unilateralmente por Bruno (fl. 207).

Também se mostra insuficiente a prova testemunhal produzida, tendo em vista que nenhuma das testemunhas compromissadas presenciou a celebração dos supostos contratos de locação (fls. 323, 324, 325).

Aliás, justamente porque não há indícios seguros dessa relação locatícia, as ações de despejo movidas pelo autor em face do réu e de José Nivaldo, que tramitaram, respectivamente, sob o nº 1022709-08.2019.8.26.0564, perante a 9ª Vara Cível da comarca de São Bernardo do Campo, e sob o nº 1022707-38.2019.8.26.0564, perante a 4ª Vara Cível da mesma comarca, foram julgadas improcedentes.

Afora isso, o autor não demonstrou a prática de qualquer outro ato possessório, nem mesmo ter arcado com as contas de luz do imóvel, consoante mencionou na exordial (fl. 3).

Tampouco há comprovação de que a posse foi transmitida ao autor por meio do contrato de venda e compra do imóvel, que condicionou a transmissão do bem ao autor à quitação do ajuste (cláusula quarta, fl. 200), quitação esta que também não ficou demonstrada.

Não obstante a posse do réu tenha decorrido de invasão, conforme ele mesmo reconheceu (fl. 389), de esbulho possessório não se pode cogitar, já que,

Acesso ao Sumário

para que isso ocorresse, o autor teria de exercer a posse sobre o bem e dela ter sido despojado, o que não ficou evidenciado na hipótese vertente.

2.4. Em suma, não tendo o autor logrado demonstrar que exercia a posse anterior sobre o imóvel litigioso, inviável a sua reintegração na posse dele.

3. Nessas condições, dou provimento à apelação do réu, reformando a sentença impugnada (fls. 352/354), a fim de julgar improcedente a ação em exame.

Sucumbente, deve o autor responder pelo pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios da parte adversa, arbitrados, com apoio no art. 85, § 2º, do atual CPC, em 10% sobre o valor da causa, isto é, sobre R$ 40.000,00 (fl. 7), atualizado pelos índices da tabela prática editada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo desde o ajuizamento da ação.

Como o autor é beneficiário da justiça gratuita (fl. 208), as verbas de sucumbência só podem ser exigidas se ficar atestado que ele perdeu a condição legal de necessitado, nos termos do art. 98, § 3º, do atual CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0003366-61.2020.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que é apelante PRIMO ROSSI ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIOS LTDA., é apelado ITALO ROGERIO BRESQUI (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.844)**

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

São Paulo, 5 de setembro de 2023.

MARCO FÁBIO MORSELLO, Relator

Ementa: APELAÇÃO - Cumprimento de sentença - Sentença que acolheu parcialmente a impugnação ao cumprimento de sentença - Extinção, nos termos do art. 924, II do CPC - Insurgência da executada - Pretensão de reconhecimento de excesso de execução, tendo em vista a suspensão da fluência dos juros moratórios, conforme art. 18, "d", da Lei no 6.024/74 - Cálculo do valor exequendo, inclusive com relação os encargos moratórios, que está de acordo com os ter-

mos especificados no título executivo judicial, o qual deve servir de base para o cumprimento de sentença - Ad argumentandum tantum, suspensão da fluência de juros de mora em favor da demandada originária que não se estende à sucessora da administradora de consórcio em liquidação extrajudicial, ora executada - Honorários advocatícios sucumbenciais - Sucumbência mínima da exequente que não implica a fixação dos honorários em virtude do acolhimento parcial da impugnação ao cumprimento de sentença - Pretensão de afastamento da multa fixada no julgamento de embargos de declaração opostos pelo autor, com fulcro no disposto no §2º do art. 1.026 do CPC/2015 - Acolhimento - Finalidade procrastinatória não verificada, in casu - Penalidade afastada - Sentença parcialmente reformada - Recurso parcialmente provido

VOTO

Trata-se de sentença (fls. 81/84), cujo relatório se adota que, em sede de cumprimento de sentença, interposto por Ítalo Rogério Bresqui em face de Primo Rossi Administradora de Consórcio Ltda., julgou parcialmente procedente a impugnação apresentada pela executada, a fim de homologar a planilha de cálculo apresentada pelo exequente, com a exclusão tão somente da quantia de R$ 852,22, perfazendo o crédito o total de R$ 7.669,96. Ademais, tendo em vista os depósitos judiciais realizados pela executada (fls. 72/73), extinguiu o cumprimento de sentença, nos termos do artigo 924, inciso II, do Cód61igo de Processo Civil. Outrossim, à luz do enunciado de súmula no 519 do STJ, deixou de condenar as partes ao pagamento de honorários advocatícios. Autorizou, ainda, após o trânsito em julgado da r. sentença, o levantamento da quantia de R$ 7.669,96 em favor do exequente, e do montante pecuniário remanescente em prol do executado.

A executada opôs embargos de declaração (fls. 88/92), os quais foram rejeitados por ocasião da decisão de fls. 93/94, condenando a executada ao pagamento da multa prevista no artigo 1.026, §2º, do CPC, equivalente a 2% do valor atualizado da causa.

Irresignada, a executada interpõe recurso de apelação (fls. 102/120), aduzindo, em síntese, que, deve ser afastada a multa aplicada pelo juízo *a quo*, na medida em que os embargos de declaração não foram protelatórios. Verbera que a mera rejeição dos embargos declaratórios não implica automática sanção do artigo 1.026, §2º, do CPC. Assevera, ainda, que a r. decisão não fundamentou os motivos pelos quais os embargos de declaração foram protelatórios a justificar

Acesso ao Sumário

referida penalização. Relata que, na origem, apresentou impugnação ao cumprimento de sentença mediante a alegação de excesso de execução na quantia de R$ 4.232,75, pois foi determinada a suspensão da fluência dos juros moratórios em relação a Agraben Administradora de Bens Próprios Ltda. ("Agraben"), conforme art. 18, "d", da Lei n. 6.024/74, bem como porque foram aplicadas indevidamente as penalidades contidas no artigo 523, §1º, do Código de Processo Civil. No tocante aos juros moratórios, esclarece que a Agraben foi condenada, por sentença, a restituir os valores, com correção monetária e juros moratórios computados a partir dos pagamentos das parcelas correspondentes até a data da decretação da liquidação extrajudicial da Agraben pelo Banco Central Brasil, em 05/02/2016, nos moldes do artigo 18, "d", da Lei n. 6.024/74. Explica que, em sede recursal, foi dado parcial provimento à apelação, a fim de que o termo inicial dos juros moratórios fosse a data da citação da Agraben, observando-se os termos do referido artigo. Nesse sentido, argumenta que, se o termo inicial dos juros deve ser a citação da Agraben (em 20/05/2016) e a sua liquidação extrajudicial foi decretada 05/02/2016, sem a quitação integral do passivo, os juros moratórios devem ser integralmente afastados. Pondera que a ordem de suspensão dos juros moratórios enquanto não liquidado o passivo da Agraben deve ter seus efeitos estendidos à apelante (Primo Rossi Administradora de Consórcio Ltda. - "Primo Rossi" - cessionária da pretérita administradora). Propugna, portanto, pela reforma da sentença, a fim de que o cumprimento de sentença seja integralmente acolhido, sendo devida apenas a quantia de R$ 5.822,21. Requer, caso acolhida integralmente a impugnação ao cumprimento de sentença, sejam fixados honorários advocatícios sucumbenciais em favor da executada em percentual sobre o valor reconhecido excedente, de R$ 4.232,75. Na hipótese de manutenção da sentença, os honorários advocatícios sucumbenciais devem ser fixados por apreciação equitativa, pois irrisório o proveito econômico obtido de R$ 852,22. Pleiteia, por fim, a majoração dos honorários advocatícios em grau recursal, nos termos do §11 do artigo 85 do Código de Processo Civil.

O recurso é tempestivo e preparado (fls. 121/122).

Intimado, o exequente apresentou suas contrarrazões (fls. 129/134).

Houve oposição ao julgamento virtual (fls. 138/139).

Em 03/08/2023, fui promovido para assumir cadeira na 12ª Câmara de Direito Privado (DJSP de 03/08/2023, Caderno Administrativo, página 6) e, em 04/08/2023, os autos vieram-me conclusos (fl. 152).

É o relatório.

Trata-se de cumprimento de sentença, interposto por Ítalo Rogério Bresqui em face de Agraben Administradora de Consórcios Ltda. ("Agraben"), em que o exequente pretende a cobrança do montante de R$ 8.067,70 correspondente aos valores relativos à restituição das parcelas desembolsadas com o consórcio, acrescida de juros e correção monetária, amparada em r. sentença

Acesso ao Sumário

e v. acórdão prolatados no âmbito do processo principal (autos n. 1005475-70.2016.8.26.0482) (fls. 1/4).

À fl. 43, foi determinada a inclusão da empresa Primo Rossi Administradora de Consórcio Ltda. no polo passivo do cumprimento de sentença, tendo em vista a transferência de administração.

A executada Primo Rossi Administradora de Consórcio Ltda., por sua vez, efetuou o pagamento espontâneo do valor da condenação, bem como apresentou impugnação ao cumprimento de sentença, em que aduziu, em síntese, de excesso de execução na quantia de R$ 4.232,75, pois foi determinada a suspensão da fluência dos juros moratórios em relação a Agraben, conforme art. 18, "d", da Lei n. 6.024/74. Esclareceu que este dispositivo legal suspende a fluência de juros à Agraben em decorrência da sua liquidação extrajudicial. Acrescentou que, nos termos do art. 109, §3º, do CPC, os efeitos da sentença devem lhe ser estendidos. Outrossim, verberou que foram aplicadas indevidamente as penalidades contidas no artigo 523, §1º, do Código de Processo Civil.

Após manifestação da exequente (fls. 77/78), sobreveio a sentença (fls. 81/84), nos termos sintetizados no relatório acima.

Tecidas essas considerações, o recurso comporta parcial provimento.

Compulsando os autos do processo principal (autos n. 1005475-70.2016.8.26.0482), depreende-se que a sentença julgou parcialmente a pretensão autoral, para:

> "(...) a) condenar a requerida em restituir ao autor Italo Rogério Bresqui as quantias por este repassadas em razão do contrato de consórcio entre eles firmado, inclusive a título da taxa de administração, sem a retenção de quaisquer valores. **Cada uma das quantias em tela será acrescida de correção monetária, tomando como parâmetro de atualização a tabela do Egrégio Tribunal de Justiça/S.P, e juros moratórios de1% ao mês, ambos os encargos computados a partir da data dos respectivos pagamentos realizados pelo autor Italo Rogério Bresqui. Por sua vez, os juros moratórios deverão ser computados desde os respectivos pagamentos realizados pelo autor Italo Rogério Bresqui e até o decreto de liquidação extrajudicial da requerida, no caso, 05.02.2016 (fls.71 dos autos), o que decorre do especificado no artigo 18,alínea d, da Lei 6.024/74.** O montante pecuniário total a restituído pela demandada deverá ser definido pelo autor Italo Rogério Bresqui com fulcro nos critérios acima especificados por este juízo, sendo que, dado o decreto de liquidação extrajudicial da requerida Agraben Administradora De Consórcios Ltda Em Liquidação Extrajudicial, o requerente deverá providenciar a correspondente habilitação do seu crédito no procedimento administrativo; b) rejeitar o pleito do autor Italo Rogério Bresqui pertinente à condenação da demandada em lhe efetuar o pagamento de verba indenizatória por lesão

Acesso ao Sumário

de cunho moral. (...)" (fl. 127 dos autos n. 1005475-70.2016.8.26.0482).

Por seu turno, o v. acórdão de relatoria do I. Des. Carlos Goldman deu parcial provimento ao recurso interposto pela Agraben, apenas para retificar o termo inicial dos juros moratórios, para que incidam a partir da citação. Nos termos da fundamentação do v. acórdão:

> "(...) Todavia, a r. sentença merece um reparo: os juros moratórios incidem nos lindes do art. 18, d, da Lei nº 6.024/19742, como já garantiu o Juízo a quo, mas o termo inicial do incremento, no que possa ser exigível, é a data da citação (e não ados pagamentos que o autor realizou), à luz do art. 405 do Código Civil (os fatos têm óbvia gênese contratual) (nesse sentido, por exemplo, TJSP, 20ª Câmara de Direito Privado: Apelação nº 1012730-22.2017.8.26.0037, Rel. Des. Rebello Pinho - caso também envolvendo a recorrente). Tão-só para este fim, acolhe-se o recurso. (...). Do exposto, meu voto propõe seja PARCIALMENTEPROVIDA a apelação, apenas para que os juros moratórios incidam da citação, sempre observado o disposto no art. 18, d, da Lei nº 6.024/1974."

Com efeito, depreende-se da análise dos autos que o cálculo do valor exequendo, inclusive com relação os encargos moratórios, está de acordo com os termos especificados no título executivo judicial, o qual deve servir de base para o cumprimento de sentença. Como bem observado pelo magistrado *a quo*:

> "A tese em tela deve ser, todavia, rejeitada por este juízo, eis que, ao contrário do relatado pelo demandado Primo Rossi Administradora De Consórcio Ltda., o título executivo judicial (sentença e acórdão prolatados na fase de conhecimento) especificou o cômputo dos juros moratórios, no caso, a partir da citação do acionado para a fase de conhecimento e tão somente até o decreto de liquidação extrajudicial da então requerida Agraben Administradora De Consórcio Ltda. Ou seja, o teor do título executivo judicial, que embasa os termos do cumprimento de sentença em tela, especificou o cômputo dos juros moratórios nos termos do especificado no parágrafo anterior, o que, conforme a planilha de cálculo carreada às fls.29 dos autos, foi observado pelo credor Italo Rogério Bresqui."

Ad argumentandum tantum, cumpre consignar que a ora executada é sucessora da Agraben, a qual teve decretada sua liquidação extrajudicial. Nada obstante, entende-se que a alegada suspensão da fluência dos juros de mora em conformidade não se aplicaria à sua sucessora, a Primo Rossi.

A despeito da extensão dos efeitos da sentença ao cessionário, conforme o quanto disposto no artigo 109, §3º, do CPC, a executada não poderia sequer se aproveitar da suspensão dos juros moratórios, pois se trata de condição que decorre de condição personalíssima da Agraben.

Confira-se, nesse sentido, o entendimento deste E. Tribunal de Justiça, em casos envolvendo as partes desta demanda:

Acesso ao Sumário

FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. Ação de rescisão contratual e de reparação de danos. Pleito de reconhecimento do excesso de execução, ao fundamento de que não são devidos os juros de mora, em razão da liquidação extrajudicial da devedora originária. Descabimento. Suspensão da incidência dos juros moratórios que se dá apenas em relação à administradora liquidada e que não se estende à agravante, que assumiu a administração do grupo de consórcio. Benefício personalíssimo da empresa liquidada, que não é extensivo à executada, que adquiriu seu passivo. Decisão que rejeitou a impugnação mantida. Recurso improvido. Dispositivo: negaram provimento ao recurso. (TJSP; Agravo de Instrumento 2175674-89.2022.8.26.0000; Relator (a): João Camillo de Almeida Prado Costa; Órgão Julgador: 19ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ibaté - Vara Única; Data do Julgamento: 10/04/2023; Data de Registro: 10/04/2023)

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM DEVOLUÇÃO DE VALORES - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. Sentença que determinou a exclusão dos juros de mora porque a devedora originária está em liquidação extrajudicial, nos termos do art. 18, d, da Lei 6.024/74, em conformidade com o título judicial. Inadmissibilidade. Benefício personalíssimo da massa falida, que não se estende à executada, que adquiriu seu passivo. Determinação de prosseguimento da execução, a fim de se apurar a quantia devida, aplicando-se juros de mora desde a aquisição do passivo da Agraben pela executada. Sentença reformada. Recurso parcialmente provido. (TJSP; Apelação Cível 0000017-75.2021.8.26.0236; Relator (a): Nuncio Theophilo Neto; Órgão Julgador: 19ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ibitinga - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 09/08/2022; Data de Registro: 09/08/2022)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - insurgência em face da decisão pela qual foi rejeitada a impugnação ao cumprimento de sentença oposta pela agravante - alegação de excesso de execução pela inclusão de juros de mora no cálculo do valor devido - descabimento - suspensão da fluência de juros de mora em favor da demandada originária (art. 18, alínea 'd' da Lei nº 6.024/74) que não se estende à agravante, sucessora da administradora de consórcio em liquidação extrajudicial - decisão mantida - agravo desprovido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2026887-21.2022.8.26.0000; Relator (a): Castro Figliolia; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Privado; Foro de Sumaré - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 07/04/2022; Data de Registro: 07/04/2022)

No mesmo sentido, assim entende o C. Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. CISÃO PARCIAL DE BANCO (BAMERINDUS E

Acesso ao Sumário

HSBC). REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO. AUSÊNCIA DE CLÁUSULA DE SOLIDARIEDADE. CRÉDITO DO EXEQUENTE PREVISTO NO ROL DE CREDORES DA MASSA DO BANCO BAMERINDUS. INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA PREVISTOS NO TÍTULO JUDICIAL NO PERÍODO DE LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. 1. Litígio em tramitação desde 1995, sendo redirecionado contra o Banco HSBC a partir 2011. 2. Cumprimento de sentença prolatada em ação indenizatória movida contra o Banco Bamerindus S.A., à época em liquidação extrajudicial. 3. Pedido de redirecionamento do cumprimento de sentença contra o Banco HSBC S.A. por ter ele adquirido ativos do banco liquidando. 4. Aquisição de ativos de banco em liquidação e a possibilidade de sucessão frente ao seu passivo. 5. Ausência de solidariedade contratual. 6. A sucessão universal empresarial pressupõe a extinção da empresa sucedida. 7. A cisão parcial de uma empresa não extingue a anterior, sendo necessário que, para que ocorra a solidariedade, previsão contratual expressa nesse sentido. 8. A aquisição de ativos pelo HSBC do Banco Bamerindus, na fase de liquidação extrajudicial que tramitou perante o Banco Central, não extinguiu o banco liquidando, o que afasta a sucessão universal reconhecida na origem. 9. No pacto de aquisição de ativos do HSBC, não há cláusula contratual de solidariedade para com os débitos do banco Bamerindus. 10. **Não é extensivo o benefício da massa, previsto no artigo 18, "d", da Lei 6.024/74, ao seu sucessor, devendo, assim, incidir juros moratórios previstos em título judicial pertencentes ao passivo da massa, sob pena de violação de direito adquirido**. 11. RECURSOS ESPECIAIS PROVIDOS. (REsp n. 1.441.102/SP, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 22/3/2018, DJe de 3/4/2018.) Grifos nossos.

No que concerne aos honorários advocatícios sucumbenciais, verifica-se que a r. sentença se equivocou ao deixar de fixá-los, citando o enunciado de súmula no 519 do STJ. Isso porque, segundo este enunciado: "*Na hipótese de rejeição da impugnação ao cumprimento de sentença, não são cabíveis honorários advocatícios*".

Ademais, merece destaque a tese fixada no REsp 1.134.186, julgado sob o rito dos Recursos Repetitivos (Temas 407, 408, 409 e 410): "*Apenas no caso de acolhimento da impugnação, ainda que parcial, serão arbitrados honorários em benefício do executado, com base no art. 20, § 4º, do CPC*" (STJ, REsp 1134186-RS, Corte Especial, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 01/08/2011, DJe 21/10/2011).

Os enunciados acima, embora anteriores à vigência do CPC/2015, continuam aplicáveis sob a égide do novo Código de Processo Civil. Nesse sentido:

"AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL - AUTOS DE AGRA-

Acesso ao Sumário

VO DE INSTRUMENTO NA ORIGEM - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEU PROVIMENTO AO APELO NOBRE DA PARTE ADVERSA. INSURGÊNCIA DA AGRAVANTE. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, firmada no julgamento do REsp 1.134.186/RS, sob a sistemática dos recursos repetitivos, a fixação dos honorários em favor do executado/impugnante é possível quando o acolhimento da impugnação ao cumprimento de sentença resultar na extinção do procedimento executivo ou na redução do montante executado. 1.1. No caso em tela, consoante se depreende da decisão agravada na origem, houve o acolhimento parcial da impugnação ao cumprimento de sentença, resultando na redução da quantia executada. 2. Agravo interno desprovido." (AgInt no REsp. nº 1.843.515/PR, 4ª Turma, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 01-06-2020, DJe 10-06-2020).

In casu, depreende-se da análise da sentença que houve parcial acolhimento da impugnação ao cumprimento de sentença apresentada pela executada, de modo que não era o caso de aplicação do enunciado de súmula no 519 do STJ.

A despeito disso, verifica-se que o excesso de execução constatado implica sucumbência mínima do exequente, tendo em vista que o parcial acolhimento da impugnação implicou tão somente a exclusão da quantia de R$ 852,22, motivo pelo qual não deve arcar com honorários advocatícios de sucumbência.

Por oportuno, cumpre obtemperar que o apelante também se insurge quanto à multa que lhe foi imposta em decorrência da oposição de embargos de declaração reputados protelatórios pelo douto juízo *a quo*, consoante se vislumbra da decisão de fls. 93/94.

No caso em testilha, ainda que não tenha havido o acolhimento dos embargos de declaração, não se vislumbra finalidade procrastinatória na sua oposição, conforme se infere da leitura da peça processual de fls. 88/92, revelando inexistir má-fé da parte recorrente a justificar a imposição da multa. Dessa forma, tendo em vista que se os embargos declaratórios não revelam caráter protelatório, afasto a multa aplicada pelo douto magistrado *a quo*.

Todavia, adverte-se que a oposição de embargos de declaração com o exclusivo intuito de provocar o reexame de matérias já decididas anteriormente, de maneira clara, poderá ensejar futuramente a imposição da multa prevista no artigo 1.026, §2º, do Código de Processo Civil (STJ, AgInt no REsp 1.909.425/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 25/10/2021, DJe 28/10/2021).

Ante o exposto, **dou parcial provimento** ao recurso, tão-somente para afastar a multa imposta à apelante (fls. 93/94), nos termos do art. 1.026, parágrafo 2º do Código de Processo Civil.

Por derradeiro, deixo de majorar a verba honorária nos termos do art.

Acesso ao Sumário

85, § 11, do Código de Processo Civil, uma vez que não se fazem presentes os requisitos exigidos pelo Col. Superior Tribunal de Justiça, quais sejam o de que o recurso não seja conhecido integralmente ou não provido e que tenha havido fixação desde a origem (AgInt no AREsp nº 1.349.182/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 10-06-2019, DJE 12-06-2019).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003236-37.2022.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante SANTOS BRASIL PARTICIPAÇÕES S.A., é apelado BERCOM PRODUTOS ALIMENTICIOS EIRELI – EPP.

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 O DR. SIDNEI LOSTADO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41437)**

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

São Paulo, 13 de setembro de 2023.

FRANCISCO GIAQUINTO, Relator

Ementa: Ação de obrigação de fazer - Transporte marítimo - Pretensão de condenação da ré a devolver o contêiner vazio ao armador e ressarcir a autora pelos custos com sobreestadia (demurrage) até efetiva devolução do cofre - Sentença de procedência - Falha na prestação de serviço evidenciado - Responsabilidade objetiva da ré - Teoria do risco do empreendimento - Incontroversa a retenção do contêiner pela ré - Alegação de falta de autorização alfandegária para a liberação do contêiner - Descabimento - Desunitização (desova) do cofre que independia de autorização da autoridade alfandegária (art. 1º da OS nº 4, de 29/9/2004, da Alfândega do Porto de Santos, atual Delegacia da Receita Federal) - Obrigação da ré manter estrutura adequada para o depósito e guarda de mercadorias apreendidas (Portaria RF 3.518/11) - Necessidade de desunitização e liberação do contêiner ao armador - Obrigação da ré pagar pela sobreesta-

Acesso ao Sumário

dia do contêiner (demurrage), por impossibilitar a utilização do cofre por expressivo período - Recurso negado.
Reconvenção - Pretensão a condenação da autora ao pagamento das despesas de armazenagem da carga perdida - Descabimento - Aplicação de pena de perdimento de parte da carga - Carga perdida ingressou no universo de disponibilidade da União Federal, devendo eventuais despesas de armazenagem serem custeadas com recursos da União Federal - Precedentes - Por consequência lógica, apreendidas as mercadorias pela autoridade alfandegária, a destruição das mercadorias apreendidas fica ao critério e responsabilidade da Receita Federal, sendo desarrazoado a pretensão da ré reconvinte de que a autora reconvinda diligencie junto à GDEST (Grupo de destruição de mercadorias) para destruição das mercadorias perdidas - Recurso negado.
Recurso negado.

VOTO

Trata-se de ação de obrigação de fazer proposta por **BERCOM PRODUTOS ALIMENTICIOS EIRELI – EPP** em face de **SANTOS BRASIL PARTICIPAÇÕES S/A**, julgada procedente pela r. sentença de fls. 210/221 "*para ordenar que a requerida promova a restituição do contêiner mencionado na inicial, no prazo de cinco dias corridos (úteis ou não), sob pena de multa de R$1.000,00 por dia de atraso, observado o limite de R$50.000,00, condenando a ré ainda a ressarcir a autora das despesas de sobre-estadia que suportar em prol do armador a partir de 2 de fevereiro de 2022, com montante a ser apurado em liquidação, com atualização e juros de 1% ao mês da data do desembolso. A requerida arcará com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios ora arbitrados em 20% sobre o valor da causa. Julgo improcedente a reconvenção, condenando a ré reconvinte no pagamento das custas a ela relativas, mais honorários advocatícios ora arbitrados em 20% sobre o valor de referida*" (fl. 221).

Apela a ré, sustentando inexistir nexo causal entre os danos apontados na inicial e a suposta falha na prestação de serviço imputada à ré. A demandada foi contratada para transportar por via marítima o contêiner SUDU 801.684-6 carregado de produtos alimentícios importados pela autora. Iniciado o procedimento de nacionalização das mercadorias, a autoridade alfandegária apreendeu parte da mercadoria importada por não declarada, determinando o bloqueio e

Acesso ao Sumário

retenção de referidas mercadorias. A ré não possui obrigação legal de manter recinto refrigerado para depósito da mercadoria (alimentos perecíveis) apreendida, precisando a carga ficar acondicionada no contêiner até liberação pela autoridade alfandegária. "*Nesse contexto, caso o terminal portuário entregasse o contêiner, desovando a mercadoria, restaria prejudicado o dever legal de guarda e conservação da coisa depositada, uma vez que o terminal desconhece em quais condições a carga solta (desovada) deve ser armazenada, de modo a garantir sua incolumidade. 29. A solução do imbróglio, prudente destacar, seria a promoção da destruição da mercadoria mediante solicitação da apelada junto ao setor responsável pela Receita Federal. Há, ainda, outro paliativo: disponibilizar novo contêiner refrigerado estacando a sobreestadia, como de fato a apelante fez a fim de cumprir os termos da sentença que se pretende reforma*" (fl. 243). Salienta que a autoridade alfandegária não declarou o perdimento das mercadorias apreendidas, impossibilitando a ré de desunitilizar e entregar o cofre ao armador. A própria autora deu causa à retenção do cofre ao importar mercadorias apreendidas pela autoridade alfandegária, inexistindo responsabilidade da ré em pagar despesas relativas à sobreestadia de contêiner. Postula a condenação da autora ao pagamento das despesas relativas à armazenagem das mercadorias apreendidas, cabendo à autora apelada diligenciar junto à GDEST (Grupo de destruição de mercadorias) da Receita Federal para destruição das mercadorias apreendidas/perdidas, julgando-se procedente o pedido reconvencional. "*Ao armazenar as cargas da Ré, estabeleceu-se uma relação obrigacional com a aqui Autora pelos serviços de armazenagem e movimentação dos contêineres até que o Consignatário/Importador tomasse as providências cabíveis para a liberação das unidades. Certo também que a Autora tinha - e tem - o legítimo direito de receber da Ré a remuneração pelos serviços prestados pelo período em que as mercadorias permaneceram e permanecem depositadas nas dependências do seu terminal e à disposição da Ré para retirada*" (fl. 250). Pugna pelo provimento do recurso (fls. 235/257).

Recurso processado e respondido (fls. 265/273).

Oposição ao julgamento virtual pela ré apelante (fl. 299) e autora apelada (fl. 301).

É o relatório.

VOTO.

Cuida-se de ação de obrigação de fazer visando condenação da ré a devolver o contêiner SUDU 801.684-6 ao armador e ressarcir a autora pelos custos com sobreestadia (demurrage) até efetiva devolução do cofre.

A ação de obrigação de fazer foi julgada procedente, rejeitando-se o pedido reconvencional da ré, por r. sentença apelada assim fundamentada:

"Não há controvérsia sobre a circunstância de que a requerente está obrigada a restituir o contêiner ao armador. Como tal, tem legitimidade para

Acesso ao Sumário

adoção das medidas visando sua recuperação. A requerida é a depositária da carga. Seu é o ônus de restituir o contêiner, quando regularmente solicitado. Daí sua legitimidade passiva. Se no caso concreto tem ou não o dever de restituir em razão de eventuais posturas da autoridade aduaneira, trata-se de questão de mérito. Rejeito a alegação de ilegitimidade passiva. No mais, é fato que o contêiner não se confunde com a carga nele acondicionada. Salvo comando expresso da Receita Federal ou autoridade aduaneira, não pode o terminal alfandegado negar-se a restituição do contêiner, ainda que tenha acomodar a carga em outro recipiente ou localidade. É o que se extrai das regras que orientam as atividades da receita e terminais alfandegados. A Ordem de Serviço nº 4, de 29.9.2004, autoriza a desunitização de mercadorias importadas, independentemente de prévia autorização da Alfândega, mediante simples solicitação ao recinto alfandegado depositário: "A desunitização de mercadorias importadas que tenham sido objeto de apreensão, mediante a lavratura de Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de Mercadorias, independe de prévia autorização desta Alfândega, podendo ser solicitada diretamente ao recinto alfandegado depositário". Há portaria da Receita Federal Brasileira n° 3.518/11 estabelecendo o dever de os recintos alfandegados de preservar a mercadoria, conforme art. 4º, inciso VI: "Art. 4º O alfandegamento compreenderá: (...) VI - estruturas de armazenagem, tais como silos e tanques, pátios e edifícios de armazéns, ou qualquer outra estrutura adequada à guarda e preservação de carga". Em tal contexto, não é crível que a ré, recinto alfandegado, não reúna ou deva reunir meios para a guarda de cargas, quando solicitados respectivos contêineres. Dado o conjunto de normas acima transcritas, a presunção é que o armazém alfandegado, que assume a responsabilidade de guardar as cargas submetidas a procedimentos aduaneiros, perecíveis ou não, disponha de meios de fazê-lo, ainda que não persista a acomodação em contêineres. Pondere-se, nessa mesma esteira, que os contêineres não se confundem com a carga. Não bastasse a natureza do próprio equipamento, é o que se extrai da legislação que regula o tema, mais precisamente o artigo 24, § único da Lei n. 9.611/1998: "Art. 24. Para os efeitos desta Lei, considera-se unidade de carga qualquer equipamento adequado à unitização de mercadorias a serem transportadas, sujeitas a movimentação de forma indivisível em todas as modalidades de transporte utilizadas no percurso. Parágrafo único. A unidade de carga, seus acessórios e equipamentos não constituem embalagem e são partes integrantes do todo". Como tais, em princípio, os equipamentos - contêineres - não comportam retenção por força das necessidades da atividade aduaneira. Essa a orientação do Superior Tribunal de Justiça: "ADMINISTRATIVO. ABANDONO DE MERCADORIA. RETENÇÃO DE CONTAINER. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. O container não se confunde com a mercadoria trans-

Acesso ao Sumário

portada, pelo que é ilegal a sua retenção no caso de abandono de carga. 2. Recurso Especial não provido" (STJ - REsp 1049270/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/08/2008, DJe 22/09/2008). "ADMINISTRATIVO. PERDIMENTO DE CARGA. RETENÇÃO DE CONTAINER. IMPOSSIBILIDADE. I - Incabível a apreensão de container quando decretado o perdimento das mercadorias nele transportadas, pois inexistente relação de acessoriedade entre eles. Precedentes: AgRg no Ag 950.681/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, DJ de 23.04.2008; AgRg no Ag 932.219/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 22.11.2007; REsp nº 914.700/SP, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJ de 07.05.2007; REsp nº 908.890/SP, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 23.04.2007 e REsp nº 526.767/PR, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ de 19.09.2005. II – Agravo regimental improvido" (STJ - AgRg no REsp 1050273/SC, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/06/2008, DJe 18/08/2008). Na linha de mencionadas considerações, há precedentes no sentido de comandos para restituição de containeres por parte de recintos alfandegados: "Agravo instrumento Ação de obrigação de fazer com pedido liminar para imediata desova de contêiner Insurgência em face de decisão que indeferiu a medida de urgência - Pretensão da agravante de desunitização (desova), liberação do contêiner, sob pena de multa diária Alegação de que o contêiner não está atrelado às mercadorias, visto que não constitui acessório ou embalagem Procedência do inconformismo - Presentes os pressupostos do art. 300, caput, do CPC Precedente no sentido de que o container não é embalagem ou acessório da mercadoria Desunitização da carga possível e guarda e depósito a cargo do agravado, recinto alfandegado Hipótese de reforma da decisão hostilizada Recurso provido, com determinação" (TJSP; Agravo de Instrumento 2287168-27.2020.8.26.0000; Relator (a): Jacob Valente; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santos - 2ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 24/02/2021; Data de Registro: 01/03/2021). "Ação de obrigação de fazer Transporte marítimo Improcedência Pretensão de desunitização da carga e liberação de contêiner pelo terminal alfandegário Cabimento Mercadoria abandonada pelo importador Liberação do contêiner é medida de rigor, tendo em vista que não possui natureza de embalagem, não podendo ser utilizado indefinidamente como depósito das mercadorias Terminal alfandegário, ademais, que é obrigado a manter locais adequados para a armazenagem das mercadorias abandonadas, independentemente da mercadoria estar bloqueada pelo Fisco, nos termos da Portaria da Receita Federal nº 3518 Obrigação do réu reconhecida Ação que deve ser julgada procedente Recurso da autora provido" (TJSP; Apelação Cível 1020831-54.2019.8.26.0562; Relator (a): Thiago de Siqueira; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santos - 8ª Vara Cível; Data do Julgamento: 16/09/2020; Data de Registro:

***16/09/2020). No caso concreto, inexiste evidência de que a receita tenha ordenado a retenção inclusive do contêiner. Nada neste sentido foi demonstrado pela ré, em atenção ao disposto no artigo 373, II, do CPC. Da ré, portanto, o ônus de manter consigo a carga, sem transferência do encargo para o responsável pelo contêiner. Por outro lado, não é da requerente o ônus de indicar localidade para onde encaminhar a carga. Trata-se de aspecto a ser dirimido entre a requerida, terminal alfandegado, e os agentes da receita por conta dos quais está retida ou foi declarada perdida. Em face dessas peculiaridades, merece acolhida a pretensão de que o contêiner seja prontamente restituído à autora. Juridicamente não justificada a retenção, a ré ressarcirá as despesas suportadas pela autora em decorrência de referida postura, em atenção ao disposto no artigo 186 do Código Civil. Tivesse a ré ré liberado o contêiner de pronto, a autora suportaria despesas adicionais para com o armador. Em seu favor poderia restituir o equipamento. Como não o fez, suportando a autora despesas de sobre- estadia em prol do armador por força da demora na devolução do equipamento, o que a ele tiver pago pela autora a partir da recusa efetuada pela ré (em 02 de fevereiro de 2022) será indenizado pela requerida, com montante a ser apurado em liquidação. Não é o caso de acolhimento da reconvenção. Ainda que pouco precisa a documentação apresentada nos autos a respeito do procedimento da receita, não há controvérsia que a parte da carga retida foi declarada perdita e, noticia-se, será destruída. Inexiste evidência de que seja da autora a obrigação de algo solicitar neste sentido para que a providência seja adotada. A ré isso sustenta, mas não demonstra que existe disciplina com referido alcance, impondo à importadora a iniciativa da medida. Por outro lado, estando a carga armazenada por conta de comando da autoridade aduaneira, eis que declarada sua perda, presume-se que a partir de então é responsável pelas despesas da guarda. Não o contrário. Se a autoridade aduaneira, eventualmente, entender que algo despendeu por força de postura imputável à importadora, contra ela poderá se voltar. Não poderá a ré, porém, algo cobrar da autora, eis que a partir da retenção da carga pela receita, com declaração de perdimento e destinação à destruição, presumidamente o serviço passou a ser prestado em favor da autoridade aduaneira e não mais de quem a perdeu. Enfim, com a declaração da perda, é razoável concluir que a guarda da carga até sua destinação ocorre por conta de interesse e responsabilidade da autoridade aduaneira. Ao menos o contrário não se extrai do documentado nos autos. Daí a improcedência da reconvenção.*"**

Pelo meu voto nega-se provimento ao recurso.

Fato incontroverso a autora apelada contratou o serviço da ré para transporte por via marítima o contêiner SUDU 801.684-6 carregado com produtos alimentícios importados da Europa, com destino ao Porto de Santos (fls. 12/26) e, inicializada a nacionalização das referidas mercadorias, a autoridade alfande-

Acesso ao Sumário

gária apreendeu e bloqueou parte das mercadorias importadas (780 unidades) (fls. 27/33).

Também fato incontroverso a ré entregou à autora as mercadorias liberadas pela autoridade alfandegária, retendo as mercadorias bloqueadas na alfandega.

Postula a autora a condenação da ré na obrigação de fazer de devolver o contêiner vazio ao armador e pagar as despesas de sobreestadia de contêiner (demurrage) até efetiva devolução do cofre.

A ré argumenta que a desuitização da carga não é possível, diante do bloqueio pela autoridade alfandegária sem efetiva declaração de perdimento da carga. Inexiste nexo causal entre os danos apontados na inicial e a suposta falha na prestação de serviço imputada à requerida a ensejar a condenação da ré ao pagamento de despesas de sobreestadia de contêiner (demurrage).

Entretanto, data vênia da posição da ré, era desnecessária a autorização da autoridade alfandegária para desunitização do contêiner, bastando sua solicitação diretamente ao recinto alfandegado depositário (art. 1º da OS nº 4, de 29/9/2004, da Alfândega do Porto de Santos, atual Delegacia da Receita Federal).

"***Art. "A desunitização de mercadorias importadas que tenham sido objeto de apreensão, mediante a lavratura de Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de Mercadorias, independe de prévia autorização desta Alfândega, podendo ser solicitada diretamente ao recinto alfandegado depositário, o qual deverá observar as condições de segurança necessárias à garantia da integridade da carga e atender, conforme a natureza do produto, às determinações emanadas dos competentes órgãos públicos de controle***".

Nesse sentido precedentes do TJSP:

OBRIGAÇÃO DE FAZER. Unidade de carga que não se confunde com o objeto do transporte marítimo. Impossibilidade de retenção do respectivo cofre em razão da apreensão, ainda que provisória, da mercadoria importada pela autoridade alfandegária. Desova da mercadoria que independe de prévia autorização. Armazenagem da "carga solta" que está atrelada à atividade empresarial do apelado. Desunitização de contêiner que independe de prévia autorização da alfândega. Retenção indevida. Precedentes do STJ e desta Corte de Justiça. Sentença reformada. RECURSO PROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1025025-29.2021.8.26.0562; Relator (a): Anna Paula Dias da Costa; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santos - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 14/07/2022; Data de Registro: 15/07/2022)

OBRIGAÇÃO DE FAZER. Transporte marítimo. Desunitização e entrega de contêiner vazio ao importador. Liberação do contêi-

Acesso ao Sumário

ner após a publicação da sentença que acolheu o pedido inicial, que não implica perda superveniente do objeto da ação. Entrega do cofre (com a mercadoria) em razão do desembaraço alfandegário da carga transportada e não em cumprimento à determinação judicial. Retenção indevida de contêiner, destinado ao transporte de mercadoria e não ao armazenamento desta. Desunitização que independe de autorização alfandegária. Ordem de Serviço nº 04/2004 da Alfândega do Porto de Santos. Não demonstrada impossibilidade de desunitização do cofre, tampouco a ausência de espaço físico para armazenamento da carga solta nas dependências da requerida. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1004057-12.2020.8.26.0562; Relator (a): Afonso Bráz; Órgão Julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santos - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/09/2020; Data de Registro: 29/09/2020)

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. Transporte marítimo internacional. Container. Retenção e devolução. Desunitização de mercadorias apreendidas pela Alfândega. Alegação de falta de determinação para a liberação. Impossibilidade. Liberação do cofre que independe de autorização da Alfândega. Ordem de Serviço nº 4/2004, da Alfândega de Santos. Responsabilidade da apelante mantida. Recurso não provido (Apelação nº 1025824-82.2015.8.26.0562, Rel Des. ACHILE ALESINA, j. 09/11/2016).

Embora os documentos exibidos não indiquem precisamente que à carga apreendida foi decretada a pena de perdimento pela autoridade alfandegária, pressupõe-se, diante da característica da carga (produtos alimentícios perecíveis transportadas por via marítima em dezembro/2021) que referida carga foi declarada perdida pela alfandega e será destruída, impondo à requerida a obrigação de devolver o cofre vazio ao armador.

Nesse sentido bem pontuou o d. Juiz a quo na r. sentença apelada: "***Ainda que pouco precisa a documentação apresentada nos autos a respeito do procedimento da receita, não há controvérsia que a parte da carga retida foi declarada perdita e, noticia-se, será destruída. Inexiste evidência de que seja da autora a obrigação de algo solicitar neste sentido para que a providência seja adotada***".

O contêiner é unidade de carga, prestando-se ao acondicionamento de cargas sujeitas a transporte, não caracterizando embalagem de mercadorias (art. 24 da Lei 9.611/98). Portanto, a apreensão pela alfandega com perdimento de parte das mercadorias importadas não impossibilitava a desunitização e retenção do contêiner pela requerida que, como referido, não se confunde com a embalagem ou acessório da mercadoria transportada.

"***Art. 24. Para os efeitos desta Lei, considera-se unidade de carga qual-***

Acesso ao Sumário

quer equipamento adequado à unitização de mercadorias a serem transportadas, sujeitas a movimentação de forma indivisível em todas as modalidades de transporte utilizadas no percurso.

Parágrafo único. A unidade de carga, seus acessórios e equipamentos não constituem embalagem e são partes integrantes do todo".

Nesse sentido já decidiu o STJ e o TJSP:

ADMINISTRATIVO. PERDIMENTO DE CARGA. RETENÇÃO DE CONTAINER. IMPOSSIBILIDADE.I - Incabível a apreensão de container quando decretado o perdimento das mercadorias nele transportadas, pois inexistente relação de acessoriedade entre eles. Precedentes: AgRg no Ag 950.681/SP, Rel.Ministro JOSÉ DELGADO, DJ de 23.04.2008; AgRg no Ag932.219/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de22.11.2007; REsp nº 914.700/SP, Rel. Min. FRANCISCOFALCÃO, DJ de 07.05.2007; REsp nº 908.890/SP, Rel. Min.CASTRO MEIRA, DJ de 23.04.2007 e REsp nº 526.767/PR, Rel.Min. DENISE ARRUDA, DJ de 19.09.2005.II - Agravo regimental improvido. (AgRgno REsp 1.050.273/SC, rel. Min. Francisco Falcão, 1ª T.,j. 17.6.2008, DJe 18.8.2008)

ADMINISTRATIVO. PODER DE POLÍCIA. PENA DEPERDIMENTO. APLICADA EM RELAÇÃO A MERCADORIAS. RELAÇÃO DEACESSORIEDADE COM O CONTÊINER QUE AS TRANSPORTA/ARMAZENA.INEXISTÊNCIA.1. Pacífico nesta Corte Superior o entendimento segundo o qual não existe relação de acessoriedade entre o contêiner e as mercadorias nele armazenadas/transportadas para fins de pena de perdimento. Neste sentido, confiram-se os seguintes precedentes: REsp 908.890/SP, Rel. Min. Castro Meira,Segunda Turma, DJU 23.4.2007, e REsp 526.767/PR, Rel.Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJU 19.9.2005.2. Recurso especial não provido. (REsp1.056.063/SC, rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª T.,j., 5.8.2010, DJe 1.9.2010)

AÇÃO DE CONDENAÇÃO À OBRIGAÇÃO DE FAZER. Devolução de contêiner. Mercadoria apreendida. Procedência. Insurgência da ré. Mercadoria apreendida, juntamente com a unidade de carga utilizada para seu transporte. Impossibilidade de retenção do contêiner, que não se confunde com a embalagem ou o acessório da mercadoria transportada (parág. Único do art. 24 da Lei nº 9.611/98). Precedentes desta e. Corte e do c. STJ. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1004368-71.2018.8.26.0562; Relator (a): Sebastião Flávio; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santos - 9ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/03/2019; Data de Registro: 29/03/2019)

Acesso ao Sumário

Sem pertinência a alegação da ré no sentido de que não possui obrigação legal de manter estrutura adequada ao depósito e conservação da carga apreendida pela autoridade alfandegária.

Rezava o art. 11 da Portaria RF 3.518/11, com a redação dada pela Portaria RF 113/2013, vigente à época dos fatos:

"Art. 11. A administradora do local ou recinto deve disponibilizar, sem ônus para a RFB, durante a vigência do alfandegamento, observadas, no que couber, as disposições do art. 8º: I - local e equipamentos para guarda e conservação temporária de amostras; e II - instalações exclusivas à guarda e armazenamento de mercadorias retidas ou apreendidas, ressalvadas as situações previstas no art. 31 do Decreto-Lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976. II - instalações exclusivas à guarda e armazenamento de mercadorias retidas ou apreendidas."

Portanto, possui a ré apelante a obrigação legal de manter estrutura adequada para o depósito e guarda de mercadorias apreendidas pela autoridade alfandegária, não podendo pretender repassar tal encargo à autora, respondendo pelos prejuízos causados por sua desídia em desunitizar (desovar) e disponibilizar o contêiner vazio, arcando com as despesas de sobreestadias (demurragem) que incidiram sobre o contêiner indevidamente retido, como bem decidiu o d. Juiz a quo na r. sentença apelada.

Nesse sentido precedentes do TJSP:

APELAÇÃO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE RESTITUIR COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO - PRETENSÃO DE DESUNITIZAÇÃO PARA LIBERAÇÃO DE CONTÊINER E CONDENAÇÃO DO RÉU AO PAGAMENTO DE DEMURRAGE EXIGIDA PELO TRANSPORTADOR MARÍTIMO - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA - RECURSO - BAÚ QUE NÃO ESTÁ ATRELADO ÀS MERCADORIAS, VISTO QUE NÃO CONSTITUI ACESSÓRIO OU EMBALAGEM - NÃO EVIDENCIADO QUALQUER ÓBICE PARA A LIBERAÇÃO DO CONTÊINER - POSICIONAMENTO DA AUTORIDADE ALFANDEGÁRIA NO SENTIDO DE QUE A DESUNITIZAÇÃO PODE SER POSTULADA, SEM NECESSIDADE DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO, DIRETAMENTE AO TERMINAL PORTUÁRIO - ORDEM DE SERVIÇO 04/2004 - RESPONSABILIDADE PELA MANUTENÇÃO DE ESTRUTURA ADEQUADA PARA O DEPÓSITO E GUARDA DAS MERCADORIAS APREENDIDAS - PORTARIA RFB 3.518/11 - REPARAÇÃO PELOS DANOS DECORRENTES DA RETENÇÃO INDEVIDA QUE DEVE SER IMPUTADA À APELANTE - SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1012187-54.2021.8.26.0562; Relator (a): Carlos Abrão; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Pri-

Acesso ao Sumário

vado; Foro de Santos - 11ª Vara Cível; Data do Julgamento: 31/01/2022; Data de Registro: 31/01/2022)

Apelação. Ação de obrigação de fazer e indenização por dano material. Armazenamento alfandegado. Não devolução de contêiner vazio. Sentença de improcedência. Apreensão apenas da carga contendo mercadorias importadas para fiscalização. Contêiner, como unidade de transporte, deve ser desunitizado (desovado) e restituído vazio, sem necessidade de autorização da Alfândega. Ré tem responsabilidade pelo serviço de armazenagem e deve assumir os riscos de sua atividade no que se refere à alegada falta de espaço para guardar mercadorias fora do contêiner (desovadas), bem como quanto à logística e providências para solucionar situais emergenciais. Obrigação de restituir o contêiner vazio e de indenizar o dano material consistente no total da sobre-estadia a partir de sua constituição em mora. Sentença modificada para reconhecimento da procedência da demanda e condenação da ré a (a) devolver o contêiner vazio imediatamente, em 10 dias, a contar da intimação do acórdão, com determinação, e (b) a pagar indenização por dano material. Inversão do ônus de sucumbência. Recurso provido, com determinação. (Apelação Cível 1018265-69.2018.8.26.0562; Rel.: Elói Estevão Troly; 15ª Câmara de Direito Privado; Julg.: 30/07/2019)

A sobreestadia ou demurrage consiste no termo técnico utilizado no transporte marítimo para designar a indenização devida ao armador, ou seja, ao operador do frete marítimo, por descumprimento na entrega do contêiner para embarque fora do prazo denominado free time pelo afretador ou embarcador, cujo valor é estabelecido em contrato, por dia de atraso.

A sobreestadia ou demurrage é devida pela privação do uso do equipamento, indenizando o armador pelo que deixou de lucrar com a indisponibilidade de utilização do contêiner, não comportando censura a r. sentença apelada ao condenar ***"a ré ainda a ressarcir a autora das despesas de sobre-estadia que suportar em prol do armador a partir de 2 de fevereiro de 2022, com montante a ser apurado em liquidação, com atualização e juros de 1% ao mês da data do desembolso"*** (fl. 221).

O pedido reconvencional da ré, objetivando a condenação da autora ao pagamento das despesas de armazenagem da carga perdida, não comporta acolhimento, desprovendo-se o recurso também quanto ao tema.

No caso, não ocorreu abandono da carga importada pela autora, mas a apreensão com perdimento da carga após procedimento de fiscalização da autoridade alfandegária, que apurou que parte das mercadorias não foram corretamente declaradas pela importadora autora.

Assim, com a apreensão e perdimento das mercadorias após procedimen-

Acesso ao Sumário

to da autoridade alfandegária, a carga perdida ingressou no universo de disponibilidade da Receita Federal, devendo as despesas de armazenagem serem custeadas com recursos provenientes da União Federal.

Nesse sentido pontou o d. Juiz a quo na r. sentença apelada: "***Não poderá a ré, porém, algo cobrar da autora, eis que a partir da retenção da carga pela receita, com declaração de perdimento e destinação à destruição, presumidamente o serviço passou a ser prestado em favor da autoridade aduaneira e não mais de quem a perdeu. Enfim, com a declaração da perda, é razoável concluir que a guarda da carga até sua destinação ocorre por conta de interesse e responsabilidade da autoridade aduaneira***".

Portanto, as despesas de armazenagem das mercadorias perdidas devem ser custeadas com recursos provenientes da União Federal, desacolhendo-se a pretensão da ré reconvinte (apelante) de responsabilizar a autora pelo pagamento das despesas de armazenagem da carga perdida.

Nesse sentido precedentes:

Monitória - cobrança por armazenagem de mercadorias importadas - perdimento das mercadorias após procedimento de fiscalização da Receita Federal, devidamente comunicado ao armazém, quando então a responsabilidade pelo pagamento passa para a União - responsabilidade do proprietário importador pelo pagamento do período anterior ao perdimento da carga - ação procedente recurso da ré improido. (TJSP; Apelação Cível 1002733-31.2020.8.26.0224; Relator (a): Jovino de Sylos; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Privado; Foro de Guarulhos - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 17/07/2021; Data de Registro: 17/07/2021)

AÇÃO ANULATÓRIA DE TÍTULO C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS (...) PERDIMENTO DE MERCADORIA IMPORTADA POR ABANDONO - Despesas com armazenagem antes da declaração do perdimento - Período cobrado anterior ao bloqueio total e declaração de carga em abandono - Abandono da mercadoria e aplicação da pena de perdimento, ocasião em que a mercadoria ingressou no universo de disponibilidade da União, devendo, a partir de então, as despesas de armazenagem serem custeadas com recursos provenientes do FUNDAF - Despesas anteriores ao perdimento são de responsabilidade do importador (...)." (22ª Câmara de Direito Privado, Rel. Roberto Mac Cracken, Apelação 1006627-55.2014.8.26.0602, j. 25.02.2016)

AÇÃO DECLARATÓRIA - MERCADORIAS IMPORTADAS - PERDIMENTO NA PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO Apelação Cível nº 1002733-31.2020.8.26.0224 -Voto nº 5 ALFÂNDEGA - POSTERIOR

Acesso ao Sumário

REQUERIMENTO DE AQUISIÇÃO DIRIGIDO À RECEITA FEDERAL - ACOLHIMENTO QUE DEFERIU A NACIONALIZAÇÃO DA CARGA - RÉ QUE PRETENDEU A COBRANÇA DOS CUSTOS DE ARMAZENAGEM REFERENTE A TODO O PERÍODO EM QUE A MERCADORIA FICOU EM SUAS DEPENDÊNCIAS (DO PERDIMENTO À NACIONALIZAÇÃO) - INADMISSIBILIDADE - DESPESAS PELO ARMAZENAMENTO DURANTE PERDA DA CARGA DE RESPONSABILIDADE DA UNIÃO, POIS ESTAVA À DISPOSIÇÃO DA RECEITA FEDERAL - AUTORA RESPONSÁVEL PELOS CUSTOS A PARTIR DA NACIONALIZAÇÃO - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO - IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO RECONVENCIONAL. APELO DA AUTORA PROVIDO." (11ª Câmara de Direito Privado, Rel. Antonio Luiz Tavares de Almeida, Apelação 4000245-02.2013.8.26.0223, j. 19.09.2016)

Por fim, sem pertinência a alegação no sentido que a autora reconvinda deveria diligenciar "*junto à GDEST (Grupo de Destruição de Mercadorias) da Receita Federal para destruição da mercadoria, haja vista até o momento não ter sido declarado seu perdimento*" (fl. 248).

Como referido, embora os documentos exibidos no processo não indiquem precisamente que à carga apreendida foi decretada a pena de perdimento pela autoridade alfandegária, pressupõe-se, diante da característica da carga (produtos alimentícios perecíveis transportadas por via marítima em dezembro/2021) que referida carga foi declarada perdida pela alfandega e será destruída pela Receita Federal, impondo à empresa ré a obrigação de devolver o cofre vazio ao armador.

Portanto, consequência lógica da apreensão das mercadorias perdidas pela autoridade alfandegária é a destruição de referidas mercadorias apreendidas sob critério e responsabilidade da Receita Federal, sendo desarrazoado a pretensão da ré reconvinte de que a autora reconvinda diligencie junto à GDEST (Grupo de destruição de mercadorias) para destruição das mercadorias perdidas..

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0005822-82.2012.8.26.0152, da Comarca de Cotia, em que é apelante FABIO MACHADO IZAR EPP, é apelado GENOVESI & CIA S A INDÚSTRIA E COMÉRCIO (MASSA FALIDA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª 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 3022)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PASTORELO KFOURI (Presidente sem voto), LIA PORTO e JOSÉ RUBENS QUEIROZ GOMES.

São Paulo, 5 de outubro de 2023.

FERNANDO REVERENDO VIDAL AKAOUI, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Usucapião – Sentença de improcedência – Insurgência da autora – Descabimento – Posse iniciada no ano de 1991 – Falência da proprietária decretada em 09/07/1996 e ainda em curso – Massa falida objetiva – Bem arrecadado pelo juízo falimentar no ano de 1999 – O decreto da falência interrompe o prazo da prescrição aquisitiva – O possuidor (falido ou terceiro) perde a posse pela incursão do Estado na esfera jurídica – Precedentes do C. STJ e desta E. Corte – Ausente os requisitos da usucapião, posto que não há se falar em inércia do proprietário, que não está na administração do seu patrimônio e não pode usar, fruir, gozar e dispor livremente dele – RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença proferida às fls. 462/465, integrada pelas rr. decisões de fls. 490 e 495/496, de sua Excelência, a Dra. Renata Meirelles Pedreno, MM. Juíza da 2ª Vara Cível da Comarca de Cotia, nos autos da ação de usucapião, proposta por **FABIO MACHADO IZAR EPP** em face de **MASSA FALIDA DE GENOVESI & CIA S/A INDUSTRIA E COMÉRCIO**, que julgou improcedente o pedido e condenou a autora a pagar honorários advocatícios de 15% sobre o valor atualizado da causa.

Recorre o autor (fls. 497/532). Em síntese, sustenta que: **a)** inexiste legislação específica determinando que a sentença declaratória da falência interrompe a prescrição aquisitiva da usucapião e que o Decreto-Lei nº 7.661/45 nada diz a respeito; **b)** a interpretação do instituto da prescrição é restrita e não pode ser realizada de forma ampla; **c)** o precedente do C. Superior Tribunal de Justiça, que apoiou a sentença recorrida e julgamentos de outros Tribunais, está equivocado, pois o Decreto-Lei nº 7.661/45 confere amplas ferramentas para os "players" da falência defenderem o patrimônio da massa falida, bem como que

Acesso ao Sumário

o C. STJ fez uma acrobacia jurídica para "passar por cima" de uma lei federal e criar a figura da penhora abstrata; **d)** há decisão do C. STJ, da Eminente Min. Nancy Andrighi, na qual reconheceu que um bloqueio na matrícula de imóvel pertencente ao INSS não obsta sua obrigação de defender o bem e, por isso, não impede a usucapião - para o que o apelante alega se tratar de duas réguas para a mesma medida; **e)** questiona o porquê tratar diferente o esbulhador e o locatário do usucapiente; e **f)** a jurisprudência desta Corte Bandeirante vai - em suas palavras -, "felizmente, DE encontro ao entendimento dessa respeitável mas lamentável decisão do E. STJ".

Ademais, sustenta que a interrupção da prescrição aquisitiva da usucapião deve ser vista sob o prisma da legalidade (*civil law* e não *common low*), da ineficiência da administração pública (art. 37, *caput*, da CF) e da segurança jurídica.

Argumenta, ainda, que embora tenha sido decretada a falência da apelada em 9 de julho de 1996 - enquanto sua posse teve início no ano de 1991 -, sempre informou nos autos que a apelada é uma massa falida e nada foi dito sobre a interrupção da prescrição aquisitiva, seja pelos representantes do Judiciário e Ministério Público Bandeirante que interviram nos autos, pelos entes estatais, e tampouco pela própria apelada e/ou seu administrador, o que fez a apelante desembolsar valores com perito e assistente técnica, além de aguardar por 10 (dez) anos até a prolação da sentença.

Outrossim, assevera que nesses 30 (trinta) anos a massa falida não adotou qualquer medida para arrecadar o imóvel, judicial ou extrajudicial, tampouco de outros dois imóveis lindeiros de propriedade desta, que estão depredados e ocupados por usuários de drogas. Alega que o juízo falimentar proferiu decisão em seu benefício, para obstar a arrecadação do imóvel usucapiendo (fls. 1.790 e 1.870), sem recurso contra essa decisão. Juntou precedentes de outros Tribunais Estaduais.

Contrarrazões às fls. 537/541.

Recurso tempestivo e preparado (fls. 533/534 e 546/547).

Manifestação da d. Procuradoria de Justiça Bandeirante às fls. 550/553, pelo desprovimento do recurso.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

O recurso **não comporta provimento**.

Não prospera o argumento no sentido de que é nova a tese no sentido de que o decreto da falência interrompe a prescrição aquisitiva e não poderia ser analisado na r. sentença recorrida.

É fato incontroverso que a posse da apelante teve início no ano de 1991, onde abriu uma loja para exercer sua atividade comercial, assim como que foi declarada a falência da apelada por sentença proferida em 9 de julho de 1996

- ou seja, decurso de apenas 5 (cinco) anos entre o início da posse e a data da falência.

Não olvido que a apelante defende que a tese não foi alegada em contestação ou pelo Ministério Público Bandeirante no primeiro momento de se manifestar nos autos, ou então pelo d. juízo *a quo* ao receber o processo e antes da sentença. Também não olvido que referida tese (supostamente) só foi apresentada pela apelada em no ano de 2018 (data que está equivocada) e que o *Parquet* se pronunciou no sentido de aguardar a prova pericial.

Ocorre que esses fatos não inviabilizam o reconhecimento da interrupção da prescrição aquisitiva, na sentença, conforme fundamentos abaixo.

Com efeito, os pedidos (e teses) formulados na petição inicial e contestação devem ser interpretados considerando o conjunto da postulação e a boa-fé (art. 322, § 2º, do CPC).

No caso em exame, confessado pela apelante em suas razões, o decreto de falência da apelada também foi informado nos autos já na petição inicial.

Compulsando os autos, vislumbrei na contestação apresentada às fls. 131/137 que, desde a sua primeira manifestação, a apelada defende a existência da massa falida como circunstância impeditiva da usucapião, conforme se observa nos seguintes itens da sua defesa, *verbis*:

> "13) (...) todo o empreendimento do autor se iniciou através do abuso e do enriquecimento indevido com a invasão de parte de um imóvel que permaneceu *sub judice* em ação revocatória, **mas que está arrecadado na falência desde 1999** (fls. 60)." (destaquei - fl. 134).
>
> "17) **Mas o fato é que a invasão não gera direito algum sobre o imóvel, ainda mais uma nos autos da falência!**" (negrito no original - fl. 135)
>
> "18) Como o imóvel foi invadido, não se pode dizer que a posse seja justa e pacífica, não concedendo assim direito ao usucapião. Nesse sentido, **justamente em caso de invasão de imóvel de uma massa falida e tentativa de usucapião** do imóvel, já entendeu o E. Tribunal de Justiça: (..)." (destaquei - fl. 135)

Ainda, no item 9 da contestação, destaca o fato de que a apelante pretende usucapir a área de 543,60 m², que pertence a uma área maior de 5.376,00 m². Por conseguinte, no item 20 da contestação, a apelada se insurge quanto ao efetivo tempo de posse da apelada, sob o fundamento de que nos autos "só foi juntada a cópia de um boleto de 2012" (p. 136).

No mais, conforme se vislumbra à fl. 264, o juízo *a quo* decidiu oportunizar a prova pericial pelo seguinte motivo: "Preliminarmente à prova oral, entendo essencial a produção de prova pericial a demonstrar os limites do imóvel usucapiendo, inclusive para permitir a correta e completa inquirição das testemunhas".

Acesso ao Sumário

Bem observado pela apelante em suas razões recursais, no primeiro parágrafo da fl. 504, em saneamento do processo "já havia sido definida a controvérsia da lide (tempo e espaço da posse)".

Isso significa dizer que a posterior manifestação da apelada, em 11 de dezembro de 2017, se limitou a "requerer a juntada do Acórdão do STJ nº 1.680.357 que reconheceu a interrupção da prescrição aquisitiva, para os devidos fins" (fl. 277). Não se trata de inovação, mas sim de mera juntada de precedente recente que corrobora a sua tese defensiva, no sentido de que os bens arrecadados na falência não estão sujeitos à usucapião.

Esclareço que a prova pericial foi necessária para permitir a ampla instrução do processo e convencimento do juiz, destinatário das provas.

Noutro giro, destaco que a questão atinente ao tempo de posse - e eventuais causas de interrupção - é matéria que deve ser analisada na sentença. Isto é, incumbe a(o) juiz(a) permitir que as partes produzam a prova necessária para, só então, decidir se a prescrição aquisitiva foi preenchida no caso concreto, posto que é matéria fática e não propriamente de direito.

A fim de obstar embargos de declaração protelatórios, esclareço que a d. juíza *a quo* poderia (e deveria) ter reconhecido, na sentença, o decreto de falência como causa interruptiva da prescrição aquisitiva, ainda que a massa falida não houvesse arguido a tese em contestação ou fosse revel.

Isso porque seus efeitos seriam relativos e não afastaria a responsabilidade do julgar em decidir conforme o acervo fático-probatório carreado nos autos. Em outras palavras: sabendo que a ré é massa falida, o juiz tem o poder- dever de aplicar o direito ao fato concreto, reconhecendo a impossibilidade de usucapir, se o caso assim exigir.

Superada essa questão, passo a decidir no mais.

A sentença deve ser mantida por seus próprios fundamentos, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça, o qual permite que "*nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la, apreciando, se houver, os demais argumentos recursais capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada no julgamento*".

Acesso ao Sumário

A medida possui aceitação pacífica pelo C. Superior Tribunal de Justiça, que assenta 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*" **(AgInt no REsp 2.026.618/MA, 4ª Turma, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. em 04.09.2023; REsp n.º 662.272/RS, 2ª Turma, rel. Min. João Otávio Noronha, j. 04.09.2007; REsp n.º 491.963/ES, 2ª Turma, rel. Min. Castro Meira, j. 21.11.2005).**

Em que peses os argumentos utilizados pela apelante, não infirmam a

conclusão adotada pela d. juíza *a quo*.

É entendimento remansoso do Colendo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o decreto da falência produz como efeito a interrupção do prazo prescritivo da usucapião, *verbis*:

> FALIMENTAR E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE USUCAPIÃO. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. DESCABIMENTO. EFEITOS DA DECRETAÇÃO DA FALÊNCIA. PATRIMÔNIO AFETADO COMO UM TODO. USUCAPIÃO. INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO AQUISITIVA. MASSA FALIDA OBJETIVA. ART. 47 DO DL 7661/45. OBRIGAÇÕES DE RESPONSABILIDADE DO FALIDO. 1. Ação ajuizada em 21/03/01. Recurso especial interposto em 09/12/14 e atribuído ao gabinete em 25/08/16. Julgamento: CPC/73.
>
> 2. O propósito recursal é decidir se houve usucapião de imóvel que compõe a massa falida, à luz do DL 7.661/45.
>
> 3. A interposição de recurso especial não é cabível quando ocorre violação de dispositivo constitucional ou de qualquer ato normativo que não se enquadre no conceito de lei federal, conforme disposto no art. 105, III, "a" da CF/88. 4. A sentença declaratória da falência produz efeitos imediatos, tão logo prolatada pelo juízo concursal.
>
> 5. O bem imóvel, ocupado por quem tem expectativa de adquiri-lo por meio da usucapião, passa a compor um só patrimônio afetado na decretação da falência, correspondente à massa falida objetiva.
>
> Assim, o curso da prescrição aquisitiva da propriedade de bem que compõe a massa falida é interrompido com a decretação da falência, pois o possuidor (seja ele o falido ou terceiros) perde a posse pela incursão do Estado na sua esfera jurídica. 6. **A suspensão do curso da prescrição a que alude o art. 47, do DL 7.661/45 cinge-se às obrigações de responsabilidade do falido para com seus credores, e não interfere na prescrição aquisitiva da propriedade por usucapião, a qual é interrompida na hora em que decretada a falência devido à formação da massa falida objetiva.** 7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.
>
> **(REsp n. 1.680.357/RJ, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 10/10/2017, DJe de 16/10/2017)**

A jurisprudência desta Corte Bandeirante é no mesmo sentido:

> EMBARGOS DE TERCEIRO - Falência - Defesa da posse - Ausência de justo título pelo apelante - Imóvel titularizado pela massa falida e alienado judicialmente para pagamento das dívidas - Ato jurídico perfeito e acabado - Apelante que exerceu a posse clandestina - Incerteza quanto ao marco inicial da posse - Indicativos que este tenha ocorrido após o ano de

Acesso ao Sumário

2004 - Quebra decretada em 2016 - Interrupção da prescrição aquisitiva no momento da decretação da falência em razão da formação da massa falida objetiva e do desapossamento dos bens - Apelante que não possui qualquer direito sobre extenso imóvel da massa - Sentença mantida - Recurso improvido **(Apelação Cível 0002504-67.2022.8.26.0564; 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Relator (a): J. B. Franco de Godoi; j. em 12/05/2023).**

USUCAPIÃO - Imóvel que pertence à massa falida - Ação julgada improcedente - Insurgência da autora - Alegação que a falência não afastaria a possibilidade da usucapião - Descabimento - Falência decretada antes do início da posse ad usucapionem pela autora - Formação da massa falida objetiva, que faz com que o Estado se insira em sua esfera jurídica, segregando-se automaticamente seu patrimônio, impossibilitando, pois, a usucapião - Precedentes - Sentença mantida - RECURSO DESPROVIDO **(Apelação Cível 0000174-12.2002.8.26.0625; 7ª Câmara de Direito Privado; Relator (a): Miguel Brandi; j. em 07/12/2022).**

APELAÇÃO. AÇÃO DE USUCAPIÃO. IMÓVEL SUBMETIDO AO REGIME DE AFETAÇÃO DA MASSA FALIDA. SENTENÇA QUE, ALICERÇADA NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO, JULGOU IMPROCEDENTE O PEDIDO. APELO DOS AUTORES INSUSISTENTE. DECRETAÇÃO DA FALÊNCIA DA TITULAR DOMINIAL QUE PRODUZIU O EFEITO DE INSERIR O IMÓVEL EM REGIME DE AFETAÇÃO, OBSTANDO A CONFIGURAÇÃO DA USUCAPIÃO NO PERÍODO POSTERIOR À DECRETAÇÃO DA FALÊNCIA, CONFORME PRECEDENTE DO EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE A ALEGADA POSSE DO ANTECESSOR POSSA QUALIFICAR- SE COMO "AD USUCAPIONEM", E QUE JÁ HOUVESSE PERMITIDO A AQUISIÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE ANTES DA DECRETAÇÃO DA FALÊNCIA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. MAJORAÇÃO DE ENCARGOS SUCUMBENCIAIS **(Apelação Cível 0036740-84.2019.8.26.0100; 9ª Câmara de Direito Privado; Relator (a): Valentino Aparecido de Andrade; j. em 31/07/2023)**.

Usucapião. Posse dos ocupantes anteriores demonstrada. Prescrição aquisitiva, contudo, que se interrompeu com a falência da ré, datada de 1995, ainda não encerrada. Precedentes da Corte Superior e deste Tribunal. Posse dos ocupantes anteriores, portanto, que não foi homogênea. Posse exercida pelo autor, por sua vez, que nunca teve natureza ad usucapionem, afinal iniciada já durante o curso da falência. Descabido o reconhecimento da aquisição originária da propriedade em nome do autor. Sentença mantida. Recurso desprovido **(Apelação Cível 1045937-**

Acesso ao Sumário

33.2017.8.26.0224; 1ª Câmara de Direito Privado; Relator (a): Claudio Godoy; j. em 18/07/2023).

USUCAPIÃO - Pretensão à usucapião extraordinária - Sentença de improcedência - Irresignação do autor - Não acolhimento - Imóvel pertencente à empresa cuja falência foi decretada em 2000 - Arrecadação do bem que retira do interessado a posse - Suspensão da contagem do prazo para usucapião - Ausência de indicação e de comprovação de posse do imóvel, pelo tempo necessário para a usucapião extraordinária na vigência do CC/1916, antes da decretação da quebra - Precedentes do C. STJ e desta E. Câmara - Sentença mantida - Recurso desprovido **(Apelação Cível 1083859-19.2022.8.26.0100; 6ª Câmara de Direito Privado; Relator (a): Marcus Vinicius Rios Gonçalves; j. em 30/05/2023)**.

Insta salientar que a posse da apelante teve início na vigência do Decreto-Lei nº 7.661/45. Nos termos do art. 39, "a falência compreende todos os bens do devedor, inclusive direitos e ações, tanto os existentes na época de sua declaração como os que forem adquiridos no curso do processo".

Com o decreto da falência, o **possuidor** (seja ela o falido ou terceiro) perde a posse (direta e/ou indireta) pela incursão do Estado na sua esfera jurídica, que goza de prerrogativas perante o particular.

De tal sorte, a aquisição da propriedade pela via da usucapião pressupõe a inércia do **proprietário** e, se ele não pode administrar, usar, fruir, dispor e gozar livremente da coisa, certamente não se sujeita à usucapião - máxime quando a inércia se confere ao Estado.

É nesse sentido o precedente recente da Terceira Turma do C. Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1.876.058/SP, julgado em 24 de maio de 2022, sob relatoria do Eminente Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, *verbis*:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE USUCAPIÃO. BEM IMÓVEL. PROPRIEDADE. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETAÇÃO. EFEITOS. INDISPONIBILIDADE. PRESCRIÇÃO AQUISITIVA. PRAZO. FLUÊNCIA. INTERRUPÇÃO. PROPRIETÁRIO. INÉRCIA. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

2. Na origem, cuida-se de ação de usucapião proposta contra instituição financeira em processo de liquidação extrajudicial, objetivando o reconhecimento de domínio do imóvel, julgada improcedente em primeiro grau, com sentença mantida em apelação.

3. Cinge-se a controvérsia a definir se os bens pertencentes a instituição financeira em processo de liquidação extrajudicial estão sujeitos à aquisição por usucapião.

Acesso ao Sumário

4. O bem imóvel de propriedade de instituição financeira que se encontra em regime de liquidação extrajudicial é insuscetível de usucapião.

5. Na liquidação extrajudicial de instituição financeira, a exemplo do que ocorre no processo falimentar, cujas disposições contidas na Lei de Falências têm aplicação subsidiária por força do artigo 34 da Lei nº 6.024/1974, ocorre a formação de um concurso universal de credores que buscam satisfazer seus créditos de forma igualitária por intermédio do patrimônio remanescente unificado (princípio da par conditio creditorum).

6. Da mesma forma que ocorre no processo falimentar, a decretação da liquidação extrajudicial obsta a fluência do prazo da prescrição aquisitiva sobre bens inseridos na universalidade de bens já marcados pela indisponibilidade, pois, apesar de suscetíveis de comercialização, só podem ser alienados em certas circunstâncias, com o objetivo de atender aos interesses econômicos e sociais de determinadas pessoas.

7. **A aquisição da propriedade pela via da usucapião pressupõe a inércia do proprietário em reaver o bem, que não pode ser imputada ao titular do domínio que, a partir da decretação da liquidação extrajudicial, não conserva mais todas as faculdades inerentes à propriedade: usar, fruir e dispor livremente da coisa**.

8. Recurso especial não provido.

(REsp n. 1.876.058/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 24/5/2022, DJe de 26/5/2022)

Anoto que o bem usucapiendo foi devidamente arrecadado pelo juízo falimentar, em 15 de março de 1999, conforme se infere no "Av.07" da matrícula do imóvel nº 685, à fl. 60, conforme transcrição abaixo:

"Av.07, em 15 de março de 1999.-

Nos termos do Ofício nº 206/99 expedido pelo Juízo de Direito da 1ª Vara desta Comarca de Cotia-SP, Cartório do 1º Ofício Judicial, extraído do processo nº 146/96 da ação falência, requerida por **FERRO E AÇO NOSSA SENHORA DE FÁTIMA LTDA.**, em face de GENOVESI & CIA COMÉRCIO E INDÚSTRIA; procedo a presente para constar que o imóvel desta matrícula foi objeto de **ARRECADAÇÃO** dos imóveis pertencentes a falida GENOVESI & CIA S/A COM. E IND., para que terceiros não venham a ser vítimas de golpe ou para que não seja vendido".

Não obstante e a bem da verdade, cumpre observar que o juízo falimentar não previu qualquer direito ou benefício em favor da apelante, mas tão somente deferiu "a exclusão do imóvel da hasta pública, enquanto se discute a usucapião" (fl. 454 destes autos) - o que não obsta o reconhecimento nestes autos da interrupção da prescrição aquisitiva e impossibilidade de usucapir.

Desta feita, certo é que entre o início da posse no ao de 1991 e o decreto da falência em 9 de julho de 1996 decorreu apenas 5 (cinco) anos de posse da

Acesso ao Sumário

apelante, não preenchido, portanto, o prazo da prescrição aquisitiva antes do decreto da falência.

Os demais argumentos consistem em meras alegações da apelante, imbuídas em conteúdo apenas opinativo e que apenas demonstram sua insatisfação contra o provimento jurisdicional, que não está maculado por nulidade ou qualquer outro vício.

A bem da verdade, a apelante tão somente produz investidas pessoais contra o entendimento aplicado pela Terceira Turma do Col. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1.680.357/RJ, em 10 de outubro de 2017, sob relatoria da Eminente Min. Nancy Andrighi e que deu supedâneo à r. sentença ora recorrida - para o que alega que o órgão julgador agiu com ativismo jurídico e, em suas palavras, vê o Judiciário (supostamente) extrapolando seus direitos para legislar no caso concreto.

De tal sorte, expostos os fundamentos necessários e relevantes ao convencimento, para manter a r. sentença recorrida, deixo de manifestar sobre as demais alegações recursais, posto que "*o órgão julgador não é obrigado a se manifestar sobre todos os pontos alegados pelas partes, mas somente sobre aqueles que entender necessários para o julgamento do feito, de acordo com seu livre convencimento fundamentado, não caracterizando omissão ou ofensa à legislação infraconstitucional o resultado diferente do pretendido pela parte (EDcl no AgInt na SLS 2828 / MG, Ministro Humberto Martins, Corte Especial, DJe 12/5/2022)*" - **(EDcl no AgRg no RHC n. 171.945/PA, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 6/6/2023, DJe de 12/6/2023).**

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, nos termos da fundamentação. Majoro os honorários advocatícios para 20% (vinte por cento), com fulcro no § 11, art. 85 do estatuto processual civil.

A fim de evitar manejo de embargos de declaração voltados unicamente ao prequestionamento, e de modo a franquear acesso às instâncias extraordinária e especial, considera-se prequestionada toda a matéria constitucional e infraconstitucional debatida nos autos, porquanto apreciadas, neste Colegiado, as questões relacionadas à controvérsia, ainda que sem expressa menção ou individualização dos argumentos ou dispositivos legais invocados pelas partes.

Nessa linha, já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça que o prequestionamento "pressupõe debate e decisão prévios pelo colegiado, ou seja, emissão de juízo sobre o tema" **(EDcl no AgRg no REsp 1.172.919/PE)**; contentando-se com a sua forma implícita, tal como disposto, por exemplo, no AgRg 572.737/RS, REsp 365.079/SP, EDcl no Resp. 688.698/PR, EDcl no REsp. 855.181/SC, entre outros.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000718-44.2023.8.26.0011, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE, é apelada/apelante CARMEN BORGES SILVA DE OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U. Compareceu ao julgamento o advogado Rudi Alberto Lehmann Jr", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.018)**

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

São Paulo, 4 de outubro de 2023.

THEODURETO CAMARGO, Relator

Ementa: PLANO DE SAÚDE – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – DEMANDA CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS – AUTORA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA DE LIPASE ÁCIDA LISOSSOMAL (LAL-D) – ABUSIVIDADE CONTRATUAL – PRESCRIÇÃO MÉDICA – RECUSA INJUSTIFICADA, SOB O FUNDAMENTO DE QUE HÁ EXCLUSÃO CONTRATUAL PARA MEDICAMENTOS NÃO LISTADOS NO ROL DA ANS – FÁRMACO COM REGISTRO NA ANVISA – PRECEDENTE DESTA C. 8ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO – INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 102 DESTE E. TJSP – REEMBOLSO INTEGRAL – DANOS MORAIS – INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS – INDENIZAÇÃO INDEVIDA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS SOBRE VALOR DA CAUSA (STJ, TEMA 1.076) – SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS DESPROVIDOS.

VOTO

Cuida-se de recursos de apelação interpostos contra a r. sentença de fls. 596/601, que julgou parcialmente procedentes os pedidos para condenar a ré no custeio integral do medicamento indicado pelo médico da autora, além de exames, pelo tempo que for necessário para o tratamento; ao pagamento de reem-

Acesso ao Sumário

bolso à requerente no valor de R$ 5.567,92 e afastou a condenação da requerida à indenização por danos morais.

Em razão da sucumbência mínima da autora, a ré foi condenada nas custas, despesas processuais e honorários advocatícios de 10% do valor atualizado da causa.

Rejeitados os embargos de declaração opostos pela ré (fls. 609), as partes apelaram: i) a ré alegando a regularidade da recusa porque o fármaco não estaria previsto no contrato e também não listado no rol de procedimentos obrigatórios da ANS; violação ao princípio do mutualismo; ausência de danos morais e equívoco da base de cálculo dos honorários de sucumbência (fls. 613/645); ii) a autora por sua vez, pugna pela condenação da requerida a pagar indenização de danos morais (fls. 652/672);.

Contrarrazões às fls. 798/811 e 813/830.

Não houve oposição ao julgamento virtual dos recursos.

É o relatório.

1.- DO RECEBIMENTO DOS RECURSOS - Os apelos são recebidos no efeito devolutivo (CPC, art. 1.012, § 1º, inciso V).

2.- SÍNTESE DA DEMANDA - A autora ajuizou ação de obrigação de fazer cumulada com pedido de indenização de danos materiais pretendendo que a operadora de planos de saúde custeasse as despesas relacionadas ao medicamento Kanuma (Alfassebelipase), além dos exames laboratoriais vinculados ao acompanhamento da deficiência de lipase ácida lisossomal (LAL-D), enfermidade que a acomete (fls. 01/26 dos autos principais).

Por isso, pediu i) a condenação da ré à cobertura ou custeio do tratamento, pelo tempo necessário e ii) reembolso do exame custeado com recursos próprios da autora, no valor de R$ 5.567,91.

Concedida a liminar (fls. 204/205), a requerente aditou a inicial para incluir o pedido de indenização por danos morais no valor de R$ 10.000,00 (fls. 209/215).

Em resposta, a ré contestou sustentando, preliminarmente, a falta de interesse de agir em relação ao pleito de ressarcimento dos valores gastos com o exame médico custeado pela autora, devido ao não esgotamento das vias administrativas. No mérito, alegou que a recusa se baseia no limite da cobertura, amparada pelo rol taxativo da ANS; impossibilidade de a requerente se valer de cobertura não contratada; violação ao princípio do mutualismo; inexistência de ilegalidade e abusividade e ausência de danos morais (fls. 257/290).

Réplica às fls. 566/589.

A r. sentença julgou os pedidos parcialmente procedentes.

3. - DO MÉRITO - No caso em exame, considerando que não houve impugnação ao diagnóstico da doença, acertada a determinação do MM. juiz sentenciante para que a ré custeie o tratamento da autora com o medicamento

Acesso ao Sumário

prescrito.

Assim, à falta de prova de exclusão contratual de cobertura da doença e tendo sido indicado pela médica responsável, verifica-se que a recusa em custear integralmente o referido medicamento fere a própria natureza do contrato, em afronta à Lei nº 9.656/98.

Se assim é, e ainda levando em conta o entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça de que se o plano de saúde não afasta a cobertura da doença, não se pode recusar a arcar com o custo do respectivo medicamento (REsp 519.940-SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 17.06.2003), é imperioso reconhecer que a ré não pode imiscuir-se no tratamento.

Dando respaldo ao presente entendimento, a orientação consagrada na Súmula 102 deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo dispõe: "Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS".

Ainda que assim não fosse, confira-se precedente do STJ que concluiu pela continuidade do tratamento do paciente ainda que o medicamento não esteja listado no rol de procedimentos obrigatórios da ANS: "RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANOS DE SAÚDE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AFASTADA. NEGATIVA DE FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO SOB O FUNDAMENTO DE SE TRATAR DE TRATAMENTO EXPERIMENTAL. ILEGALIDADE DA RESOLUÇÃO NORMATIVA DA ANS. USO FORA DA BULA (OFF LABEL). INGERÊNCIA DA OPERADORA NA ATIVIDADE MÉDICA. IMPOSSIBILIDADE. ROL DE PROCEDIMENTOS ANS. EXEMPLIFICATIVO. MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS" (STJ-3ª Seção, REsp. 1769557, rel. Minª Nancy Andrighi, 13.11.2018).

Nesse mesmo sentido, concluiu este E. TJSP que: "APELAÇÃO CÍVEL. PLANO DE SAÚDE. Ação de obrigação de fazer. Autora portadora de imunodeficiência com predomínio de defeito de anticorpos. Prescrição de tratamento com "Imunoglobulina Subcutânea 200 mg/ml (Hizentra)". Cobertura negada pela ré. Recusa da ré em custeá-lo sob a alegação de que este não possui cobertura contratual, por não constar no rol dos procedimentos obrigatórios instituídos pela ANS. Inadmissibilidade. Rol que prevê somente a cobertura mínima obrigatória. Exclusão que contraria a função social do contrato, retirando da paciente a possibilidade do tratamento necessitado. Inteligência da Súmula 102 do TJSP. R. sentença mantida. Recurso improvido" (2ª Câm. Dir. Priv., Ap. 1032805-40.2020.8.26.0114, rel. Des. José Joaquim dos Santos, j. em 25.11.2021).

A par disso, ficou incontroverso que o medicamento possui registro na ANVISA.

Ademais, é aplicável a interpretação do modo mais favorável ao consu-

Acesso ao Sumário

midor em conformidade com o art. 47 do CDC.

Na hipótese, a recusa da ré em dar cobertura ao tratamento com base em interpretação restritiva das cláusulas contratuais e da taxatividade do rol da ANS afronta o inciso IV do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, já que restringe direitos e obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto e o próprio equilíbrio contratual (idem, art. 51, § 1º, inciso II).

Com efeito, "é sabido que a edição do rol de procedimentos pela ANS é periódica, naturalmente não acompanhando o desenvolvimento da ciência e da tecnologia de medicamentos, como neste caso. Nem poderia o rol expedido pelo órgão administrativo limitar a cobertura do tratamento da moléstia contratual e legalmente assegurado. Não se pode limitar tratamento indispensável à integridade da saúde do paciente, excluindo medicamentos necessários e adequados ao caso (segundo o médico responsável), sob a singela alegação de que não constantes do rol da ANS" (TJSP, 10ª Câm. Dir. Priv., Ap. 0.002.082-18.2007.8.26.0306, rel. Des. João Carlos Saletti, j. 08.04.2014).

Além do mais, é fato que no julgamento dos precedentes da C. 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (EREsps 1.889.704/SP e 1.886.929/SP, j. 08.06.2022) ficou decidido que "a operadora de plano ou seguro de saúde não é obrigada a arcar com tratamento não constante do Rol da ANS se existe, para a cura do paciente, outro procedimento eficaz, efetivo e seguro já incorporado ao Rol".

Na hipótese, a apelante não apontou a existência de outro exame ou procedimento eficaz, efetivo e seguro, já incorporado ao rol de procedimentos obrigatórios listados pela ANS, para o tratamento da autora.

Por outro lado, o reembolso do exame custeado pela autora deverá ser integral, na medida que a ré não se desincumbiu do ônus de provar que possui clínicas e prestadores de serviços especializados.

No mesmo sentido: "PLANO DE SAÚDE. COBERTURA. TRATAMENTO FORA DA REDE CREDENCIADA. Não comprovação pela ré de que há, na rede credenciada, estabelecimento e profissionais habilitados para o tratamento segundo o método indicado pelo médico do autor. Indevida a limitação do reembolso. Custeio integral devido. Recurso não provido" (TJSP, 7ª Câm. Dir. Priv., Ap. 1004320-53.2017.8.26.0011, rel. Des. Mary Grün, j. 12.03.2018).

4. - DA INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS - No dizer abalizado de MARIA CELINA BODIN DE MORAES, "não será toda e qualquer situação de sofrimento, tristeza, transtorno ou aborrecimento que ensejará a reparação, mas apenas aquelas situações graves o suficiente para afetar a dignidade humana em seus diversos substratos materiais, já identificados, quais sejam, a igualdade, a integridade psicofísica - compreendido como direito à saúde, isto é, ao bem-estar psicofísico e social -, a liberdade e a solidariedade familiar ou social, no

Acesso ao Sumário

plano extrapatrimonial em sentido estrito" (cf. Danos à pessoa humana – uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1ª ed., 4ª tiragem, 2009, ps. 94 e 188/189).

A ré recusou-se a custear e fornecer os medicamentos com base na interpretação de cláusula contratual.

De fato, o dano moral cuja indenização a lei prevê é aquele que ultrapassa, pela sua intensidade, repercussão e duração, aquilo que o homem médio, de estrutura psicológica normal, estaria obrigado a suportar.

No presente caso, porém, não há conduta altamente reprovável da ré, uma vez que, a rigor, agiu dentro dos limites do contrato, direito que lhe assistia até superveniência de imposição de conduta diversa pelo Poder Judiciário.

Na verdade, a jurisprudência vem entendendo que a interpretação da cláusula contratual de modo desvantajoso ao consumidor não acarreta, por si só, o dano moral alegado.

Esse o entendimento de nosso Tribunal: "PLANO DE SAÚDE - DANOS MORAIS - Descabimento - Ausência de ilicitude do comportamento - Descumprimento contratual que causa mero aborrecimento, insuscetível de provocar sofrimento suficiente a justificar condenação - Mera suscetibilidade da autora, no mais, que não autorizaria o ressarcimento - Ensinamento doutrinário e precedente pretoriano - Verba indevida - Sentença de improcedência mantida - Recurso a que se nega provimento" (TJSP, 6ª Câm. Dir. Priv., Ap. 0012875-68.2007.8.26.0127, rel. Des. Percival Nogueira, j. 10.02.2010).

No mesmo sentido: TJSP, 6ª Câm. Dir. Priv., Ap. 990.10.487071-2, rel. Des. Vito Guglielmi, j. 02.12.2010.

5.- DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E RECURSAIS - A ré volta-se contra o critério de fixação de honorários advocatícios de sucumbência em 10% do valor da causa; pede que a verba honorária corresponda ao valor do reembolso a ser pago à requerente.

Sem razão, todavia!

No concernente à base de cálculo dos honorários advocatícios, por força do julgamento dos Recursos Especiais Repetitivos 1850512/SP, 1877883/SP, 1906623/SP e 1906618/SP (Tema 1.076), sobrevieram duas teses: "i) A fixação dos honorários por apreciação equitativa não é permitida quando os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados. É obrigatória, nesses casos, a observância dos percentuais previstos nos §§ 2º ou 3º do art. 85 do CPC - a depender da presença da Fazenda Pública na lide -, os quais serão subsequentemente calculados sobre o valor: (a) da condenação; ou (b) do proveito econômico obtido; ou (c) do valor atualizado da causa. 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

No caso em exame, a autora atribuiu à causa o valor de R$ 37.539,24.

Assim, levando-se em consideração a tese "i", c (Tema 1.076), que estabeleceu o valor da causa como base de cálculo para os honorários advocatícios de sucumbência, a fixação de tal verba no porcentual de 10% sobre o valor atualizado da causa afigura-se correta, pois obedeceu as margens previstas no § 2º do art. 85 do CPC.

Por fim, o insucesso do recurso implica a majoração da verba acima para o equivalente a 15% do valor da causa.

6.- CONCLUSÃO - Daí por que se nega provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1095815-32.2022.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante LIVIA GUERREIRO SZAJMAN, é apelada DEUTSCHE LUFTHANSA AG.

ACORDAM, em 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 54775)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANA CATARINA STRAUCH (Presidente) e PEDRO KODAMA.

São Paulo, 3 de outubro de 2023.

JOSÉ TARCISO BERALDO, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - Contrato de transporte aéreo internacional - Extravio de bagagem - Culpa da transportadora por falha na prestação do serviço não demonstrada - Indenizações por danos materiais e morais incabíveis - Sentença de improcedência da ação indenizatória mantida - Apelação improvida.

VOTO

Trata-se de apelação tirada contra r. sentença - proferida pela MM. Juíza de Direito Dra. Tamara Hochgreb Matos - que julgou improcedente ação indenizatória (danos materiais e morais) ajuizada em decorrência de alegado extravio de mala em voo internacional; honorários advocatícios arbitrados em dez por cento do valor da causa.

Insiste a apelante em que demonstrou a ocorrência do evento e o prejuízo sofrido: na chegada ao destino a apelada teria se recusado a emitir o compro-

Acesso ao Sumário

vante de extravio ("RIB"), tendo localizado a mala, via de vídeo divulgado em grupo de "Facebook", a qual foi identificada pelo dispositivo de rastreamento e não pelo de despacho, com o que tem direito às indenizações, tanto mais que a própria transportadora enviou-lhe mensagem eletrônica comunicando aquele localização.

Postula a apelada, em sua resposta, o improvimento.

Indeferiu-se renovação de pedido de justiça gratuita e determinou-se o preparo e sua complementação.

Determinou-se complementação do preparo, efetivada.

A apelante veiculou oposição a julgamento virtual.

Recurso, no mais, bem processado.

É o relatório.

O inconformismo não vinga.

Com efeito - e não obstante as alegações em contrário da autora - não veio demonstração escorreita de que o alegado extravio da bagagem da apelante tivesse ocorrido por falha na prestação do serviço da apelada.

É verdade que houve afirmação, com fotos, da localização no aeroporto do destino.

Menos certo não é, todavia, que o número indicado nessa ocasião não corresponde ao do despacho e, mais ainda, que a própria apelada afirma que a localização lhe foi indicada em vídeo publicado em grupo de rede social ("Facebook), não obstante o recebimento de mensagem eletrônica enviada pela última, o que decorreu, certamente, do etiquetamento identificando-a e ao voo, mas sem significado de que tenha dado causa ao evento.

Bem ponderou a culto Magistrada, nesse ponto, na r. sentença (fls. 260/261): "**Embora se trate de relação de consumo, a autora não apresentou nenhum documento que demonstre o extravio de sua bagagem (RIB ou protesto de bagagem), limitando-se a afirmar que a Companhia ré se recusou a emiti-lo sob a justificativa de que sua bagagem seria devolvida - o que, pelas regras da experiência, não costuma ocorrer. Outrossim, o documento de fl. 25 não possui data e permite aferir a efetiva ocorrência dos fatos articulados na petição inicial, tendo a ré informado que a etiqueta de bagagem mencionada em tal documento (470462) não confere com o número da bagagem registrada pela autora quando do seu check-in (468400). Nesse compasso, considerando que a ré afirma não existir nenhum registro do alegado extravio da bagagem da autora em seus sistemas, e que a autora não apresentou nenhum indício concreto de suas alegações, nem tampouco há data, nome ou qualquer dado concreto relativo à viagem da autora no e-mail que afirma ter recebido da ré (fl.25), a improcedência dos pedidos deduzidos na inicial é medida que se faz de rigor**".

Nada há, pois, a alterar nessa conclusão.

Acesso ao Sumário

Feitas essas considerações, fica, mantida a r. sentença, tanto pelos seus próprios fundamentos (art. 252 do Regimento Interno deste C. Tribunal 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**"), como, ainda, pelos aqui adicionados; majoram-se os honorários advocatícios (§11 do art. 85 do Cód. de Proc. Civil) para 15% do valor atualizado da causa.

Nega-se provimento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1053897-85.2021.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FRANCISCO CELIO DA SILVA, são apelados RECOVERY DO BRASIL CONSULTORIA S.A. e FUNDO DE INVESTIMENTO EM DIREITOS CREDITÓRIOS NÃO PADRONIZADOS NPL II.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44811)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS FERNANDO NISHI e MARY GRÜN (Presidente).

São Paulo, 9 de outubro de 2023.

ANDRADE NETO, Relator

Ementa: AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - MANUTENÇÃO DO GRAVAME/BLOQUEIO DO VEÍCULO APÓS ACORDO - MANUTENÇÃO ENQUANTO NÃO HOUVE QUITAÇÃO - AUSÊNCIA DE PREVISÃO PARA QUE SE LEVANTASSE O GRAVAME ANTES DISSO - AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO - INDENIZATÓRIO MANTIDO APELAÇÃO DESPROVIDA

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença que extinguiu sem julgamento do mérito ação de obrigação de fazer e improcedente o pedido de indenização por danos morais fundada em alegada manutenção indevida de

gravame de alienação fiduciária após a quitação do contrato de financiamento de veículo, condenando o autor ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor atualizado da causa.

Recorre o autor sustentando que mesmo após formalização de acordo que vem pagando até o momento, o gravame foi levantado somente após a propositura da demanda, o que teria lhe acarretado danos morais, pois é motorista de caminhão, tendo financiado o bem para exercer sua atividade profissional, aduzindo que enquanto não obteve o levantamento do gravame teria sido *forçado a não realizar sua atividade habitual de caminhoneiro, não tendo meios, assim, de prover o próprio sustento, aduzindo que A manutenção da restrição de circulação do veículo durante o período de quitação do acordo, não tendo sido comunicada ao apelante, configura-se prática abusiva, nos ditames do inciso V do art. 39 do Código de Defesa do Consumidor.* (sic. fls. 262), sustentando, ainda, *todo o transtorno de não conseguir resolver a pendência administrativamente e precisar contratar advogado particular e ingressar com ação judicial.* Pede seja indenizado pelos danos morais no valor de R$ 10.000,00.

Recurso regularmente processado, com contrarrazões.

O apelo foi inicialmente distribuído à 22ª Câmara de Direito Privado, que, por acórdão, declinou da competência, vindo os autos a mim conclusos após redistribuição livre.

É o relatório.

A insurgência não prospera.

Narra o autor que ser proprietário do caminhão Ford, Cargo 1621, ano 2000, de placas CVP0157, alienado fiduciariamente e possuía débitos no valor de R$ 7.782,55 quando, em 19 de agosto de 2020 fez acordo com a ré para pagamento da dívida em 30 parcelas mensais e sucessivas. Diz que embora venha efetuando o pagamento do acordo regularmente, o veículo continua com restrição impedindo o exercício de sua profissão de motorista e que mesmo após pedido extrajudicial de levantamento da restrição junto ao RENAJUD, nenhuma providência foi tomada. Pede a obrigação de levantamento do gravame e que seja indenizado pelos danos morais no valor de R$ 10.000,00.

Acesso ao Sumário

Por força da liminar concedida, o gravame foi levantado no curso do processo. Quanto ao pedido indenizatório a sentença se deu pela improcedência, limitando a pretensão recursal invertê-la.

É verdade que, quitado o contrato de financiamento, a instituição financeira tem a obrigação de informar a baixa do gravame ao órgão de trânsito no qual o veículo estiver registrado e licenciado, providência que deve ser adotada no prazo de dez dias, conforme previsão do artigo 9º da Resolução Contran nº 320/2009.

Entretanto, na hipótese, como o próprio autor narra na petição inicial, no acordo realizado para quitação do débito não há previsão de levantamento

da restrição antes do cumprimento integral do acordo, que, ao que tudo indica, ainda não teria sido quitado, remanescendo saldo devedor.

Assim, relevante dizer que até o momento em que houve o levantamento do gravame no curso do processo havia débito que legitimava a manutenção do gravame. Ausente ato ilícito que fundamente o pedido indenizatório, a improcedência deve ser mantida.

Por outro lado, vale observar a maior parte dos danos reclamados pelo autor seriam decorrentes da impossibilidade de exercer a profissão de motorista. Contudo, como bem destacou o magistrado de piso, tal condição não restou efetivamente demonstrada, fato este, ademais, que ensejaria indenização por danos materiais, o que evidentemente, deveriam ser apontados e comprovados, não sendo suficiente apenas a existência de restrição sobre o veículo.

Isto posto, pelo meu voto, **nego provimento à apelação e, com fundamento no § 11 do artigo 85 do CPC, elevo os honorários advocatícios para 15% do valor atualizado da causa.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1010588-17.2020.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante/apelada SELMA RODRIGUES DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante BANCO SAFRA S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso da autora e deram parcial provimento ao recurso do réu V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39756)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente), FERNANDO SASTRE REDONDO e FLÁVIO CUNHA DA SILVA.

São Paulo, 10 de outubro de 2023.

SPENCER ALMEIDA FERREIRA, Relator

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - Sentença de procedência da ação principal e improcedência da reconvenção - RECURSO DA AUTORA - Contrato de empréstimo bancário - Autora que nega a celebração da avença - Impugnação da autenticidade da assinatura aposta no documento apresentado pelo réu - Ônus da prova

Acesso ao Sumário

incumbe ao réu (CPC, art. 429, II) - Não pagamento dos honorários periciais pelo réu - Preclusão - Inteligência do art. 429, II, do NCPC - Higidez da contratação não demonstrada - DANO MORAL - Possibilidade - Conforme se extrai da prova dos autos, foram efetuados descontos indevidos no benefício previdenciário da autora. Tais descontos são suficientes para se afirmar que sua subsistência foi comprometida. Some-se a isso o fato de que a autora teve de vir a Juízo para pôr fim à controvérsia, perdendo tempo útil na solução da questão. Tais fatos justificam a fixação de indenização no valor de dez mil reais, a fim de atender aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, observados os precedentes desta Câmara - RESTITUIÇÃO - Valores indevidamente descontados do benefício previdenciário da autora devem ser restituídos de forma simples quanto aos descontos ocorridos até 30.03.2021, e em dobro quanto aos descontos posteriores, conforme termo da modulação no julgamento de recursos repetitivos (Tema 929) - RECURSO DO RÉU - COMPENSAÇÃO - Cabível a compensação de débitos e créditos entre as partes, considerando o total das condenações a título de danos materiais e morais, para que não haja enriquecimento sem causa - Sentença parcialmente reformada - RECURSO DA AUTORA PROVIDO E RECURSO DO RÉU PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

1.- A r. sentença de fls. 373/377, cujo relatório se adota, que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais para: A) declarar a inexistência de relação jurídica entre as partes com relação aos contratos n° 000005762120, n° 000005531900 e n° 000003359338; B) declarar inexigíveis, porque indevidos, os débitos oriundos dos contratos n° 000005762120, n° 000005531900 e n° 000003359338; C) condenar o Requerido a restituir à Requerente, de forma simples, todos os valores descontados em seu benefício previdenciário em razão dos contratos n° 000005762120, n° 000005531900 e n° 000003359338, os quais, até a distribuição da ação, remontavam a quantia de R$ 14.714,69, acrescidos daqueles que porventura tenham sido descontados em momento posterior, sempre com correção monetária pela tabela prática do E TJSP desde os descontos e juros de mora de 1% ao mês a contar da citação. Pela sucumbência

Acesso ao Sumário

da ação principal, condenou o requerido a arcar com o pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da condenação.

Por outro lado, julgou improcedente a reconvenção, extinguindo-a com resolução do mérito nos termos do artigo 487, I, do CPC. Pela sucumbência, condenou o requerido - reconvinte a arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor atualizado da reconvenção.

Apelou a autora, às fls. 380/394, requerendo a reforma parcial da sentença para que seja determinada a restituição de valores indevidamente descontados em dobro, pretende também que seja reconhecido o dano moral, com fixação de indenização no valor de R$ 30.000,00, e, por fim, requer que os juros de mora sobre os descontos indevidos incidam a partir de cada ato ilícito, e não a partir da citação, como constou na sentença.

Apelou também o réu às fls. 395/401, sustentando a validade da contratação do empréstimo consignado, alega a ausência do dever de indenizar por danos materiais e morais. Quanto à reconvenção, sustenta que apresentou os comprovantes de pagamento dos empréstimos, e que deve ser determinada a devolução ou compensação do valor depositado na conta da parte autora.

Recursos tempestivos, ausente de preparo do recurso da autora por ser beneficiária da gratuidade da justiça e preparado o do réu (fls. 402/403) e respondidos (fls. 408/415 e fls. 416/428).

É o relatório.

2.- O recurso da autora merece ser provido.

A autora nega a contratação dos empréstimos questionados nos autos, aventando a possibilidade falsificação de sua assinatura nos contratos apresentados pelo banco réu.

Foi determinada a realização de perícia grafotécnica (fls. 339/341), bem como o pagamento dos honorários periciais pelo réu, sob pena de preclusão (fl. 364).

Sobreveio a sentença de fls. 373/377 que declarou a preclusão da prova pericial e julgou a ação parcialmente procedente.

Tratando-se de impugnação de autenticidade, deve ser aplicado o disposto no art. 429, II, do CPC, segundo o qual o ônus da prova incumbe a quem produziu o documento, ou seja, o banco requerido.

Assim, declarada preclusa a prova pericial, a consequência da ausência de sua produção deve recair sobre o banco requerido, reputando-se não comprovada a contratação, com a consequente declaração de inexistência de relação jurídica entre as partes.

Diante desse cenário, à míngua de segura comprovação, configura-se a responsabilidade do banco pelo chamado fortuito interno no caso, portanto, cor-

Acesso ao Sumário

retamente acolhido o pedido declaratório de inexistência do negócio jurídico (empréstimo consignado) discutido na ação, consubstanciado pelo instrumento contratual de fls. 47/48.

Registre-se que, nos termos do art. 14 do CDC, responde objetivamente o fornecedor pelo vício do serviço, posto que os danos dele decorrentes são de sua inteira responsabilidade, esta que decorre do risco integral de sua atividade econômica, somente não respondendo quando provar a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, consoante dispõe o § 3º, inciso II, do artigo citado, o que não se verificou no presente caso.

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

> "RECURSO ESPECIAL - REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. JULGAMENTO PELA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS. DANOS CAUSADOS POR FRAUDES E DELITOS PRATICADOS POR TERCEIROS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. FORTUITO INTERNO. RISCO DO EMPREENDIMENTO. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: **As instituições bancárias respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes ou delitos praticados por terceiros - como, por exemplo, abertura de conta-corrente ou recebimento de empréstimos mediante fraude ou utilização de documentos falsos -, porquanto tal responsabilidade decorre do risco do empreendimento, caracterizando-se como fortuito interno**. 2. Recurso especial provido."[1]
>
> A Súmula 479 do Superior Tribunal de Justiça dispõe que:
>
> **Sum. 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.

Com efeito, ausente demonstração de que o documento foi assinado pela autora, devida a indenização pelos prejuízos sofridos, uma vez que estão caracterizados os danos morais, porquanto suportou diversos transtornos sem que tivesse ao menos mantido relação jurídica com o réu a fundamentar tal cobrança, fruto da negligência do requerido quanto às cautelas de segurança para a assinatura de contrato.

Em suma, o descuido do requerido quanto às cautelas de segurança para a assinatura de contrato é incompatível com a seriedade da atividade bancária e resultou em transtornos e abalos que ultrapassam a esfera do mero aborrecimento tolerável no cotidiano.

Conforme se extrai da prova dos autos, foram efetuados descontos em

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

Acesso ao Sumário

seu benefício previdenciário, referentes às parcelas dos empréstimos não contratados. Tais descontos são suficientes para se afirmar que sua subsistência foi comprometida.

Some-se a isso o fato de que a autora teve de vir a Juízo para pôr fim à controvérsia, perdendo tempo útil na solução da questão.

Cabível, portanto, diante do conjunto fático probatório dos autos, a fixação da indenização por danos morais, a teor da firme jurisprudência desta Câmara:

> "APELAÇÃO - Ação de inexigibilidade de débito c.c indenização por danos morais e repetição de indébito em dobro. Ausência de reconhecimento de empréstimo consignado. Descontos efetuados pelo banco no benefício previdenciário da parte autora. Decisão procedência. Ausência de prova da relação jurídica no tocante à contratação. Prova pericial que certificou a falsidade de assinatura aposta no contrato. Aplicação do CDC. **Cabimento de fixação de verba indenizatória por dano moral em R$ 10.000,00, que atende aos critérios da proporcionalidade e razoabilidade, bem como o caráter compensatório, diante do dano moral devido à privação dos valores referentes aos respectivos descontos indevidos.** Dano material. Cabimento restituição de valores. Sentença confirmada por seus próprios fundamentos nos termos do art. 252 do RITJSP. Descabimento de devolução em dobro diante da ausência de comprovação de má-fé da ré. Provimento. Recursos parcialmente provido." (TJSP; Apelação Cível 1000546-79.2021.8.26.0397; Relator (a): Flávio Cunha da Silva; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Foro de Nuporanga - Vara Única; Data do Julgamento: 11/11/2022; Data de Registro: 11/11/2022)
>
> "RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL. Inexigibilidade de débito c.c. danos morais. Empréstimo consignado. Perícia grafotécnica que constatou a falsidade da assinatura aposta no instrumento. I**nexigibilidade reconhecida. Falha na prestação de serviços. Ilícito caracterizado. Dano moral presumido. Teoria do desvio produtivo. Majoração em quantia menor à pretendida, em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Precedentes.** Sentença reformada. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO". (TJSP; Apelação Cível 1001081-75.2021.8.26.0019; Relator (a): Fernando Sastre Redondo; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Foro de Americana - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/11/2022; Data de Registro: 28/11/2022)
>
> "APELAÇÃO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CONTRATO c.c. REPARAÇÃO DANOS MORAIS, MATERIAIS E TUTELA ANTECIPADA - Empréstimo não solicitado pela autora - Sentença de procedência - Insurgência da autora - Relação de consumo - Responsabilidade civil objetiva das instituições financeiras - **Descontos em benefício previdenciário em decorrência de empréstimo indevido - Falha na prestação de serviços evidenciada - Dano moral - Ocorrência - Quan-**

Acesso ao Sumário

tum indenizatório que merece ser majorado de R$2.000,00 (dois mil reais) para R$10.000,00 (dez mil reais) que melhor se amolda à hipótese, mostrando-se razoável e proporcional ao grau e tipo de ofensa perpetrada, bem como à extensão dos danos causados - Termo inicial de incidência dos juros de mora - Responsabilidade extracontratual resultante de prática de ato ilícito - Incidência da data do evento danoso - Entendimento consolidado pela Súmula 54 do E. Superior Tribunal de Justiça - Sentença de procedência reformada - RECURSO PROVIDO." (TJSP; Apelação Cível 1015398-81.2020.8.26.0482; Relator (a): Lavínio Donizetti Paschoalão; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Foro de Presidente Prudente - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 08/12/2022; Data de Registro: 08/12/2022)

"Ação DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITOS CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO E indenização POR danos morais. Sentença que julgou o pedido inicial procedente em parte para condenar o requerido a restituir, de forma simples, os valores indevidamente descontados de benefício previdenciário da autora e a pagar indenização por danos morais, no valor de R$ 5.000,00. Insurgência de ambas as partes. **CÉDULAS DE CRÉDITO BANCÁRIO. Requerido que não juntou aos autos comprovação contundente da celebração do contrato discutido. Preclusão observada. Falha na prestação de serviços observada. DANOS MORAIS. Pretensão de majoração da condenação do banco em composição por danos morais. Admissibilidade. Danos extrapatrimoniais advindos de descontos indevidos de valores em benefício previdenciário que dispensam prova do efetivo prejuízo (dano in re ipsa). Quantum indenizatório fixado em R$ 5.000,00, que merece ser majorado, à luz dos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, das circunstâncias do caso concreto e dos parâmetros adotados por esta C. Câmara. Sentença reformada nessa parte.** REPETIÇÃO DE INDÉBITO. Art. 42 do CDC. Recursos repetitivos. Tese firmada pelo C. STJ. (EAREsp 600663/RS, EAREsp 622897/RS, EAREsp 664888/RS, EAREsp 676608/RS e EREsp 1413542/RS (tema 929). Cobranças indevidas realizadas após 30 de março de 2021, termo da modulação do referido julgado. Precedentes deste E. Tribunal. Sentença reformada nesse ponto. Recurso adesivo da autora provido para determinar a restituição em dobro dos valores cobrados indevidamente e majorar o valor da indenização por danos morais para R$ 10.000,00 e recurso da instituição financeira não provido". (TJSP; Apelação Cível 1000253- 96.2022.8.26.0099; Relator (a): Marcos Gozzo; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Foro de Bragança Paulista - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/11/2022; Data de Registro: 28/11/2022)

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

O sofrimento experimentado tem relação com a errônea conduta do réu,

Acesso ao Sumário

devendo o dano moral ser quantificado em face daquele ser maior ou menor, sem levar em consideração, propriamente dito, o valor relativo à discussão.

Por outro lado, o *quantum* indenizatório deve ser fixado dentro dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, não podendo ser exorbitante, sob pena de enriquecimento ilícito, nem tampouco inexpressivo, sob pena de esvaziamento da finalidade do instituto.

Deve levar em consideração o porte econômico das partes, as características do ofensor e do ofendido e as circunstâncias em que se deu o evento, cumprindo as finalidades pedagógica, sancionatória e lenitiva, de modo que fica arbitrado o valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), que, diante das peculiaridades do caso concreto, revela-se adequado e se encontra dentro dos parâmetros adotados por esta Câmara em casos análogos, conforme se extrai dos julgados acima transcritos.

Sobre a indenização por danos morais, incide atualização monetária, com base na Tabela Prática desta Corte, a partir do arbitramento - publicação do acórdão - (Súmula 362, do STJ); e juros de mora de 1%, cujo termo inicial deve ser a data do primeiro desconto indevido, por se tratar de responsabilidade jurídica extracontratual (Súmula 54, do C. STJ).

Quanto à devolução em dobro de valores descontados, o C. Superior Tribunal de Justiça fixou a seguinte tese, com o julgamento dos recursos EAREsp 600663/RS, EAREsp 622897/RS, EAREsp 664888/RS, EAREsp 676608/RS e EREsp 1413542/RS, realizado sob o rito dos Recursos Repetitivos (tema 929): "*a repetição em dobro, prevista no parágrafo único do art. 42 do CDC, é cabível quando a cobrança indevida consubstanciar conduta contrária à boa-fé objetiva, ou seja, deve ocorrer independentemente da natureza do elemento volitivo.*"

Dessa forma, a partir da referida tese firmada, tem-se a desnecessidade da comprovação da má-fé da instituição financeira e o entendimento de que a conduta, em si, é contrária à boa-fé objetiva, em relação a contratos de consumo que não envolvam o serviço público.

Quanto à modulação do novo entendimento, firmou-se a seguinte determinação: "*Impõe-se modular os efeitos da presente decisão para que o entendimento aqui fixado - quanto a indébitos não decorrentes de prestação de serviço público - se aplique somente a cobranças realizadas após a data da publicação do presente acórdão.*"

Com isso, impõe-se a restituição em dobro somente para cobranças ocorridas após 30.03.2021, termo do período de modulação do mencionado julgado do C. Superior Tribunal de Justiça.

Merece, portanto, a sentença ser parcialmente reformada, para o fim de determinar a restituição de forma simples dos valores descontados antes de 30.03.2021, e em dobro os valores descontados posteriormente a tal data, refor-

Acesso ao Sumário

mando-se a sentença neste ponto.

No que tange ao termo inicial para incidência dos juros de mora, de rigor o reparo da r. sentença recorrida.

Tratando-se de responsabilidade extracontratual, resultante de prática de ato ilícito pelo réu, os juros de mora incidem a partir do evento danoso, nos termos do artigo 398 do Código Civil.

Tal entendimento restou consolidado em julgamento de recurso representativo de controvérsia pelo E. Superior Tribunal de Justiça: "*termo inicial de incidência dos juros moratórios na data do evento danoso.- Nos termos da Súmula 54/STJ, os juros moratórios incidem a partir da data do fato, no tocante aos valores devidos a título de dano material e moral*" (REsp nº 1.114.398 - PR, Rel. MINISTRO SIDNEI BENETI, Segunda Seção, j. 08/02/2012, STJ).

3.- Por outro lado, o recurso do banco-réu merece parcial provimento, no tocante à devolução dos valores recebidos pela parte autora.

Isso porque, em consequência da nulidade da contratação, as partes devem retornar ao estado anterior, nos termos do art. 182 do Código Civil, razão pela qual deve ser determinada a devolução pela parte autora dos valores depositados em sua conta em decorrência dos empréstimos, ou a compensação de débitos e créditos entre as partes, considerando o total das condenações a título de danos materiais e morais, para que não haja enriquecimento sem causa.

Nesse sentido:

"CONTRATO BANCÁRIO. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. CUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. SÚMULA 182. DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA. ENCARGOS ILEGAIS. MANUTENÇÃO NA POSSE. INSCRIÇÃO NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. REQUISITOS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. POSSIBILIDADE. DEPÓSITO JUDICIAL. AUTORIZAÇÃO." - Impossível, nos contratos bancários, a cobrança cumulada da comissão de permanência com juros remuneratórios, correção monetária, juros de mora e multa contratual. - "É inviável o agravo do Art. 545 do CPC que não ataca especificamente os fundamentos da decisão agravada". - A simples cobrança de encargos ilegais descaracteriza a mora. Afastada a ocorrência da mora, o bem deve ser mantido na posse do devedor. - Para evitar sua inscrição nos cadastros restritivos de crédito o devedor deve provar os requisitos fixados pela jurisprudência (REsp 527.618/CÉSAR). - **Quem recebe pagamento indevido deve restituí-lo, para obviar o enriquecimento sem causa. Não importa se houve erro no pagamento.** - É possível o depósito da parte incontroversa da dívida, sendo feita a eventual complementação com a liquidação da sentença. (STJ, AgRg no REsp n. 896.269/RS, relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 6/12/2007, DJ de 18/12/2007, p. 271.)

A devolução/compensação deve ocorrer em cumprimento de sentença, mediante a apresentação dos documentos que comprovem o depósito realizado

Acesso ao Sumário

em conta de titularidade da autora e, sobre estes, deve incidir apenas a correção monetária pela Tabela Prática do TJSP, a partir da data do depósito.

Diante do provimento do recurso da autora, em atenção ao disposto no § 11 do artigo 85 do Código de Processo Civil, ficam os honorários destinados à patrona da autora majorados para 15% sobre o valor da condenação.

Pela sucumbência da autora na reconvenção, esta fica condenada a arcar com as custas e despesas processuais, assim como honorários advocatícios devidos ao patrono do Requerido ora arbitrados em 10% sobre o valor da condenação (valor a ser devolvido).

Advirtam-se que eventuais embargos de declaração fora das hipóteses legais estarão sujeitos à multa prevista no parágrafo 2º do art. 1.026[2] do Código de Processo Civil.

Para fins de acesso às instâncias superiores, ficam expressamente prequestionados todos os dispositivos legais invocados.

4.- Ante o exposto, **dá-se provimento** ao recurso da autora e **dá-se parcial provimento** ao recurso do réu.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003552-62.2023.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que é apelante RIIAM BRASIL – REDE IBERO-AMERICANA DE ASSOCIAÇÕES DE IDOSOS DO BRASIL, é apelado NILSON RODRIGUES DOS SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. Por maioria de votos.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43834/TJ)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES (Presidente), GIFFONI FERREIRA, HERTHA HELENA DE OLIVEIRA e MARIA SALETE CORRÊA DIAS.

São Paulo, 29 de setembro de 2023.

ALVARO PASSOS, Relator

2 Art. 1.026. Os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo e interrompem o prazo para a interposição de recurso.

§ 2º Quando manifestamente protelatórios os embargos de declaração, o juiz ou o tribunal, em decisão fundamentada, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente a dois por cento sobre o valor atualizado da causa.

§ 3º Na reiteração de embargos de declaração manifestamente protelatórios, a multa será elevada a até dez por cento sobre o valor atualizado da causa, e a interposição de qualquer recurso ficará condicionada ao depósito prévio do valor da multa, à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário de gratuidade da justiça, que a recolherão ao final.

§ 4º Não serão admitidos novos embargos de declaração se os 2 (dois) anteriores houverem sido considerados protelatórios.

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO INDENIZATÓRIA - Desconto indevido em benefício previdenciário - Restituição dos valores em dobro - Necessidade - Danos morais - Caracterização - Dever de indenizar que não pode ser afastado - Conduta que gera transtorno apto a autorizar a compensação pecuniária - Indenização - Cabimento - "Quantum" indenizável - Minoração de R$ 10.000,00 para o montante correspondente à R$ 7.500,00 - Valor que atende a dupla função da indenização - Sentença parcialmente reformada - Recurso parcialmente provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 121/132, que julgou a ação procedente nos seguintes termos "Diante de todo o exposto, JULGO PROCEDENTE a ação de conhecimento proposta por NILSON RODRIGUES DOS SANTOS em desfavor de REDE IBERO-AMERICANA DE ASSOCIAÇÕES DE IDOSOS DO BRASIL RIAAM-BRASIL, e assim o faço para os fins que se seguem: a) acolher o pleito do autor para o fim de declarar a inexistência do vínculo obrigacional entre os litigantes e de débitos da postulante para com a requerida; b) acolher o pleito da autor para o fim de condenar a requerida em efetuar o pagamento à requerente, a título de verba indenizatória por lesão de cunho moral, do montante pecuniário de R$10.000,00 (dez mil reais), a ser acrescido de correção monetária, tomando como parâmetro a tabela do Egrégio Tribunal de Justiça/S.P e computada desde a data de prolação desta sentença (Súmula 362 do STJ), e juros moratórios de 1% ao mês, devidos a partir da data de citação válida da requerida, no caso, 11.04.2023 (fls.54 dos autos).; c) acolher o pleito do autor para o fim de condenar a requerida em efetuar a restituição em dobro ao postulante das quantias deduzidas de modo indevido no benefício previdenciário auferido pela autor, com o acréscimo de correção monetária, tomando como parâmetro de atualização a tabela do Egrégio Tribunal de Justiça/S.P, e juros moratórios de 1% ao mês, ambos os encargos computados a partir dos respectivos descontos indevidos.".

Inconformada, insurge-se a apelante, pelas razões expostas às fls. 135/155, em apertada síntese, requerendo a reforma da decisão para que haja o reconhecimento da regulariddade da relação jurídica, bem como para que não haja a restituição em dobro e a condenação ao pagamento de danos morais. Por fim, subsidiariamente requer a redução dos danos morais fixados pelo juízo "a quo".

Foram apresentadas contrarrazões ao recurso de apelação (fls. 188/195).

Após, os autos subiram para julgamento, em termos.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Trata-se de ação de devolução dos valores descontados de aposentadoria, indenização por danos morais e cancelamento imediato dos descontos indevidos.

De leitura dos autos, verifica-se com clareza a ocorrência da retirada de valores na aposentadoria.

Com efeito, em razão das ilegítimas cobranças efetuadas pela apelante, é medida de rigor a devolução dos valores em dobro.

Ponderando, assim, que a demandada não comprovou a regularidade dos descontos e tampouco trouxe prova que afastasse eventual configuração de má-fé no ocorrido, cabível a restituição em dobro.

Incide, na hipótese, a previsão do art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece que "o consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável".

Considera-se aplicável a legislação consumerista, ainda que a ré possua natureza associativa, pois ela se enquadra no conceito de fornecedora de determinado serviço.

Dessa forma, a culpa da pessoa jurídica está devidamente caracterizada.

No que tange ao dano moral, é inconteste a sua ocorrência. Verifica-se a sua presença no dissabor, transtorno, preocupação e trabalho empreendido para conseguir desfazer o que foi indevidamente feito.

De fato, a situação não figura como simples contratempo do cotidiano, tendo em vista que a apelante teve valores descontados de sua aposentadoria mensal por determinado período, os quais são necessários ao seu sustento. Não se pode negar que o desconto indevido e contínuo de proventos de uma baixa aposentadoria certamente gera aflição e angústia, configurando um constrangimento apto a permitir indenização moral.

Insta assinalar que, além de considerar o quadro fático de desconto de um benefício previdenciário, o valor da condenação deve atender, de forma equânime, à dupla finalidade do instituto indenizatório, ou seja, a de compensar os danos sofridos, sem causar enriquecimento indevido, e a de inibir a ocorrência de situações semelhantes.

Assim, entendo ser cabível e adequada à espécie a redução do valor dos danos morais para o importe correspondente à R$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos reais), o qual se apresenta razoável e apto a reparar os transtornos sofridos pelo apelado e compatível com a possibilidade financeira da apelante, sem gerar enriquecimento ilícito a qualquer das partes.

Destarte, resta reformada a r. sentença para que a condenação da ré, ora apelante, ao pagamento de indenização seja minorada para o valor de R$

Acesso ao Sumário

7.500,00 (sete mil e quinhentos reais).

Por derradeiro, a fim de evitar a oposição de embargos de declaração, única e exclusivamente voltados ao prequestionamento, tenho por expressamente prequestionada, nesta instância, toda a matéria, consignando que não houve ofensa a qualquer dispositivo a ela relacionado.

Deixo de majorar os honorários advocatícios, porquanto fixados no teto legal (art. 85, §§2º e 11 do CPC) e mantenho a forma como foi distribuida a sucumbência pelo juízo "a quo", ante a sucumbência mínima.

Na hipótese de oposição de embargos de declaração contra o presente acórdão, fica registrado que o seu julgamento será efetuado pelo sistema virtual, tendo em vista que, nessa espécie de recurso, não cabe sustentação oral.

Sendo manifestamente protelatória a apresentação dos embargos de declaração, **aplicar-se-á a multa** prevista no art. 1.026, §§ 2º e 3º, do CPC.

Pelo exposto, **dou parcial provimento ao apelo**, nos termos mencionados.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 42705/2023)

Dissinto respeitosamente da d. Maioria.

Na visão deste insignificante magistrado, a decisão proposta, relativamente à fixação pelo dano moral falhou na própria concessão, e também com a atribuição do elevado valor deferido.

Houve aqui mero problema contratual, que não atingiu o complexo valorativo da pessoa humana - descontos irrisórios, INSUSCEPTÍVEIS DE COMPROMETER A FAZENDA DA PARTE, por menor que seja, mas com deferimento de elevado valor a título dos tais danos morais - além do que já aquinhoada a Requerente com devolução dobrada.

O pleito ressumbra mal disfarçada cobiça.

Outrossim, para o simples problema apontado, DESCONTO DE ÍNFIMOS VALORES - INFERIORES A DEZ REAIS - tudo prontamente reparado pelo Judiciário, R$-7.500,00 é valor excessivo - e ainda mais com os juros, e sem falar na correção monetária.

Desta Câmara seu integrante JOÃO BAPTISTA GALHARDO JÚNIOR, no Voto 5.336, localizou MIL REAIS a título do tal dano moral - rijo no argumento da pouquidade do valor descontado, TAL COMO AQUI.

Ver que em julgamento do Magnífico SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, fixou-se, em precedente, para caso de morte, indenização por dano moral no importe de R$-50.000,00.

Esse o exato valor localizado pelo Relator, Des. J.J. DOS SANTOS, também para caso de MORTE POR ERRO MÉDICO, em julgamento realizado aos

Acesso ao Sumário

15.05.2018 e que foi indicado para jurisprudência, acatado o "quantum" por V.U.

O Ministro SIDNEI BENETTI, que horou esta Relação, fixou em CINCO MIL REAIS danos morais por negativa de fornecimento de materiais cirúrgicos - ver A.R. Nº 46.590-SP.

A mesma C.Corte Superior, em Brasília, em precedente recebido por todos os integrantes desta Seção de Direito Privado, por Boletim Interno, dá notícia de que o MINISTRO JOÃO OTÁVIO NORONHA houve por exata V. decisão do E. Tribunal carioca que fixou em R$-3.000,00 (Três mil reais) indenização a quem INGERIRA METAL EM ACHOCOLATADO (ARESP Nº 477.364 - RJ); esse valor de R$-3.000,00 também consta de outros precedentes - ver Rec. Espec. 149.296, da E. 2ª Turma. Também a mesma fonte relata de outro precedente, da mesma H. Corte, quando se mandou ao pagamento de R$-5.000,00 a título de dano moral por corpo estranho localizado em alimento nem sequer ingerido.

E em recente entendimento, o mesmo E. Tribunal Superior assentou, no Rec.Especial nº 1639470-RO indenização de DOIS MIL REAIS por protesto indevido.

Aqui, por um problema com mui menor gravidade fixou-se um valor que com os acréscimos deverá ampliar em muito aquele limite.

Isso, na ótica do inútil prolator destas linhas, tangencia a figura profligada pelo Art.884 do Código Civil.

O Judiciário não pode prestigiar o enriquecimento sem causa.

De aí que, por minha tenção, deferia PARCIAL PROVIMENTO ao apelo da Ré, para afastar os danos morais fixados, pois que se está diante daquilo que a mundanidade chama por INDÚSTRIA DO DANO MORAL dividida a honorária, quinhentos reais para cada qual, custas pelas partes.

L. B. GIFFONI FERREIRA, Juiz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001808-76.2021.8.26.0587, da Comarca de São Sebastião, em que é apelante ASSAREM – ASSOCIAÇÃO DE AMIGOS DO LOTEAMENTO LA RESERVE DU MOULIN, é apelado TAKESHI OKUDAI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 59437)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEXANDRE

Acesso ao Sumário

MARCONDES (Presidente sem voto), RUI CASCALDI e FRANCISCO LOUREIRO.

São Paulo, 4 de outubro de 2023.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator

Ementa: ASSOCIAÇÃO DE MORADORES - COBRANÇA - LOTEAMENTO - Taxas de Manutenção e Conservação - Inexigibilidade de cobranças - Vedação ao enriquecimento sem causa que não se sobrepõe à garantia constitucional de livre associação - Tese Repetitiva firmada pelo C. STJ (Tema 882) e apreciada pelo STF no julgamento de Recurso Extraordinário, com Repercussão Geral (Tema 492) - Hipótese em que o Requerido se tornou Proprietário do Lote/Imóvel em momento anterior à Lei 13.465/2017 - Necessidade de manifestação expressa da vontade de se associar - Lei 13.465/2017 que não modificou, por si só, a natureza associativa da entidade, de forma que a conversão do loteamento fechado em ente condominial depende de expressa deliberação dos titulares dos lotes a respeito - Sentença Mantida - Recurso Desprovido.

VOTO

Trata-se de apelação da sentença de fls. 301/305 em que foi julgada improcedente "*Ação de Cobrança de Condomínio de Acesso Controlado*" (fls. 1) ajuizada por ASSAREM - Associação de Amigos do Loteamento La Reserva Du Moulin - Administradora de Imóveis em face de Takeshi Okudai. Foram carreados à ré os ônus da sucumbência, fixados os honorários advocatícios em 10% do valor da causa atualizado. Inconformada, apelou a requerente (fls. 308/340), sustentando, no mérito, que apesar da r. sentença reconhecer a legitimidade da Lei nº 13.465/2017, julgou improcedente a ação, ignorando a existência de Lei Municipal que teria concedido à apelante a manutenção e conservação do local. Alegou que a cobrança aqui guerreada foi proposta a partir da vigência da Lei nº 13.465/2017. Afirmou que a entendimento Jurisprudencial do Tema 882 não seria aplicável aos loteamentos fechados. Requereu, ao final, a reforma da sentença para julgar procedente a ação. Não oferecidas contrarrazões, foram os autos remetidos a este Tribunal. Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório, adotado, quanto ao restante, o da sentença apelada.

O recurso não comporta provimento.

De imediato, em ações deste tipo, em que pese antigo entendimento ju-

Acesso ao Sumário

risprudencial que admitia este tipo de cobrança, fundada na vedação ao enriquecimento sem causa, considerada a fruição dos serviços, é certo que houve alteração de orientação em observância aos precedentes vinculantes do STF e do C. STJ, de modo que, atualmente, se firmou ser inadmissível tal cobrança.

Importante reforçar que, no julgamento dos Recursos Especiais n° 1.280.871-SP e n° 1.439.163-SP, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, deu provimento aos recursos e, para os efeitos do artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973, foi definida a seguinte tese: "*As taxas de manutenção criadas por associação de moradores não obrigam os não associados ou os que a elas não anuíram"* (Tema Repetitivo nº 882, STJ).

Em técnica de distinção, decidiu-se, ainda, que "*É viável a cobrança de taxas de manutenção ou de qualquer outra espécie pela administradora de loteamento a proprietário de imóvel nele localizado, se esse vínculo foi estabelecido pelo loteador em contrato-padrão levado a registro no respectivo cartório ao qual aderiu o adquirente*" (REsp n. 1.696.347 SP, 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, em 5/6/18).

Por sua vez, o STF apreciou a questão, tendo firmado 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*" (Tema 492, STF).

Sob a ótica da Tese 492, para situações anteriores à Lei 13.465/17 (ou Lei Local), restou esclarecida a imperatividade do Princípio Constitucional da Livre Associação, por meio do qual, na ausência de manifestação expressa da vontade de se associar, não seria possível a cobrança de Taxas ou Contribuições utilizando-se de fundamentos como a vedação ao enriquecimento sem causa, as obrigações *propter rem*, ou o dever de eticidade. Assim, não haveria como impor qualquer obrigação a quem não quisesse 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.

Tendo em vista o evidente marco temporal advindo da Legislação que regulou a questão, em situações posteriores à Lei 13.465/17 (ou Lei Local), foi definido que "*para que exsurja para os beneficiários o dever obrigacional de contraprestação pelas atividades desenvolvidas pelas associações (ou outra entidade civil organizada) em loteamentos,* ***é necessário que a obrigação esteja disposta em ato constitutivo firmado após o advento da Lei nº 13.465/2017 (e***

Acesso ao Sumário

que este esteja registrado na matrícula atinente ao loteamento no competente Registro de Imóveis, a fim de se assegurar a necessária publicidade ao ato)".

Sabidamente, a nova Lei não pode retroagir para alcançar titulares de imóveis anteriores à sua vigência, **exceto se livremente aderirem à associação, expressamente anuindo com a prestação**. Frise-se trecho do voto do Ministro Alexandre de Moraes no julgamento do RE 695911/SP:

> "***Nos casos de proprietários que adquiriram lotes antes da vigência dessas normas, a obrigação recairá apenas para aqueles que expressamente anuíram com a prestação***. *Em todo caso, diante da impossibilidade de retroatividade da norma, aqueles proprietários que adquiriram lotes da vigência da lei (local ou federal) somente serão onerados caso tenham anuído expressamente à obrigação. Noutro modo, aqueles que adquiram imóveis após a vigência das leis deverão arcar com os custos da atividade, desde que cumpridos todos os requisitos legais, tais como o registro da obrigação em Cartório de Registro de Imóveis*" (grifos nossos).

In casu, restou claro que nenhuma das condições fixadas pela Tese 462 se mostrou presente (Adesão ao ato constitutivo da associação ou existência de ato constitutivo da obrigação registrado em cartório de imóveis).

Nota-se o evidente enquadramento da hipótese *sub judice* em situação anterior à Lei 13.465/2017, tendo em vista que o requerido é proprietário de um imóvel situado no loteamento desde 23/12/2002, e este só foi formalmente constituído como Loteamento de Acesso Controlado, a partir do Decreto Municipal nº 7193/2018, publicado em 07 de maio de 2018 (fls. 66/67).

Dessa forma, mesmo com a vigência da Lei em questão, não passou a existir impositividade na cobrança de quaisquer Taxas, tendo em vista que ausente expressa manifestação de vontade do requerido quanto à sua associação, bem como inexistente estatuto prevendo a obrigação de pagamento da taxa associativa depois da nova lei elaborada, com a devida publicização na matrícula.

Ora, com a nova Lei, não foi modificada a natureza jurídica dos loteamentos já instituídos, não havendo que se falar na transformação automática deles em condomínio de lotes (art. 1.358-A, CC/02), muito menos ter havido alteração na natureza jurídica da apelante, que continua só podendo efetuar a cobrança de seus associados.

Como já decidiu esta Corte, "*o art. 36-A da Lei Federal 6.766/79, incluído pelo art. 78 da Lei 13.465/2017 não modificou a natureza associativa da apelante e das taxas cobradas*" **(Ap. Cív. nº 0015324-41.2010.8.26.0176; 3ª Câmara Reservada de Direito Privado; Rel. Viviani Nicolau, em 24/04/2019)**. Certo que "*A conversão do loteamento fechado em ente condominial depende de expressa deliberação dos titulares dos lotes a respeito*" **(Ap. Cív. nº 0001528-97.2009.8.26.0505; 1ª Câmara de Direito Privado do TJSP, v.un.; Rel. Rui Cascaldi, em 05/11/2019)**, fato de que não se tem notícia nestes autos.

Acesso ao Sumário

Além disso, Lei Municipal anterior também não serviria como fundamento para justificar a cobrança guerreada, e, de qualquer forma, em que pese a argumentação da requerente no sentido de existência de Decreto Municipal que oficializou a criação do loteamento em 07 de maio de 2018 (fls. 66/67), é de se notar que o requerido já era proprietário do imóvel/lote antes disso.

Portanto, a autora não comprovou a existência de elementos que indicassem a efetiva associação do réu para justificar as cobranças por ela realizadas.

Somado a isso, não se verifica nenhum outro comportamento fático que indique adesão tácita do adquirente à associação. Lembre-se que ter ciência não equivale a anuência, e, os alegados pagamentos ocorridos no passado configuram-se como mera liberalidade do proprietário, não sendo vinculantes para determinar a "*expressa manifestação e adesão*" necessária em casos deste tipo.

Nos termos do art. 5º, XX, da Constituição Federal, não é possível obrigar alguém a associar-se ou manter-se associado a determinada entidade. Consequentemente, não se admite a integração automática do titular do imóvel no quadro social de associação.

Neste sentido, veja-se o entendimento consolidado desta Câmara no julgamento de hipóteses semelhantes ao caso concreto:

> *Associação de moradores. Cobrança de taxa de manutenção. Situação concreta anterior à Lei 13.465/2017. Tema 492 do Supremo Tribunal Federal. Ausência de associação do réu. Necessidade de manifestação expressa da vontade de se associar. Cobrança indevida. Sentença mantida. Recurso desprovido.* (Ap. Cív. nº 0002398-71.2008.8.26.0152; 1ª Câmara de Direito Privado do TJSP, v.un.; Rel. Claudio Godoy, em 24/08/2023).
>
> *Associação de moradores. Taxa de manutenção. Lei nº 13.465/2017 que não modificou, por si só, a natureza associativa da entidade. Necessidade de deliberação expressa dos titulares dos lotes a respeito. Inconstitucionalidade da cobrança da taxa em face de proprietário não associado até o advento da Lei nº 13.465/17 ou de anterior lei municipal que discipline a questão, exigindo-se a partir de então anuência ao ato constitutivo da entidade ou ato constitutivo da obrigação registrado no CRI. Nenhuma das hipóteses configurada. Tese firmada no STF (Tema 492). Enriquecimento sem causa que, por si só, não autoriza a cobrança. Precedentes do STJ. Obrigação assumida por anterior proprietária. Sub-rogação automática inocorrente. Embargos de devedor acolhidos. Recurso improvido.* (Ap. Cív. nº 1002440-32.2018.8.26.0127; 1ª Câmara de Direito Privado do TJSP, v.un.; Rel. Augusto Rezende, em 16/06/2023).
>
> *Associação. Loteamento. Ação de cobrança de taxas associativas. Sentença de improcedência. Irresignação da autora. Autora que não comprovou documentalmente a associação expressa e voluntária da ré à entidade. Não associado que não é obrigado ao pagamento das taxas de*

Acesso ao Sumário

manutenção do loteamento. Aplicação da tese consolidada pelo E. STJ em sede de recurso repetitivo: "As taxas de manutenção criadas por associações de moradores não obrigam os não associados ou que a elas não anuíram" (REsp nºs. 1.439.163/SP e 1.280.871/SP, 2ª Seção, Rel. Marco Buzzi, j. 11/03/2015, DJe 22/05/2015). Incidência da tese aprovada pelo E. STF em sede de repercussão geral (Tema 492): "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, aderiram ao ato constitutivo das entidades equiparadas a administradores de imóveis ou ii) sendo novos adquirentes de lotes, o ato constitutivo da obrigação esteja registrado no competente Registro de Imóveis" (RE nº 695911/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 15/12/2020, DJe 19/04/2021). Natureza jurídica do loteamento e da associação autora não alteradas automaticamente pela Lei nº 13.465/17. Sentença mantida. Recurso desprovido. (Ap. Cív. nº 1014769-74.2021.8.26.0320; 1ª Câmara de Direito Privado do TJSP, .vun.; Rel. Alexandre Marcondes, em 24/05/2023).

Nos termos acima fundamentados, irrepreensível a sentença apelada.

Tendo em vista que não foram apresentadas contrarrazões, não há motivos para majoração dos honorários advocatícios estabelecidos em sentença.

Consideram-se prequestionados todos os temas e dispositivos legais utilizados pelas partes na defesa de seus interesses, tendo em vista que as matérias foram, efetivamente, decididas neste recurso.

Ficam as partes cientificadas de que o julgamento dos embargos de declaração eventualmente opostos em face do presente acórdão será realizado nos termos da Resolução nº 549/2011, do Órgão Especial desta Corte, publicada no DJe de 25 de agosto de 2011, facultada a manifestação contrária, em 10 (dez) dias.

Nessas circunstâncias, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002493-21.2023.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes RENATA GRECO CARVALHO CAVALLARI e EDSON CAVALLARI, é apelado CONDOMINIO SOLAR DOS NOBRES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 36ª Câmara de Direito

Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.110)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LIDIA CONCEIÇÃO (Presidente sem voto), WALTER EXNER e MILTON CARVALHO.

São Paulo, 16 de outubro de 2023.

PEDRO BACCARAT, Relator

Ementa: Ação de reparação de danos. Veículo atingido por portão do Condomínio. Ausência de prova do defeito no sensor magnético de massa (sensor antiesmagamento). Autores que não se desincumbiram do ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito. Ação improcedente. Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta contra a sentença que julgou improcedente a ação de reparação de danos. A magistrada, Doutora Priscilla Bittar Neves Netto, reconheceu a responsabilidade dos Autores pelo acidente decorrente da queda do portão automático do Condomínio no veículo dos requerentes. Anotou que o ingresso no prédio se dá através de dois portões, o primeiro acionado pelo condômino e o segundo pelo porteiro, e que o acidente ocorreu pela falha do acionamento do primeiro portão. Entendeu que os outros acidentes ocorridos no Condomínio, indenizados pelo Réu, decorreram da falha no acionamento do segundo portão. Ressaltou que os Autores não pleitearam a realização de perícia no equipamento sensor magnético de massa (sensor antiesmagamento), o que impede a avaliação sobre seu adequado funcionamento. Imputou aos Autores as custas e despesas do processo, com honorários advocatícios arbitrados em 15% do valor da causa.

Apelam os Autores alegando que o Condomínio modificou as configurações do sensor antiesmagamento depois do ajuizamento, inviabilizando a realização da prova necessária para o deslinde da controvérsia. Anotam que o Réu não impugnou o laudo que instruiu a petição inicial. Dizem que o portão, na época do acidente, não dispunha de equipamento exigido por lei, de fotocélula antiesmagamento. Anota que a abertura dos portões ocorria simultaneamente à sinalização sonora e visual, em desacordo com a lei, que exige a emissão de sinais sonoros e visuais 12 segundos antes do início da abertura dos portões, conforme vídeos cujo *link* foi informado às fls. 125. Sustentam que todos os acidentes envolvendo outros condôminos foram indenizados pelo Réu.

Recurso tempestivo, preparado e respondido.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Renata Greco Carvalho Cavallari e Edson Cavallari ajuizaram ação contra Condomínio Solar dos Nobres alegando que, em 11/11/2022, Edson dirigia o veículo marca Mini Cooper, ano 2017, placas GEX 5675, e, ao entrar no prédio, o automóvel foi atingido pelo portão automático, que estava com defeito no sensor antiesmagamento. Anotam que o veículo ficou preso debaixo do portão. Pretendem o recebimento do valor gasto com o conserto do veículo, elaboração de laudo e aluguel de outro veículo, no total de R$8.770,27.

O Réu alegou que a queda do portão se deu por culpa do Autor Edson, que acionou o controle cinco vezes seguidas, inclusive o botão de pânico, o que justifica a falha na abertura do portão. Diz que o Autor não aguardou a abertura completa do primeiro portão antes de ingressar no prédio. Anotou que os outros acidentes, indenizados pelo Condomínio, ocorreram por falha no acionamento do segundo portão, de responsabilidade do porteiro. Sustentou que o sensor antiesmagamento está instalado nos portões, não na calçada, e que o veículo foi atingido antes ingressar nas dependências do Condomínio.

Dizem os Autores que o acidente ocorreu por falha no sensor antiesmagamento instalado no portão. Os requerentes reconheceram que o equipamento foi substituído pelo Réu depois do ajuizamento da ação, o que impede a verificação das condições do sensor.

O laudo que instruiu a inicial concluiu que o sensor magnético de massa (antiesmagamento) não funcionava adequadamente, eis que, se estivesse funcionando, o portão não continuaria o movimento (fls. 37). Por outro lado, o engenheiro contratado pelos Autores reconheceu a existência de sensor "*infravermelho de presença de veículo dentro da gaiola*" (fls. 39). Conforme vídeo trazido aos autos pelo Réu, este equipamento é descrito como sensor antiesmagamento (fls. 125/127). Os demais vídeos indicados pelo requerido comprovam a sinalização sonora e luminosa quando da abertura do primeiro portão do prédio e registraram o momento do acidente.

Assim, a Autora alega que o acidente ocorreu por falha no equipamento antiesmagamento e, diante da impossibilidade de realização de perícia no sensor, a prova de suas alegações está restrita ao laudo que instruiu a inicial e ao vídeo relativo a acidente. Estes elementos, entretanto, não são suficientes para a demonstração do defeito no equipamento. O laudo elaborado por engenheiro é prova unilateral, não foi submetida ao contraditório, e concluiu que não havia sensor antiesmagamento por entender que, se houvesse, o movimento do portão não teria ocorrido. Estas conclusões foram impugnadas pelo Réu, que afirmou a existência e o correto funcionamento do sensor e sustentou que o acionamento do controle do portão diversas vezes pelo condômino foi a causa da abertura e fechamento abrupto do portão, explicação que deve ser considerada plausível, especialmente porque o vídeo que registrou o momento do acidente mostra que

Acesso ao Sumário

o Autor Edson iniciou a marcha do veículo para entrar no prédio antes da abertura completa do portão e, logo depois, o portão fechou e atingiu o veículo dos Autores, o que pode ter sido causado por acionamentos seguidos do controle.

De qualquer forma, cumpria aos Autores a prova dos fatos constitutivos do seu direito, nos termos do art. 373, I, do CPC, no caso a falha no sensor antiesmagamento, mas deste ônus não se desincumbiram.

Segundo ensinamento de Vicente Grecco Filho: "*a dúvida ou insuficiência de prova quanto a fato constitutivo milita contra o autor. O juiz julgará o pedido improcedente se o autor não provar suficientemente o fato constitutivo de seu direito*" (Direito Processual Civil Brasileiro, Editora Saraiva, 14ª Edição, 2000, Vol. 2, pg. 189).

Portanto, a dúvida quanto ao adequado funcionamento do sensor antiesmagamento, fato constitutivo do direito dos Autores, implica na improcedência da demanda.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso, com majoração dos honorários advocatícios para 20% do valor da causa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002710-23.2021.8.26.0007, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ADILSON GONSALVES DE SOUZA (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados MILTON LUIZ DA CUNHA e GILMAR SOUZA MATOS OLIVEIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 41856)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DIMAS RUBENS FONSECA (Presidente) e FERREIRA DA CRUZ.

São Paulo, 18 de outubro de 2023.

BERENICE MARCONDES CESAR, Relatora

Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS POR ACIDENTE DE TRÂNSITO. Culpa dos Réus pelo acidente. Inocorrência. Descumprimento do ônus de prova que cabia ao Autor. Declarações conflitantes das partes em Boletim de Ocorrência e fotografias dos danos, não se prestam à comprovação de culpa dos Réus. RECURSO DO AUTOR NÃO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de "ação de reparação de danos por acidente de trânsito" (*e*-fls. 01/15) ajuizada por ADILSON GONSALES DE SOUZA contra MILTON LUIZ DA CUNHA e GILMAR SOUZA MATOS OLIVEIRA, **julgada improcedente** pela r. sentença prolatada, que também **julgou improcedente** a reconvenção do Corréu MILTON (e-fls. 241/245), cujo relatório adoto, condenando o Autor, quanto ao Corréu GILMAR, ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios de sucumbência fixados em 10% sobre o valor da causa, e, quanto ao Corréu MILTON, condenando tanto ele quanto o Autor ao pagamento de suas próprias custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios de seus respectivos patronos.

Inconformado, o Autor interpôs recurso de apelação (*e*-fls. 248/256), aduzindo que a dinâmica narrada na petição inicial deve ser considerada a correta e verdadeira, já que a física não permitiria os danos ocorridos caso fosse o veículo do Autor aquele que colidiu com o caminhão dos Réus e não o contrário.

O recurso foi regularmente processado (*e*- fls. 257) e, intimados, os Réus apresentaram contrarrazões (*e*-fls. 260/269).

É o relatório.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra r. sentença que julgou improcedente a ação de indenização ajuizada em razão de acidente de veículo e improcedente também a reconvenção ajuizada.

O presente recurso não merece provimento e, pela falta de fundamentação jurídica relevante, chega muito próximo da litigância de má-fé.

Observe-se que, no presente recurso, o próprio Apelante reconhece que não há nem testemunhas presenciais nem imagens do momento do acidente, procurando, de forma irônica, atribuir suposta impossibilidade fática de ocorrência do acidente por sua culpa.

Acontece que a causa de pedir inicial narrava que, encontrando-se o Autor, em 20.DEZ.2020, trafegando normalmente pela rodovia SP 280, Rodovia Castelo Branco, Km nº 171, sentido capital, no município de Porangaba, São Paulo, encontrou o caminhão, guiado pelo Corréu MILTON e de propriedade do outro Corréu, no mesmo sentido de tráfego, sendo que este último invadiu a faixa de rolamento em que estava o Autor, causando colisão frontal na parte direita do veículo.

Os Réus, em sede de contestação e reconvenção (e-fls. 90/115), por sua vez, aduziram que o Autor foi quem invadiu a faixa de direção do caminhão, derivando à direita e causando o acidente por sua culpa exclusiva.

Ora, o ônus de prova que cabia ao Autor passava pelos fatos constitutivos de seu direito alegado, conforme teor expresso do art. 373, I, do Código de Processo Civil.

Observa-se, contudo, que há nos autos apenas algumas fotografias dos

Acesso ao Sumário

danos sofridos em ambos os veículos (*e*-fls. 28/38) e o Boletim de Ocorrência lavrado na ocasião (e-fls. 39/52), confirmando o Autor sua narrativa fática e o condutor do caminhão igualmente confirmando a sua. Confira-se:

(a) depoimento do Autor (*e*-fls. 41):

"DECLAROU QUE TRANSITAVA SENTIDO INTERIOR X CAPITAL E INICIOU MANOBRA DE ULTRAPASSAGEM SOBRE O CAMINHÃO VW 23220, PORÉM, PERCEBEU QUE NÃO HAVERIA LARGURA SUFICIENTE NA FAIXA DE ROLAMENTO, POIS O CAMINHÃO DERIVOU PARA ESQUERDA, OCASIÃO EM QUE ACABOU COLIDINDO COM SUA LATERAL."

(d) depoimento do condutor do caminhão, Corréu MILTON (e-fls. 43):

"DECLAROU QUE TRANSITAVA SENTIDO INTERIOR X CAPITAL E NO CITADO QUILÔMETRO PERCEBEU PELO RETROVISOR QUE O VEÍCULO GM SPIN SE APROXIMAVA RAPIDAMENTE DE SEU VEÍCULO E COM INTUITO DE EVITAR QUE COLIDISSE COM A PARTE TRASEIRA, DERIVOU PARA À DIREITA, OCASIÃO EM QUE ELE ACABOU COLIDINDO COM A LATERAL ESQUERDA."

Impende destacar, portanto, que as fotografias trazidas aos autos corroboram ambas as dinâmicas fáticas, já que indicam danos na parte frontal direita do veículo do Autor e na parte lateral esquerda do caminhão dos Réus.

Além disso, ao contrário do que pretende fazer crer o Autor em seu recurso, não há nenhum indício de impossibilidade física da ocorrência da dinâmica dos fatos consoante a narrativa do Corréu MILTON. Para evitar que o Autor colidisse com a traseira do caminhão, MILTON afirmou ter derivado seu veículo à direita, o que levou o Autor, que vinha em alta velocidade, a colidir com a lateral esquerda do veículo conduzido por MILTON. Não há nada de impossibilidade fática em tal narrativa.

Logo, ausente qualquer elemento de prova que possa, de forma cabal e contundente, demonstrar a culpa, ainda que concorrente, dos Réus para a ocorrência do acidente, não se pode acolher a pretensão do Autor.

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

Ante o exposto, **CONHEÇO** e **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação interposto pelo Autora, *com a **MAJORAÇÃO** do valor dos honorários advocatícios devidos pelo Autor ao Corréu GILMAR para 12% sobre o valor atualizado da causa.* No mais, fica mantida a r. sentença como prolatada.

Por fim, no caso de interposição de **embargos de declaração** contra a presente decisão colegiada, ficam as **partes intimadas**, desde logo, para que se manifestem no próprio recurso acerca de eventual **oposição** ao **julgamento**

Acesso ao Sumário

virtual, nos moldes do artigo 1º, da Resolução nº 549/2011, com a redação alterada pela Resolução nº 772/2017, do Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça, **advertindo** que, no **silêncio**, o recurso será **automaticamente** incluído no **julgamento virtual**, ressalvando que no recurso de embargos de declaração não cabe sustentação oral.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000129-95.2023.8.26.0417, da Comarca de Paraguaçu Paulista, em que é apelante BANCO BMG S/A, é apelado PITAGORA DOS SANTOS BULHÕES (JUSTIÇA GRATUITA).

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 44.406)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MATHEUS FONTES (Presidente sem voto), ALBERTO GOSSON e JÚLIO CÉSAR FRANCO.

São Paulo, 18 de outubro de 2023.

ROBERTO MAC CRACKEN, Relator

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA, CUMULADA COM PLEITO INDENIZATÓRIO. CARTÃO DE CRÉDITO COM RESERVA DE MARGEM CONSIGNÁVEL. "SELFIE". DANOS MORAIS. 1. O contrato celebrado por meio de retrato do consumidor enviado por aparelho telefônico à instituição financeira não ascende ao primeiro degrau da Escada Ponteana, uma vez que fotografia, por si só, não manifesta vontade (art. 2º, I, da Instrução Normativa nº 28 do INSS). Ausência de comprovação da vontade de contratar o mútuo por meio de saque em cartão de crédito com reserva de margem consignável. Ônus probatório da instituição financeira. Pedido declaratório de inexistência de relação jurídica procedente. RESTITUIÇÃO DE VALORES. A restituição de valores deve ser em dobro, considerando não ser justificável o desconto de parcelas de contrato inexistente (art. 42, p. único, CDC). DANOS MORAIS. Elementos e circunstâncias apresentados nos autos que trans-

Acesso ao Sumário

bordam o mero dissabor ou os transtornos hodiernos. Danos morais configurado. INDENIZAÇÃO. Indenização arbitrada em R$ 10.000,00. Princípios da proporcionalidade e razoabilidade. R. sentença mantida. Recurso de apelação não provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto em face do teor da r. sentença de fls. 313/324, que julgou procedente o pedido inicial, declarando a inexistência de relação jurídica, com devolução em dobro de parcelas descontadas e indenização por danos morais arbitradas em R$ 10.000,00. Foi determinada a compensação dos valores recebidos pelo autor.

Os honorários advocatícios foram arbitrados em 10% sobre o valor da condenação.

O banco requerido recorre, alegando, em síntese, que a contratação é validade; que não é hipótese de devolução em dobro; que não há danos morais; e, que a indenização é excessiva.

Contrarrazões recursais apresentadas às fls. 350/358, requerendo, em síntese, o desprovimento do recurso.

Recurso processado e respondido.

Do essencial, **é o relatório**, ao qual se acresce, para todos os fins próprios, o da r. sentença ora recorrida.

Trata-se de ação declaratória, cumulada com pleito indenizatório, em que o autor sustenta a inexistência de relação jurídica, requerendo a restituição em dobro de valores e a indenização por danos morais.

O banco, por seu turno, sustenta que "*O cartão de crédito ora discutido nos autos foi contratado em 19/08/2022 através de via eletrônica*" (fls. 79).

São inúmeras as ações em que o consumidor não reconhece o contrato de mútuo consignado em benefício previdenciário e celebrado por meio de retrato:

> (TJSP; Apelação Cível 1000397-79.2023.8.26.0505; Relator (a): Hélio Nogueira; Órgão Julgador: 22ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ribeirão Pires - 1ª Vara; Data do Julgamento: 10/10/2023; Data de Registro: 10/10/2023); (TJSP; Apelação Cível 1008458-76.2022.8.26.0047; Relator (a): Thiago de Siqueira; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Privado; Foro de Assis - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 10/10/2023; Data de Registro: 10/10/2023); (TJSP; Apelação Cível 1000280-60.2023.8.26.0094; Relator (a): Mendes Pereira; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro de Brodowski - Vara Única; Data do Julgamento: 10/10/2023; Data de Registro: 10/10/2023); (TJSP; Apelação Cível 1053301-80.2022.8.26.0224; Relator (a): Mauro Conti Machado; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Privado; Foro de Guaru-

Acesso ao Sumário

lhos - 9ª Vara Cível; Data do Julgamento: 10/10/2023; Data de Registro: 10/10/2023); (TJSP; Apelação Cível 1001721-94.2022.8.26.0358; Relator (a): Elói Estevão Troly; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro de Mirassol - 2ª Vara; Data do Julgamento: 10/10/2023; Data de Registro: 10/10/2023); (TJSP; Apelação Cível 1000966-79.2022.8.26.0549; Relator (a): Alexandre David Malfatti; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santa Rosa de Viterbo - Vara Única; Data do Julgamento: 10/10/2023; Data de Registro: 10/10/2023); (TJSP; Apelação Cível 1000003-37.2023.8.26.0549; Relator (a): Ademir Benedito; Órgão Julgador: 21ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santa Rosa de Viterbo - Vara Única; Data do Julgamento: 10/10/2023; Data de Registro: 10/10/2023); (TJSP; Apelação Cível 1057028-34.2022.8.26.0002; Relator (a): Heloísa Mimessi; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 14ª Vara Cível; Data do Julgamento: 09/10/2023; Data de Registro: 09/10/2023); (TJSP; Apelação Cível 1002962-23.2023.8.26.0438; Relator (a): Heloísa Mimessi; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro de Penápolis - 1ª Vara; Data do Julgamento: 09/10/2023; Data de Registro: 09/10/2023).

É lícita a contratação por meio eletrônico. A Instrução Normativa INSS/PRES nº 28, de 16 de maio de 2008, dispõe, em seu artigo 2º, que "*Para os fins desta Instrução Normativa, considera se: I - autorização por meio eletrônico: rotina que permite confirmar a operação realizada nas instituições financeiras, garantindo a integridade da informação, titularidade, não repúdio, a partir de ferramentas eletrônicas*".

Todavia, no caso, ante a negativa de contratação arguida pela parte requerente, incumbia ao banco requerido, em face de seu ônus probatório, comprovar de forma minudente como ocorreu a autorização por meio eletrônico, de modo a restar demonstrada a inequívoca vontade do consumidor, bem com a plena ciência das cláusulas contratuais, comprovando inclusive, as tratativas pré-contratuais.

Tratando-se de saque em cartão de crédito com reserva de margem consignável, não há nos autos sequer um elemento que prove que o autor, de fato, almejou o mútuo no montante creditado em sua conta, a ser honrado por meio de desconto em fatura de cartão de crédito e incidência de todos os encargos inerentes à operação dessa espécie.

Reforce-se, o autor nega a contratação e, de fato, não há nos autos nenhuma prova que refute tal alegação, sendo certo que a apresentação de retrato do consumidor, comumente denominado "selfie", e de cópia de seu documento de identidade não são suficientes para demonstrar a vontade de contratar e a ciência dos termos pactuados.

Desse modo, de rigor declarar a inexistência dos contratos *sub judice*, nos

Acesso ao Sumário

termos da r. sentença recorrida.

A devolução dos valores descontados deve ser dobro (art. 42, p. único, CDC), uma vez que não constitui engano justificável o desconto de parcela de mútuo não contratado, atentando verba de natureza alimentar e violando a boa-fé objetiva.

No que diz respeito ao pleito indenizatório, o dano moral está previsto na Constituição (art. 5º, inciso V, "*é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem*", e inciso X, "*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*"), no Código Civil (art. 186, "*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*") e no Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, inciso VI, "*São direitos básicos do consumidor: (...) a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos*").

Sobre as consequências materiais e morais dos atos ilícitos, leciona o mestre Carlos Alberto Bittar: "*Atingem as lesões, pois, aspectos materiais ou morais da esfera jurídica dos titulares de direitos, causando-lhes sentimentos negativos; dores; desprestígio; desonra, depreciação; vergonha; escândalo; doenças; desgastes; redução ou diminuição de patrimônio; desequilíbrio em sua situação psíquica, enfim, transtornos em sua integridade pessoal, moral ou patrimonial*" (CARLOS ALBERTO BITTAR. Reparação civil por danos morais (Locais do Kindle 367-370). Saraiva. Edição do Kindle).

No caso, com o devido respeito, os fatos retratados nos autos ofenderam a dignidade da pessoa humana, gerando dor e sofrimento que transbordam os aborrecimentos hodiernos decorrentes da cobrança de parcelas de empréstimos não contratado pelo consumidor, descontadas diretamente de seu benefício previdenciário, lesando, em consequência, verba de natureza alimentar.

Destaque-se que "*A jurisprudência do STJ vem se orientando no sentido de ser desnecessária a prova de abalo psíquico para a caracterização do dano moral, bastando a demonstração do ilícito para que, com base em regras de experiência, possa o julgador apurar se a indenização é cabível a esse título*" (REsp nº 1.109.978-RS, Min. Rel. Nancy Andrighi, j. 01/09/2011).

Configurando-se, no caso, o dano moral, a indenização deve ser arbitrada em R$ 10.000,00 (dez mil reais), ante os elementos fáticos que permeiam a lide e norteando-se pelo princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.

Como bem destacado pela Douta e Culta Ministra Nancy Andrighi, "*A indenização por dano moral deve atender a uma relação de proporcionalidade, não podendo ser insignificante a ponto de não cumprir com sua função penalizante, nem ser excessiva a ponto de desbordar da razão compensatória para a*

Acesso ao Sumário

qual foi predisposta" (REsp 318.379/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20/09/2001, DJ 04/02/2002, p. 352).

Ante do exposto, nos exatos termos acima lançados, nega-se provimento ao recurso. Em razão do ora decidido, os honorários advocatícios são majorados para 20% sobre o valor da condenação, considerando o trabalho em grau de recurso (art. 85, §11, CPC).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000620-80.2022.8.26.0565, da Comarca de São Caetano do Sul, em que são apelantes CASSIA TATIANE DEA CONSANI e CASSIA DEA FISIOTERAPIA ESPECIALIZATA LTDA., é apelado MONTEZZI ASSESSORIA CONTÁBIL LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.941)**

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

São Paulo, 19 de outubro de 2023.

FRANCISCO CASCONI, Relator

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO, A TÍTULO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONTABILIDADE - ALEGADO ERRO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS FORNECIDOS PELA EMPRESA RÉ, QUE TERIA COMETIDO EQUÍVOCO NA RETIFICAÇÃO DE ENQUADRAMENTO DA PESSOA JURÍDICA - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA - PARTE AUTORA QUE NÃO LOGROU ÊXITO EM DEMONSTRAR O QUANTO NARRADO - ALEGAÇÕES INVEROSSÍMEIS E EM CONTRADIÇÃO COM OS DOCUMENTOS APRESENTADOS - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS - DECISÃO "A QUO" QUE SE COADUNA COM O SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO DO "ONUS PROBANDI" ADOTADO PELO ORDENAMENTO PÁTRIO - INTE-

Acesso ao Sumário

LECÇÃO DO ARTIGO 252, DO REGIMENTO INTERNO DESTE E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Apelação interposta contra r. sentença de fls. 761/766, cujo relatório adoto, que julgou improcedente a ação de indenização, a título de danos materiais e morais, interposta pelas ora apelantes, condenando a parte autora ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa.

Insurgem-se as autoras às fls. 769/776. Alegam, em breve síntese, a aplicabilidade da legislação consumerista, considerando que os serviços de contabilidade contratados não constituem insumo essencial para o desenvolvimento da atividade empresarial. Aduzem que a falha na prestação dos serviços fornecidos pela ré fora demonstrada nestes autos, justificada a condenação ao pagamento de danos materiais e morais. Pugnam pela reforma da sentença *a quo* em sua integralidade.

Constam contrarrazões às fls. 782/808, pugnando pela manutenção da sentença de primeiro grau.

É o breve relatório.

Registre-se que o recurso é tempestivo e preenche os requisitos do art. 1.010 do CPC.

O apelo não merece prosperar.

Ab initio, não merece prosperar a alegação recursal de necessidade de inversão do ônus probatório. Referida alegação já fora acertadamente repelida pelo juízo *a quo*, observada a aplicação do artigo 252, do Regimento Interno deste E. Tribunal (RITJSP):

"*Art. 252. Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la, apreciando, se houver, os demais argumentos recursais capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada no julgamento*."

Ora, a sentença de primeiro grau fora cristalina ao reconhecer a ausência de inversão automática do ônus probatório. O juízo *a quo* fora expresso ao afirmar, neste sentido, que:

"*(...) Afasta-se a incidência à espécie das normas do Código de Defesa do Consumidor, pois nos termos do art. 2° desse estatuto legal, consumidor é "toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final".*

Na hipótese vertente, o serviço foi contratado para fomentar e viabilizar a atividade comercial lucrativa da pessoa jurídica, cuidando-se de insumo à atividade empresarial por ela realizada e não de consumo de bens ou

Acesso ao Sumário

serviços, o que retira a qualidade de destinatária final da contratante.
E, de acordo com a regra geral de distribuição do ônus da prova, cabe à parte autora a prova dos fatos constitutivos do seu direito (art. 373, I, CPC) e à parte ré a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito da autora (art. 373, II, do CPC).".

Ainda, nessa toada, *decisum* de primeiro grau foi claro ao dispor que:

"*(...) a parte autora não se desincumbiu de comprovar os fatos constitutivos do seu pretenso direito, pois a ela caberia a comprovação dos fatos que alegou, condição imprescindível à análise da sua pretensão jurisdicional.*
Nesse sentido, "pode-se, portanto, estabelecer, como regra geral dominante de nosso sistema probatório, o princípio segundo o qual à parte que alega a existência de determinado fato para dele derivar a existência de algum direito incumbe o ônus de demonstrar sua existência. Em resumo, cabe-lhe o ônus de produzir a prova dos fatos por si mesmo alegados como existentes"
1. A responsabilidade civil é a tradução para o sistema jurídico do dever moral de não prejudicar o outro, ou seja, o neminem laedere. Mas, há que se distinguir o ato jurídico conforme ao direito, que traduz ao seu autor uma licença legal, do ato jurídico ilícito, que impõe esse dever de responsabilizar. Desde logo, é estabelecido que para existir responsabilidade civil há necessidade da prática de um ato jurídico ilícito, desconforme ao direito."

De igual sorte, a r. sentença *a quo* foi expressa ao reconhecer a ausência de demonstração, por parte das autoras, da alegada falha na prestação dos serviços da ré:

"*(...) Depreende-se da prova produzido nos autos que, ao contrário do alegado na petição inicial, as autoras autorizaram a retificação do enquadramento da pessoa jurídica perante o Simples Nacional em mensagem eletrônica enviada aos 21/09/2020 (v. pág. 584), não havendo, portanto, falha na prestação de serviços conforme propalado, inclusive, considerando que a ré aceitou pagar à parte autora os juros e multas decorrentes do atraso na retificação (v. pág. 3).*
Ademais, ressalta-se, que o pagamento dos impostos devidos perante o fisco com a retificação do enquadramento realizada não consubstancia dano material a ser indenizado, mas obrigação tributária da pessoa jurídica coautora, cujo eventual excesso no recolhimento deve ser perquirido pela via adequada à repetição de indébito tributário.
No mais, a autora não manifestou interesse na produção de provas (pág. 746), não tendo se desincumbido do ônus de comprovar suas alegações, que restaram escoteiras nos autos."

Ainda, no que tange à condenação ao pagamento de indenização a título de danos morais, juízo a quo fez por bem ao afastá-la expressamente. *In verbis*:

"*Quanto aos danos morais, melhor sorte não assiste à parte autora. A*

Acesso ao Sumário

coautora, Cassia Tatiane Dea Consani, pretende indenização por dano moral, ante a possibilidade de que nos próximos 5 (cinco) anos, sua declaração de imposto de renda seja retida na malha fina da Receita Federal, pela retificação de enquadramento realizada pela requerida.

Todavia, revela-se inviável a pretendida indenização de danos futuros ou hipotéticos, atinentes a eventuais danos causados pela retificação realizada, sob risco de afronta ao art. 402 do Código Civil.

À responsabilização civil é necessária a prática de ato ilícito, que, nos autos, não restou comprovada. De fato, pesem as alegações de ambas as partes, não vislumbro, nos fatos narrados, situação capaz de caracterizar os danos morais, uma vez que não restou demonstrado que a coautora tenha sofrido algum abalo psicológico ou ofensa à sua honra."

Diante de todo o exposto, não vislumbro quaisquer reparos a serem feitos na r. sentença proferida pelo juízo de primeiro grau.

Destarte, não havendo prova do alegado defeito na prestação dos serviços oferecidos pela empresa ré, era mesmo de rigor o julgamento de improcedência do presente feito.

Por derradeiro, em atenção ao disposto no artigo 85, §11, do Código de Processo Civil, majoro a verba honorária advocatícia de sucumbência - a ser paga pelas autoras - para 12% sobre o valor atualizado da causa.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003808-83.2018.8.26.0642, da Comarca de Ubatuba, em que são apelantes LUANA DONINI BASTOS, FLÁVIO TADEU BASTOS DE OLIVEIRA e KAREN REGINA DONINI, são apelados ACAMPAMENTO NOSSO RECANTO LTDA. e ALESSANDRA SOARES RAMIRO EIRELI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 52116)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ EURICO (Presidente), MARIO A. SILVEIRA e SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA.

São Paulo, 19 de outubro de 2023.

LUIZ EURICO, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - MENOR QUE PARTICIPOU DE VIAGEM ESCOLAR E, AO TÉRMINO DE ATIVIDADE EQUESTRE, FE-

Acesso ao Sumário

RIU SUAS COSTAS - TUDO INDICA QUE A QUEDA SE DEU EXCLUSIVAMENTE EM RAZÃO DA VÍTIMA NÃO TER SEGUIDO AS INSTRUÇÕES DOS MONITORES - FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO NÃO COMPROVADA - DANO MORAL - NÃO OCORRÊNCIA - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO

VOTO

Insurgem-se os autores contra sentença proferida em ação de indenização que julgou improcedente o pedido e os condenou ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor dado à causa.

Sustentaram, em síntese, que a menor Luana participou do acampamento NR; que sofreu uma queda de cavalo; que retornou à casa com dificuldade de se locomover; que houve omissão de socorro e negligência no transporte da menor; que está evidente a falha na prestação do serviço.

Os réus responderam ao recurso e pediram a manutenção da sentença.

É o relatório.

Os autores, *Flávio Tadeu Bastos de Oliveira* e *Karen Regina Donini*, pais de *Luana Donini Bastos*, afirmam que a menor participou de um acampamento, promovido por sua escola, para comemorar o final do ano letivo de 2015.

Ocorre que a menor sofreu queda de um cavalo sem que lhe fosse dada a assistência e comunicação esperada pelos genitores, o que deu ensejo à presente demanda.

É incontroverso dos autos que a menor participou da viagem escolar e, ao término da atividade equestre, feriu suas costas. Após o acidente, a menor foi encaminhada à enfermaria, examinada, medicada com o uso tópico de uma pomada, e liberada para suas atividades.

Em que pesem os argumentos dos autores, do conjunto probatório acostado aos autos não é possível auferir falha na prestação do serviço ou dano moral indenizável.

Ao contrário, tudo indica que a queda se deu exclusivamente em razão da vítima não ter seguido as instruções dos monitores. Ademais, os documentos juntados pelos autores comprovam que não houve qualquer lesão ou sequela advindos do acidente (fls. 30/34).

Por certo, os autores, na qualidade de pais, enfrentaram aborrecimento e desconforto em decorrência da situação narrada, mas insuficiente para a caracterização do dano moral.

Como bem apontou a sentença: "*Há também testemunha ocular que confirma não ter a menor caído do cavalo, mas apenas se apressado para descer*

Acesso ao Sumário

sozinha, ocasião em que raspou as costas na cela e começou a chorar. Não obstante, ao que tudo indica foi imediatamente amparada pelos funcionários do acampamento que não só a confortaram como também a encaminharam para a enfermaria, onde foi atendida e liberada, sem que nada grave fosse detectado, sendo desnecessários maiores cuidados. (...)Toda a prova oral produzida nestes autos vai contra a narrativa vestibular de que houve vício ou defeito na prestação dos serviços por parte das Requeridas. Ao contrário, os próprios documentos de fls. 30/32 confirmam que a menor nada sofreu. Assim, é evidente que não há comprovação mínima a respeito dos alegados vícios e defeitos na prestação dos serviços por parte das Requeridas, de modo que sob qualquer prisma que se examine a questão, a improcedência é medida de rigor que se impõe".

Logo, a sentença, que julgou improcedente o pedido de indenização, decidiu corretamente a lide e deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, para confirmar integralmente a r. sentença, deixo de majorar os honorários advocatícios pois já fixados no máximo legal.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Ações Rescisórias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2217735-62.2022.8.26.0000, da Comarca de Itapetininga, em que é autor SOLID GESTÃO DE RESÍDUOS EIRELI ME., é réu MUNICÍPIO DE ITAPETININGA.

ACORDAM, em 7º 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 do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.090)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO CHIMENTI (Presidente sem voto), BEATRIZ BRAGA, OCTAVIO MACHADO DE BARROS, HENRIQUE HARRIS JÚNIOR, AMARO THOMÉ, RAUL DE FELICE e WALTER BARONE.

São Paulo, 24 de agosto de 2023.

JOÃO ALBERTO PEZARINI, Relator

Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA – Ajuizamento com base no inciso VIII do art. 966 do CPC (erro de fato) – Acórdão rescindendo que manteve sentença de improcedência da ação de repetição de indébito tributário – Competência tributária – Contrato para transporte de resíduos sólidos e domiciliares, comerciais, de varrição de feiras livres, até aterro sanitário de outros municípios – Prestação de serviço de caráter múltiplo – Impossibilidade de fracionamento da prestação para efeito fiscal – ISS devido ao município em que estabelecida a relação jurídico-tributária e não no local da destinação – Enquadramento legal na exceção do inciso VI do artigo 3º da LC 116/03 c.c. inciso 7.09 da lista anexa – Ação improcedente.

Acesso ao Sumário

VOTO

Ação rescisória[1] que visa, com fundamento no art. 966, inc. VIII, des-

1 Valor da causa na data da distribuição, 14/09/2022: R$ 270.788,85.

constituir acórdão proferido pela 15ª Câmara de Direito Público, que julgou improcedente ação de repetição de indébito[2] referente ao ISS retido pelo Município nos pagamentos pela prestação de serviços de transporte e destinação de resíduos sólidos.

Sustenta que o julgamento incorreu em erro de fato ao interpretar inadequadamente o objeto do contrato administrativo celebrado entre as partes e que, diferentemente do que constou no acórdão, não previa serviço de coleta e varrição, o que afasta a competência do Município contratante para cobrança do imposto, que é devido e recolhido aos Municípios destinatários do lixo.

Requer, assim, a rescisão do acórdão com fundamento no artigo 966, VIII, do Código de Processo Civil.

Regularmente citada, a ré apresentou contestação às fls. 800/805.

Sustentou, em resumo, que inexiste erro de fato que sustente a rescisão do acórdão, pois a questão litigiosa está justamente na interpretação do contrato administrativo, que foi acertadamente analisado por este Tribunal e manteve a sentença no sentido de que a prestação de serviço foi una, ou seja, coleta transporte e a destinação final dos resíduos sólidos.

É o relatório.

A autora, com amparo no inciso VIII do artigo 966 do CPC, busca rescisão do acórdão que manteve sentença proferida na Ação de Repetição de Indébito distribuída sob nº 1008271-86.2019.8.26.0269[3], alegando erro de fato do exame dos autos.

O acórdão de relatoria do Des. Silva Russo, foi assim ementado:

"AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO – ISSQN – Município de Itapetininga – Ação julgada improcedente em primeiro grau – Irresignação da contribuinte – Contribuinte que quer ver restituído todo o valor do imposto pago indevidamente ao município réu – **Questão de competência – Tributação sobre contrato para transporte de resíduos sólidos e domiciliares, comerciais, de varrição de feiras livres, até aterro sanitário de outros municípios** – Sentença que entendeu que o objeto do contrato abrangia a coleta dos resíduos, e assim sendo, o tributo deveria ser recolhido no Município, onde se iniciou a prestação de serviço – Correta a fundamentação – Contrato que prevê a varrição e remoção de resíduos sólidos – **Prestação de serviço que se enquadra na exceção do inciso VI do artigo 3º da LC 116/03 c.c. inciso 7.09 da lista anexa a esta mesma Lei – Portanto imposto devido no local da prestação e não no local da destinação** – Competência do município apelado – Sucumbência majorada, nos termos do artigo 85, § 11, do CPC – Sentença

Acesso ao Sumário

2 Processo n° 1008271-86.2019.8.26.0269.

3 Fls. 665/668, que julgou improcedente o pedido.

mantida – Apelo da contribuinte não provido."[4] – grifei –

Alega que os únicos serviços contratados pelo Município de Itapetininga eram os relacionados ao transporte e à destinação final de resíduos sólidos domiciliares, comerciais, de varrição e de feiras livres.

Menciona que o erro de fato da sentença e do acórdão consistem justamente em extrapolar o objeto de contratação, como se o autor fosse também responsável pelos serviços de coleta de resíduos ou mesmo de varrição, quando na verdade era somente responsável pelo transporte e destinação final dos resíduos.

Aponta que o objeto do contrato apenas destaca as espécies de resíduos a serem transportados até a destinação final em aterros sanitários situados em Itapevi e Cesário Lange, municípios que entende como legitimados ativos para cobrança e para os quais já pagou o ISS e não no Município de Itapetininga, que contratou o serviço.

Destaca a cláusula primeira, no item 1.1. que especifica o objeto contratual[5]:

"Tem por objeto o presente contrato, a contratação de empresa especializada visando a implantação de operação de um conjunto de serviços relativos à transporte e disposição final de resíduos sólidos domiciliares, comerciais, de varrição e de feiras livres do município de Itapetininga, conforme especificações dos anexos constantes do processo, os quais fazem parte do presente instrumento independentes de transcrição".

Em que pese os argumentos do autor, o acórdão não merece ser rescindido.

Conforme já decidido no julgamento da apelação nº 0967646-22.2012.8.26.0506, de relatoria da Desª. Mônica Serrano, do qual participei:

> "AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO – ISSQN sobre serviços de coleta e tratamento de lixo hospitalar – **Hipótese em que a coleta do lixo se dá no Município de Ribeirão Preto, e sua destinação final é realizada em Jardinópolis – Competência de Ribeirão Preto para exigência do imposto sobre a totalidade do serviço – Impossibilidade de cisão da prestação, ainda que a atividade se dê em etapas – Serviço que se considera prestado no local em que estabelecida a relação jurídico-tributária com o tomador** – Precedentes do STJ – Repetição do indébito tributário devida pelo Município de Jardinópolis, observada a prescrição – Sucumbência invertida – Recurso de Ribeirão Preto provido – Recurso adesivo parcialmente provido."[6]

Acesso ao Sumário

4 Acórdão – fls. 682/686, julgado em 23/07/2020.

5 Contrato – fls. 25/35.

6 Apelação/Remessa Necessária 0967646-22.2012.8.26.0506; Relª.: Mônica Serrano; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Foro de Ribeirão Preto - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 10/05/2018.

Merece realce, ainda, o seguinte trecho esclarecedor do voto proferido pela relatora:

"(...)

De fato, como já mencionado, ainda que a atividade se desenvolva em etapas, o serviço é uno. O rol constante da legislação de regência elenca diversos serviços para as hipóteses em que são realizados singularmente. Assim, a empresa que apenas trata o lixo responde pelo ISSQN no Município em que realiza o tratamento, o mesmo valendo para a empresa que o destrói, separa ou recicla. **Contudo, nos casos em que há multiplicidade de serviços, há impossibilidade de fracionamento para fins de incidência do imposto e, desse modo, considera-se o mesmo devido onde iniciada a relação com o tomador do serviço mediante a realização da primeira etapa da prestação.**

O argumento teleológico também é de grande valia para o debate: **naturalmente, a necessidade premente do tomador é a remoção do lixo das dependências do seu território, e assim, contrata alguém para que preste esse serviço. No entanto, como o produtor do lixo hospitalar é responsável pela sua destinação, paga-se também pelo serviço de tratamento e destruição. De modo algum, portanto, o serviço de disposição final pode ser encarado separadamente no caso de a empresa também coletar o lixo, pois o primeiro pressupõe o segundo, e enquanto este pode ser realizado onde for e da forma que for, desde que atinja ao objetivo de destruição dos resíduos, aquele necessariamente se dá em Ribeirão Preto.**" – grifei –

Nesse sentido, por analogia, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ISS. COLETA DE MATERIAL EM POSTO E REMESSA PARA ANÁLISE LABORATORIAL EM UNIDADE SITUADA EM OUTRO MUNICÍPIO. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ.

1. O Superior Tribunal de Justiça possui firme posicionamento de que o município competente para o recolhimento do ISS, "[...] a partir da LC 116/03, é aquele onde o serviço é efetivamente prestado, onde a relação é perfectibilizada [...]" (REsp 1.060.210/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, julgado em 28/11/2012, DJe 5/3/2013).

2. (...)".

3. Esta Corte também já se posicionou no sentido de que "o ISS recai sobre a prestação de serviços de qualquer natureza realizada de forma onerosa a terceiros. Se o contribuinte colhe material do cliente em unidade situada em determinado município e realiza a análise clínica em outro, o ISS é devido ao primeiro município, em que estabelecida a relação jurídico-tributária, e incide sobre a totalidade do preço

Acesso ao Sumário

do serviço pago, não havendo falar em fracionamento, à míngua da impossibilidade técnica de se dividir ou decompor o fato imponível" (REsp 1.439.753/PE, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Rel. p/ acórdão Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 6/11/2014, DJe 12/12/2014).

4. Agravo interno a que se nega provimento." (AgInt no REsp n. 1.634.445/MG, relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 13/6/2017, DJe de 21/6/2017.)

Tecidas tais considerações, o ISS é devido ao Município de Itapetininga, devendo os pedidos de restituição do indébito serem formulados ao Municípios de Cesário Lange e Itapevi.

Na conformidade do exposto, **julga-se improcedente** a ação, condenando-se a autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios que fixo, por equidade, em R$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2025118-41.2023.8.26.0000, da Comarca de Jandira, em que é agravante SPE-04 EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, é agravado MUNICÍPIO DE JANDIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, negaram provimento ao recurso, vencido o Relator Sorteado, que declara", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.039)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS, vencedor, JOÃO ALBERTO PEZARINI, vencido, OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente) e WALTER BARONE.

São Paulo, 31 de agosto de 2023.

OCTAVIO MACHADO DE BARROS, Relator Designado

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Execução fiscal – IPTU – Exercício de 2021 – Exceção prévia de executividade rejeitada Compromisso de compra e

venda que não exime o proprietário/compromissário vendedor da responsabilidade fiscal – Legitimidade passiva concorrente – Possibilidade de a Fazenda Pública escolher o sujeito passivo da exação – Súmula 399 do STJ – Decisão mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Agravo de Instrumento interposto contra decisão que, nos autos da execução fiscal[1] por dívida de IPTU de 2021, rejeitou exceção prévia de executividade, sob o fundamento de que cabe ao Município eleger o sujeito passivo do tributo, respondendo tanto o compromissário vendedor como o compromissário comprador e que a executada permanece proprietária do imóvel, pois a transferência da titularidade se dá apenas com a efetiva transmissão do bem no registro no Cartório de Imóveis, nos termos do art. 1.245, do CC. A agravante alega ilegitimidade passiva porque compromissou o imóvel à venda em 10/11/2011, com responsabilidade tributária do adquirente, transmitindo de imediato a posse, daí propugnando pelo acolhimento de sua objeção com exclusão de seu nome do polo passivo da execução (fls. 01/14). Recurso processado no duplo efeito e respondido pela agravada.

Relatado.

O recurso não merece provimento.

A exceção prévia de executividade é admitida em face de falha processual ou de matéria de ordem pública que possa ser declarada de ofício, independente do contraditório e da produção de provas (Súmula 393), como reiteradamente decidido pelos Tribunais. Por isso, só se exige prova pré-constituída para análise das questões de ordem pública, como caducidade do direito de ação, decadência do direito material ou vício no título executivo.

No caso, a agravante busca afastar a sua legitimidade passiva por ter compromissado o imóvel tributado à venda em 10/11/2011, deixando, contudo, de comprovar o registro imobiliário dessa transferência feita ao compromissário comprador, uma vez que as convenções particulares não servem de fundamento para a pretendida desoneração da obrigação tributária, como preconizam os arts. 123 e 130, do CTN, de modo a prevalecer o disposto nos artigos 32 e 34, do CTN e, na Súmula 399, do STJ – *Cabe à legislação municipal estabelecer o sujeito passivo do IPTU.*

Assim, tanto o proprietário promitente vendedor como o possuidor promitente comprador respondem solidariamente pelos tributos incidentes sobre o imóvel, ambos podendo figurar como sujeito passivo da execução fiscal, pois cabe à Fazenda Pública mantê-los no polo passivo ou escolher apenas um de-

1 Valor da causa em janeiro de 2022: R$ 5.201,43.

Acesso ao Sumário

les para obter a satisfação do seu crédito tributário, sem embargo de eventual direito de regresso, conforme entendimento expresso no REsp nº 1.204.294/RJ, do Superior Tribunal de Justiça, em que foi Relator o Ministro MAURO CAMPBELL, da 2ª Turma, julgado em 14/05/2011, além de outros tanto julgados como: REsp 979.970/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ 18/06/2008; AgRg no REsp 1022614/SP, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, DJ 17/04/2008; REsp 712.998/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, DJ 08/02/2008; REsp 759.279/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 2ª Turma, DJ 11/09/2007; REsp 8689.826/RJ, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, DJ 01/08/2007; REsp 793073/RS, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, DJ 20/02/2006.

Importante asseverar que o instrumento particular de promessa de venda e compra, ainda que registrado ou averbado na matrícula do imóvel, não confere direito real nem constitui ato translativo da propriedade imóvel, pois versa sobre direito pessoal e não real.

Em suma, *ex vi* do artigo 123, do CTN, o instrumento particular não exonera o proprietário vendedor da obrigação tributária sobre o imóvel objeto do negócio, enquanto não formalizado o necessário registro de transmissão da propriedade (CC, art. 1.245), pois, sem ato translativo nem recolhimento do ITBI, *os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis* (CTN, art. 130), devem ser suportados pelo proprietário ou pelo possuidor a qualquer título, ficando a critério da Fazenda Pública escolher contra quem ajuizará a execução fiscal.

Por tais razões, **nega-se provimento ao recurso**.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 40.511)

Divirjo da maioria.

O recurso merece provimento.

A excipiente comprovou que o imóvel tributado[2] **foi alienado a Ivan Dias de Souza, por meio de instrumento particular compromisso de venda e compra, celebrado em 10/11/2011 (fls. 34/54).**

Conquanto não registrado no Cartório de Registro de Imóveis, afigura-se induvidosa a transferência da posse a terceiro, que passou a exercê-la com *animus domini*, tudo a afastar a responsabilidade da excipiente.

Nesse sentido, precedente desta Corte:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – IPTU – Exercício de 2010 – Insurgência da agravante contra a rejeição da ex-

Acesso ao Sumário

2 Loteamento das Pitas (quadra 18; lote 0006).

ceção de pré-executividade oposta e extinção da execução em face da agravante – Descabimento – Compromisso particular de compra e venda celebrado em data anterior ao fato gerador do tributo, o qual, ressalte-se, era de conhecimento da Municipalidade exequente, malgrado não registrado – Ilegitimidade passiva da alienante recorrida constatada – Precedentes jurisprudenciais – Reforma da r. decisão recorrida que se impõe – Recurso provido."[3]

Assim, a existência de instrumento, público ou particular, com a consequente transferência da posse, afastam a responsabilidade tributária da excipiente, sendo, portanto, parte ilegítima para figurar no polo passivo da execução fiscal.

Nesse quadro, de rigor a reforma da decisão para reconhecer a ilegitimidade passiva da excipiente, oportunizando-se ao Município a substituição do polo passivo.

Acolhido o incidente, condena-se o Município ao reembolso de eventuais despesas processuais e ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da execução.

Posto isso, pelo meu voto, **dá-se provimento** ao recurso.

JOÃO ALBERTO PEZARINI, Relator Sorteado

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2111691-82.2023.8.26.0000, da Comarca de Barueri, em que é agravante AMONG DISTRIBUIDORA DE INFORMÁTICA LTDA., é agravado 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, por maioria de votos. Vencido o terceiro Juiz que declara voto", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 51.448)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores KLEBER LEYSER DE AQUINO (Presidente sem voto), MARREY UINT e CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 6 de setembro de 2023.

JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA, Relator

3 Agravo de Instrumento nº 2186274-48.2017.8.26.0000; Rel. Wanderley José Federighi; j.11/04/2019.

Acesso ao Sumário

Ementa: Exceção de pré-executividade – A prescrição pode ser interrompida ou suspensa por inúmeros motivos, razão pela qual exige participação do exequente para que possa, eventualmente, invocar e demonstrar essas situações – Por isso, de imediato, a prescrição não pode ser reconhecida – Não se pode olvidar que é possível ingressar com embargos à execução mesmo que o executado não tenha condições de garantir o débito desde que demonstre, de forma caba**l, a impossibilidade financeira – Assim, a exceção não é o único meio de defesa possível àqueles que não possuem condições financeiras, devendo ser permitido o manejo dos embargos em situações de penúria – Recurso improvido.**

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento apresentado por **Among Distribuidora de Informática Ltda.** contra ato que considera ilegal da **MM. Juíza de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Barueri**, *Dra. Graciella Lorenzo Salzman*, e consistente em rejeitar a exceção de pré-executividade apresentada contra a **Fazenda Pública do Estado de São Paulo.**

Recurso tempestivo e contrariado a fls. 33.

É o relatório.

Trata-se de agravo de instrumento retirado de decisão, que rejeitou a exceção de pré-executividade apresentada pela ora agravante, alegando em síntese prescrição intercorrente do débito, uma vez que o crédito de ICMS refere-se a agosto de 2008 e a ação executória foi ajuizada em 2013.

O recurso não merece provimento.

É plenamente possível o manejo da exceção de pré-executividade para defesa em matéria tributária, mesmo sem ingresso de embargos à execução. Tal via é amplamente aceita pelos Tribunais Superiores.

Contudo, é sabido que a exceção de pré-executividade é admitida para que se declare vício aferível de plano ou que seja passível de análise de ofício pelo julgador por ser matéria de ordem pública.

Sem embargo do aduzido no precedente parágrafo, hodiernamente a jurisprudência vem ampliando o rol de temas suscetíveis de exame por meio da citada objeção, desde que a matéria prescinda de extensa produção de provas. Eis o que já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. ISENÇÃO. PAÍS SIGNATÁRIO DO GATT. BACALHAU. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. MATÉRIA

Acesso ao Sumário

DE DIREITO. CABIMENTO. 1. No que concerne aos dispositivos de lei tidos por violados (arts. 113, § Iº, 114, 175, I, 204, parágrafo único do CTN; 2º, 3º, parágrafo único da Lei n° 6.830/80; 586 e 618, 1, do CPC) o recurso não merece ultrapassar o juízo de admissibilidade, porquanto ausente o requisito indispensável do prequestionamento, viabilizador do acesso às instâncias especiais.

2. As matérias passíveis de serem alegadas em exceção de pré-executividade não são somente as de ordem pública, mas também os fatos modificativos ou extintivos do direito do exequente, desde que comprovados de plano, sem necessidade de dilação probatória. 3. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem assentou que o reconhecimento da isenção dependeria de produção de provas, o que afasta o cabimento da exceção de pré-executividade. 4. Para que se pudesse assentar a desnecessidade de produção de provas, imprescindível se faria incursionar em matéria fático-probatória, o que é vedado na via estreita do recurso especial, a teor da Súmula 7/STJ. 5. Recurso especial não conhecido. (REsp 649.023/MG, relator Ministro Castro Meira)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. VIOLAÇÃO DO ART. 174 DO CTN. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ARGÜIÇÃO DE

PRESCRIÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. 'É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada na decisão recorrida, a questão federal suscitada' (Súmula 282/STF). 2. A exceção de pré-executividade é servil à suscitação de questões que devam ser conhecidas de ofício pelo juiz, como as atinentes à liquidez do título executivo, os pressupostos processuais e as condições da ação executiva. 3. O espectro das matérias suscitáveis através da exceção tem sido ampliado por força da exegese jurisprudencial mais recente, admitindo-se a arguição de prescrição e de ilegitimidade passiva do executado, desde que não demande dilação probatória (exceção 'secundum eventus probationis'). 4. A prescrição, por ser causa extintiva do direito do exequente, pode ser veiculada em exceção de pré-executividade. 5. Consectariamente é admissível a veiculação de prescrição em exceção de pré-executividade. Precedentes desta Corte: RESP 577.613/RS, esta relatoria, DJ de 08.11.2004; REsp 537617, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 08/03/2004 e REsp 388000, Rel. Min. José Delgado, DJ de 18/03/2002. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido. (REsp 693.304/MG, relator Ministro Luiz Fux).

Portanto, admissível a exceção oposta.

Acesso ao Sumário

Contudo, a via da exceção de pré-executividade é estreita e exige que as matérias apreciadas não demandem dilação probatória, o que não é o caso dos autos.

A prescrição pode ser interrompida ou suspensa por inúmeros motivos, razão pela qual exige participação do exequente para que possa, eventualmente, invocar e demonstrar essas situações.

Por isso, de imediato, a prescrição não pode ser reconhecida.

Não se pode olvidar que é possível ingressar com embargos à execução mesmo que o executado não tenha condições de garantir o débito desde que demonstre, de forma cabal, a impossibilidade financeira. Assim, a exceção não é o único meio de defesa possível àqueles que não possuem condições financeiras, devendo ser permitido o manejo dos embargos em situações de penúria.

Dessarte nega-se provimento do agravo de instrumento.

DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE

(Voto nº 29.175)

Adotando-se o relatório do voto condutor proferido pelo ilustre Relator do v. acórdão (fls. 37/41), passo à fundamentação e ao voto, pelo qual ouso divergir.

No caso, o objeto é a verificação, ainda que *ex officio*, da prescrição intercorrente, isto é, aquela que ocorre após o ajuizamento da ação, e não antes.

É disso que se trata.

Conforme bem constou do relatório da decisão interlocutória aqui agravada, após o ajuizamento, em 16/12/2010, da execução e do despacho citatório, em 20/12/2010, com resultado negativo, foi publicado o edital de citação, em 8/5/2013, e certificado o decurso do prazo do edital sem manifestação do executado, em 23/3/2015, ocasião em que foi dado vista à Fazenda, "para se manifestar sobre o prosseguimento do feito", em que requereu, em 13/5/2015, a penhora dos ativos financeiros, deferido em 14/11/2017, cuja pesquisa ao BacenJud, em 22/11/2017, restou negativa, quando então foi oposta, em 4/12/2017, a exceção de pré-executividade pela ora agravante, com abertura de vista à Fazenda, em 3/3/2020.

Como se denota, a discussão passou aos termos e prazos previstos no artigo 40 da Lei de Execuções Fiscais (Lei 6.830/80):

> " Art. 40 - O Juiz **suspenderá** o curso da execução, enquanto **não for localizado o devedor ou encontrados bens** sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, **não correrá o prazo de prescrição**.
>
> § 1º - Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao

Acesso ao Sumário

representante judicial da Fazenda Pública.

§ 2º - **Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano**, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz **ordenará o arquivamento** dos autos.

§ 3º - **Encontrados** que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, **serão desarquivados os autos para prosseguimento** da execução.

§ 4º - Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato.

§ 5º - A manifestação prévia da Fazenda Pública prevista no § 4º deste artigo será dispensada no caso de cobranças judiciais cujo valor seja inferior ao mínimo fixado por ato do Ministro de Estado da Fazenda." (g.n.)

Interpretando-se os citados dispositivos, o Superior Tribunal de Justiça, ao enfrentar os casos repetitivos (Temas 566, 567, 568, 569, 570 e 571), assim decidiu a questão, com caráter vinculante (CPC, art. 927, III):

" RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ARTS. 1.036 E SEGUINTES DO CPC/2015 (ART. 543-C, DO CPC/1973). PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ***SISTEMÁTICA PARA A CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE (PRESCRIÇÃO APÓS A PROPOSITURA DA AÇÃO) PREVISTA NO ART. 40 E PARÁGRAFOS DA LEI DE EXECUÇÃO FISCAL (LEI N. 6.830/80).***

1. O espírito do art. 40, da Lei n. 6.830/80 é o de que nenhuma execução fiscal já ajuizada poderá permanecer eternamente *nos escaninhos do Poder Judiciário ou da Procuradoria Fazendária encarregada da execução das respectivas dívidas f iscais.*

2. ***Não havendo a citação de qualquer devedor por qualquer meio válido e/ou não sendo encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora (o que permitiria o fim da inércia processual), inicia-se automaticamente o procedimento previsto no art. 40 da Lei n. 6.830/80, e respectivo prazo, ao fim do qual restará prescrito o crédito fiscal****. Esse o teor da Súmula n. 314/STJ: 'Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição qüinqüenal intercorrente'.*

3. ***Nem o Juiz e nem a Procuradoria da Fazenda Pública são os senhores do termo inicial do prazo de 1 (um) ano de suspensão previsto no caput, do art. 40, da LEF, somente a lei o é*** *(ordena o art. 40: '[...] o juiz suspenderá [...]'). Não cabe ao Juiz ou à Procuradoria a escolha do melhor momento para o seu início.* ***No primeiro momento em que constatada a não localização do devedor e/ou ausência de bens pelo oficial de justiça e intimada a Fazenda Pública, inicia-se automaticamente o prazo de suspensão, na forma do art. 40, caput, da LEF. Indiferente aqui, portanto, o fato de existir petição da Fazen-***

Acesso ao Sumário

da Pública requerendo a suspensão do feito *por 30, 60, 90 ou 120 dias a fim de realizar diligências, sem pedir a suspensão do feito pelo art. 40, da LEF. Esses pedidos não encontram amparo fora do art. 40 da LEF que limita a suspensão a 1 (um) ano. Também* ***indiferente o fato de que o Juiz, ao intimar a Fazenda Pública, não tenha expressamente feito menção à suspensão do art. 40, da LEF****. O que importa para a aplicação da lei é que a Fazenda Pública* ***tenha tomado ciência da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido e/ou da não localização do devedor****. Isso é o suficiente para inaugurar o prazo, ex lege.*

4. ***Teses julgadas para efeito dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/ 1973):***

4.1.) O prazo de 1 (um) ano de suspensão do processo e do respectivo prazo prescricional previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei *n. 6.830/80 - LEF* ***tem início automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis*** *no endereço fornecido, havendo, sem prejuízo dessa contagem automática, o dever de o magistrado declarar ter ocorrido a suspensão da execução; 4.1.1.) Sem prejuízo do disposto no item 4.1., nos casos de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido antes da vigência da Lei Complementar n. 118/2005), depois da citação válida, ainda que editalícia, logo após a primeira tentativa infrutífera de localização de bens penhoráveis, o Juiz declarará suspensa a execução. 4.1.2.) Sem prejuízo do disposto no item 4.1., em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido na vigência da Lei Complementar n. 118/2005) e de qualquer d*ívida ativa de natureza não tr*ibutária,* ***logo após a primeira tentativa frustrada de citação do devedor ou de localização de bens penhoráveis, o Juiz declarará suspensa a execução .***

4.2.) Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não pronunciamento judicial nesse sentido, findo o prazo de 1 (um) ano de suspensão ***inicia-se automaticamente o prazo prescricional aplicável*** *(de acordo com a natureza do crédito exequendo) durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º* da Lei n. 6.830/80 - LEF, ***findo o qual o Juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato****;*

4.3.) A ***efetiva constrição*** *patrimonial e a* ***efetiva citação*** *(ainda que por edital)* ***são aptas a interromper o curso da prescrição intercorrente****, não bastando para tal* ***o mero peticionamento*** *em juízo, requerendo, v.g., a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens. Os requerimentos feitos pelo exequente, dentro da soma do prazo máximo de 1 (um) ano de suspensão mais o prazo de prescrição aplicável (de*

Acesso ao Sumário

acordo com a natureza do crédito exequendo) deverão ser processados, ainda que para além da soma desses dois prazos, pois, citados (ainda que por edital) os devedores e penhorados os bens, a qualquer tempo – mesmo depois de escoados os referidos prazos –, considera-se interrompida a prescrição intercorrente, retroativamente, na data do protocolo da petição que requereu a providência f*rutífera.*

4.4.) A Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245 do CPC/73, correspondente ao art. 278 do CPC/2015), ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a falta da intimação que constitui o termo inicial – 4.1., onde o prejuízo é presumido), por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.

4.5 .) O magistrado, ao reconhecer a prescrição intercorrente, ***deverá fundamentar o ato judicial por meio da delimitação dos marcos legais que foram aplicados na contagem do respectivo prazo****, inclusive quanto ao período em que a execução ficou suspensa.*

5. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/1973). " (g.n.)

(REsp n.1.340.553/RS, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgamento: 12/9/2018, DJe 16/10/2018).

Com efeito, considerando-se o próprio relatório elaborado pelo juízo de primeiro grau quando da prolação da r. decisão recorrida, certificado o decurso do prazo do edital sem a manifestação do executado, em 23/3/2015, esse é, segundo a tese fixada pelo STJ (Temas 566 e 569), o termo inicial automático do prazo de 1 (um) ano de suspensão do processo e do respectivo prazo prescricional intercorrente, que findou-se em 23/3/2016, quando então se iniciou, também automaticamente, o prazo prescricional de 5 (cinco) anos (Tema 567), cujo termo final ocorreu em 23/3/2021.

Note- se que as teses definidas pela Corte Superior, na interpretação das normas da Lei de Execuções Fiscais, são claras e expressas ao se afirmar que tais marcos temporais independem de petições atravessadas pela Fazenda Pública ou de pronunciamento específico do juízo a respeito da suspensão do processo, bastando para o início do prazo de suspensão de 1 (um) ano e o posterior início do prazo prescricional de 5 (cinco) anos a não localização do devedor e/ou da efetividade da constrição de seus bens.

É o que ocorreu no caso dos autos.

Portanto, vislumbrada verossimilhança nas razões recursais, de rigor a reforma da r. decisão recorrida, reconhecendo-se a prescrição intercorrente.

Diante do exposto, pelo meu voto, pedindo vênia para divergir dos eminentes pares, dou provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

CAMARGO PEREIRA, 3º Juiz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2169647-56.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante GR MARTINEZ ASSESSORIA E PROPAGANDA ESPORTIVA LTDA., é agravado MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.699)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO CHIMENTI (Presidente) e HENRIQUE HARRIS JÚNIOR.

São Paulo, 21 de setembro de 2023.

BEATRIZ BRAGA, Relatora

Ementa: Ação anulatória de lançamento fiscal. ISS – Intermediação de atletas residentes no Brasil a clubes estrangeiros. Alegação de não incidência do imposto, com fundamento no art. 2º, I da LC nº 116/03, por tratar-se de exportação de serviços.

O pleito liminar consistia na suspensão da exigibilidade do crédito tributário, tendo sido indeferido. A irresignação do agravante comporta provimento.

Os elementos coligidos aos autos revelam, em sede de cognição sumária, a inexigibilidade do tributo, na medida em que a fruição serviços atrelados à empresa ocorreram no exterior.

Início de prova documental a colocar "em xeque" a tributação, no que pese a análise ainda superficial, mas que merece prudência e razoabilidade.

Presença, outrossim, do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (cobrança judicial do crédito tributário e consequências da inadimplência: protesto, inscrição no CADIN etc). Verificação também da reversibilidade da medida eventual – revogação do provimento antecipado tornará o tributo no-

Acesso ao Sumário

vamente exigível, nos moldes lançados pela Fazenda Municipal. Precedentes desta Corte. Dá-se provimento ao recurso.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **GR Martinez Assessoria e Propaganda Esportiva Ltda.** contra a decisão que, nos autos da ação anulatória ajuizada em face do **Município de São Paulo**, indeferiu o pedido liminar.

Sustenta o agravante, em síntese, que ingressou com a demanda subjacente para obter a anulação dos débitos consubstanciados nos Autos de Infração nºs 006.821.690-4 e 006.821.694-7 ante a ilegalidade do Parecer Normativo 04/2016 e a inegável exportação do serviço de intermediação prestado a clubes estrangeiros, ainda que o atleta intermediado esteja localizado no Brasil.

Aduz que após procedimento de Fiscalização (nº 40302520), a municipalidade concluiu que não estariam caracterizados como exportação a prestação dos serviços de (i) *scout*, (ii) intermediação de atletas e (iii) cessão dos direitos de uso de imagem. Por tal motivo, lavrou diversos autos de infração para a cobrança do ISS supostamente devido nessas operações: AIIMs 006.821.690-4 e 006.821.694-7 (intermediação) e AIIMs 006.821.691-2 e 006.821.695-5 (cessão de imagem).

Aponta que a infração referente à intermediação de atletas residentes no Brasil a clubes estrangeiros é o objeto da lide, razão pela qual busca a anulação dos AIIMs 006.821.690-4 e 006.821.694-7.

Questiona a legalidade do citado Parecer Normativo, na medida em que, sem qualquer amparo legislativo que lhe desse essa prerrogativa, inova no ordenamento jurídico ao apresentar critério e condicionantes para fins da aplicação da não incidência tributária.

Aduz que a LC 116/03 dispõe que não se consideram serviços exportados aqueles desenvolvidos no Brasil e cujo resultado aqui se verifique.

Contudo, aponta que o Parecer Normativo foi além disso, ao determinar, especificamente para os serviços de intermediação, que eles não se consideram exportados quando "uma das partes intermediadas, os respectivos bens ou interesses" – no caso, o atleta – estiverem localizados no Brasil.

Cita doutrina e jurisprudência que adotam a incidência da teoria do "resultado-utilidade" na análise da exportação de serviços. Essa teoria, em suma, toma o local onde a utilidade do objeto do contrato produzirá efeito para a caracterização da exportação. No caso concreto isso ocorre, nitidamente, no exterior, eis que lá o atleta passará a jogar.

Pede, desse modo, o provimento do recurso com a reforma da decisão

Acesso ao Sumário

agravada para que seja suspensa a exigibilidade dos débitos objeto dos Autos de Infração 006.821.690-4 e 006.821.694-7 e afastada a exigibilidade do recolhimento do ISS sobre as receitas de intermediação de atletas situados no Brasil para clubes no exterior.

O recurso foi recebido no seu duplo efeito (fls. 230).

Há manifestação do agravante pela oposição ao julgamento virtual (fls. 229).

Contraminuta a fls. 239/263, ocasião em que o Município pugna pela manutenção da decisão recorrida. Defende que, para fins de apuração da existência ou não de prestação de serviços, deve-se tomar o objetivo da contratação e da prestação de serviços. Assim, é indiferente onde esteja um dos tomadores ou seja o pagamento feito do exterior.

No caso em exame, afirma que a autora está estabelecida no Brasil e realiza o serviço de intermediação de atleta residente no país para outros clubes, razão pela qual inexiste a exportação de serviços.

É o relatório.

O recurso merece provimento.

Inicialmente, cabe apontar que, nos termos do artigo 151, inciso II, do CTN e da Súmula 112 do Superior Tribunal de Justiça, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário está condicionada ao depósito da quantia integral discutida.

Por outro lado, a redação do inciso V do citado artigo prevê que, entre as causas de suspensão, está a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada.

Desse modo, conforme lição extraída do artigo 300 do CPC, 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.

Importante salientar que a aferição da presença dos requisitos autorizadores da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional exige apenas uma cognição sumária, reservada a cognição exauriente para o momento da sentença.

Acesso ao Sumário

A controvérsia restringe-se à incidência ou não do Imposto Sobre Serviços nas atividades operadas pelo agravante.

No caso, observou-se a probabilidade do direito pleiteado pelo autor.

A respeito da não incidência de ISS sobre exportações de serviços para o exterior, dispõe a Constituição Federal:

"Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.

§ 3º Em relação ao imposto previsto no inciso III do ***caput*** **deste artigo, cabe à lei complementar:**

II - excluir da sua incidência exportações de serviços para o exterior."

Por sua vez, a Lei Complementar nº 116/03 prevê:

"Art. 2º O imposto não incide sobre:

I - as exportações de serviços para o exterior do País;

Parágrafo único. Não se enquadram no disposto no inciso I os serviços desenvolvidos no Brasil, cujo resultado aqui se verifique, ainda que o pagamento seja feito por residente no exterior."

Do cotejo entre a norma constitucional invocada e o dispositivo legal acima mencionado, depreende-se que há a incidência do tributo quando o resultado se verifica em território nacional, ou seja, onde não há efetiva exportação, de modo que o mero pagamento realizado por residente no exterior, por si, não traduz exportação.

Disso resulta que a consideração da ocorrência do resultado passa a ser critério essencial para a correta aplicação do dispositivo constante na Lei Complementar n. 116/2003 voltado para a exportação de serviços.

Assim, nas oportunidades em que houver clareza de que as atividades relacionadas à consecução do serviço terão como finalidade sua concretização exclusiva e específica fora dos limites territoriais nacionais, resta configurada a exportação de serviços. Identificado que o resultado do serviço contratado somente possui razão de ser nos limites externos ao País, não deve ocorrer a tributação pelo ISS.

E, no caso concreto, em sede de cognição sumária, verifica-se que a fruição de utilidade dos serviços atrelados aos contratos da empresa autora ocorreram tão somente no exterior.

Nesse sentido, em situação análoga, já se manifestou esta Corte:

"ISSQN – Exportação de serviços – Município de São Paulo – Ação anulatória julgada procedente – Serviços de intermediação de negócios voltados para a área esportiva – Fato gerador ocorrido no exterior, onde se verificou o resultado – Hipótese de não incidência prevista no art. 2º, parágrafo único da LC 116/03 – Recursos não providos"[1].

"EXPORTAÇÃO DE SERVIÇOS – ISSQN – Município de Tremembé – Pretendida declaração de inexistência de relação jurídico-tributária – Ação julgada procedente – Hipótese de sociedade atuante como empresária de jogadores de futebol em clubes europeus – Fato gerador ocorrido no exterior, onde se verificou o resultado – Hipótese de não incidência prevista art. 2º e parágrafo único, da LC 116/03 – Recurso oficial não provido"[2].

1 Apelação/Remessa Necessária 1060446-55.2021.8.26.0053; Relator: Erbetta Filho; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 16ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 09/02/2023; Data de Registro: 09/02/2023).

2 TJSP; Remessa Necessária Cível 1002096-53.2016.8.26.0634; Relator: Erbetta Filho; Órgão Jul-

Acesso ao Sumário

Estaria, assim, em xeque a cobrança do crédito tributário.

Em suma, a matéria controvertida comporta uma análise mais aprofundada (amplo contraditório), por documentos e perícia, razão pela qual mostra-se prudente a suspensão da exigibilidade do crédito tributário até a verificação dos argumentos e provas acerca do tema.

Ou seja, sopesando-se as consequências práticas, a permanência da decisão liminar até a sentença é medida mais razoável.

Além do exame dos elementos referentes à probabilidade do direito e ao receio de fundado dano, o juiz deve fazer uma comparação dos danos que advirão às partes no caso de concessão da tutela ou de sua negativa.

Acrescente-se, por fim, que a reversibilidade da medida – eventual revogação do provimento antecipado – tornará o tributo novamente exigível nos moldes lançados pela Fazenda Municipal.

Assim, é de rigor a reforma da decisão recorrida, nos termos acima explicitados.

Por fim, para que não se alegue cerceamento do direito de recorrer, considera-se prequestionada toda matéria constitucional e infraconstitucional discutida, bastando que as questões tenham sido enfrentadas e solucionadas no acórdão, como de fato ocorreu, sendo desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais.

Atentem-se as partes para o cabimento de embargos declaratórios nas estreitas hipóteses delineadas no artigo 1.022, sob pena de eventual aplicação das multas processuais previstas nos §§ 2º e 3º do artigo 1.026, ambos dispositivos do Código de Processo Civil. Assinale-se que esta medida está em consonância com a atual jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre o tema.

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

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2285462-38.2022.8.26.0000, da Comarca de Barretos, em que são agravantes JOSÉ SOARES (ESPÓLIO) e SIRLENE SOARES SILVA, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 48.564)**

gador: 15ª Câmara de Direito Público; Foro de Tremembé - 2ª Vara; Data do Julgamento: 10/10/2019; Data de Registro: 18/10/2019.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS FERNANDO NISHI (Presidente) e MIGUEL PETRONI NETO.

São Paulo, 28 de setembro de 2023

PAULO ALCIDES, Relator

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO AO FUNDO ESTADUAL DE REPARAÇÃO DE INTERESSES DIFUSOS LESADOS. DECISÃO DETERMINOU A INTIMAÇÃO PARA PAGAMENTO DO VALOR DEVIDO (SUPERIOR A UM MILHÃO DE REAIS). AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO PELA EXECUTADA. ACOLHIMENTO PARCIAL. DEVER DE PAGAMENTO CONDICIONADO AO DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE REPARAÇÃO AMBIENTAL DA ÁREA. SITUAÇÃO ATUAL DO IMÓVEL A SER AVALIADA PELO ÓRGÃO TÉCNICO. PAGAMENTO DA VULTOSA QUANTIA (MEDIDA EXTREMA E SUBSIDIÁRIA AO OBJETIVO PRINCIPAL QUE É A REPARAÇÃO DOS DANOS AMBIENTAIS) IMPLICARIA EM CONFISCO DA PROPRIEDADE E NÃO TERIA EFICÁCIA AMBIENTAL PRÁTICA. DECISÃO REFORMADA EM PARTE PARA DETERMINAR A REALIZAÇÃO DE NOVA VISTORIA AMBIENTAL NA ÁREA. RECURSO PROVIDO EM PARTE.

VOTO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por SIRLENE SOARES DA SILVA contra a r. decisão que, em ação civil pública proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, em fase de cumprimento de sentença, determinou o pagamento da quantia de R$ R$ 1.046.232,29 ao Fundo Estadual de Reparação de Interesses Difusos Lesados.

Sustenta, em síntese, cerceamento de defesa, porque a questão demanda instrução probatória. Aduz, ademais, ter cumprido integralmente o dever de recuperar a área, de modo que a indenização se mostra descabida. Requer a expedição de ofício à Secretaria de Agricultura e Abastecimento para que apresente parecer técnico sobre a situação ambiental do imóvel (fls. 01/11).

Recurso processado e contrariado.

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento (fls. 169/171).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Trata-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, em fase de cumprimento de sentença.

O Parquet executa condenação, imposta aos agravantes, consistente no pagamento de indenização "*a ser recolhida ao Fundo Estadual de Reparação de Interesses Difusos Lesados (Art. 13 da Lei 7.347/85), em quantia suficiente para a execução das obras, apurada pelo Perito Judicial em R$ 88.305,60 (oitenta e oito mil, trezentos e cinco reais e sessenta centavos), caso não efetuem no prazo assinalado, a recuperação determinada ou esta se torne inviável*" (grifos não originais) (fl. 75).

Diante do tempo transcorrido, a verba atingiu a vultosa cifra de R$ 1.046.232,29 (fl. 39).

Como se percebe, a obrigação de pagamento da verba indenizatória foi condicionada ao descumprimento integral do dever de recuperação ambiental da área ou a irreversibilidade dos danos ao meio ambiente.

Tais circunstâncias, no entanto, não restaram evidenciadas a contento no processo executivo.

Há informações de que a área se encontra isolada e vem se regenerando naturalmente.

Por outro lado, os agravantes não ficaram totalmente inertes, pois procuraram os setores públicos competentes para formalizar e tentar aprovar os projetos de recuperação do local, o que não ocorreu também por óbices burocráticos impostos pelo setor público.

Nesse contexto, a execução da cifra milionária, além de não ser justa e implicar praticamente no confisco da propriedade, não atingirá a finalidade primeva da presente demanda, qual seja, a efetiva tutela do meio ambiente.

Portanto, antes de qualquer medida mais drástica, considero necessária a apuração da situação atual da área e, caso realmente ainda haja pendências relativas ao dever de recuperação integral, que se determine o cumprimento por parte dos executados, pena de multa diária a ser fixada pelo MM. juízo *a quo*.

Acesso ao Sumário

Em caso de relutância por parte dos recorridos, deve-se realizar nova perícia para a aferição do valor atual da indenização executada (o valor pretendido pelo MP não reflete aquele necessário à recuperação da área).

Por tais razões, reforma-se em parte a r. decisão agravada e determina-se a realização de nova vistoria no imóvel, nos termos da fundamentação supra.

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

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1512190-55.2021.8.26.0366, da Comarca de Mongaguá, em que é apelante MUNICÍPIO DE MONGAGUÁ, é apelado COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO HABITACIONAL E URBANO DO ESTADO DE SÃO PAULO - CDHU.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, negaram provimento, vencidos o Relator Sorteado Des. Erbetta Filho, que declarará, e o 2º Juiz Des. Silva Russo. Acórdão Designado com o 3º Juiz Des. Eutálio Porto". **(Voto nº 44.833)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EUTÁLIO PORTO, vencedor, ERBETTA FILHO, vencido, EUTÁLIO PORTO (Presidente), SILVA RUSSO, AMARO THOMÉ e RAUL DE FELICE.

São Paulo, 14 de julho de 2023.

EUTÁLIO PORTO, Relator Designado

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Execução fiscal – IPTU e Taxas de Coleta de lixo e de expediente – Exercícios de 2017 a 2019 – Sentença que extinguiu a ação ao acolher a exceção de pré-executividade por reconhecer o direito à imunidade recíproca da CDHU. 1) Imunidade tributária – Não gozam as empresas públicas e sociedades de economia mista de privilégios fiscais não extensivos ao setor privado, de sorte que, estando a CDHU inserida nesta condição, sua natureza jurídica denuncia sua condição de contribuinte, não podendo se utilizar da imunidade sob o argumento de ter sua atividade vinculada ao Estado – Sentença reformada nesse ponto. 2) Isenção tributária – Lei municipal nº 1.340/1990, com redação dada pela Lei 2.495/2011, que concedeu isenção de tributos à CDHU enquanto o imóvel estiver sob seu domínio – Cobrança afastada. 3) Ausência de fundamento para extinção da execução fiscal com relação à codevedora – Prosseguimento da cobrança com relação à coexecutada determinado de ofício. 4) Sucumbência recursal – **Majo-**

Acesso ao Sumário

ração dos honorários para 20% do valor da causa (R$ 1.457,82, em novembro de 2021) – Inteligência do § 11 do Art. 85 do CPC – Sentença mantida em relação à CDHU, sob outro fundamento – Recurso improvido, com observação.

VOTO

RELATÓRIO

Considerando que o Relator Sorteado ficou vencido quando do julgamento do recurso, lavro o presente acórdão na condição de Relator Designado.

Trata-se de execução fiscal proposta pelo MUNICÍPIO DE MONGAGUÁ em face da COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO HABITACIONAL E URBANO DO ESTADO DE SÃO PAULO - CDHU e JUSTINA DA SILVA, objetivando a cobrança de IPTU e Taxas de Coleta de lixo e de expediente dos exercícios de 2017 a 2019, no valor de R$ 1.457,82.

Após ser citada, a CDHU apresentou exceção de pré-executividade, arguindo a sua ilegitimidade para figurar no polo passivo, a imunidade recíproca e a isenção tributária, bem como a inconstitucionalidade das taxas.

A sentença de fls. 91/98, proferida pelo MM. Juiz Alexandre Moron de Almeida, cujo relatório se adota, acolheu a exceção de pré-executividade para reconhecer o direito da executada à isenção tributária, conforme os artigos 1º, III, Lei 1.339/90 e 6º da Lei nº 3.002/2019, bem como à imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, "a "e § 2º da CF, julgando extinta a execução fiscal, com fundamento no art. 485, VI, do CPC. Sucumbente, a Municipalidade foi condenada ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Inconformada, a Municipalidade apelou às fls. 103/111, requerendo a reforma da sentença. Preliminarmente, aduziu que a sentença violou o princípio da não surpresa, ao extinguir o feito sem a prévia oitiva da exequente. No mérito, sustentou que a CDHU não faz jus à imunidade tributária, pois não detém a exclusividade no atendimento de projetos habitacionais populares e a promoção do desenvolvimento urbano no Estado.

Recurso tempestivo e isento de preparo, com contrarrazões às fls. 117/130.

Este é, em síntese, o relatório.

VOTO

O recurso não merece provimento.

Inicialmente, em que pese a necessidade de oitiva prévia da Fazenda Pública, nos termos do art. 10 do CPC, no caso dos autos, a apelante deixou de demonstrar o prejuízo sofrido. E, ademais, com a interposição do presente recurso,

Acesso ao Sumário

a exequente teve a possibilidade de impugnar a exceção de pré-executividade apresentada pela CDHU, bem como os termos da sentença recorrida.

1) Da imunidade

Com efeito, a apelada é empresa pública e como tal sujeita ao regime jurídico de direito privado, diante do que não há que se falar em sujeição ao benefício constitucional da imunidade recíproca.

Embora seu capital seja majoritariamente público, não deixa a apelada de ser pessoa jurídica de direito privado e regida por normas de direito privado.

Senão por isso, a CDHU, a despeito da constituição de seu capital social encontrar-se vinculado ao Estado de São Paulo, no entanto, suas atividades não caracterizam uma exclusividade cujo exercício seja imanente ao próprio ente que a criou, pois seu objeto, não obstante dirija-se ao atendimento de projetos habitacionais populares e à promoção do desenvolvimento urbano no Estado, confronta com outras empresas do setor privado e, por isso, conceder a esta a imunidade viola o princípio da isonomia e da livre concorrência e, assim sendo, a aplicação do art. 173, § 2º, da CF é de rigor.

A regra insculpida no art. 173, § 2º, da Constituição Federal é clara ao colocar a empresa pública e a sociedade de economia mista na mesma condição das empresas privadas, não havendo privilégio que seja deferido a um e que não seja extensivo à outra.

Assim, não importa a forma como desenvolve sua atividade, pois sua natureza jurídica denuncia sua condição de contribuinte, não podendo se escorar no instituto da imunidade, posto que o imóvel se encontra cadastrado em seu nome e, na forma do art. 34 do CTN, atrai para si a condição de contribuinte.

2) Da isenção

Ultrapassada a questão da imunidade, cabe examinar a isenção tributária.

No município de Mongaguá, o art. 6º da Lei Municipal nº 1.340/1990, com redação dada pela Lei nº 2495/2011, vigente à época dos fatos geradores aqui discutidos, dispunha que:

> Art. 6º Enquanto estiverem na posse e no domínio da CDHU, os bens imóveis, móveis e serviços, integrantes do Conjunto Habitacional que ela implantar neste Município, ficam isentas de tributos.

Com isso, observa-se que o próprio Município, mediante leis municipais, concedeu isenção tributária à CDHU sobre os bens imóveis, móveis e serviços integrantes do empreendimento, enquanto estiverem sob seu domínio.

De sorte que, considerando que o imóvel pertence à CDHU, conforme indicado na CDA (fls. 02/03), e foi destinado para a implementação de empreendimentos habitacionais voltados a moradias populares, faz ela jus à concessão do referido benefício fiscal.

Acesso ao Sumário

Por fim, fica determinado de ofício o prosseguimento da ação com relação à coexecutada JUSTINA DA SILVA.

Isto porque, embora o dispositivo da sentença tenha extinguido o feito ao acolher a exceção de pré-executividade e determinado o seu arquivamento após o trânsito em julgado, não há qualquer fundamento para amparar essa conclusão com relação à codevedora, até porque os termos da defesa apresentada pela CDHU não se aproveitam àquela parte.

De rigor, portanto, a extinção da execução fiscal com relação a CDHU, em razão da isenção tributária, prosseguindo-se o feito apenas contra a codevedora.

Em razão da sucumbência recursal do apelante e tendo em vista o que dispõe o novo Código de Processo Civil, notadamente no § 11 do Art. 85, os honorários advocatícios fixados pelo Juízo a quo em 10% do valor atualizado da causa (R$ 1.457,82, em novembro de 2021) são majorados para 20%.

Face ao exposto, nega-se provimento ao recurso da Municipalidade, determinado o prosseguimento da execução com relação à codevedora, nos termos do voto.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 45.085)

Vistos.

Meu voto divergiu da douta maioria por entender que a irresignação merece ser acolhida, para fins de rejeição da *exceptio*, com o regular prosseguimento do executivo fiscal.

Em que pese o respeitável entendimento diverso, a exceção de pré-executividade não podia ter sido acolhida, seja porque a executada é, sim, parte legítima para figurar no polo passivo do feito, seja porque os demais argumentos expendidos pela excipiente não têm lugar nos estritos limites da *exceptio*.

De fato, o argumento da ilegitimidade passiva devia mesmo ser rechaçado, haja vista que o pretendido reconhecimento da imunidade não poderia ter sido apreciado na estreita sede da objeção de pré-executividade, por se tratar de matéria insuscetível de conhecimento de ofício pelo juiz ou tribunal, como aliás apontado pela Municipalidade-apelante no recurso de fls. 103/111.

Como se sabe, de regra, a via mais adequada para a suscitação das questões levantadas pelo devedor é a dos embargos, nada impedindo, todavia, por economia processual, o conhecimento das mesmas por meio da chamada exceção de pré-executividade, que encontra amparo legal no art. 803, parágrafo único do Novo Código de Processo Civil, hodiernamente admitida pela Dou-

trina e pela Jurisprudência, porém com fim exclusivo de se arguirem matérias cognoscíveis de ofício e cujo exame, concorrentemente, dispense a produção de provas.

Tal entendimento, a propósito, encontra-se cristalizado nos dizeres da Súmula nº 393 do STJ, *in verbis*: "*A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória*".

No caso, os temas da imunidade e da isenção são insuscetíveis de conhecimento de ofício pelo juiz ou tribunal.

À vista dessas considerações, *data venia* do entendimento contrário, a solução mais correta parece ser a reforma da sentença, a fim de dar regular prosseguimento ao executivo fiscal.

Essas, em suma, as razões pelas quais inclinei-me pelo provimento do recurso interposto pela exequente para determinar o prosseguimento do executivo fiscal.

ERBETTA FILHO, Relator Sorteado

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Cível nº 0038684-49.2011.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante LUIZ CELIO BOTTURA, são apelados ESTADO DE SÃO PAULO, BNE ADMINISTRAÇÃO DE IMÓVEIS S/A, GUILHERME VON NIELANDER BUENO NETTO, FERNANDA VON NIELANDER BUENO NETTO, ISABEL VON NIELANDER BUENO NETTO, CARLOS ALBERTO BUENO NETTO, PATRICIA BUENO NETTO, SUZANA VON NIELANDER BUENO NETO, ADALBERTO BUENO NETTO e BUENO NETTO EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S/A.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Após a sustentação oral do(a) Dr(a). Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.831)**

O julgamento teve a participação dos Excelentíssimos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente) e FERMINO MAGNANI FILHO.

São Paulo, 4 de setembro de 2023.

MARCELO MARTINS BERTHE, Relator

Ementa; RECURSO DE APELAÇÃO EM AÇÃO

DE *QUERELA NULLITATIS*. 1. PRELIMINAR. PROCESSO CIVIL. CERCEAMENTO DE DEFESA. Inocorrência. Regular hipótese de julgamento antecipado, já que as provas se mostram suficientes ao julgamento da lide. Produção de prova pericial que, no caso concreto, mostra-se inútil. 2. PROCESSO CIVIL. VERIFICAÇÃO DE EVENTUAL VÍCIO NA CITAÇÃO POR HORA CERTA. REPARAÇÃO CIVIL POR ERRO JUDICIÁRIO. Oficial de Justiça que realizou tentativas de citação do particular, constatando a ocultação para evitar a citação. Procedimento de citação por hora certa regular. Inexistência de prova nos autos de excesso ou erro na fase jurisdicional. Respeito aos princípios constitucionais, notadamente o contraditório e ampla defesa, no âmbito judicial. 3. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. Existência de conduta temerária a justificar o reconhecimento da litigância de má-fé e a manutenção das penalidades advenientes. 4. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Verba honorária que foi fixada em valor condizente com os serviços prestados e em observância ao disposto no § 2º do art. 85 do Código de Processo Civil, não merecendo reforma. 5. Sentença de improcedência mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Tratam os autos de recurso de apelação extraído de Ação de *Querela Nullitatis*, interposto contra a r. sentença de fls. 2818/2821, proferida pelo **MM. Juiz da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital**, que julgou improcedente o pedido, por reconhecer a inexistência de vicio processual na citação por hora certa apta a justificar a invalidação pretendida. Condenou o autor ao pagamento de multa de 10% por litigância de má-fé. Em razão da sucumbência, condenou o autor ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 20% do valor da causa.

O particular interpôs recurso de apelação sustentando, preliminarmente, cerceamento de defesa. No mérito sustenta, em síntese, nulidade da citação por hora certa em razão de ter se mudado e da plena ciência, pelos apelados, do endereço correto para a citação. Aduz nulidade por descumprimento dos requisitos formais exigidos para a citação por hora certa. Pugna pela revogação da condenação por litigância de má-fé e diminuição dos honorários advocatícios para R$ 2.000,00 (fls. 3438/3460).

Acesso ao Sumário

Foram apresentadas as contrarrazões (fls. 3793/3799). Houve oposição quanto à forma de julgamento virtual.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Inicialmente, deve ser afastada a suscitada preliminar de cerceamento de defesa.

Isso porque as provas acostadas aos autos se mostraram suficientes à formação do convencimento do magistrado, sendo desnecessária a produção de prova pericial grafotécnica.

Pelos documentos acostados aos autos, não se verifica que a perícia grafotécnica solicitada seria a única prova capaz de caracterizar eventual nulidade de citação e o seu deferimento servira apenas para tumultuar ainda mais o feito.

O sistema processual não obriga que sejam produzidas todas as provas requeridas pelas partes, apenas exige que haja fundamentação adequada, o que ocorreu no presente caso.

Ademais, segundo o artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, estão asseguradas às partes a duração razoável do processo e a celeridade, motivo pelo qual não se afigura razoável a produção de provas inúteis e protelatórias.

No mérito, a controvérsia cinge-se na regularidade da citação por hora certa do apelante nos autos da ação n° 583.00.2007.235227-0, julgada procedente. O apelante ingressou com ação anulatória cumulada com indenização por danos materiais e morais em face dos apelados tendo em vista o alegado erro judiciário.

Pela narrativa dos fatos, não se denota em momento algum a existência de erro judiciário. Aliás, por meio da certidão de fls. 152, é possível verificar que o Oficial de Justiça, em cumprimento ao mandado de citação, dirigiu-se aos endereços do apelante para realizar a citação, sempre recebendo a informação de sua ausência. Assim, depois de exauridos todos os meios possíveis para a citação e tratando-se de particular que se ocultava para evitar a citação e intimação, o Oficial de Justiça, em cumprimento ao Código de Processo Civil válido à época dos fatos, intimou a Sra. Dulce que retornaria do no dia 20.02.2008 às 10:45hs para efetivação da citação por hora certa.

Verifica-se, portanto, que o Oficial de Justiça procedeu tentativa de citação no endereço do apelante na Avenida Barão de Monte Mor, posteriormente na rua Princesa Izabel mediante diversas tentativas em dias e horários distintos. E, tratando-se de particular que se ocultava para não ser citado e intimado, prosseguiu com a devida citação por hora certa, seguindo todos os ditames e procedimentos legais.

Anota-se que, indiscutivelmente, havia situação a justificar a citação por

Acesso ao Sumário

hora certa, notadamente pela ocultação do particular para evitar a citação e intimação nos autos do processo.

Desta forma, não há como afastar a legalidade dos atos jurisdicionais sem que haja prova em sentido contrário. Compulsando os autos não se observa elementos a justificar algum erro do Poder Judiciário.

Ademais, não resta dúvida que os princípios constitucionais, notadamente o do contraditório e da ampla defesa foram devidamente respeitados durante o julgamento da mencionada ação. Notadamente, além da citação por hora certa válida, o filho do apelante apresentou contestação nos autos e a defesa foi aproveitada pelo apelante na ação que se pretende anular.

Ausente, portanto, vicio processual no processo mencionado apto a justificar a pretendida invalidação. Inexistente, também, a hipótese de responsabilidade a justificar qualquer indenização.

Da análise do conjunto probatório, não se vislumbra a presença dos elementos que caracterizam o dever de indenizar, vez que comprovada pela certidão de fl. 152 o fato de o particular estar se ocultando para não ser citado.

Assim, ausentes os elementos que caracterizam a responsabilidade civil, não há se falar em responsabilização da Administração Pública ou dos demais apelados.

No que tange à aplicação da multa por litigância de má- fé, verifica-se que o apelante provocou incidente manifestamente infundado, agindo em clara atitude temerária. De rigor, portanto, a manutenção da multa de 10% do valor da corrigido da causa consoante o disposto nos art. 80 e 81, do Código de Processo Civil.

Por fim, o valor fixado a título de honorários advocatícios não comporta reparos, pois proporcional aos serviços prestados pelo profissional e de acordo com os ditames do §2º do art. 85 do Código de Processo Civil.

Por tais razões, a r. sentença não comporta reparos, devendo ser integralmente mantida, inclusive por seus jurídicos fundamentos.

Isto posto, **nega-se provimento** ao recurso.

Quanto aos honorários advocatícios em âmbito recursal, destaca-se que os honorários foram fixados no patamar máximo da legislação. Deste modo, não há hipótese para majoração em sede recursal.

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 Benjamin, Segunda Turma, DJe 02.08.2018).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1009053-63.2021.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante/apelado DAICAST INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., é apelado/apelante ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Após sustentação oral do Dr. Andrews Meira Pereira, deram provimento ao recurso da empresa e negaram provimento ao recurso do Estado. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.260)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente) e SOUZA NERY.

São Paulo, 6 de setembro de 2023.

J. M. RIBEIRO DE PAULA, Relator

Ementa: AÇÃO ANULATÓRIA – ICMS – Aquisição de alumínio manufaturado – Lançamentos e escrituração contábeis realizadas – Compra e pagamento de mercadorias comprovados – A inidoneidade fiscal declarada depois das operações mercantis não justifica a imposição de responsabilidade tributária ao adquirente – Inteligência da Súmula 509 do STJ – Fiscalização tributária realizada muitos anos depois da efetivação das operações comerciais impugnadas – Laudo pericial que constatou a efetiva aquisição e pagamento de mercadorias – Possibilidade de destaque do ICMS.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – Fixação por equidade – Descabimento – Tema 1076/STJ – Recurso de apelação da empresa provido; recurso da FESP desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Ação anulatória de débito fiscal proposta por DAICAST INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., objetivando a anulação do AIIM nº 4.038.235-7, no valor total de R$ 5.781.503,58 (cinco milhões, setecentos e oitenta e um mil, quinhentos e três reais e cinquenta e oito centavos, fls. 27/32); subsidiariamente, requer

a redução da multa aplicada e a determinação para que a atualização monetária e os juros de mora sejam calculados conforme a taxa SELIC.

A r. sentença[1], de relatório adotado, acolheu em parte o pedido.

Recorre a FESP, pleiteando a fixação dos honorários advocatícios por equidade, a autora, requerendo a reforma do julgado para acolhimento integral dos pedidos; recursos processados e respondidos. [2]

Oposição ao julgamento virtual (fl. 3.604).

Fundamentação

A autora foi autuada por ter creditado indevidamente ICMS em operações realizadas de **19/06/2009** a **22/12/2009**, **23/12/2009** a **06/12/2010**, e **01/09/2010** a **20/10/2010**,com a empresa RBM Reciclagem e Indústria Brasileira de Alumínio e Metais Ltda.; instaurado processo administrativo, a empresa foi declarada inidônea em **30/05/2014 (fl. 2.219)**, retroagindo a inidoneidade à data da inscrição (17/11/2008) publicada no Diário oficial somente em 31/05/2014 **(fl. 2.220)**, tendo em vista a constatação de simulação de existência do estabelecimento e de seu quadro societário.

Sustenta a autora que é pessoa jurídica de direito privado em atividade desde 28/01/1963 (há 58 anos), atuando no ramo de injeção de ligas de alumínio e *zamak* [3]sob pressão; agiu de boa-fé, as operações efetivamente ocorreram, recolheu os tributos devidos, à época não havia óbice à transação que foi regularmente contabilizada.

Recurso da autora, procedente.

A controvérsia resume-se a peculiaridades da atividade empresarial da autora, se, de fato, utiliza como matéria-prima alumínio bruto ou manufaturado, bem como, a comprovação da efetiva realização de operações mercantis com a empresa RBM RECICLAGEM E INDÚSTRIA BRASILEIRA DE ALUMÍNIO E METAIS LTDA.

Em 11/06/2014, a DAICAST foi notificada da lavratura do Auto de Infração nº 4.038.235-7, por ter glosado de crédito de ICMS no valor total de R$ 1.457.848,07, ao argumento de que a fornecedora RBM não possui- ria capacidade industrial para a produção de alumínio manufaturado (que gera crédito de ICMS na entrada), apenas alumínio bruto (onde há vedação ao crédito, pois o ICMS seria diferido).

Acesso ao Sumário

1 Sentença, fls. 3449/3456.
2 Apelação, fls. 3487/3511 e fls. 3514/3533, resposta fls. 3540/3546 e fls. 3547/3597.
3 Liga composta de zinco, alumínio e outros metais.

Diz que utiliza apenas alumínio manufaturado e esta foi a mercadoria comprada, paga e recebida de boa-fé; prova por meio dos lançamentos contidos em seus livros e documentos contábeis e fiscais, os quais possuem presunção relativa de verdade nos termos do art. 5º, inciso III, da LC 939/03.

Conforme fundamentação do laudo pericialtécnico de engenharia química **(fls. 3.043/3.057):**

> **7 – Conclusões**
>
> Em resposta ao ponto fixado pelo juízo como controvertido, esclareço que:
>
> A empresa Daicast tem capacidade média produtiva de processar 210 ton./mês, com a variação de 200 a 220 toneladas por mês de barra de Alumínio Manufaturado.
>
> Também possui capacidade técnica para processar, isto é, injetar Alumínio-Manufaturado para produzir as peças injetadas através de vários maquinários instalados na sua fábrica.
>
> Detalhando o processo produtivo esclareço também que a empresa **utiliza barras de Alumínio Manufaturado** como matéria prima para a produção de suas peças injetadas.
>
> A Daicast não consome e **não utiliza Alumínio na Forma Bruta** no seu processo produtivo.

Após a análise do Livro Registro de Entradas, Termo de abertura e encerramento, Livro Diário Auxiliar de Fornecedores e respectivos registros, a perícia judicial conclui, com base nos documentos acostados aos autos, que **houve efetiva aquisição e pagamento de mercadorias**, na hipótese, alumínio manufaturado.

Em seus esclarecimentos **(**complementação**, fls. 3.204/208)** o perito informa que a fiscalização concluiu pelas irregularidades e incapacidade produtiva da RBM após diligências relatadas nessa fornecedora, certo que não é possível afirmar que a RBM tenha comercializado alumínio na forma bruta.

Já o laudo pericial contábil **(fls. 3.273/3.380)**, chegou às seguintes conclusões:

Acesso ao Sumário

> "Da leitura das diligências efetuadas a Transportadora Itaqua, compreende-se que **a transportadora de fato existiu e possuía operações**, ainda que haja divergências nos CTE, ausência de lastro de CTE e que não tenha sido atendido em diligência a entrega dos documentos solicitados pela fiscalização: (...)
>
> "Conclusões da fiscalização sobre as diligências a Transportadora Rápida Itaquá: O relatório da fiscalização apresenta inquérito policial que constata a transferência de mercadorias da empresa INBRA aos destinatários das notas fiscais da RBM/SP. (...)
>
> "Todas as Notas Fiscais que foram objeto da glosa dos créditos de ICMS **foram regularmente escrituradas nos livros fiscais de entrada.** Quanto aos livros contábeis SPED, ainda que pese a não localização de alguns lançamentos, **constam lançamentos das operações e dos respectivos pagamentos das parcelas.**
>
> "Foram apresentados comprovantes de pagamentos condizentes com os valores das notas fiscais autuadas, que comprovam a liquidação financeira das Notas Fiscais, embora alguns lançamentos não tenham sido encontrados. Constam nos autos extratos bancários que comprovam a saída bancária de 28 (vinte e oito) pagamentos".

Ressalvou não poder afirmar que as operações ocorreram efetivamente com os fornecedores estabelecidos nos endereços apresentados nas notas fiscais autuadas, desse modo, emitiu parecer favorável pela existência de simulação de atividade do estabelecimento RBM/SP, mediante operações de empresas do mesmo grupo econômico INBRA.

Ao final, o perito contábil concluiu, sob o aspecto estrita- mente técnico-contábil, pela existência de documentos que evidenciam a **ocorrência das operações comerciais, bem como os relatórios de produção apresentados pela requerente Daicast**.

O conjunto probatório trazido aos autos demonstra que as operações de compra e venda ocorreram, as notas fiscais foram regularmente emitidas, e a empresa autora utiliza apenas alumínio manufaturado em sua atividade produtiva.

Sobre o tema, certo é que a constatação de inidoneidade fiscal de empresa regularmente inscrita posterior à operação mercantil não justifica a imposição de responsabilidade tributária ao adquirente, conforme sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça ao decidir a questão no âmbito dos recursos repetitivos **(REsp 1148444, rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 14.04.2010)**. No mesmo sentido:

APELAÇÃO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. ICMS. OPERAÇÕES MERCANTIS REALIZADAS COM EMPRESA QUE POSTERIORMENTE FOI DECLARADA INIDÔNEA PELO FISCO. BOA-FÉ DA CONTRIBUINTE. Operações mercantis ocorridas antes da declaração de inidoneidade da empresa alienante. Documentação que indica a boa-fé da adquirente e a veracidade das operações, visto que, à época dos negócios, a situação da empresa vendedora era regular. Não caracterizada a responsabilidade objetiva prevista no artigo 136 do CTN. A inidoneidade fiscal declarada após a operação mercantil não justifica a imposição de responsabilidade tributária ao adquirente. Inteligência da Súmula 509 do STJ. Anulado o auto de infração e tornado insubsistente o débito fiscal. Tese firmada pelo regime de recursos repetitivos do E. STJ (art. 543-C do CPC/73 – correspondente ao art. 1.036 do CPC/2015) no julgamento do REsp 1.148.444/MG, Rel. Min. Luiz Fux. Fixação dos honorários por equidade somente pode ocorrer nos casos expressamente estabelecidos no parágrafo 8º, do artigo 85 do CPC. Honorários que devem ser fixados com base nos

§§ 3º e 4º do referido dispositivo. Ação julgada procedente em 1º grau. Sentença mantida. RECURSO NÃO PROVIDO. **(Apelação Cível 1013218-10.2019.8.26.0068; Relator: Souza Nery; 12ª Câmara de Direito Público; Foro de Barueri - VFP; Data do Julgamento: 03/05/2023)**

APELAÇÃO CÍVEL. ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. AIIM. ICMS. CREDITAMENTO INDEVIDO. NOTAS FISCAIS INIDÔNEAS. 1. Para o aproveitamento de crédito de ICMS relativo a notas fiscais emitidas por empresa declarada inidônea pelo Fisco posteriormente à transação comercial, é necessário que o contribuinte comprove que a operação comercial efetivamente se realizou, incumbindo-lhe o ônus da prova. Laudo pericial que constatou a veracidade da transação comercial. Boa-fé do adquirente evidenciada. Declaração de inidoneidade da empresa emitente que não produz efeitos retroativos em tal situação. Inteligência do art. 103, I, do CTN e Súmula 509 do STJ. Insubsistência da autuação. 2. Honorários advocatícios fixados nos termos do art. 85, §§ 3º e 5º, do CPC. Pretensão ao arbitramento por equidade. Descabimento. Tema 1076 do Superior Tribunal de Justiça. Majoração da verba em desfavor da FESP em 1%, conforme previsto no § 11 do mesmo artigo do CPC. 3. Sentença de procedência da demanda mantida. 4. Reexame necessário e recurso da FESP não providos. **(Apelação/Remessa Necessária 1054517-41.2021.8.26.0053; Relator: Osvaldo de Oliveira; 12ª Câmara de Direito Público; Foro Central - 16ª VFP; Data do Julgamento: 09/03/2023)**

Acesso ao Sumário

Há que destacar a Súmula 509, do STJ: "É lícito ao comerciante de boa-fé aproveitar os créditos de ICMS *decorrentes de nota fiscal posteriormente declarada inidônea, quando demonstrada a veracidade da compra e venda*".

O STJ pacificou entendimento de que o adquirente de boa-fé não pode ser responsabilizado pela inidoneidade de notas fiscais emitidas por pessoa jurídica inscrita no cadastro de contribuintes à época das transações comerciais, bastando a demonstração de que a operação de compra e venda efetivamente se realizou **(REsp 1148444/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª Seção, DJe 27.04.2010, submetido ao regime dos recursos repetitivos).**

Alega a FESP que a empresa fornecedora RBM/SP não possuía volume de compras compatíveis com suas vendas, ante a constatação de incapacidade operacional e ausência de entradas compatíveis com as saídas, interposição dos sócios; portanto, *as saídas foram consideradas irregulares.*

Ocorre que o laudo pericial técnico de engenharia química **(fls. 3.043/3.057)**, corrobora as alegações da empresa de que as operações mercantis impugnadas (19/06/2009 a 22/12/2009, 23/12/2009 a 06/12/2010 e 01/09/2010 a 20/10/2010) ocorreram muito antes da fiscalização do fornecedor (RBM/SP), de modo que o Fisco não tinha meios hábeis para constatar produtos adquiridos anteriormente, bem como, comprovar que houve simulação das transações comerciais.

Esclarece o perito judicial que o citado Relatório Fiscal está datado de **10 de agosto de 2012, fl.64**, que não têm condições de aferir a procedência ou não das conclusões contidas no referido Relatório Fiscal, tendo em vista a ausência de visita *in loco* nos endereços da RBM, bem como por conta do tempo já transcorrido, conforme informação fiscal de fl. 2.197, a RBM teria encerrado seu funcionamento no local em **fevereiro de 2011**, tornando impossível, hoje, aferir a sua condição produtiva.

Em vista da insuficiente atuação fiscalizatória em tempo adequado, nestes autos, não há como afastar-se o direito do contribuinte de creditar-se de ICMS realizado com base em operações comerciais comprovadamente realizadas, notadamente, em face da presunção de boa-fé dada pela legislação e atual jurisprudência dos Tribunais. Neste sentido, também é o entendimento deste Tribunal de Justiça de São Paulo, em caso análogo:

Acesso ao Sumário

APELAÇÕES – AÇÃO ANULATÓRIA – Auto de Infração e Imposição de Multa – "Operação Alumínio" – Creditamento indevido de ICMS – Honorários advocatícios. Creditamento de ICMS oriundo da aquisição de liga de alumínio de empresa em face da qual fora lavrado, pelo Fisco Estadual, "Termo de Constatação de Não Produção de Alumínio Manufaturado" – Conclusão da fiscalização no sentido de que houve simulação, pois, teria ocorrido, na verdade, comercialização de alumínio bruto, que está sujeito ao regime de diferimento do ICMS – Hipótese que, contudo, a inidoneidade da fornecedora quanto à produção de alumínio manufaturado foi declarada após a realização das operações glosadas – Nos termos da Súmula n.º 509 do C. Superior Tribunal de Justiça, compete ao contribuinte de boa-fé comprovar a efetiva realização do negócio mercantil para o fim de aproveitar os créditos de ICMS de nota fiscal posteriormente declarada inidônea – Constatação, pelo perito oficial, que a autora utiliza alumínio manufaturado para a produção de suas peças e não alumínio bruto – Transações comerciais comprovadas – Possibilidade de destaque do ICMS – Procedência da ação mantida. Honorários advocatícios – Arbitramento por equidade – Inadmissibilidade – Inaplicabilidade da regra contida no artigo 85, § 8º, do Código de Processo Civil na hipótese dos autos – Verba honorária que deve ser fixada de acordo com o artigo 85, §§ 3º e 5º, do Código de Processo Civil. Recurso do Estado de São Paulo desprovido. Recurso da autora provido. **(Apelação Cível 1003307-59.2017.8.26.0224; Relator: Renato Delbianco; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de Guarulhos - 1ª VFP; Data do Julgamento: 07/01/2021)**

A declaração de inidoneidade tem efeito fiscal *ex nunc*, não retroage em detrimento de contribuinte de boa-fé, ademais, a FESP não demonstrou que as operações, de fato, não ocorreram, por isso, a sentença de improcedência deve ser reformada.

Acolhido o recurso de apelação da empresa para julgar pro- cedente a ação e anular o AIIM nº 4.038.235-7.

Recurso de apelação da FESP, improcedente.

Em face de decisão proferida pelo **STJ no REsp nº 1.850.512/SP (Tema 1076)**, 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, mantida a sentença neste ponto.

Ante o exposto, pelo meu voto dou provimento ao recurso da empresa para julgar a ação procedente; nego provimento ao recurso da FESP, invertidos os ônus de sucumbência, devidos integralmente pela FESP, honorários advocatícios, a serem fixados em liquidação, no piso legal, com acréscimo recursal (§

Acesso ao Sumário

11) de 1% (um p/cento) sobre a primeira faixa, observado o escalonamento dos §§ 3º e 5º, do art. 85, do CPC.

Dispositivo

RECURSO DE APELAÇÃO DA AUTORA, PROVIDO; RECURSO DA FESP, DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003613-66.2021.8.26.0457, da Comarca de Pirassununga, em que é apelante STILLO ADMINISTRAÇÃO DE IMÓVEIS LTDA., é apelado MUNICÍPIO DE PIRASSUNUNGA.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Após sustentação oral do Dr. Luis Antônio Siqueira Ribeiro, negaram provimento ao recurso. V.U." de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 56.944)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente sem voto), OSVALDO DE OLIVEIRA e J. M. RIBEIRO DE PAULA.

São Paulo, 6 de setembro de 2023.

SOUZA NERY, Relator

Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO. MUNICÍPIO DE PIRASSUNUNGA. ALIENAÇÃO COM ENCARGOS DE IMÓVEL PÚBLICO. PRETENSA SUSPENSÃO/ANULAÇÃO DO DECRETO MUNICIPAL Nº 7.788/2021. Inadmissibilidade. Decadência não caracterizada. Não restou demonstrada nenhuma ilegalidade e/ou irregularidade no ato normativo que rescindiu o Contrato nº 174/2008 e determinou a imediata reversão do bem imóvel licitado em favor do patrimônio do Município de Pirassununga. Descumprimento de obrigações contratuais e legais que ensejaram a revogação automática da alienação do imóvel e do contrato, com aplicação de penalidade de imediata reversão do imóvel ao patrimônio público municipal, sem qualquer direito a retenção ou indenização por

Acesso ao Sumário

benfeitorias. Documentos que não lograram comprovar de forma cabal que as atividades empresariais da autora tivessem se iniciado regularmente no endereço situado dentro do parque industrial local antes da celebração do contrato de locação do imóvel com vista a abrigar o JECRIM, Central de Mandados, CEJUSC, Colégio Recursal e Anexo Fiscal da comarca de Pirassununga. Posterior modificação do objeto social da empresa autora que também se insere em causa de rescisão contratual, mormente por se tratar de novel atividade relacionada à locação do imóvel adquirido a baixo custo por meio de incentivos fiscais concedidos pelo ente municipal, para fins de implantação do Programa de Desenvolvimento Econômico de Pirassununga - PRODEP. Ação julgada improcedente no 1º grau. Sentença mantida.

RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por *STILLO ADMINISTRAÇÃO DE IMÓVEIS LTDA. (atual denominação de EDITORA STILLO PIRASSUNUNGA LTDA. - ME)* em face da *PREFEITURA MUNICIPAL DE PIRASSUNUNGA*, em razão da r. sentença que julgou improcedente a presente ação anulatória de ato administrativo, condenando a parte autora ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa.[1]

Apela a autora, reiterando preliminar de decadência do direito da apelada para anular o contrato nº 174/2008, e, no mérito, reedita todos os termos lançados em sua peça inicial, buscando a inversão do julgado.[2]

Sobrevieram as contrarrazões.[3]

Intimada a reclassificar os documentos,[4] a autora peticionou a fls. 938-943.

É o relatório.

O recurso não merece guarida.

De plano, observo que a preliminar de decadência já foi suficientemente rechaçada pelo Juízo singular, sendo prescindível tecer novos comentários a

1 Fls. 866-878 – de lavra do MM. Juiz de Direito Dr. RAFAEL PINHEIRO GUARISCO, da 2ª Vara da Comarca de Pirassununga, cujo relatório se adota.

2 Fls. 885-908.

3 Fls. 916-927.

4 Fls. 933-935.

Acesso ao Sumário

respeito, pois, de fato, estamos diante de um caso de descumprimento de encargo que ensejou a revogação automática da alienação e do contrato, conforme expressa previsão legal e contratual.

No mérito, narra a autora que foi vencedora da Concorrência Pública nº 025/2008 (edital nº 54/2008), cujo objeto consistia na "*alienação pelo Município em prol da Compromissária Compradora de imóvel destinado à instalação de empresa constituído pelo lote nº 03, da Quadra "G" à Rua Id Jorge Facuri esquina com a Rua Octávio de Freitas Filho no Pólo Empresarial Guilherme Müller Filho*", cidade de Pirassununga/SP, e que resultou na formalização do contrato administrativo nº 174, datado de 14.08.2008,[5] destacando que teria iniciado suas atividades em fevereiro de 2014, encerrando-as em janeiro de 2019.

Acrescenta que não descumpriu nenhuma das cláusulas contratuais – inclusive a de nº 2.1, alínea "a", IV ("*não vender, ceder, locar, doar, permutar ou gravar o imóvel descrito na cláusula 1.1, no todo ou em parte, a terceiros, sem prévia autorização do Conselho Técnico do PRODEP, ad referendum do Prefeito Municipal, se a alienação ainda não tiver se aperfeiçoada ou se as atividades da empresa não tiverem iniciadas*") –,[6] não havendo, no seu entender, nenhum óbice à locação do imóvel ao TJSP firmada em 21 de novembro de 2018 para instalação do CEJUSC daquela Comarca. Requer a suspensão e posterior anulação do Decreto Municipal nº 7.788, de 12 de março de 2021,[7] que rescindiu o ajuste firmado entre as partes.

Por seu turno, a requerida refuta todas as alegações iniciais, argumentando que a autora não cumpriu com os encargos assumidos por ocasião da aquisição do aludido imóvel, devendo prevalecer a higidez do ato administrativo que aplicou a penalidade de revogação automática da alienação e do contrato, com imediata reversão do imóvel ao patrimônio público local.

Pois bem.

A despeito das alegações deduzidas pela ora apelante, não restou demonstrada nenhuma ilegalidade e/ou irregularidade no ato administrativo que rescindiu o Contrato nº 174/2008 e determinou a reintegração de posse do bem imóvel licitado em favor do Município de Pirassununga, sem qualquer direito a retenção ou indenização pelas benfeitorias.

Os documentos carreados não lograram demonstrar de forma cabal que as atividades empresariais da autora tivessem se iniciado no endereço situado dentro do Parque Industrial local antes da celebração do contrato de locação do imóvel com vista a abrigar o JECRIM, Central de Mandados, CEJUSC, Colégio Recursal e Anexo Fiscal da Comarca de Pirassununga,[8] notadamente porque foi

Acesso ao Sumário

5 Fls. 250-261.
6 Vide fl. 252.
7 Fls. 59-60.
8 Fls. 215-233 – datado de 21 de novembro de 2018, no valor mensal de R$15.000,00 (fl. 222), porém, cujo termo de recebimento definitivo do prédio situado na Rua Id Jorge Facuri, nº 365, Centro, pelo

apontado pelo parecer contrário da Procuradoria Municipal local que as atividades ainda não haviam sido iniciadas em 01.10.2018,[9] vez que *inexistiam até então o AVCB e também a inscrição municipal da empresa contratada, além do que o "habite-se" somente teria sido expedido em 24.01.2019* .[10]

Ao contrário do alegado pela apelante, os documentos de fls. 165-200 (licenças de operação e renovação pela CETESB) fazem alusão a endereço diverso da Rua Id Jorge Facuri, nº 365 (no qual a autora diz ter iniciado suas atividades em fevereiro de 2014), visto que ora consta como logradouro a Rua Jorge Facuri, nº 1 (2009, 2012, 2015 e 2018),[11] ora no antigo endereço situado na Rua General Osório, nº 432 (2012),[12] ou seja, havendo claro equívoco nos cadastros da CETESB.

Da mesma forma, as três testemunhas da autora que foram ouvidas em juízo (fl. 881) não prestaram depoimentos condizentes com a documentação acostada, sobretudo com relação à data de início das atividades realizadas dentro do centro empresarial.

Em verdade, não se nega que as atividades relacionadas à impressão de um periódico local até tenham sido prestadas pela autora durante os propalados anos de 2014 a 2019, contudo, toda a prova produzida nos autos indica que se deram no *antigo endereço* da sede da empresa autora (Rua General Osório, nº 432, Centro de Pirassununga), ilustrado pelo menos na fotografia de fl. 682, conforme constou do depoimento da testemunha Adriana Maria de Souza Bueno, ao responder a quesito formulado pelo patrono do ente municipal.

Também restou desprovido de verossimilhança o depoimento prestado pela testemunha Roberto Donizeti Bragagnollo, ex-Secretário Municipal de Cultura e Turismo, pois, embora tenha mencionado que teria participado de vários eventos "provavelmente entre os anos de 2017 e 2018" na nova sede situada dentro do Polo Industrial, não foi apresentado nenhum tipo de documento que atestasse a realização de tais acontecimentos, como notas fiscais, cartazes ou ao menos registros oficiais, de nada servindo as inúmeras fotografias "sem datas" de confraternizações entre funcionários,[13] cujo local exato em que foram tiradas sequer correspondem ao local onde atualmente funcionam as instalações locadas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, conforme certificado por Oficial de Justiça no mandado de constatação de fl. 834.

Seguindo a mesma linha de depoimentos pouco esclarecedores, a testemunha Rogério Silva Chiesa, que disse prestar serviços de contadoria à autora desde 2017, não justificou de maneira satisfatória a razão pela qual ainda não foi

TJSP, se deu apenas no dia 23 de setembro de 2019 – vide fl. 236.

9 Fls. 404 e 473.

10 Vide fls. 45-50.

11 Fls. 166, 172, 180, 196 e 198.

12 Fls. 168

13 Fls. 575-745.

Acesso ao Sumário

efetivada a atualização do domicílio fiscal da empresa autora no endereço constante do Polo Industrial (Rua Id Jorge Facuri, nº 365, Polo Ind. G.M.Filho),[14] vez que imputou a longa demora de anos desde o falecimento de um dos antigos sócios à algum empecilho existente perante a Junta Comercial, porém, igualmente não há prova documental alguma que ao menos corroborasse tal circunstância, mormente porque o óbito do Sr. Ranulfo Marques se deu passados mais de 6 anos a contar da propositura da demanda,[15] mais precisamente em 23 de junho de 2015.[16]

O depoente também foi impreciso ao mencionar que a empresa autora empregava à época "entre 15 e 20 funcionários", não tendo sido juntados aos autos as respectivas cópias dos registros em carteira e cartões de ponto.[17] De qualquer forma, o citado número de funcionários é bem inferior (praticamente metade) da quantidade que a então licitantes se comprometeu a empregar (entre 31 e 60).[18]

Como se vê, há várias contradições entre o que constou da exordial,[19] quando confrontadas com as provas documentais e testemunhal produzidas pelas partes, mas se revelaram fatos incontroversos que as tratativas para obtenção do AVCB somente se deram *a partir do mês de outubro de 2018*,[20] e que o "habite-se" somente foi expedido *em 24 de janeiro de 2019*,[21] ou seja, após a celebração do contrato de locação do imóvel junto a esta E. Corte de Justiça.

Pondo fim à discussão acerca do início das atividades no polo industrial, destaco que o documento copiado a fls. 496 e 785 denota "confissão" pela parte autora de que ainda operava no antigo endereço (Rua General Osório, nº 432) *em 17 de abril de 2019.*

Sendo assim, houve evidente descumprimento das obrigações assumidas pela autora (compromissária compradora) no contrato nº 174/2008 e também às disposições da Lei Complementar Municipal nº 78, de 17 de outubro de 2007,[22]

14 A esse respeito, de se observar o documento de fls. 31-36, referente a alteração social datada de 21 de novembro de 2019, indicando em sua cláusula segunda que houve alteração da sede da empresa autora da Rua General Osório, nº 432, Centro, para a Avenida Newton Prado, nº 3.534, Centro, **sem fazer alusão alguma** ao endereço situado dentro do Polo Industrial (Rua Id Jorge Facuri, nº 365, Polo Ind. G.M.Filho).

15 29 de setembro de 2021 – fl. 1.

16 Vide certidão de óbito de fl. 784.

17 Para tal finalidade, revelam-se imprestáveis os recibos de supostos funcionários de fls. 67-105, visto que a prova documental acerca das "15 ou 20" contratações poderiam ter sido facilmente apresentadas pela autora, acaso de fato existentes.

18 Vide anexo da proposta de fl. 419.

19 Sobretudo em relação ao período de atividades no local contratado, vez que a fl. 3 narra que deu início às atividades da gráfica *em fevereiro de 2014*, funcionando *até janeiro de 2019*, ao passo que a fl. 5 da mesma peça inicial discorre que a empresa se encontra paralisada *desde outubro de 2018*, quando resolveu alugar o referido imóvel em 21 de novembro de 2018 para conseguir sustentar suas obrigações.

20 Fl. 473.

21 Fls. 39 e 494.

22 Fls. 526-537 – Dispõe sobre a criação do Programa de Desenvolvimento Econômico de Pirassununga - PRODEP.

Acesso ao Sumário

a ensejar a revogação automática da alienação do imóvel e do contrato, com imediata reversão ao patrimônio público, sem qualquer direito a retenção ou indenização por benfeitorias, senão vejamos:

Cláusula 2.1 – (...)

a) A Compromissária Compradora beneficiada pelo PRODEP obriga-se a:

I – iniciar a construção das edificações dentro do prazo de 6 (seis) meses, contado da data da liberação do terreno que se dará a partir da assinatura do contrato, sendo este de conformidade com o Art. 18 e seus respectivos parágrafos;

II – iniciar suas atividades operacionais em 18 (dezoito) meses da data de assinatura do contrato e liberação da área, podendo ser esse prazo prorrogável por 3 (três) ou 6 (seis) meses, dependendo da complexidade do projeto;

III – não paralisar, por mais de 6 (seis) meses suas atividades, excetuando-se casos fortuitos ou de calamidade pública;

IV – *não vender, ceder, locar, doar, permutar ou gravar o imóvel descrito na cláusula 1.1, no todo ou em parte, a terceiros, sem prévia autorização do Conselho Técnico do PRODEP, ad referendum do Prefeito Municipal, se a alienação ainda não tiver se aperfeiçoada ou se as atividades da empresa não tiverem iniciadas (grifos nossos);*

V – recolher no Município de Pirassununga os tributos estaduais e federais, mesmo que a empresa tenha sua matriz em outro Município;

VI – não dar ao imóvel ou imóveis ocupados, destinação diversa da prevista nos planos apresentados.

(...)

Cláusula 5.4 – De acordo com que prescrevem os artigos 32, 33 e 34 da Lei Complementar Municipal nº 78/2007 e Decreto nº 3.460 de 21 de dezembro de 2007, o não cumprimento de suas disposições acarretará à compromissária compradora o seguinte:

a) (...);

d) a revogação automática da alienação do imóvel e do contrato, com imediata reversão ao patrimônio público, sem qualquer direito a retenção ou indenização por benfeitorias que se dará conforme artigos 32 e 33 da Lei Complementar Municipal nº 78/2007 e Decreto nº 3.460 de 21 de dezembro de 2007.

(...);

Cláusula 6.1 – Sem prejuízo da faculdade assegurada, o Executivo Municipal poderá declarar rescindido administrativamente o presente ajuste, por ato unilateral e escrito do Município, independentemente de interpelação judicial, extrajudicial ou qualquer indenização nos seguintes casos:

6.1.1 – O não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações ou prazos;

Acesso ao Sumário

> 6.1.2 – O cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações e prazos;
>
> 6.1.3 – O atraso injustificado no início das obrigações assumidas pela compromissária compradora;
>
> (...);
>
> 6.1.7 – A alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa que prejudique a execução do contrato.
>
> Art. 32 da LCM nº 78/2007 – O não cumprimento das disposições desta Lei Complementar acarretará à empresa:
>
> (...);
>
> IV – revogação automática da alienação do imóvel e do contrato, com imediata reversão ao patrimônio do município (...).
>
> Art. 33 – No caso de reversão de imóvel ao patrimônio do Município, por descumprimento do disposto nesta Lei Complementar, todas as benfeitorias realizadas no lote reverterão à Municipalidade, sem qualquer direito à retenção ou indenização pelas mesmas, sem prejuízo das cominações do artigo 32.
>
> Parágrafo único Dando-se a reversão referida no caput deste artigo, o beneficiado deverá desocupar o imóvel no prazo de 30 (trinta) dias, mediante simples intimação expedida apelo órgão municipal competente.

Anote-se que, além do descumprimento quanto aos prazos para início/fim das obras e início das atividades de gráfica no local contratado – mesmo após seguidas prorrogações –,[23] ainda houve a posterior modificação do objeto social da empresa autora datada de 27 de novembro de 2019,[24] que também se insere em causa de rescisão contratual (item 6.1.7), mormente por se tratar de atividade relacionada à locação do imóvel adquirido a baixo custo (R$9.427,18) por meio de incentivos fiscais concedidos pelo ente municipal,[25] para fins de implantação do Programa de Desenvolvimento Econômico de Pirassununga - PRODEP, não se podendo admitir que tal finalidade seja subvertida em mero mecanismo para a autora auferir rendas,[26] devendo, portanto, prevalecer o interesse público sobre o particular.

Acesso ao Sumário

Sendo assim, por todos os ângulos que se examine os fatos, a conclusão que se chega é que houve acerto na aplicação da penalidade de rescisão do contrato,[27] sendo imperioso destacar que a parte autora sequer pode alegar que desconhecia a exigência de prévia apresentação do AVCB e do "Habite-se"

23 Fls. 435, 443, 454 e 465.

24 Fl. 501.

25 O valor original da área objeto do referido contrato era de R$9.391,64 – fl. 250. Ademais, a finalidade e obrigação do contrato, bem como os incentivos fiscais constam das cláusulas 3.1, 3.2 e 4.1, respectivamente – fl. 254.

26 No caso, no valor do aluguel mensal de R$15.000,00 pago pelo TJSP, e, no contrato de locação firmado em 21 de novembro de 2018, constou expressamente que a autora locadora possuía sede no **antigo endereço** situada na Rua General Osório, nº 432, Centro – fl. 354.

27 Fl. 254 – cláusula 5.1.3.

para regular início das operações no Parque Industrial, conforme se infere do termo de compromisso copiado a fl. 490 (datado de 14 de março de 2009),[28] de modo que não prospera o pleito de suspensão/anulação do Decreto Municipal nº 7.788/2021.

Pelo exposto, imperiosa a manutenção da r. sentença que decretou a improcedência do pedido, inclusive no tocante aos honorários sucumbenciais arbitrados, ora acrescidos de honorários recursais fixados em 5% sobre o valor da causa.

Por isso, pelo meu voto proponho aos meus ilustres pares que seja *negado provimento* ao recurso da autora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1504094-53.2017.8.26.0152, da Comarca de Cotia, em que é apelante MUNICÍPIO DE COTIA, é apelado JOAO ANDRADE 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, em julgamento estendido, negaram provimento ao recurso, vencido o Relator, que declara voto, e o 5º Juiz. Acórdão com o 4º Juiz", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.004)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores REZENDE SILVEIRA, vencedor, JOÃO ALBERTO PEZARINI, vencido, OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente), WALTER BARONE e GERALDO XAVIER.

São Paulo, 13 de setembro de 2023.

REZENDE SILVEIRA, Relator Designado

Ementa: APELAÇÃO – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – ISS – Exercícios de 2015 e 2016 – Insurgência em face da sentença que julgou extinta a execução fiscal – Alegação de que o encerramento das atividades pelo contribuinte, sem baixa no cadastro municipal, ensejou a cobrança de ISS – Descabimento – Ação proposta em 10.12.2017 em face de quem nunca exerceu atividade autônoma no Município – Sen-

Acesso ao Sumário

28 Observe-se que a autora somente requereu a emissão do "Habite-se" *em 25 de novembro de 2018* (fl. 493), o que desnatura a duvidosa narrativa inicial de que teria iniciado as atividades no polo industrial *em fevereiro de 2014*.

tença mantida – Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de tempestivo recurso de apelação, interposto pelo **MUNICÍPIO DE COTIA**, por meio do qual objetiva a reforma da sentença de fls. 26/28, que julgou extinto os autos pela ausência de fato gerador dos tributos exigidos (inexigibilidade do crédito tributário) e que o condenou ao pagamento dos honorários advocatícios de 10 % sobre o valor da causa (R$ 1.014, 14 para dezembro de 2017).

Sustenta, em suma, preliminarmente, a impossibilidade da utilização da exceção de pré-executividade. No mérito, sustenta que o executado possui um cadastro de profissional liberal, aberto em 20.09.1995, sendo passível a cobrança de ISS realizada e que o contribuinte descumpriu obrigação acessória de requerer a devida baixa cadastral ao encerrar suas atividades. Apresenta cópias de documentos. Requer a reforma da sentença.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

Preliminarmente, a exceção de pré-executividade tem cabimento como meio de defesa em execução fiscal, sempre que envolva matéria de ordem pública cognoscível de ofício pelo juiz e que haja prova pré-constituída, sem a necessidade de ampliação da fase instrutória, adotado o entendimento contido na Súmula 393 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual " a exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória", o que é o caso dos autos.

Quanto ao mérito, a sentença reconheceu a inexigibilidade do débito em razão de que o simples cadastro do executado junto ao banco de dados como prestador de serviço autônomo não é fato gerador do ISS.

Acesso ao Sumário

De fato, não há nos autos demonstração de que o executado exercia atividade autônoma no Município, inexistindo, assim, fato gerador de ISS, para que houvesse a cobrança do tributo.

Desse modo, não se aplica o entendimento contido na Súmula 425 do Superior Tribunal de Justiça.

Também não vinga o argumento de que por descumprimento de obrigação acessória a Fazenda Municipal estaria eximida do dever de verificar quem era o contribuinte ao tempo da distribuição da ação, já que, quando muito, tal descumprimento geraria a imposição de multa.

Em razão do improvimento do recurso, majoro a verba honorária em mais

10 % do valor da causa atualizado (R$ 1.014,14 para dezembro de 2017), nos termos do disposto no artigo 85, § 11 do Código de Processo Civil.

Diante do exposto, meu voto nega provimento ao recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 41573)

Divirjo da maioria.

A exceção de pré-executividade, mitigação ao princípio da concentração da defesa nos embargos do devedor, é espécie excepcional de defesa que permite ao executado, independentemente de garantia do Juízo, arguir matéria de ordem pública, ou causas modificativas, extintivas ou impeditivas do direito do exequente, comprovadas de plano, por prova documental inequívoca.

Contudo, não trouxe o excipiente documentos para comprovar a alegada ausência de prestação de serviço no Município, no período mencionado nas CDAs.

Tratando-se de profissional autônomo, o ISS é lançado de ofício, em valor fixo, nos termos do artigo 9º, § 1º do Decreto-lei nº 406/68.

Assim, promovido cadastro como contribuinte, nasce a presunção de que o prestador do serviço vem regularmente exercendo suas atividades nos limites territoriais do Município, cabendo-lhe promover o cancelamento da inscrição quando cessar sua atividade, o que não correu na hipótese.

Nesse sentido, precedente deste Tribunal:

> "APELAÇÃO Ação declaratória de inexistência de débito Apelante inscrito na Prefeitura Municipal de Bebedouro como profissional autônomo deixou a atividade, contudo, não comprovou a baixa da inscrição. Assim, o ISS é devido. Negaram provimento ao recurso".[1] (grifo nosso)

Nesse quadro, tem-se que a presunção de liquidez e certeza dos títulos executivos não restou ilidida, impondo-se, portanto, prosseguimento da execução fiscal.

Posto isso, pelo meu voto, **dá-se provimento** ao recurso.

JOÃO ALBERTO PEZARINI, Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Cível nº 1083987-

1 Apelação Cível nº 0009505-52.2007.8.26.0072, Rel. Osvaldo Capraro, j.23.08.2012.

Acesso ao Sumário

83.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes/apelados EDP SÃO PAULO DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA S/A. e ALLIANZ SEGUROS S/A., é apelado/apelante RONALDO APARECIDO DE JESUS FERREIRA.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos da E.D.P. São Paulo Distribuidora de Energia, S.A. e da denunciada. Deram parcial acolhida à apelação do autor. V.U. Sustentou oralmente a Dra. Helena Figueiredo Lemos Balumi, OAB/SP 422.087", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 61.172)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO DIP (Presidente), JARBAS GOMES e OSCILD DE LIMA JÚNIOR.

São Paulo, 12 de setembro de 2023.

RICARDO DIP, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA. DANOS MATERIAIS E LESÕES MORAIS E ESTÉTICAS. LITISDENUNCIAÇÃO.

- A implantação, a exploração e a segurança das instalações elétricas, – quer de alta, quer de baixa tensão – acusam bastante o caráter de risco nas atividades relativas ao fornecimento de energia elétrica, e, presente essa atividade de natureza perigosa, é de admitir atraída a responsabilidade objetiva prevista no Código civil brasileiro em vigor (par. único do art. 927).

- Sem prova suficiente de culpa exclusiva da vítima ou de caso fortuito, não cabe o afastamento da responsabilidade civil de quem realiza atividade perigosa, inviável invocar-**se mera presunção de atuações imprudentes de terceiros.**

- Valor compensador de lesões morais e estéticas que, para atender aos critérios adotados nesta Câmara, atrai majoração.

- Tratando-se a requerida de pessoa jurídica de direito privado, não cabe aplicar ao tema dos juros de mora e correção monetária a regra do art. 1 º- F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, bem como a tese fixada no tema 810 do STF.

Acesso ao Sumário

- A cláusula do versado contrato de seguro que se reporta a danos materiais e corporais não beneficia o sentido que lhe dá a seguradora, ao exigir autonomia desses danos para a obrigação de regresso.

Não provimento dos recursos da requerida e da denunciada à lide e parcial provimento da apelação do requerente.

VOTO

RELATÓRIO:

Ronaldo Aparecido de Jesus ajuizou ação de responsabilidade civil contra EDP São Paulo Distribuição de Energia S/A, para indenizar-se e compensar-se à conta de danos materiais, lesões morais e estéticas.

Com denunciação à lide de Allianz Seguros S/A (*e*-págs. 52 e 217), após produção de prova técnica (*e*-págs. 597-602) e audiência de testemunhas (*e*-págs. 693-8), a r. sentença, complementada por embargos de declaração, julgou procedentes em partes os pedidos iniciais e procedente a denunciação da lide, nos termos a seguir:

> "a) condeno a ré a ressarcir ao autor a quantia de R$ 113,13 (cento e treze reais e treze centavos), a título de danos materiais, a ser corrigida monetariamente pelos índices constantes da Tabela de Atualização do Tribunal de Justiça deste Estado desde julho de 2015, bem como acrescida de juros de mora de 1 % (um por cento) ao mês, contados desde o evento danoso (julho de 2015);
>
> b) condeno a ré a pagar ao autor, a título de indenização por danos morais e estéticos, a quantia de R$ 13.000,00 (treze mil reais), a ser corrigida monetariamente pelos índices constantes da Tabela de Atualização do Tribunal de Justiça deste Estado desde a presente data, bem como acrescida de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, contados desde o evento (julho de 2015); e
>
> c) afasto os demais pleitos indenizatórios formulados.
>
> Arcará a ré, que restou vencida de forma praticamente integral, ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como de honorários advocatícios, que arbitro no equivalente a 10% (dez por cento) do total a ser pago.
>
> Julgo procedente, ainda, a denunciação da lide ofertada por BANDEIRANTE ENERGIA S.A. em face de ALLIANZ SEGUROS S.A., e em consequência condeno a denunciada a ressarcir à denunciante os valores relativos à indenização por danos morais e estéticos. Não há o que ser ressarcido quanto aos danos materiais, diante do valor da franquia.

A considerar que houve a aceitação da denunciação, não há que se falar no pagamento de honorários pela denunciada em favor da denunciante" (*e*-págs. 726-31 e 747).

Do decidido, apelaram todos.

A requerida EDP São Paulo Distribuição de Energia S/A pleiteia a improcedência da demanda, sustentando, *ad summam*, que, no âmbito de ato omissivo, a responsabilidade civil estatal é subjetiva, não estando, na espécie, confirmada sua culpa. Alega excludentes de sua responsabilidade. Subsidiariamente, requer a redução dos valores arbitrados para a compensação das lesões morais e estéticas (*e*-págs. 750-64).

A denunciada Allianz Seguros S/A postula, também, a improcedência da lide principal e, de conseguinte, a da secundária, argumentando que falta prova do acidente envolvendo o demandante e que o material metálico que o atingiu fosse parte do equipamento da requerida EDP São Paulo Distribuição de Energia S/A. Pelo princípio da eventualidade, pede o afastamento ou, ao menos, redução dos valores fixados para a compensação das lesões morais e estéticas, impugnando os índices de correção monetária e juros de mora. No que tange com a denunciação, não caber o regresso, nos termos do contrato de seguro firmado com a requerida, sem a concorrência de condenação no pagamento de danos materiais ou corporais e não cobertura de compensação por lesões estéticas (*e*-págs. 769-87).

O autor, por sua vez, pretende ao aumento da compensação por lesões morais a R$ 20.000,00 e por lesões estéticas a R$ 10.000,00 (*e*-págs. 790-4).

Responderam-se os recursos (*e*-págs. 802-8, 809-19 e 820-8 e 829-33).

A 35ª Câmara de Direito Privado não conheceu dos apelos, determinando a redistribuição do feito a uma das Câmaras de Direito Público (*e*-págs. 843-8).

É o relatório em acréscimo ao da r. sentença, conclusos os autos recursais em 14 de abril de 2023 (*e*- pág. 851).

VOTO:

1. Segundo consta da petição inicial, em 14 de junho de 2014, enquanto vendia lanches em seu veículo, estacionado na avenida Otávio Braga de Mesquita, na cidade de Guarulhos, foi o autor atingido por um emaranhado de ferro pontiagudo e quente, que se soltou de um poste de energia elétrica da requerida, que havia acabado de estourar, redundando em perfuração de seu antebraço esquerdo.

Relata que encaminhado a um hospital, apurou-se lesão do nervo intraósseo posterior do antebraço esquerdo. Diz que foram indicados medicamentos e realização de cirurgia urgente. Afirma que ficou com sequelas, quais sejam, dor crônica, cicatriz no antebraço e restrições de mobilidade, pelo que pretende a compensação por lesões morais e estéticas.

Acesso ao Sumário

Narra, ainda, gastos com medicamentos, necessidade futura de tratamentos médicos, lucros cessantes por não poder vender seus lanches aos sábados e perda da chance de promoção na empresa Iguaçu Log, em que laborava também à época, postulando o ressarcimento de danos emergentes de R$ 113,13, mais os gastos que tiver durante o processo e lucros cessantes de R$ 1.600,00, por mês, até seu restabelecimento completo.

2. De partida, rejeita- se a arguição de inépcia da petição inicial.

O autor reconheceu, em réplica, seu equívoco no que tange com a data do evento, sendo correto o dia 4 de julho de 2015 (*e*-pág. 190), informação esta que foi verificada pela requerida EDP São Paulo Distribuição de Energia S/A desde logo, sem prejuízo de seu direito ao contraditório e à ampla defesa.

3. A implantação, a exploração e a segurança das instalações elétricas – quer de alta, quer de baixa tensão – acusam bastante o caráter de risco nas atividades relativas ao fornecimento de energia elétrica, e, presente essa atividade de natureza perigosa, é de admitir atraída a responsabilidade objetiva prevista no Código civil brasileiro em vigor (par. único do art. 927: "*Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem*").

Para logo, calha a ver que a demandada EDP São Paulo Distribuição de Energia S/A não impugnou na contestação o fato de o acidente ter derivado de problema no poste de energia elétrica. Ao contrário, não nega a «explosão», justificando-a como um dano provocado por linhas de pipas e afirmando que houve interrupção da energia elétrica no horário informado pelo demandante na petição inicial.

Ainda, na audiência de instrução realizada, a testemunha Sergio Santana relata:

> "Eu vinha passando pela avenida Otávio Braga, aí justamente quando cheguei nessa esquina (...), onde tem esse poste, eu escutei um estrondo forte, como se fosse um tiro de escopeta, aquele barulho forte. Aí olhei para cima e caiu aquele monte de fogo. Aí eu vi que ele foi atingido e ele caiu no chão. As pessoas correram, rodearam ele (...)" (04: 01 da gravação – *e*-pág. 698).

A testemunha Francisco Avelino da Silva, por sua vez, não presenciou o acidente, de modo que nada contribuiu seu depoimento para o esclarecimento dos fatos pertinentes à lide. Quanto ao restante de sua narrativa, alegadamente, pela requerida e pela denunciada, contraditória, o M. Juízo não fundamentou o *decisum* nesse depoimento.

Quanto ao objeto causador da lesão, a dúvida sobre sua natureza, até porque a testemunha Sergio Santana disse que não se aproximou do suplicante, não

Acesso ao Sumário

fragiliza seu depoimento. Ainda, prescindível pertencer esse objeto à requerida, sendo bastante, para reconhecimento de sua responsabilidade, que o estouro na rede elétrica redundou no lançamento dele, com consequente lesão física do demandante.

Suficiente, portanto, para o convencimento do M. Juízo (e desta Corte) o conjunto probatório, para confirmar, assim, a responsabilidade civil da requerida EDP São Paulo Distribuição de Energia S/A.

4. Calharia, é certo, admitir que a requerida pudesse ilidir sua responsabilidade mediante a prova fosse da culpa da vítima, fosse do caso fortuito. Mas, para a exclusora dessa responsabilidade, caberia à suplicada a confirmação do que, para o caso, excederia sua previsão normal, inviável, ao revés, pretender acolhida em uma simples presunção de que a ruptura do cabo poderia atribuir-se à imprudência de terceiro (atividade de empinar linhas de pipa).

5. Com apoio na prova dos autos, confirmou-se ferimento no antebraço esquerdo, lesão do nervo interósseo e cicatriz mínima de 1/7 numa escala de 7 graus do método *Thierry-Nicourt*, por força do acidente, e afastamento de suas atividades por 30 dias (*e*-pág. 597-602). Parece que a compensação assinada em primeiro grau para essas lesões morais e estéticas a R$ 13.000,00 mereça aumento, em ordem a atender a gravidade vivenciada pelo demandante. Com apoio em precedentes desta Câmara (cf. AC 1005516-58.2019 – Des. Oscild de Lima Júnior, j. 8-2-2022; AC 3001392-75.2013 – Des. Marcelo L. Theodósio, j. 14-6-2021), sugere-se aqui a compensação pecuniária equivalente a R$ 20.000,00.

6. A requerida EDP São Paulo Distribuição de Energia S/A é pessoa jurídica de Direito Privado, pelo que a ela não se aplica o disposto no art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, bem como tese fixada no tema 810 do STF.

7. A cláusula contratual a que acena a denunciada Allianz Seguros S/A para eximir-se de regressar o valor a despender-se pela requerida – observados os limites já apontados na r. sentença – não parece fruir do sentido que lhe dá a seguradora, ao exigir autonomia em condenar-se a segurada por danos materiais ou lesões corporais (cf. o texto em *e*-pág. 316).

A versada compensação por lesões morais resultava já da lesão corporal suportada pela vítima. Vale dizer que a aludida cláusula contratual apenas afasta a possibilidade de regresso em hipótese de a condenação da segurada não se referir seja a danos patrimoniais, seja a lesões morais não consequentes a lesões corporais (p.ex., moléstias à honra).

De igual modo, o M. Juízo bem averbou que a própria denunciada admitiu que a lesão estética é uma espécie de lesão moral ("*por outro lado, o dano estético é uma espécie de dano moral e, portanto, faz parte do mesmo*" – *e*-pág.

Acesso ao Sumário

258), pelo que se mantém a condenação ao regresso.

8. Em consonância do disposto no § 11 do art. 85 do Código de processo civil, na lide principal, cabe majorar em 1% o valor total dos honorários advocatícios, em desfavor da requerida EDP São Paulo Distribuição de Energia S/ A, que foram assinados na origem.

A rigor, na lide secundária, seria o caso de fixação de honorários advocatícios recursais a favor do patrono da requerida EDP São Paulo Distribuição de Energia S/A, porque ao apelo, no que tange com o pedido a ele dirigido, se está negando provimento.

Na r. sentença, porém, não se condenou a denunciada ao pagamento de sucumbência à denunciante, não objeto de recurso, vedado ao Tribunal, pois, a reforma do *decisum*.

9. 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, pelo meu voto, nega provimento aos recursos interpostos pela EDP São Paulo Distribuição de Energia S/A e denunciada Allianz Seguros S/A e dá provimento em parte ao recurso de Ronaldo Aparecido de Jesus Ferreira para majorar a compensação por lesões morais e estéticas a R$ 20.000,00 (vinte mil reais), mantendo-se, no mais, a r. sentença proferida nos autos 1083987-83.2015 da digna 33ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo.

Em consonância do disposto no § 11 do art. 85 do Código de processo civil, cabe majorar em 1 % o valor total dos honorários advocatícios, em desfavor da requerida EDP São Paulo Distribuição de Energia S/A, que foram assinados na origem.

Eventual inconformismo em relação ao decidido será objeto de julgamento virtual, cabendo às partes, no caso de objeção quanto a esta modalidade de julgamento, manifestar sua discordância por petição autônoma oportuna.

É como voto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Cível nº 1002156-36.2019.8.26.0144, da Comarca de Conchal, em que é apelante BRB CONSTRUTORA LTDA. ME, é apelado MUNICÍPIO DE CONCHAL.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente o Dr. Luiz Eduardo Zanca", de conformidade com o voto

do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.178)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores RICARDO DIP (Presidente) e AROLDO VIOTTI.

São Paulo, 12 de setembro de 2023.

OSCILD DE LIMA JÚNIOR, Relator

Ementa: CONTRATOS ADMINISTRATIVOS – Ação de cobrança – Contratação da empresa autora para fornecimento de material e mão-de-obra para execução da obra de reforma e ampliação do Velório Municipal de Conchal (Contrato nº 70/2014) – Elementos existentes nos autos que permitem concluir pela prestação dos serviços pela autora, assim como o inadimplemento do réu – Autora que, após a prolação da sentença, diligenciou administrativamente e coligiu aos autos as cópias das notas fiscais, notas de empenho emitidas pelo Município, assim como das medições realizadas e assinadas por representantes do Município – Sentença reformada para julgar procedente o pedido.

Recurso provido.

VOTO

Trata-se de ação ordinária ajuizada por BRB Construtora EIRELI ME contra o Município de Conchal, alegando que, em 06/05/2014 foi celebrado entre as partes o contrato administrativo de nº 70/2014, proveniente da Tomada de Preços nº 04/2014, cujo objetivo foi a "contratação de empresa especializada para fornecimento de material e mão-de-obra para execução da obra de reforma e ampliação do velório municipal". Em 07/05/2015 e 01/12/2015, foram feitos dois aditamentos ao contrato nº 70/2014, para alteração de cláusula contratual referente ao prazo do contrato. Diante da execução do contrato pactuado, a empresa autora emitiu nas datas de 05/06/2015, 07/07/2015, 14/08/2015, 30/10/2015, 04/12/2015 e 16/12/2015, as devidas notas fiscais nº 73, 75, 77, 79, 82 e 85, respectivamente, referentes à execução da 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 5ª e 6ª medição da obra contratada, no valor total de R$ 117.641,03. Ocorre que o réu não efetuou o pagamento dos valores demonstrados nas referidas notas fiscais, descumprindo o acordado entre as partes, causando prejuízos à empresa autora. Requer, pois, a condenação do réu ao pagamento da quantia de R$ 141.308,02 (valor original devidamente atualizado até 11/12/2019), acrescido dos consectários legais.

Acesso ao Sumário

A r. sentença de fls. 69/70 julgou improcedente o pedido, com base no art. 487, inciso I, do CPC, condenando a autora, em razão da sucumbência, ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados no montante equivalente a 10% do valor atualizado da causa.

Inconformada, a autora interpôs recurso de apelação a fls. 72/84, pugnando pela inversão do julgado. Afirma, para tanto, que se desincumbiu do ônus de comprovar os fatos constitutivos do seu direito, uma vez que resta incontroverso o contrato celebrado entre as partes e respectivos aditamentos, que foram assinados pelo então Prefeito Municipal e o Diretor Jurídico do Município. Além disso, todas as notas fiscais anexadas aos autos foram emitidas com base nas medições realizadas no decorrer da execução dos serviços contratados. Caso não tivesse cumprido com os termos avençados no contrato, obviamente que o réu teria acostado aos autos documentos acerca da rescisão contratual.

O recurso não foi respondido (certidão de fls. 94).

A autora, após diligenciar administrativamente junto ao réu, coligiu aos autos as cópias de todos os empenhos e medições referentes às notas fiscais em discussão (fls. 101/341).

O despacho de fls. 344 converteu o julgamento em diligência, a fim de que o réu se manifestasse sobre os documentos juntados pela autora, no prazo de 10 dias – especialmente sobre o fato de que as respectivas notas fiscais, notas de empenho e medições foram emitidas e/ou assinadas por representantes do Município, o que contrasta com a argumentação expendida em contestação (fls. 48).

O réu apresentou manifestação a fls. 348/355.

A autora manifestou oposição ao julgamento virtual (fls. 346).

É o relatório.

O recurso deve ser provido.

É fato incontroverso que a empresa autora sagrou-se vencedora de licitação promovida pelo réu na modalidade Tomada de Preços (nº 04/2014), o que resultou em sua contratação, em 06/05/2015, para o fornecimento de material e mão-de-obra para execução da obra de reforma e ampliação do Velório Municipal de Conchal. Ainda, em 07/05/2015 e 01/12/2015, foram feitos dois aditamentos ao contrato nº 70/2014, para alteração de cláusula contratual referente ao prazo do contrato (fls. 14/22).

A controvérsia reside no inadimplemento ou não das parcelas referentes aos aditamentos contratuais, bem como a efetiva prestação dos serviços contratados.

A autora sustenta que, em razão da execução do contrato pactuado (parcelas dos aditamentos), emitiu nas datas de 05/06/2015, 07/07/2015, 14/08/2015, 30/10/2015, 04/12/2015 e 16/12/2015, as notas fiscais nº 73, 75, 77, 79, 82 e 85,

Acesso ao Sumário

respectivamente, referentes à execução da 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 5ª e 6ª medição da obra contratada, o que totalizava o valor de R$ 117.641,03.

O réu, por sua vez, afirmou que a apresentação dos contratos e das notas fiscais não são suficientes para legitimar o pedido de cobrança, já que as notas fiscais de fls. 23/28 não estão assinadas por nenhum representante da Prefeitura, ou seja, "nenhum servidor certificou que este serviço foi, de fato, prestado, bem como não traz qualquer informação da prestação desses serviços (fls. 48)".

E não se pode ignorar que andou bem a r. sentença ao reconhecer, com base nos elementos até então existentes nos autos, a improcedência do pedido, visto que o autor não trouxe ao feito nenhuma prova de que o serviço foi executado, limitando-se a anexar a cópia do contrato e notas fiscais sem qualquer assinatura.

Ocorre que, após a prolação da r. sentença, o autor diligenciou administrativamente e logrou êxito em obter as cópias de todos os empenhos e medições referentes às notas fiscais em discussão (fls. 101/341).

E o réu, instado a se manifestar sobre os documentos, limitou-se a alegar a intempestividade da prova documental.

Com efeito, os documentos de fls. 102/341 comprovam, de maneira inequívoca, que as notas fiscais descritas na inicial foram recepcionadas e assinadas por representantes do Município de Conchal, assim como houve a emissão das respectivas notas de empenho, nos valores apresentados e tudo de acordo com as medições referentes aos termos aditivos – medições estas, ressalte-se, que foram assinadas por representante da empresa autora, assim como pelo Diretor do Departamento de Obras e pelo Chefe da Divisão de Execução e Supervisão de Obras, engenheiros pertencentes aos quadros da Prefeitura do Município de Conchal.

Para tanto, confira-se:

- NF 73, de 05/06/15, no valor de R$ 17.808,79 – fls. 105/109 (nota fiscal e de empenho), fls. 113/137 (medição);

- NF 75, de 07/07/15, no valor de R$ 43.045,95 – fls. 149/154 (nota fiscal e de empenho), fls. 158/168 (medição);

- NF 77, de 14/08/15, no valor de R$ 3.492,11 – fls. 172/176 (nota fiscal e de empenho), fls. 180/205 (medição);

- NF 79, de 30/10/15, no valor de R$ 38.210,25 – fls. 226/230 (nota fiscal e de empenho), fls. 234/244 (medição);

- NF 82, de 04/12/15, no valor de R$ 12.272,43 – fls. 257/261 (nota fiscal e de empenho), fls. 268/293 (medição);

- NF 85, de 16/12/15, no valor de R$ 2.811,50 – fls. 297/303 (nota fiscal e de empenho), fls. 307/314 (medição).

Faltou, no entanto, o pagamento. Tanto é assim que, nas notas de em-

Acesso ao Sumário

penho, o campo com os dados sobre o recebimento das quantias (*data, nome, documento e assinatura de quem recebeu a quantia*) está em branco (vide, por exemplo, fls. 106).

Em suma, com base nos novos documentos juntados aos autos (*os quais, registre-se, o réu tinha pleno conhecimento, pois tinha em seu poder, não podendo alegar desconhecimento ou intempestividade*), ficou devidamente demonstrada a prestação dos serviços pela autora, assim como o inadimplemento do réu, razão pela qual a reforma a r. sentença é medida de rigor, a fim de julgar procedente o pedido, com a condenação do réu ao pagamento do valor de R$ 141.308,02 (cento e quarenta e um mil, trezentos e oito reais e dois centavos – *valor original devidamente atualizado até 11/12/2019*), acrescido de correção monetária pelo IPCA-E e juros de mora da caderneta de poupança, nos moldes da Lei nº 11.960/09, a partir da citação, tudo nos termos do Tema nº 810-STF, e aplicação da SELIC a partir do advento da EC nº 113/21.

Em razão da sucumbência, condeno o réu ao pagamento das custas, das despesas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% sobre o valor da condenação.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001895-97.2021.8.26.0533, da Comarca de Santa Bárbara d'Oeste, em que é apelante RP OLIVEIRA CONFECÇÕES EIRELI - ME, é apelado MUNICÍPIO DE SANTA BÁRBARA D'OESTE.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Após sustentação oral realizada pelo Dr. Matheus Meneghel Costa, OAB/SP 377.416. Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.789)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente sem voto), RICARDO CHIMENTI e MARCELO L THEODÓSIO.

São Paulo, 14 de setembro de 2023.

HENRIQUE HARRIS JÚNIOR, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Município de Santa Bárbara d'Oeste – ISSQN – Industrialização por encomenda –

Acesso ao Sumário

Preponderância da obrigação de fazer em detrimento da obrigação de dar – Incidência do ISSQN – Enquadramento da atividade no item 14.05 da lista anexa à LC 116/03 – Precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça e deste C. Tribunal de Justiça – Multa e encargos decorrentes do inadimplemento – Admissibilidade – Ausência de caráter confiscatório – Legalidade – Sentença mantida – RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Cuida-se de apelação interposta por RP Oliveira Confecções Eireli - Me contra a r. sentença de fls. 716/719 complementada às fls. 723 que, julgando improcedente a demanda que ajuizou contra o Município de Santa Bárbara d'Oeste, reputou cabível a incidência de ISSQN reconhecendo que a autora realiza atividade de beneficiamento de bens de terceiro consistente em uma obrigação de fazer, enquadrando-se no item 14.05 da lista anexa à Lei Complementar nº 116/03, afastando ainda alegação de caráter confiscatório das multas. Por força da sucumbência, foi condenada a autora ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios, arbitrados em 8% sobre o valor corrigido da causa, com fundamento no art. 85, §§ 2º e 3º, inc. II, do CPC.

Inconformada, recorre a autora. Requer a concessão dos benefícios da justiça gratuita e, no que toca ao mérito, a reforma do quanto decidido (fls. 727/742). Em suas razões, alega ter apresentado todo o arcabouço normativo, doutrinário e jurisprudencial (desta Corte, do STJ e do STF), a fim de dar amparo à sua tese, voltada à não incidência do tributo que questiona. reiterando argumentos relativos à nulidade das CDAS sob o argumento de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório.

Recurso regularmente processado, sem oferecimento de resposta (fls. 754).

É o relatório.

Inicialmente, concedo os benefícios da justiça gratuita para processamento deste recurso, uma vez que autorizada pelo art. 98 §5º do CPC: "*A gratuidade poderá ser concedida em relação a algum ou a todos os atos processuais, ou consistir na redução percentual de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento*".

Nesse sentido, vale consignar que o deferimento do benefício se pauta na informação trazida aos autos, dando conta de prejuízo operacional líquido na ordem de R$ 324.431,16 experimentado pela apelante, alegação corroborada pela documentação contábil carreada aos autos às fls. 743/746.

Passo à análise.

Quanto ao mérito, cinge-se a lide ao debate sobre o imposto incidente sobre atividades de "industrialização por encomenda": ISS, ICMS.

De pronto, impõe-se observar que, diversamente do que pretende fazer crer a recorrente, a questão levantada não se mostra livre de controvérsia, de modo que não prevalece o intento de reforma com base no argumento de que a decisão inobservou entendimento consolidado junto aos Tribunais superiores e a este Tribunal, circunstância que restará claramente demonstrada por meio de inúmeros julgados favoráveis à tese aplicada pelo Juízo "a quo".

Não subsiste, de igual modo, a alegação de caráter vinculante de consultas efetuadas pelo contribuinte junto a órgãos das esferas estadual e federal com vistas a eximi-lo de exigência por parte do ente federativo municipal. Quanto a estas, admissível concluir que se revelam aptas a vincular apenas e tão somente os entes que as emitem perante o consulente, não se mostrando sequer razoável admitir que se prestem a desobrigar o contribuinte perante outros órgãos, ainda mais quando integrantes de outra esfera, situação verificada no caso dos autos. Como se não bastasse, não se pode ignorar que o atendimento a referidas consultas se dá mediante análise de elementos e informações prestadas pelo próprio contribuinte, fato que por si só revela o risco de equivocada conclusão.

Em regra, o ISS incide sobre a prestação de serviços, operação que constituiu uma obrigação de fazer; o ICMS, por sua vez, incide sobre a circulação de mercadorias, operação que constitui uma obrigação de dar; e o IPI, por fim, incide sobre a saída de produtos industrializados dos estabelecimentos descritos no parágrafo único do art. 51 do CTN.

As dúvidas surgem quando, em determinadas situações concretas, a circulação da mercadoria ou a saída do produto industrializado se dão não como cumprimento de uma obrigação de dar, mas como cumprimento de uma obrigação de fazer. Ou seja, quando a entrega da mercadoria ou do produto decorra de uma prestação de serviços.

Com efeito, a Lei Complementar nº 116 de 2003 estabelece o fato gerador do ISS:

> Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador **a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador**. (g.n.)

Sobre serviços relativos a bens de terceiros, dispõe o subitem 14.05 da lista de serviços anexa à referida Lei Complementar:

> 14 – Serviços relativos a bens de terceiros. [...]
>
> 14.05 – Restauração, recondicionamento, acondicionamento, pintura, **beneficiamento**, lavagem, secagem, tingimento, galvanoplastia, anodização, corte, recorte, polimento, plastificação e congêneres, de objetos quaisquer. (GRIFEI)

Acesso ao Sumário

A jurisprudência tem entendido que os serviços elencados no subitem 14.05 se referem ao processo de industrialização por encomenda, ou seja, o beneficiamento de produtos industriais por encomenda de terceiros. Nesses casos resta configurada a incidência do ISS, por preponderar a obrigação de fazer em detrimento da obrigação de dar.

Nesse sentido já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ISSQN. INDUSTRIALIZAÇÃO POR ENCOMENDA. SERVIÇO CONSTANTE DO ITEM 14.05 DA LISTA ANEXA À LC N. 116/2003. INCIDÊNCIA DO TRIBUTO.

1. **De acordo com a jurisprudência deste Tribunal Superior, a "industrialização por encomenda", modalidade de serviço na qual se insere o beneficiamento e polimento de peças de metal, subsume-se à previsão contida no item 14.05 da Lista Anexa à LC 116/2003, o que autoriza a incidência do ISSQN sobre referida atividade**. Precedentes: AgRg no REsp 1.559.609/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma,DJe 18/12/2015; AgRg no AREsp 60.091/RS, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 18/5/2015; (AgRg nos EAg 1.360.188/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 17/6/2014. 2. Agravo interno a que se nega provimento." (AgRg no REsp 1245928/RS, Min. OG FERNANDES, j. 25.9.2018) (g.n.).

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. "INDUSTRIALIZAÇÃO POR ENCOMENDA". PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. INCIDÊNCIA DE ISS. PRECEDENTES. 1. **As Turmas de Direito Público desta Corte têm entendimento consolidado no sentido de que a "industrialização por encomenda" caracteriza prestação de serviço sujeita à incidência de ISS, e não de ICMS**. Precedentes: AgRg no Ag 1369818/PR, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/03/2013, DJe 11/03/2013 e AgRg no AREsp 328.624/ES, rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/09/2013, DJe 25/09/2013) 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag 1361444/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/12/2013, DJe 17/12/2013)

TRIBUTÁRIO. ISSQN. "INDUSTRIALIZAÇÃO POR ENCOMENDA". LEI COMPLEMENTAR 116/2003. LISTA DE SERVIÇOS ANEXA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO (OBRIGAÇÃO DE FAZER). ATIVIDADE FIM DA EMPRESA PRESTADORA. INCIDÊNCIA.

1. O artigo 153, III, da Constituição Federal de 1988, dispõe que compete aos Municípios instituir impostos sobre prestação de serviços de qualquer natureza, não compreendidos no artigo 155, II, definidos em lei complementar.

2. **O aspecto material da hipótese de incidência do ISS não se con-**

Acesso ao Sumário

funde com a materialidade do IPI e do ICMS. Isto porque: (i) excetuando as prestações de serviços de comunicação e de transporte interestadual e intermunicipal, o ICMS incide sobre operação mercantil (circulação de mercadoria), que se traduz numa "obrigação de dar" (artigo 155, II, da CF/88), na qual o interesse do credor encarta, preponderantemente, a entrega de um bem, pouco importando a atividade desenvolvida pelo devedor para proceder à tradição; e (ii) na tributação pelo IPI, a obrigação tributária consiste num "dar um produto industrializado" pelo próprio realizador da operação jurídica. "Embora este, anteriormente, tenha produzido um bem, consistente em seu esforço pessoal, sua obrigação consiste na entrega desse bem, no oferecimento de algo corpóreo, materializado, e que não decorra de encomenda específica do adquirente" (José Eduardo Soares de Melo, in "ICMS - Teoria e Prática", 8ª Ed., Ed. Dialética, São Paulo, 2005, pág. 65).

3. **Deveras, o ISS, na sua configuração constitucional, incide sobre uma prestação de serviço, cujo conceito pressuposto pela Carta Magna eclipsa *ad substantia obligatio in faciendo*, inconfundível com a denominada obrigação de dar**.

4. Desta sorte, **o núcleo do critério material da regra matriz de incidência do ISS é a prestação de serviço, vale dizer: conduta humana consistente em desenvolver um esforço em favor de terceiro, visando a adimplir uma "obrigação de fazer" (o fim buscado pelo credor é o aproveitamento do serviço contratado**).

5. É certo, portanto, que o alvo da tributação do ISS «é o esforço humano prestado a terceiros como fim ou objeto. Não as suas etapas, passos ou tarefas intermediárias, necessárias à obtenção do fim. (...) somente podem ser tomadas, para compreensão do ISS, as atividades entendidas como fim, correspondentes à prestação de um serviço integralmente considerado em cada item. Não se pode decompor um serviço porque previsto, em sua integridade, no respectivo item específico da lista da lei municipal nas várias ações-meio que o integram, para pretender tributá-las separadamente, isoladamente, como se cada uma delas correspondesse a um serviço autônomo, independente. Isso seria uma aberração jurídica, além de construir-se em desconsideração à hipótese de incidência do ISS." (Aires Barreto, no artigo intitulado "ISS: Serviços de Despachos Aduaneiros/Momento de Ocorrência do Fato Imponível/Local de Prestação/Base de Cálculo/Arbitramento", in Revista de Direito Tributário nº 66, Ed. Malheiros, págs. 114/115 - citação efetuada por Leandro Paulsen, in Direito Tributário - Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência, 8ª ed., Ed. Livraria do Advogado e Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul - ESMAFE, pág. 457).

Acesso ao Sumário

6. **Assim, "sempre que o intérprete conhecer o fim do contrato, ou seja, descobrir aquilo que denominamos de 'prestação-fim', saberá ele que todos os demais atos relacionados a tal comportamento são apenas 'prestações-meio' da sua realização**" (Marcelo Caron Baptista, in "ISS: Do Texto à Norma - Doutrina e Jurisprudência da EC 18/65 à LC 116/03", Ed. Quartier Latin, São Paulo, 2005, pág. 284).

7. *In casu*, a empresa desenvolve atividades de desdobramento e beneficiamento (corte, recorte e/ou polimento), sob encomenda, de bloco e/ou chapa de granito e mármore (de propriedade de terceiro), sendo certo que, após o referido processo de industrialização, o produto retorna ao estabelecimento do proprietário (encomendante), que poderá exportá-lo, comercializá-lo no mercado interno ou submetê-lo à nova etapa de industrialização.

8. O Item 14, Subitem 14.05, da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar 116/2003, ostenta o seguinte teor: "14 – Serviços relativos a bens de terceiros. (...) 14.05 – Restauração, recondicionamento, acondicionamento, pintura, beneficiamento, lavagem, secagem, tingimento, galvanoplastia, anodização, corte, recorte, polimento, plastificação e congêneres, de objetos quaisquer."

9. **A "industrialização por encomenda" constitui atividade-fim do prestador do aludido serviço, tendo em vista que, uma vez concluída, extingue o dever jurídico obrigacional que integra a relação jurídica instaurada entre o "prestador" (responsável pelo serviço encomendado) e o "tomador" (encomendante): a empresa que procede ao corte, recorte e polimento de granito ou mármore, de propriedade de terceiro, encerra sua atividade com a devolução, ao encomendante, do produto beneficiado**.

10. **Ademais, nas operações de remessa de bens ou mercadorias para "industrialização por encomenda", a suspensão do recolhimento do ICMS, registrada nas notas fiscais das tomadoras do serviço, decorre do posterior retorno dos bens ou mercadorias ao estabelecimento das encomendantes, que procederão à exportação, à comercialização no mercado interno ou à nova etapa de industrialização**.

11. **Destarte, a "industrialização por encomenda", elencada na Lista de Serviços da Lei Complementar 116/2003, caracteriza prestação de serviço (obrigação de fazer), fato jurídico tributável pelo ISSQN, não se enquadrando, portanto, nas hipóteses de incidência do ICMS (circulação de mercadoria – obrigação de dar – e prestações de serviço de comunicação e de transporte transmunicipal).**

14. Recurso especial provido.

(STJ, REsp nº 888.852/ES, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/11/2008, DJe 01/12/2008). (g.n.).

Acesso ao Sumário

Outro não é o entendimento deste E. Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO – APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO ANULATÓRIA – MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS – ISS – INDUSTRIALIZAÇÃO POR ENCOMENDA – **Beneficiamento de produtos industriais por encomenda de terceiros – Autora que confecciona peças de acordo com solicitações e especificações de seus clientes – Preponderância da obrigação de fazer em detrimento da obrigação de dar – Incidência do ISS – Subitem 14.05 da lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116 de 2003** – Precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça e dessa C. Câmara – Sentença reformada – Provido o recurso do Município e prejudicado o recurso da autora. Reexame necessário realizado, alterado o dispositivo. (Apelação nº 1007920-62.2019.8.26.0577, Rel. Des. Eurípedes Faim, j. em 20/02/2020). (g.n.).

INDUSTRIALIZAÇÃO POR ENCOMENDA – ISSQN X ICMS – Ação Anulatória de Débito Fiscal – **Atividade de impressão de material gráfico, personalizado e sob encomenda –Natureza de prestação de serviço – Inclusão do produto na cadeia produtiva do cliente – Irrelevância – Dever jurídico obrigacional do prestador que se extingue com a entrega do serviço encomendado** – Precedentes do STJ – ISS devido – Sentença reformada. RECURSO PROVIDO. (Apelação nº 1003230-87.2014.8.26.0278, Rel. Des. Fortes Muniz, j. em 07/02/2019). (g.n.).

APELAÇÃO – Ação anulatória – Autos de infração – ISS – Sentença de procedência – Descabimento – **Hipótese de industrialização por encomenda, caracterizadora de prestação de serviço – Enquadramento da atividade no item 14.05 da lista anexa à LC 116/03. Serviço de beneficiamento de matéria prima** – Precedentes do STJ – Recurso provido. (Apelação nº 1009241-48.2016.8.26.0000, Rel. Des. João Alberto Pezarini, j. em 31/10/2019). (g.n.).

AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – AIIM (pela falta de recolhimento do ISS) – Município de Sertãozinho [...] INDUSTRIALIZAÇÃO POR ENCOMENDA – BENEFICIAMENTO – **Serviços relativos a bens de terceiros, com preponderância da obrigação de fazer em detrimento da obrigação de dar – Sujeição ao ISSQN prevista no item 14.05** da lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116/03 – Sentença mantida – Apelo da contribuinte/autora improvido. (Apelação nº 0003007-04.2013.8.26.0597, Rel. Silva Russo, J. 25/08/2015, V. U.) (g.n.)

A industrialização por encomenda é descrita por MARCELO CARON BAPTISTA como sendo: "*contrato que tem por objeto a elaboração de um produto, pelo industrial, conforme as necessidades específicas daquele que fez a encomenda. O industrial, nesse caso, não se resume a elaborar o produto com as características que ele entende necessárias para viabilizar sua comercialização, tal qual aqueles constantes de sua linha normal de produção. Ao contrário,*

Acesso ao Sumário

ele somente atua mediante prévia contratação de seus esforços, para produzir algo que, mesmo podendo ser similar àquilo que normalmente elabora, será portador de propriedades idealizadas e/ou exigidas pelo autor da encomenda" (ISS: Do Texto à Norma, 2005, Quartier Latin do Brasil, pág. 318/319).

Logo, não há que se falar em atividade-meio como parte do processo de industrialização, mas em atividade-fim que implica obrigação de fazer sob encomenda. Depois de concluído o processo, o produto é encaminhado ao estabelecimento do tomador do serviço, notadamente por ser personalizado.

Nesse cenário, subsiste a presunção de legalidade e regularidade do procedimento administrativo que apurou o ISS devido e lançou a multa punitiva, até porque a requerente não se desincumbiu do ônus processual que lhe competia, a saber, efetuar cabal demonstração do fato constitutivo de seu direito, nos termos do art. 373, I, do CPC.

Nem se alegue falta de oportunidade ou cerceamento no que se refere à produção de provas. Simples leitura dos autos revela que, instada a manifestar-se nesse sentido (fls. 709), renunciou a autora à produção de outras provas, limitando-se a reiterar os termos de sua petição inicial e réplica (fls. 713/714). Ora, evidente que não basta para a configuração do fato constitutivo do direito pleiteado a simples argumentação, afigurando-se imprescindível a produção de outras provas, sobretudo a pericial.

Desta feita, a requerente não logrou êxito em comprovar suas alegações, afigurando-se temerário o acolhimento de sua pretensão com base nos elementos dos autos. Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior:

> *Ao juiz, para garantia das próprias partes, **só é lícito julgar segundo o alegado e provado nos autos.** O que não se encontra no processo, para o julgador não existe.*
>
> *[...]*
>
> *Por outro lado, de quem quer que seja o onus probandi, **a prova, para ser eficaz, há de apresentar-se como completa e convincente a respeito do fato de que deriva o direito discutido no processo.** Falta de prova e prova incompleta equivalem-se, na sistemática processual do ônus da prova.* (Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum vol. I / Humberto Theodoro Júnior. 56ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015).

Também não procede a alegação do caráter confiscatório da multa. A Constituição Federal não é explícita neste ponto e tampouco há unanimidade na doutrina ou na jurisprudência sobre o que caracterizaria a tributação com caráter de confisco. O mero valor elevado da multa não configura, por si só, o caráter confiscatório.

A multa por inadimplemento representa a imposição de uma penalidade

ao contribuinte, e, nesse sentido, admite-se que seu valor possa, em determinados casos, exceder o próprio passivo tributário, como medida de desestímulo à frustração da arrecadação. Vale observar que até mesmo o Supremo Tribunal Federal já tem admitido multas cujo valor atinja 100% do imposto devido:

> *O entendimento do Tribunal é no sentido da invalidade da imposição de multa que ultrapasse o valor do próprio tributo. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551/RJ, relator ministro Ilmar Galvão, Diário da Justiça de 14 de fevereiro de 2003, e Recurso Extraordinário nº 582.461/SP, relator ministro Gilmar Mendes, julgado sob o ângulo da repercussão geral em 18 de maio de 2011, Diário da Justiça de 18 de agosto de 2011. Ante o exposto, dou provimento ao recurso para, reformando o acórdão recorrido, assentar a inconstitucionalidade da cobrança de multa tributária em* ***percentual superior a 100%****, devendo ser refeitos os cálculos, com a exclusão da penalidade excedente, a fim de dar sequência às execuções fiscais* (STF, AgRg no RE 833.106 Rel. Marco Aurélio j. 25.11.2014).

Esse também tem sido o entendimento esposado por este E. Tribunal de Justiça:

> *Execução fiscal. Município de São Paulo. ISS. Nulidade da CDA. Não caracterização.* ***CDA que atende ao disposto no art. 2º, § 6º, da Lei 6.830/80 e no art. 202, do CTN. Multa em razão do não recolhimento do imposto no prazo legal. Caráter confiscatório não configurado.*** *Precedentes. Recurso não provido.* (Agravo de instrumento nº 2049489-45.2018.8.26.0000, Rel. Des. Carlos Violante, 18ª Câmara de Direito Público, j. 12.04.2018).

Conforme delineado na decisão recorrida, os encargos questionados não se mostram superiores ao valor do tributo, restando ausente nas razões recursais demonstração cabal em sentido contrário. Ademais, o princípio da capacidade contributiva, segundo a Constituição Federal, aplica-se aos impostos. Nesse sentido, o § 1º do artigo 145: "*Sempre que possível, os* ***impostos*** *terão caráter pessoal e serão graduados segundo* ***a capacidade econômica do contribuinte****, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte*".

Deve prevalecer, portanto, a sentença recorrida.

Por fim no que se refere à condenação ao pagamento de verba honorária, cumpre observar a previsão constante do art. 85, § 3º, do CPC, no sentido de que, nas causas em que a Fazenda Pública for parte, os honorários advocatícios serão fixados por faixas, definidas conforme o valor da condenação, o proveito econômico ou o valor da causa.

Assim, nas causas em que estes valores não excedam 200 salários mínimos, os honorários deverão ser fixados entre o mínimo de 10% e o máximo de

Acesso ao Sumário

20% (inciso I); nas causas em que eles excedam 200 salários mínimos, mas não 2.000 salários mínimos, os honorários serão fixados, quanto aos primeiros 200 salários mínimos, na forma do inciso I, e, quanto aos demais, entre o mínimo de 8% e 10% (inciso II); e assim por diante, de forma escalonada.

Para fins de acesso aos Tribunais Superiores, consideram-se prequestionados todos os artigos legais e constitucionais mencionados pelos litigantes, ressalvando-se que o V. acórdão não está obrigado a rebater todos os argumentos suscitados, nem a discorrer sobre os dispositivos de lei invocados, se encontrou razões suficientes para fundamentar a decisão.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso. Sucumbente a apelante, majoro em 1% (dois por cento) a verba honorária, observando-se quanto à verba originalmente arbitrada as faixas definidas nos incisos do art. 85, § 3º do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1078860-04.2021.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CLAUDISON MICHEL DE SOUZA MESQUITA, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Em julgamento estendido, por maioria de votos, recurso não provido. Vencido o 3º Juiz, que declara", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.746)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores KLEBER LEYSER DE AQUINO (Presidente), ENCINAS MANFRÉ, JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA e MARREY UINT.

São Paulo, 25 de agosto de 2023.

CAMARGO PEREIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO C/ C DANOS MORAIS – CONCURSO PÚBLICO – Polícia Militar do Estado de São Paulo – Soldado de 2ª Classe – Reprovação na fase de investigação social – Decorre do poder discricionário da Administração recusar aqueles candidatos que não reúnam condições de exercer as atividades próprias do cargo, cabendo apenas ao Judiciário o exame da

legalidade do ato – Inexistência de ilegalidade – Sentença mantida – Recurso não provido.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de ação anulatória de ato administrativo proposta por Claudson Michel de Souza Mesquita em face da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, alegando, em síntese, ter prestado concurso público para ingresso no cargo de Soldado de 2ª Classe, sendo reprovado na fase da investigação social, o que reputa como ato abusivo e ilegal. Pretende a imediata reintegração no concurso, com a sua subsequente nomeação e posse, bem como a condenação da requerida ao pagamento de indenização por danos morais.

A sentença de fls. 280/284 julgou improcedente o pedido, extinguindo o processo, na forma do art. 487, inciso I, do CPC. Arcará o autor com o pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios da parte contrária, fixados em 10% sobre o valor corrigido da causa, observando-se a gratuidade da justiça.

Sobreveio recurso de apelação do autor (fls. 288/301) pugnando pela reforma da sentença, aduzindo os mesmos argumentos da inicial.

Contrarrazões apresentadas às fls. 307/322.

É o relatório.

Fundamento e voto.

O inconformismo não merece acolhida.

A exclusão do autor teve motivação e a ele foi dado conhecimento de que declarações falsas ou omissões acarretariam sua reprovação e a sua consequente exclusão do concurso. Verifica-se que ao preencher o Formulário de Investigação Social, o autor o fez com inexatidão de dados e omitiu informações relevantes.

A investigação procedida revelou que o candidato omitiu informações relevantes à Administração do concurso (fls. 148/158), não descrevendo detalhadamente os fatos de como incorreu em crime de receptação.

Ressalte-se que é requisito do edital – não questionado pelo autor quando se inscreveu – que haveria investigação social a respeito de sua vida.

A Constituição da República estabeleceu o princípio da ampla acessibilidade aos cargos, funções e empregos públicos, aos brasileiros que atendam aos requisitos previstos em lei, bem como aos estrangeiros, na forma da lei (art. 37, inc. I).

Apesar disso, a Constituição da República não estabeleceu nenhuma regra ou critério para realização do concurso público, ficando a cargo da entida-

Acesso ao Sumário

de da Administração Pública, direta ou indireta, estabelecer disposições para o preenchimento de vagas no quadro funcional, de acordo com as peculiaridades relativas ao exercício da função pública.

Desta forma, decorre do poder discricionário da Administração recusar aqueles candidatos que não reúnam condições de exercer as atividades próprias do cargo, cabendo apenas ao Judiciário o exame da legalidade do ato.

Segundo o edital de fls. 23/75, capítulo III. "*A inscrição do candidato implica o conhecimento e a aceitação das normas e condições estabelecidas neste Edital e anexos que o acompanham*."

Vale lembrar que a investigação social tem por finalidade averiguar a vida pregressa e contemporânea do candidato, quer seja social, moral, profissional, escolar, entre outros aspectos da vida em sociedade e, além disso, verificar se as informações fornecidas pelo candidato no Formulário de Investigação Social estão de acordo com as regras do Edital, bem como identificar condutas inadequadas ou omissas que conforme a gravidade poderão resultar na sua exclusão do certame, impedindo que pessoa com situação incompatível ingresse na Instituição.

Confiram-se, a propósito, precedentes desta Colenda Corte em caso análogo:

> *"AÇÃO ORDINÁRIA – Concurso Público para o cargo de Policial Militar 2ª Classe –Reprovação na fase de investigação social, sob o fundamento de que a conduta do candidato não é ilibada – A Administração Pública tem a prerrogativa de impor pré- requisitos para admitir servidores em seus quadros – Pretensão de desconstituição do ato de exoneração na fase de investigação social, com a consequente reintegração deste no cargo Impossibilidade – Discricionariedade da Administração – Inexistência de ilegalidade ou abuso de poder. Sentença de improcedência. Manutenção – Recurso do autor não provido."* (Apelação Cível nº 0181627-88.2010.8.26.0000, 9ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. REBOUÇAS CARVALHO, j. 12.03.2014).
>
> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação judicial para compelir a Administração a considerar candidato apto em fase de investigação social em concurso público para cargo de soldado de 2ª Classe PM – Tutela provisória de urgência antecipada –Indeferimento – Não configuração dos requisitos necessários para concessão da medida. RECURSO NÃO PROVIDO. Concessão de tutela provisória de urgência antecipada, para compelir a Administração a considerar candidato apto em fase de investigação social em concurso público para cargo de soldado de 2ª Classe PM, ou mesmo exibir documentos que levaram à sua exclusão, é inviável ante a não comprovação dos pressupostos legais, especialmente quando a questão posta nos autos exige ampla instrução e contraditório."* (TJSP; Agravo de Instrumento 2091232- 98.2019.8.26.0000; Relator: Vi-

Acesso ao Sumário

cente de Abreu Amadei; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 8ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 13/05/2019; Data de Registro: 13/05/2019)

"Agravo de Instrumento – Concurso Público – Provimento de cargo de Soldado da Polícia Militar –Reprovação na fase de investigação social – Tutela antecipada indeferida – Inexistência dos requisitos autorizadores – Recurso desprovido." (TJSP; Agravo de Instrumento 2092422-96.2019.8.26.0000; Relatora: Luciana Bresciani; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 3ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 13/05/2019; Data de Registro: 13/05/2019)

"Agravo de Instrumento. Mandado de segurança. Tutela de Urgência. Concurso Público. Polícia Militar. Candidato eliminado na etapa de investigação social. Pretensão de reintegração no certame. Liminar indeferida. Inconformismo. Não cabimento. Ausência dos requisitos que autorizam o deferimento de liminar em mandado de segurança. Decisão mantida. Recurso improvido." (TJSP; Agravo de Instrumento 2261796-47.2018.8.26.0000; Relatora: Paola Lorena; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 6ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 30/04/2019; Data de Registro: 03/05/2019)

Portanto, é de rigor a decretação de improcedência da ação, não havendo como dar guarida a pretensão do apelante, que manifesta mero inconformismo ao ato administrativo, sem, contudo, demonstrar de maneira contundente, a ilegalidade ou o abuso de poder do ato.

Diante do exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 16.587)

Trata-se de **apelação** interposta por **Claudison Michel de Souza Mesquita**, contra a r. **sentença** (fls. 280/284), proferida nos autos da **AÇÃO ORDINÁRIA**, ajuizada pelo apelante em face da **Fazenda Pública do Estado de São Paulo - FPESP**, que **julgou improcedente a ação.** Em razão da sucumbência, o apelante foi condenado ao pagamento das custas/despesas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, observada a gratuidade de justiça deferida a seu favor.

Adoto o relatório do ilustre Relator, Exmº. Sr. Dr. Des. CAMARGO PEREIRA, que **negou provimento** ao recurso do apelante, razão da presente declaração de voto.

Com efeito, o i. Relator consignou em seu d. voto:

> A exclusão do autor teve motivação e a ele foi dado conhecimento de que declarações falsas ou omissões acarretariam sua reprovação e a sua consequente exclusão do concurso. Verifica-se que ao preencher o Formulário de Investigação Social, o autor o fez com inexatidão de dados e omitiu informações relevantes.
>
> A investigação procedida revelou que o candidato omitiu informações relevantes à Administração do concurso (fls. 148/158), não descrevendo detalhadamente os fatos de como incorreu em crime de receptação.

Não obstante os judiciosos fundamentos adotados no voto, tenho que a apelação merece **PROVIMENTO EM PARTE**.

Trata-se de **ação anulatória c.c. indenização por danos morais** ajuizada pelo apelante em face da apelada, visando à nulidade do ato administrativo que o reprovou na fase de investigação social do concurso de Soldado PM de 2ª Classe, Edital 3/321/19, bem como a condenação da apelada ao pagamento do dano moral por ele sofrido.

O Juízo "a quo" **julgou improcedente a ação**.

De acordo com as informações prestadas pela apelada, a reprovação se deu em razão dos seguintes motivos (fls. 153/153): ao preencher o item nº 40 "c" do "Formulário de Avaliação da Conduta Social, da Reputação e da Idoneidade" (FACSRI), que versa sobre envolvimento em processos judiciais, o apelante constou que figurou como réu no Processo nº 0005480-80.2011.8.25.0040, de natureza Receptação, da Vara Criminal de Lagarto/SE. Contudo, na oportunidade que tinha de descrever detalhadamente os fatos na questão de nº 63, não o fez, apenas constou que incorreu em crime de Receptação e que cumpriu a pena imposta. Assim, o apelante teria omitido informações relevantes à Administração do concurso, infringindo um item objetivo do Edital, tentando ludibriar a pesquisa social, revelando ter um comportamento caracterizado pelo desrespeito ao dever de lealdade e pelo descompromisso com a verdade. Além disso, o edital prevê a exclusão de candidatos com registros policiais na condição de autor de Infração Penal.

Acesso ao Sumário

Pois bem, a previsão de etapa de **investigação social** no concurso para Soldado PM de 2ª Classe consta expressamente no subitem 6.0, do Capítulo XII, do Edital do Concurso Público, havendo o detalhamento do que é considerado incompatível com o exercício da profissão policial-militar:

> 6. A avaliação será realizada no intuito de identificar condutas inadequadas e reprováveis do candidato, nos mais diversos aspectos da vida em sociedade, incompatíveis com o exercício da profissão policial-militar, impedindo a aprovação, dentre outras hipóteses possíveis, de candidato:
>
> (...)
>
> **6.15. possuidor de postura e/ou comportamento que atentem**

contra a moral e os bons costumes;

6.18. possuidor de comportamento que possa comprometer a função de segurança pública ou confiabilidade da Polícia Militar do Estado de São Paulo; (negritei)

É cediço que o edital faz lei entre as partes. Contudo, deve ser observada a razoabilidade de determinadas exigências e as peculiaridades de cada caso concreto.

No caso em questão, há apenas a omissão de detalhes quanto à ação penal em que o apelante figurou como réu.

Deve-se destacar, contudo, que: (i) o apelante não omitiu a informação quanto à existência da referida ação penal e que (ii) a pena a ele imposta foi devidamente cumprida. Ou seja, tenho que as informações necessárias e relevantes, que incumbia ao apelante fornecer, foram devidamente registradas no "Formulário de Avaliação da Conduta Social, da Reputação e da Idoneidade" (fls. 153/154).

Não se olvide, de outra parte, que é assegurado ao apelante o direito de "não produzir provas contra si", que encontra respaldo na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22/11/1.969, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, promulgada em nosso ordenamento pelo Decreto Federal nº 678, 06/11/1.992.

Tal garantia encontra-se assim positivada:

Art. 8º.

(...)

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, **toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:**

g) **direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada**; (negritei)

Ademais, deve-se sublinhar que se trata de ato criminal praticado em 2011, vale dizer, **há doze anos**, cuja pena já foi devidamente cumprida, não podendo obstar eternamente que o apelante tenha êxito em um concurso público no qual foi aprovado em todas as demais etapas.

Inclusive, é o que se extrai do próprio **EDITAL**, que estabeleceu critério objetivo segundo o qual **a posse dos candidatos só seria obstada** se houvesse efetiva **condenação criminal, transitada em julgado**, em razão da qual **o cumprimento da respetiva pena aplicada tivesse se dado há menos de cinco anos**:

4. São condições para posse no cargo:

(...)

Acesso ao Sumário

4.11. Não ter sido, **nos últimos cinco anos** na forma da legislação vigente:

(...)

4.11.2. **Condenado em processo criminal transitado em julgado, contado o prazo a partir da data do cumprimento da pena.**

(...)

5.2. As condições discriminadas nos subitens 4.9 ao **4.11 serão verificadas na etapa de Avaliação da Conduta Social, da Reputação e da Idoneidade.** (negritei)

Com a devida vênia, parece-me um evidente contrassenso que um candidato condenado criminalmente e que tenha cumprido pena há mais de cinco anos **possa tomar posse no cargo**, enquanto outro candidato, que **apenas omitiu maiores detalhes sobre processo criminal** cuja pena já tenha cumprido **há mais de doze anos, seja reprovado do certame**.

Diante destas considerações, verifico que a Administração exorbitou os limites da discricionariedade, proferindo decisão de reprovação do candidato, ora apelante, na fase de **investigação social**, não existindo motivos consistentes para declarar sua incompatibilidade com o comportamento esperado de um membro da corporação, sem nada registrar o candidato na atualidade.

Sobre a matéria em análise, já se pronunciou este C. Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO – CONCURSO PARA INVESTIDURA NO CARGO DE SOLDADO PM DE 2ª CLASSE DA POLÍCIA MILITAR – EXCLUSÃO DO CANDIDATO NA FASE DE INVESTIGAÇÃO SOCIAL – INVESTIGAÇÃO QUE NÃO APRESENTA ELEMENTOS CONCRETOS CONTRA A CONDUTA DO APELANTE – Ato administrativo que determinou a reprovação do candidato praticado em desrespeito ao princípio da proporcionalidade, exorbitando os limites da discricionariedade – Fatos que não foram aptos a causar dano moral ao apelante – Indenização indevida – Sentença reformada – Recurso parcialmente provido. **(Apelação nº 0023659- 93.2011.8.26.0053, Rel. Des. Moreira de Carvalho; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 9ª Câm. de Direito Público; Data do julgamento: 15/08/2.012; Data de registro: 16/08/2.012).**

ATO ADMINISTRATIVO – CONCURSO PÚBLICO – CANDIDATO AO CARGO DE SOLDADO PM DE 2ª CLASSE MILITAR ESTADUAL – **EXCLUSÃO DO CERTAME POR AMBIÊNCIA CRIMINOSA**, DENTRE OUTROS MOTIVOS – Inexistência de antecedentes criminais, sentença condenatória, ou de um conjunto de situações que possa indicar incompatibilidade com os princípios policiais militares, que desabonem o autor propriamente dito – **Nenhuma pena passará da pessoa do condenado (art. 5°, XLV, da Constituição Federal) – Aplicação do princípio da transcendência ou pessoalidade da pena aplicável** – Circunstâncias informadas ao se inscrever – Solução do conflito por aplicação dos prin-

Acesso ao Sumário

cípios da razoabilidade e proporcionalidade – Não caracterizada a ocultação dolosa de informações no formulário de investigação social Má-fé que não se presume – Ação julgada improcedente – Sentença reformada – Recurso provido **(Apelação nº 1021608-19.2.016.8.26.0053, Rel. Des. Heloísa Martins Mimessi; Comarca: São Paulo; Órgão julg.: 5ª Câm. de Dir. Púb.; Data do julg.: 24/04/2.017; Data de reg.: 25/04/2.017)** (negritei)

APELAÇÃO – CONCURSO PARA INVESTIDURA NO CARGO DE SOLDADO PM DE 2ª CLASSE DA POLÍCIA MILITAR – EXCLUSÃO DO CANDIDATO NA FASE DE INVESTIGAÇÃO SOCIAL – **INVESTIGAÇÃO QUE NÃO APRESENTA ELEMENTOS CONCRETOS CONTRA A CONDUTA DO APELANTE – Ato administrativo que determinou a reprovação do candidato praticado em desrespeito ao princípio da proporcionalidade, exorbitando os limites da discricionariedade** – Fatos que não foram aptos a causar dano moral ao apelante – Indenização indevida – Sentença reformada –Recurso parcialmente provido. **(Apelação nº 0023659-93.2011.8.26.0053, Rel. Des. Moreira de Carvalho; Comarca: São Paulo; Órgão julg.: 9ª Câm. de Dir. Púb.; Data do julg.: 15/08/2.012; Data de reg.: 16/08/2.012)** (negritei).

No entanto, em relação ao pleito de condenação da apelada por **danos morais**, este não deve ser acolhido.

A exclusão no concurso não passa de mero aborrecimento da vida cotidiana, não sendo o suficiente para ensejar a caracterização de um dano moral. Ademais, a Administração agiu com total boa fé e de forma fundamentada.

A respeito do tema, esta C. 3ª Câmara de Direito Público já decidiu:

AÇÃO ANULATÓRIA – ATO ADMINISTRATIVO – CONCURSO PÚBLICO – Soldado PM 2ª Classe – Reprovação na fase de investigação social – Ambiência criminosa – Inocorrência – A pesquisa social deve se resumir na vida pregressa da pessoa do candidato, e não de seus parentes e afins– Existência de Boletim de Ocorrência, em que o candidato consta como autor em crime de injúria – Fato que não se mostra suficiente para a exclusão do candidato do certame – Não houve instauração de inquérito policial, muito menos de processo criminal, motivo pelo qual o candidato não possui antecedentes criminais – Aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade – **Dano moral – Inocorrência – Trata-se apenas de meros aborrecimentos vivenciados pelo apelante, que não ensejam a caracterização de um dano moral – Sentença reformada** – Recurso parcialmente provido. **(Apelação nº 1046635-38.2015.8.26.0053; Rel. Des. Camargo Pereira; Comarca: São Paulo; Órgão julg. 3ª Câm. de Dir. Púb.; Data do julg.: 01/11/2.016; Data de reg.: 03/11/2.016).** (negritei)

Diante da sucumbência recíproca, cada parte deverá arcar com 50% das

despesas e custas processuais, com base no artigo 86, "caput", do Código de Processo Civil[1], observada a isenção da apelada, bem como com o pagamento dos honorários advocatícios da parte contrária, fixados em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa (R$ 79.644,72, de 20/12/2.021), observada a gratuidade de justiça deferida ao apelante.

Ante o exposto, **pelo meu voto vencido, DOU PROVIMENTO EM PARTE à presente apelação, para JULGAR PROCEDENTE em parte a ação**, declarando **nulo** o **ato administrativo** que **reprovou o apelante na investigação pessoal, reintegrando-o ao certame**. Sucumbência recíproca, como acima estipulada.

KLEBER LEYSER DE AQUINO, 3º Juiz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1055684-69.2016.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes/apelados PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO e IBM BRASIL - INDÚSTRIA, MÁQUINAS E SERVIÇOS LTDA.

ACORDAM, em 14ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U., ressalvado entendimento do 2º juiz quanto à fixação dos honorários e não aplicação da taxa SELC. Sustentou oralmente o Dr. Marco Antônio Gomes Behrndt, OAB/SP 173362", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 54.409)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente) e JOÃO ALBERTO PEZARINI.

São Paulo, 14 de setembro de 2023.

GERALDO XAVIER, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelações. Ação anulatória de lançamentos de imposto sobre serviços de qualquer natureza. Decadência. Janeiro a novembro de 2008 e de 2009. Recolhimento a menor. Lançamento por homologação a destempo. Termo inicial da contagem do prazo. Data do fato gerador (artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional).

Imposto sobre serviços de qualquer natureza (itens

1 Art. 86. Se cada litigante for, em parte, vencedor e vencido, serão proporcionalmente distribuídas entre eles as despesas.

1.01, 1.02, 1.03, 1.07, 7.02, 8.02, 14.01, 14.06, 17.02, 17.03, 17.20 e 17.24 da lista anexa à Lei Complementar 116/2003). Falta de prova de que o resultado da prestação dos serviços tenha sido colhido unicamente em território estrangeiro. Exportação não configurada (artigos 156, § 3º, II, da Constituição Federal e 2º, parágrafo único, do Código Tributário Nacional). Incidência do tributo.

Atualização monetária do débito pelo índice de preços ao consumidor amplo (IPCA). Reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de inconstitucionalidade, de que os Estados-membros da federação detêm competência legislativa para instituir índice de correção monetária de débitos tributários, observado como limite o estabelecido em lei federal sobre a matéria (taxa básica de juros do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - Selic). Posição que se há de estender aos municípios. Alegação de excesso de cobrança. Falta de prova a respeito.

Juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês. Previsão em lei municipal e no artigo 161, § 1º, do Código Tributário Nacional. Inaplicabilidade do tema 1.062 da lista das questões constitucionais com repercussão geral do Supremo Tribunal Federal. Apelos parcialmente providos.

VOTO

Cuida-se de ação anulatória de lançamentos de imposto sobre serviços de qualquer natureza do período de janeiro a novembro de 2008 e de 2009, promovida por IBM Brasil Indústria, Máquinas e Serviços Limitada em face do município de São Paulo[2].

Alega-se indevida a cobrança do imposto no tocante a rendas oriundas de serviços prestados a empresas do mesmo grupo da autora e de clientes estabelecidos no exterior; sustenta-se que o resultado dos diversos serviços produziu-se fora do território nacional, razão pela qual não incide o tributo (artigo 2º, I, da Lei Complementar 116/03); afirma-se nulos 39 (trinta e nove) autos de infração, pois a análise dos documentos feita pelo auditor fiscal que os lavrou foi por amostragem, além de superficial a decisão administrativa a respeito; afiança-se violado o artigo 112, II, do Código Tributário Nacional pela decisão prolatada no julgamento do recurso administrativo; argui-se decadência do direito de lan-

2 Valor da causa em 7 de dezembro de 2016: R$ 19.405.421,28.

Acesso ao Sumário

çar o tributo; pondera-se que os juros e correção monetária superam o índice federal a propósito (taxa Selic); verbera-se aplicação de juros moratórios sobre multa por descumprimento de obrigação tributária acessória.

Acolhido o pedido e condenado o município a arcar com honorários advocatícios de R$ 15.000,00 (folhas 2.589 a 2.596), apelam tempestivamente ambas as partes: aquele aduz não verificada exportação de serviço e hígidos os lançamentos, razão pela qual postula inversão do resultado do julgamento; a autora, por sua vez, almeja majoração da verba honorária para valor entre R$ 1.150.271,06 (um milhão, cento e cinquenta mil, duzentos e setenta e um reais e seis centavos) e R$ 1.792.433,70 (um milhão, setecentos e noventa e dois mil, quatrocentos trinta e três reais e setenta centavos).

Recebidos e processados, somente o recurso do município foi respondido.

A hipótese comporta reexame necessário da sentença (artigo 496, I, do Código de Processo Civil).

Eis, sucinto, o relatório.

Os apelos merecem parcial abrigo. Cumpre reconhecer decadência de alguns dos créditos.

Com efeito.

De acordo com o artigo 173, I, do Código Tributário Nacional, o Fisco tem cinco anos para constituir, via lançamento, o seu crédito. O prazo conta-se, em regra, do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

No caso em tela os autos de infração indicam que a autora "recolheu o ISS a menor" – ou seja, houve pagamento parcial – antecipado. Portanto, a hipótese é de lançamento por homologação e o termo "a quo" do prazo de decadência coincide com o fato gerador, conforme previsto no artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional.

Em relação aos autos de infração 66.842.204, 66.842.212, 66.842.298, 66.842.310, 66.842.328 e 66.842.344 (folhas 2.131 a 2.136), os fatos geradores do imposto ocorreram entre janeiro e dezembro de 2008, porém o lançamento somente se deu em 23 de dezembro de 2013, após o transcurso do lustro decadencial relativo ao período encerrado em novembro de 2008.

No que concerne aos autos de infração 66.957.702, 66.957.737, 66.957.770, 66.957.800, 66.957.826 e 66.957.842 (folhas 2.138 a 2.143), os fatos geradores ocorreram entre janeiro e dezembro de 2009, porém o lançamento só se verificou em 1º de dezembro de 2014, quando já operada decadência no concernente ao lapso findo em novembro de 2009.

Em suma: é caso de proclamar decadência dos créditos lançados nos autos de infração 66.842.204, 66.842.212, 66.842.298, 66.842.310, 66.842.328,

Acesso ao Sumário

66.842.344, 66.957.702, 66.957.737, 66.957.770,

66.957.800, 66.957.826 e 66.957.842, cujos fatos geradores se produziram entre janeiro e novembro de 2008 e de 2009.

Estabelecida a decadência de parte dos créditos impugnados, passa-se à análise das demais alegações suscitadas nos apelos.

Conforme já estabelecido no acórdão de folhas 2.936 a 2.942, não basta que a contratação do serviço seja feita por empresa com sede em outro país. Imprescindível que o respectivo resultado útil se colha única e exclusivamente fora do território nacional.

Os autos de infração 66.842.204, 66.957.702, 66.957.869, 66.958.040, 66.958.199 e 66.958.474 referem-se ao item 1.01 da lista anexa à Lei Complementar 116/2003 (análise e desenvolvimento de sistemas). O laudo oriundo da prova pericial analisou referidos serviços e os documentos apresentados pela autora nas respostas ao quesito D (folhas 8.397 e seguintes).

Parte dos serviços mencionados no anterior parágrafo foi prestada para Telefónica del Peru, Telefónica Chile e Compañia de Telecomunicaciones de Chile; trata-se de "serviços técnicos especializados de manutenção corretiva e evolutiva para os sistemas ATIS – módulos IN e AC" e "extensão física ATIS". Como se apurou, sistema ATIS é o sistema de unificação de "faturamento, cobrança e relacionamento com os clientes das quatro subsidiárias da Telefónica na América Latina – Brasil, Argentina, Chile e Peru" (folhas 8.409).

Na cópia do contrato entre a autora e Telefónica del Peru observa-se que os "serviços técnicos especializados de manutenção corretiva e evolutiva para os sistemas ATIS módulos IN e AC" foram prestados em solo nacional, nas instalações da Telesp no Brasil; a responsável pela administração do projeto foi a Direção do Projeto Central ATIS- LATAM, situada na cidade de São Paulo (folhas 4.876/4.920). Nesses termos, verifica-se que, muito embora a tomadora dos serviços seja sociedade estrangeira, toda a prestação destes desenvolveu-se em território nacional, em empresa brasileira do grupo da contratante, utilizando-se da estrutura física da Telesp; coube a equipe nacional acompanhar o desenvolvimento de tudo e conferir a aprovação para que a contratante efetuasse o pagamento no Peru.

Os contratos firmados pela demandante com as demais empresas de telecomunicações não foram apresentados, razão pela qual desconhecidos o objeto e a forma de execução dos serviços.

Com base na prova produzida não é possível inferir que a prestação de serviços produziu efeitos unicamente alhures; bastante provável que a análise e desenvolvimento de sistemas também tenha repercutido no território nacional, tendo em vista que a Telefónica Brasil faz parte do sistema ATIS e as atividades da IBM ocorreram no estabelecimento da Telesp.

Acesso ao Sumário

Também houve serviço de análise e desenvolvimento de sistema para a IBM Espanha, cujo contrato completo não veio aos autos; tem-se apenas o acordo intercompanhias, cujo objeto é "atribuição de RIBOLLA Silvana, SW IOT Marketing" (folhas 4.689/4.691). Não se conhecem outros dados, não se sabe exatamente em que consistiu a prestação, onde foi executada; portanto, não se sabe onde colhidos os resultados.

De sorte que, em relação aos autos de infração 66.842.204, 66.957.702, 66.957.869, 66.958.040, 66.958.199 e 66.958.474, faltam provas capazes de desconstituir os lançamentos. Indemonstrada a efetiva exportação de serviços.

Quanto ao auto de infração 66.958.202, o enquadramento do serviço se fez com base no item 1.02 da lista anexa à Lei Complementar 116/2003 (programação) e a análise pericial encontra-se nas respostas ao quesito J (folhas 8.432 e seguintes). Trata-se de prestação contratada pela IBM World Trade, sediada nos Estados Unidos da América. O documento apresentado a respeito, o contrato intercompanhias, tem como objeto "Recuperação – Atila tini GIAS" (folhas 5.496 a 5.498). Mais uma vez não se forneceram informações consistentes sobre a natureza do serviço, onde se deu a prestação e onde se produziram os efeitos, de forma que não comprovada a exportação, conquanto estrangeira a empresa tomadora.

Nos autos de infração 66.842.212, 66.957.737, 66.957.885, 66.958.059 e 66.958.482 o lançamento se reporta ao item 1.03 da lista anexa à Lei Complementar 116/2003 (processamento, armazenamento ou hospedagem de dados, textos, imagens, vídeos, páginas eletrônicas, aplicativos e sistemas de informação, entre outros formatos, e congêneres) e a análise pericial encontra-se nas respostas ao quesito H (folhas 8.425 e seguintes). Apresentou-se o contrato intercompanhias, no qual se indica como contratante a IBM México; descreve-se o objeto como "suporte e uso dos sistemas BMS LA" (folhas 5.380/5.382). Novamente não ofertadas informações credíveis sobre a natureza do serviço, onde se deu a prestação e onde se produziram os efeitos; não comprovada a exportação, malgrado estrangeira a empresa tomadora.

Nos autos de infração 66.842.298, 66.957.770, 66.957.958, 66.958.091 e 66.958.237 o código de serviço é o 1.07 da lista anexa à Lei Complementar 116/2013 (suporte técnico em informática, inclusive instalação, configuração e manutenção de programas de computação e bancos de dados) e a análise da perícia está nas respostas ao quesito E (folhas 8.411 e seguintes). De acordo com o modelo de contrato apresentado (folhas 4.990 a 4.995), o objeto do serviço é "suporte e teste das últimas versões de SW, Centro de Comandante e Help Desk. Suporte de tecnologia relacionado a: AIX, PSM, Série MQ, Whebsphere, servidores Proxy, ISSI e TSM. Planejamento e implementação e solução para os serviços da IBM Brasil para América Latina" e toda a prestação desenvolveu-se no território nacional (São Paulo, Rio de Janeiro e Hortolândia). Muito embora

Acesso ao Sumário

se indique como lugar da produção de efeitos unicamente o México, a descrição do serviço deixa claro que a operação implementa solução para os serviços da IBM Brasil. Dúvida não resta, por conseguinte, de que os efeitos atingem o território nacional.

Quanto ao auto de infração 66.957.850, o serviço diz com o item 7.02 da lista anexa à Lei Complementar 116/2003 (execução de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes) e foi apreciado pelo perito do juízo nas respostas ao quesito I (folhas 8.428 e seguintes). De início chama a atenção a natureza do serviço, já que não se relaciona com o artigo 2º do contrato social da autora, tampouco com a atividade cadastrada na Receita Federal (folhas 103, 104 e 116). A tomadora é a IBM México, o objeto é "ICA Assignee – Ana Paola Hernandes" (folhas 5.306 a 5.308) e não há documentos a respeito da obra executada. As notas fiscais discriminam "contratação de serviços profissionais", mas inexistem comprovantes de viagem de empregados ao México no período (os reembolsos apresentados referem-se a período posterior ao tributado – folhas 5.354 e seguintes).

Como se vê, não há prova da prestação de serviço de construção civil no México, tampouco de que algum serviço ali executado tenha produzido efeitos apenas no exterior. Não se pode afastar a presunção de legitimidade do respectivo lançamento.

Os autos de infração 66.842.328, 66.957.826, 66.957.990, 66.958.164 e 66.958.296 dizem com o item 8.02 da lista anexa à Lei Complementar 116/2003 (instrução, treinamento, orientação pedagógica e educacional, avaliação de conhecimentos de qualquer natureza) e são objeto das respostas ao quesito C do laudo pericial (folhas 8.382 e seguintes). Não se apresentou contrato a propósito, apenas um modelo; demais, não há prova de deslocamento de empregados para o Panamá, tampouco detalhes sobre o serviço prestado. Também aqui a autora não comprovou a produção de efeitos apenas em território estrangeiro; não há documentos nesse sentido.

No tocante aos autos de infração 66.842.310, 66.957.800, 66.957.982 e 66.958.156, relacionados ao item 17.02 da lista anexa à Lei Complementar 116/2013 (datilografia, digitação, estenografia, expediente, secretaria em geral, resposta audível, redação, edição, interpretação, revisão, tradução, apoio e infra-estrutura administrativa e congêneres), analisados no quesito F do laudo pericial (folhas 8.419 e seguintes), verifica-se: os tomadores dos serviços, nomeados "CRM Brazil – 2008 – Translation/Quotation Team" são IBM Austrália e Japão" (folhas 5.466/5.468). Novamente não se fez prova de onde prestados os serviços nem onde emanaram efeitos. Não se vislumbra vício nos lançamentos a propósito.

Os autos de infração 66.958.024, 66.958.172, 66.958.547, 66.958.598 e

Acesso ao Sumário

66.958.601, relacionam-se ao item 17.03 da lista anexa à Lei Complementar 116/2013 (planejamento, coordenação, programação ou organização técnica, financeira ou administrativa), examinado nas respostas ao quesito B do laudo pericial (folhas 8.362 e seguintes) O serviço foi contratado pela IBM México e prestado na cidade de São Paulo, mas não há maiores informações sobre a atuação da autora, tampouco sobre o lugar da produção dos resultados.

O auto de infração 66.958.270 refere-se ao item 17.20 da lista anexa à Lei Complementar 116/2013 (consultoria e assessoria econômica ou financeira) e foi analisado na resposta ao quesito G do laudo do perito do juízo (folhas 8.422 e seguintes). A respeito demonstrou-se apenas que a prestação do serviço "ICA Marcelo Lyra Porto 2012" (folhas 5.249 a 5.251) foi contratada pela IBM World Trade e pela IBM USA, ambas estabelecidas nos Estados Unidos da América. Informações mais detalhadas sobre a execução e a produção de efeitos do serviço não vieram aos autos.

Em relação aos autos de infração 66.842.344, 66.957.842 e 66.958.016 (código 14.01 da lista anexa à Lei Complementar 116/2013 – lubrificação, limpeza, lustração, revisão, carga e recarga, conserto, restauração, blindagem, manutenção e conservação de máquinas, veículos, aparelhos, equipamentos, motores, elevadores ou de qualquer objeto), 66.958.008, 66.958.300 e (item 14.06 – instalação e montagem de aparelhos, máquinas e equipamentos); e 66.958.288 (item 17.24 – apresentação de palestras, conferências, seminários e congêneres), não se formularam quesitos a respeito e o laudo pericial não analisou tais serviços. Além disso, aparentemente não há nos autos documentos pertinentes ao tema. Não se demonstrou vício nos lançamentos a propósito.

Ressalte-se uma vez mais: não basta que a contratação do serviço seja feita por empresa sediada em outro país. Mister que o respectivo resultado se colha única e exclusivamente fora do território nacional.

A autora, em todos os casos acima analisados, considerou existir exportação de serviço pelo mero fato de estar a tomadora no exterior, como se vê dos acordos intercompanhias (ICA). Mas tal não é suficiente para caracterizar imunidade tributária.

Acesso ao Sumário

Não se pode presumir exportação dos serviços apenas porque pessoas jurídicas estrangeiras os tomadores. Cumpre provar de maneira cabal em que consistiu a prestação daqueles e onde se deu a fruição da utilidade resultante.

Nada denota se tenha exigido recolhimento de ISS descabido. Era da autora o ônus da prova do fato constitutivo de seu direito, nos termos do artigo 373, I, do Código de Processo Civil. Mas desse ônus ela não se desincumbiu. E, como de geral sabença, "Allegatio et non probatio, quasi non allegatio". Subsiste, de conseguinte, a presunção de legalidade dos atos administrativos (artigo 204 do Código Tributário Nacional).

O Parecer Normativo 4/2016 da Secretaria de Finanças do município de São Paulo não altera as conclusões acima expostas. Como já se afiançou, a autora não demonstrou que o resultado dos serviços produziu efeitos somente em território alienígena. Especificamente em relação aos serviços de informática, não há documento a comprovar que "o sistema, programa de computador, base de dados ou equipamento" se vincule a pessoa estrangeira e não a pessoa estabelecida no Brasil (artigo 2º, I, do referido ato normativo). Da mesma forma não se evidenciou que, no tocante aos serviços de apoio técnico, "os respectivos bens ou os interesses econômicos" não estavam no Brasil e sim no exterior.

Imperioso, destarte, reconhecer não configurada imunidade tributária. Passa-se agora à análise das demais alegações da demandante.

Não são nulos os autos de infração, visto como propiciaram o exercício de ampla defesa. A contribuinte revelou inequívoca ciência dos serviços sobre cujas rendas incide o tributo, apresentou impugnação e recursos no âmbito administrativo. Além disso, os autos de infração e seus anexos satisfazem os requisitos prescritos no artigo 142, "caput", do Código Tributário Nacional, bem como no artigo 5º, LV, da Magna Carta (folhas 2117 "usque" 2172). De cerceamento de defesa ou de violação ao contraditório, pois, não se cogite.

Convém frisar que eventuais nulidades em processos administrativos decorrentes da impugnação aos autos de infração não possuem agora maior relevância, já que no âmbito jurisdicional é amplo o debate e a autora teve oportunidade de deduzir, com largueza, todas as suas alegações contra os lançamentos tributários. Aquelas possíveis nulidades acham-se inteiramente superadas, até porque não dizem diretamente com os referidos autos de infração, mas antes com os processos administrativos em si mesmos considerados.

Relativamente à atualização do montante da dívida, argumenta-se ilegal a utilização do índice de preços ao consumidor amplo (IPCA) mais juros de 1% (um por cento) ao mês.

Reza o artigo 3º da Emenda Constitucional 113/2021, "in verbis":

"Art. 3º Nas discussões e nas condenações que envolvam a Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, de remuneração do capital e de compensação da mora, inclusive do precatório, haverá a incidência, uma única vez, até o efetivo pagamento, do índice da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic), acumulado mensalmente."

Da análise do dispositivo legal recém- transcrito extrai-se claramente que o índice nele mencionado se aplica apenas às discussões e condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza, mas não à cobrança de créditos da mesma pessoa jurídica. Os critérios gramatical e lógico de interpretação patenteiam descabido entendimento diferente. Isso porque o texto

Acesso ao Sumário

em comento insere-se em norma cujo escopo "é estabelecer o novo regime de pagamentos de precatórios, modificar normas relativas ao Novo Regime Fiscal e autorizar o parcelamento de débitos previdenciários dos Municípios"; além disso, há expressa referência às condenações impostas à Fazenda Pública. O termo "discussões" deve ser compreendido no sentido de demandas em curso, das quais, eventualmente, possa emergir condenação da Fazenda Pública. Os créditos desta em nenhum momento constituem objeto da norma. Daí que impende alterar a decisão impugnada.

O Supremo Tribunal Federal já reconheceu, ao julgar a ação direta de inconstitucionalidade 442, limite ao exercício da competência legislativa concorrente dos Estados-membros para estabelecer índice de correção monetária de créditos tributários:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 113 DA LEI N. 6.374, DE 1º DE MARÇO DE 1.989, DO ESTADO DE SÃO PAULO. CRIAÇÃO DA UNIDADE FISCAL DO ESTADO DE SÃO PAULO - UFESP. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA PELO ÍNDICE DE PREÇOS AO CONSUMIDOR - IPC. UNIDADE FISCAL DO ESTADO DE SÃO PAULO COMO FATOR DE ATUALIZAÇÃO DOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS. ARTIGO 24, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. 1. Esta Corte, em oportunidades anteriores, firmou o entendimento de que, embora os Estados-membros sejam incompetentes para fixar índices de correção monetária superiores aos fixados pela União para o mesmo fim, podem defini-los em patamares inferiores --- incentivo fiscal. Precedentes. 2. A competência dos Estados-membros para fixar índices de correção monetária de créditos fiscais é tema que também foi examinado por este Tribunal. A União e Estados-membros detêm competência legislativa concorrente para dispor sobre matéria financeira, nos termos do disposto no artigo 24, inciso I, da CB/88. 3. A legislação paulista é compatível com a Constituição de 1988, desde que o fator de correção adotado pelo Estado- membro seja igual ou inferior ao utilizado pela União. 4. Pedido julgado parcialmente procedente para conferir interpretação conforme ao artigo 113 da Lei n. 6.374/89 do Estado de São Paulo, de modo que o valor da UFESP não exceda o valor do índice de correção dos tributos federais." (Tribunal Pleno, relator Ministro EROS GRAU, 14 de abril de 2010).

O entendimento da Corte Maior deve ser estendido aos municípios: "Ubi eadem ratio ibi eadem jus".

A Lei Municipal 3.750/1971, a seu turno, legitimamente determina se corrijam os créditos tributários pelo IPCA, porém não se pode admitir, na esteira do decidido pelo Supremo Tribunal Federal, extrapole a atualização, considerada mês a mês, a Selic.

Acesso ao Sumário

No caso concreto faltam elementos a demonstrar que o IPCA supera a taxa Selic.

Em relação aos juros moratórios, inexiste decisão judicial que os limite. A restrição da Corte Maior cinge-se à correção monetária dos débitos tributários que supere o índice estabelecido por lei federal.

Há **lei nacional** que permite aplicação de juros moratórios de 1% (um por cento ao mês) sobre débitos tributários, caso outra lei não disponha de modo diferente (artigo 161, § 1º, do Código Tributário Nacional). E aqui, por lei, deve-se entender "lei do ente tributante". Por conseguinte, a **lei federal** que estipula índice de juros diferente de 1% (um por cento) para a mora dos tributos instituídos pela União aplica-se apenas no âmbito federal, respeitada a lei nacional sobre a matéria (CTN) e a autonomia dos demais entes públicos para estabelecer seus índices, observado o limite de 1% (um por cento) ao mês.

De sorte que inaplicável o decidido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do tema 1.062 da lista das questões constitucionais com repercussão geral ao caso em apreço, que o Código Tributário Nacional autoriza a adoção de índice de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês (assim como proclamado no julgamento do agravo em recurso extraordinário 1.275.617, o qual limita-se a aplicar o tema 1.062 a um caso concreto).

Eis a jurisprudência desta corte:

"APELAÇÃO – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – ISS – Exercício de 2017 –Legislação Municipal que adota IPCA como índice para correção monetária e juros moratórios de 1% ao mês – Observância dos parâmetros estabelecidos pelo STF no RE 870.947/SE – Tema 810 e pelo STJ Tema 905 – Inaplicabilidade do Tema 1.062, do STF – Sentença mantida. Recurso desprovido." (Apelação 1004206-71.2021.8.26.0562, Décima Quarta Câmara de Direito Público, relator Desembargador Octavio Machado de Barros, julgado em 28.1.2022);

"Embargos à execução fiscal – Alegação de inconstitucionalidade da base de cálculo da taxa de lixo não arguida na origem – Inovação recursal – Recurso não conhecido no ponto –Alegação de nulidade na CDA por utilização de juros de mora e índice de correção monetária superiores à SELIC – Possibilidade de utilização, pelo Município, de juros de mora de 1% ao mês e correção pelo IPCA-E – Tema 1.062 do STF não aplicável – Proibição de criação de índice próprio de correção monetária, e não utilização de índice oficial utilizado pelo governo federal – Juros que, nos termos do Art. 161 do CTN, podem ser fixados pela legislação local, não sendo a lei federal que estabelece a SELIC como índice para os créditos fiscais federais extensível aos Municípios, que tem autonomia para fixar juros próprios, em especial quando no mesmo índice já fixado no CTN – SELIC que, do mais, não é índice apto a indicar a desvalorização

Acesso ao Sumário

da moeda, de modo que obrigar sua utilização pelos Município seria inconstitucional, nos termos do Tema 810 do STF, que declarou que índices que não representem a desvalorização da moeda representam violação ao direito de propriedade – Inexistência de nulidade na CDA – Recurso conhecido parcialmente e, na parte conhecida, improvido." (Apelação 1016315-54.2020.8.26.0562, Décima Quinta Câmara de Direito Público, relatora Desembargadora Tania Mara Ahualli, julgado em 3.8.2021);

"Apelação – Embargos à execução fiscal – ISSQN – Acórdão que extinguiu parte dos pedidos, sem resolução de mérito, em razão da coisa julgada – Quanto à parte conhecida, determinou-se a utilização do IPCA-E mais juros de 1% ao mês com relação a crédito tributário – Juízo de retratação em razão do pronunciamento do C. STF quanto ao Tema nº 1.062 – Devolução do instrumento à Turma Julgadora para eventual adequação da fundamentação do acórdão, nos termos do art. 1.040, II, do CPC/2015 – Manutenção do acórdão recorrido – Aplicação do Tema nº 810 – Tese que afasta a aplicação da TR, por não se tratar de instrumento que captura o fenômeno inflacionário – Raciocínio que se aplica inteiramente à Taxa SELIC, que se trata de instrumento referente a operações interbancárias lastreadas em títulos federais – Taxa que se refere a juros compensatórios, que naturalmente devem ser inferiores aos juros moratórios, sob a pena de claro desincentivo ao adimplemento voluntário – Inaplicabilidade do Tema nº 1.062 – Acórdãos mantidos." (Apelação 1030803-19.2017.8.26.0562, Décima Oitava Câmara de Direito Público, relator Desembargador Roberto Martins de Souza, julgado em 28/07/2020);

"JUÍZO DE RETRATAÇÃO. Artigo 1.030, II, do CPC/2015. Julgamento do ARE n. 1.216.078/SP (Tema 1.062 do C. STF). Devolução à Turma Julgadora para adequação ou manutenção da decisão. Recurso extraordinário que objetiva reformar o capítulo do acórdão recorrido que validou a utilização do IPCA para fins de correção monetária e dos juros de mora em 1% ao mês. Pretensão de que as verbas decorrentes do acordo ao qual a requerente aderiu, inclusive em case de descumprimento, sejam limitado à variação da Taxa Selic. Correção monetária pelo IPCA e juros moratórios de 1% a.m. previstos em lei municipal. IPCA que caracteriza índice nacional de atualização monetária e é referido em precedentes recentes do C. STF como representativo da manutenção do poder aquisitivo da moeda perante a inflação. Taxa Selic cujo percentual sequer é fixado por Lei e que nesta data está em 6,25% ao ano, montante que sequer atinge os juros de mora de 1% ao mês previstos no CTN (recepcionado pela CF/1988 com força de Lei Complementar Nacional). Manutenção do v. Acórdão recorrido, nos termos do artigo1.041, caput, do CPC/2015." (apelação 1014893-78.2019.8.26.0562, Décima Oitava Câmara de Direito Público, relator Desembargador Ricardo Chimenti, julgado em 26.10.2021) (grifos inexistentes nos originais).

Acesso ao Sumário

Seguem excertos da decisão cuja ementa por último se transcreveu:

"Muito embora o C. STF, por meio de v. Acórdão proferido em 30/08/2019 e transitado em julgado em outubro de 2019 (Recurso Extraordinário com Agravo, processado sob o rito da Repercussão Geral - ARE 1.216.078), tenha fixado tese de que 'Os estados-membros e o Distrito Federal podem legislar sobre índices de correção monetária e taxas de juros de mora incidentes sobre seus créditos fiscais, limitando-se, porém, aos percentuais estabelecidos pela União para os mesmos fins', não fixou expressamente a taxa SELIC (cujo percentual sequer é fixado por meio de lei) como limite ou teto para tanto.

"Ademais, segundo o próprio C. STF, a adoção da taxa SELIC depende de previsão legal específica do ente federativo:

"'[...] É legítima a utilização, por lei, da taxa SELIC como índice de atualização de débitos tributários (RE 582.461, Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 18/8/2011, Tema 214 da Repercussão Geral). [...]' (ARE 1288320 AgR, Relator: LUIZ FUX (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-047 DIVULG 11-03-2021 PUBLIC 12-03-2021)

"'[...] Inexistência de violação do princípio da legalidade na incidência da Selic para a atualização de débito tributário, desde que exista lei legitimando o uso desse índice. [...]' (ARE 897254 AgR, Relator: DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 27/10/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 11-12-2015 PUBLIC 14-12-2015)

"E ainda: ARE 1137271 AgR, Relator: Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 06/09/2019, Processo Eletrônico DJe-219 Divulg 08-10-2019 Public 09-10-2019; e ARE 864053 AgR, Relator: Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 27/04/2020, Processo Eletrônico DJe-119 Divulg 13-05-2020 Public 14-05-2020.

"Não é demais registrar que em 03/10/2019, ao julgar os quartos embargos de declaração no Tema de Repercussão Geral n. 810, RE 870.947, o C. STF reafirmou a necessidade de se aplicar nas relações jurídicas que envolvem a Fazenda Pública índices de atualização monetária que efetivamente recomponham poder de compra da moeda frente à inflação (a exemplo do IPCA-E de abrangência nacional), sendo que os juros fixados por lei complementar da União são de 1% ao mês (art. 161, § 1º do CTN). O V. acórdão transitou em julgado em março de 2020 e pela técnica do *overruling* sua inteligência deve prevalecer no caso concreto.

"Portanto, não é o caso de juízo de retratação, vez que não há qualquer discordância da tese definida pelo E. Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral (Tema 1062), aqui harmonizada com o que foi decidido no julgamento do Tema n. 810 da mesma Corte Suprema."

Acesso ao Sumário

Assim, legítima a aplicação de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês. E, indemonstrado que o IPCA supera a taxa Selic, de rigor manter a cobrança.

Em epítome: cabe parcial abrigo à pretensão do ente político, que o caso é de incidência do tributo, porém cumpre retirar da cobrança os créditos atingidos pela decadência.

Posto isso, dá-se parcial provimento aos apelos: proclama-se decadência dos créditos cujos fatos geradores ocorreram entre janeiro e novembro de 2008 e no mesmo período de 2009; rejeitam-se os demais pedidos formulados na petição inicial.

Há sucumbência parcial de ambas as partes. Assim, cada uma arcará com as despesas processuais em que incorreu, o Fisco pagará a verba honorária de sucumbência de 3% (três por cento) dos créditos decaídos atualizados e a autora suportará verba advocatícia de 3% (três por cento) da cobrança subsistente atualizada (artigo 85, §§ 2º, 8º e 11 do Código de Processo Civil).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1029266-40.2017.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado CARGOLIFT LOGÍSTICA S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, em julgamento estendido, readequaram o acórdão, para REJEITAR os embargos de declaração. Vencida a Relatora sorteada, que declara. Acórdão com o 2º Juiz", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.585)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores KLEBER LEYSER DE AQUINO, vencedor, PAOLA LORENA, vencida, KLEBER LEYSER DE AQUINO (Presidente), JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA, MARREY UINT e CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 19 de setembro de 2023.

KLEBER LEYSER DE AQUINO, Relator Designado

Acesso ao Sumário

Ementa: RECURSO ESPECIAL – DEVOLUÇÃO DOS AUTOS À TURMA JULGADORA, PARA EVENTUAL READEQUAÇÃO DO VOTO, EM CUMPRIMENTO AO DISPOSTO NO ART. 1.040,

II, DO CPC – Adequação ao decidido no RESP nº 1.850.512/SP, (TEMA nº 1076, de 31/05/2.022, do STJ) – Adequação do acórdão que deu provimento aos embargos de declaração, para fixar a verba honorária advocatícia, por equidade, em R$ 25.000,00, (vinte e cinco mil reais) – A fixação de honorários advocatícios por equidade, segundo o TEMA nº 1076, supracitado, se limita às hipóteses de valor da causa for muito baixo e proveito econômico irrisório ou inestimável – Não presentes os referidos requisitos – Ausência de hipótese de fixação de honorários advocatícios por equidade – Honorários que foram corretamente fixados pela r. sentença (fls. 1.775/1.779 e 1.797) no percentual mínimo da tabela do art. 85, § 3º, do CPC e majorados, no acórdão embargado, para 1% acima do valor fixado em liquidação de sentença – ACÓRDÃO readequado, para REJEITAR os embargos de declaração, mantendo-se o v. acórdão embargado que majorou o valor da verba honorária para 1% acima do valor fixado em liquidação de sentença.

VOTO

Trata-se de **embargos de declaração** interpostos pela **Fazenda Pública do Estado de São Paulo - FPESP** contra o v. acórdão (fls. 1.937/1.942), relatado pela Exmª. Srª. Drª. PAOLA LORENA, proferido na **apelação**, interposta pela embargante em face da **Cargolift Logística S/A**, que **NEGOU PROVIMENTO** à **apelação**, majorando-se o valor da verba honorária para 1% acima do valor fixado em liquidação de sentença.

Foram opostos **embargos de declaração** pela embargante (fls. 1.895/1.898), que, por maioria de votos, vencido este relator designado no presente, foram **acolhidos** e **providos**, para reduzir a verba honorária, devida pela embargante, para R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), fixada nos termos do que dispõe o artigo 85, parágrafo 8º, do Código de Processo Civil.

A embargada interpôs **recurso especial** (fls. 1.964/1.981), alegando violação ao disposto no artigo 85 do Código de Processo Civil.

Foram apresentadas contrarrazões pela embargante (fls. 1.994/2.007).

Em juízo de admissibilidade nesta C. Corte de Justiça, sobreveio determinação do Excelentíssimo Senhor Presidente da Seção de Direito Público (fl. 2.008), de reapreciação do julgado, nos termos do artigo 1.040, inciso II, do Código de Processo Civil, para eventual adequação da fundamentação do v.

Acesso ao Sumário

acórdão, diante do julgamento do mérito do Recurso Especial nº 1.850.512/SP, TEMA nº 1.076, de 31/05/2.022, do Superior Tribunal de Justiça.

Relatado de forma sintética, passo a fundamentar e decidir.

Nos termos do artigo 1.040, inciso II, do Código de Processo Civil, compete ao órgão que proferiu o acórdão, a eventual retratação ou manutenção da decisão hostilizada, caso em que, após o exame, dá-se a tramitação normal do recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça e do recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal.

O Recurso Especial nº 1.850.512/SP, de relatoria do Min. Og Fernandes, TEMA nº 1076, de 31/05/2.022, do Superior Tribunal de Justiça, foi julgado com ementa do seguinte teor:

> PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL SOB O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS – ART. 85, §§ 2º, 3°, 4°, 5°, 6º E 8º, DO CPC – HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS – VALORES DA CONDENAÇÃO, DA CAUSA OU PROVEITO ECONÔMICO DA DEMANDA ELEVADOS – IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO POR APRECIAÇÃO EQUITATIVA – RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO – RECURSO JULGADO SOB A SISTEMÁTICA DO ART. 1.036 E SEGUINTES DO CPC/2015, C/C O ART. 256-N E SEGUINTES DO REGIMENTO INTERNO DO STJ – 1. **O objeto da presente demanda é definir o alcance da norma inserta no § 8º do artigo 85 do CPC, a fim de compreender as suas hipóteses de incidência, bem como se é permitida a fixação dos honorários por apreciação equitativa quando os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados –** 2. **O CPC/2015 pretendeu trazer mais objetividade às hipóteses de fixação dos honorários advocatícios e somente autoriza a aplicação do § 8º do artigo 85 – isto é, de acordo com a apreciação equitativa do juiz – em situações excepcionais em que, havendo ou não condenação, estejam presentes os seguintes requisitos: 1) proveito econômico irrisório ou inestimável, ou 2) valor da causa muito baixo.** Precedentes. 3. **A propósito, quando o § 8º do artigo 85 menciona proveito econômico "inestimável", claramente se refere àquelas causas em que não é possível atribuir um valor patrimonial à lide (como pode ocorrer nas demandas ambientais ou nas ações de família, por exemplo). Não se deve confundir "valor inestimável" com "valor elevado".** 4. Trata-se, pois, de efetiva observância do Código de Processo Civil, norma editada regularmente pelo Congresso Nacional, no estrito uso da competência constitucional a ele atribuída, não cabendo ao Poder Judiciário, ainda que sob o manto da proporcionalidade e razoabilidade, reduzir a aplicabilidade do dispositivo legal em comento, decorrente de escolha legislativa explicitada com bastante clareza. (...) 9. **Não se pode alegar que o art. 8º do CPC permite que o juiz afaste o art. 85, §§ 2º e 3º, com base na razoabilidade e proporcionalidade, quando os honorários resultantes da aplicação dos referidos dispo-**

Acesso ao Sumário

sitivos forem elevados. 10**. O CPC de 2015, preservando o interesse público, estabeleceu disciplina específica para a Fazenda Pública, traduzida na diretriz de que quanto maior a base de cálculo de incidência dos honorários, menor o percentual aplicável. O julgador não tem a alternativa de escolher entre aplicar o § 8º ou o § 3º do artigo 85, mesmo porque só pode decidir por equidade nos casos previstos em lei, conforme determina o art. 140, parágrafo único, do CPC.** 11**. O argumento de que a simplicidade da demanda ou o pouco trabalho exigido do causídico vencedor levariam ao seu enriquecimento sem causa – como defendido pelo amicus curiae COLÉGIO NACIONAL DE PROCURADORES GERAIS DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL/CONPEG – deve ser utilizado não para respaldar apreciação por equidade, mas sim para balancear a fixação do percentual dentro dos limites do art. 85, § 2º, ou dentro de cada uma das faixas dos incisos contidos no § 3º do referido dispositivo. (...)** 13**. O próprio legislador anteviu a situação e cuidou de resguardar o erário, criando uma regra diferenciada para os casos em que a Fazenda Pública for parte. Foi nesse sentido que o art. 85, § 3º, previu a fixação escalonada de honorários, com percentuais variando entre 1% e 20% sobre o valor da condenação ou do proveito econômico, sendo os percentuais reduzidos à medida que se elevar o proveito econômico.** Impede-se, assim, que haja enriquecimento sem causa do advogado da parte adversa e a fixação de honorários excessivamente elevados contra o ente público. Não se afigura adequado ignorar a redação do referido dispositivo legal a fim de criar o próprio juízo de razoabilidade, especialmente em hipótese não prevista em lei. 14. **A suposta baixa complexidade do caso sob julgamento não pode ser considerada como elemento para afastar os percentuais previstos na lei**. (...) 15. **Cabe ao autor – quer se trate do Estado, das empresas, ou dos cidadãos – ponderar bem a probabilidade de ganhos e prejuízos antes de ajuizar uma demanda, sabendo que terá que arcar com os honorários de acordo com o proveito econômico ou valor da causa, caso vencido. O valor dos honorários sucumbenciais, portanto, é um dos fatores que deve ser levado em consideração no momento da propositura da ação**. (...) 23. Assim, não se configura a necessidade de modulação dos efeitos do julgado, tendo em vista que tal instituto visa a assegurar a efetivação do princípio da segurança jurídica, impedindo que o jurisdicionado de boa-fé seja prejudicado por seguir entendimento dominante que terminou sendo superado em momento posterior, o que, como se vê claramente, não ocorreu no caso concreto. 24. **Teses jurídicas firmadas: 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 Públi-**

Acesso ao Sumário

ca 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. 25. Recurso especial conhecido e provido, devolvendo-se o processo ao Tribunal de origem, a fim de que arbitre os honorários observando os limites contidos no art. 85, §§ 3°, 4°, 5° e 6º, do CPC, nos termos da fundamentação. 26. Recurso julgado sob a sistemática do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e art. 256-N e seguintes do Regimento Interno do STJ. **(Recurso Especial nº 1.850.512; Julg.: 16/03/2.022; Órgão Julg.: Corte Especial; Publ.: 31/05/2.022)** (negritei)

O v. acórdão prolatado por esta C. Turma Julgadora deve ser **readequado**, uma vez que sua fundamentação conflita com o decidido no Recurso Especial acima referido.

No v. acórdão ora analisado, esta Turma Julgadora acolheu e deu provimento, por maiorias de votos (vencido o voto deste subscritor), aos **embargos de declaração**, para reduzir a verba honorária, devida pela embargante, para R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), fixada nos termos do que dispõe o artigo 85, parágrafo 8º, do Código de Processo Civil.

Depreende-se do referido TEMA do E. Superior Tribunal de Justiça, que a fixação de honorários advocatícios por **equidade** só é possível nos casos em que o valor da causa é muito baixo ou que o proveito econômico é irrisório ou inestimável, conforme previsto no artigo 85, parágrafo 8º, do Código de Processo Civil.

Considerando que no caso dos autos o valor da causa é de **R$ 13.104.948,42** (treze milhões, cento e quatro mil, novecentos e quarenta e oito reais e quarenta e dois centavos), valor este retificado de ofício pelo Juízo "a quo" em **decisão de fls. 1.797 (15/03/2.021)**, a qual passou a integrar a r. sentença (fls. 1.775/1.779), não se mostra possível a fixação de honorários por equidade.

Assim, ainda que tal valor não corresponda exatamente ao proveito econômico da embargada, visto que este será definido em liquidação de sentença, os honorários foram corretamente fixados pela r. sentença (fls. 1.775/1.779 e 1.797) no percentual mínimo da tabela do artigo 85, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil. No mesmo sentido, também correta a majoração operada no v. acórdão embargado (fls. 1.937/1.942), pela qual o valor da verba honorária foi majorado para 1% acima do valor fixado em liquidação de sentença.

Portanto, de rigor a **readequação** do v. acórdão desta 3ª Câmara de Direito Público ao entendimento pacificado pelo E. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.850.512/SP, TEMA nº 1076, de 31/05/2.022

do STJ, para **REJEITAR** os **embargos de declaração**, mantendo-se inalterados os termos fixados no acórdão embargado (fls. 1.937/1.942).

Ante o exposto, com fundamento no artigo 1.040, inciso II, do Código de Processo Civil, **READEQUO o v. acórdão**, para **REJEITAR** os **embargos de declaração**, **mantendo-se o acórdão embargado** que **manteve a r. sentença** e majorou o valor da verba honorária, fixado em primeiro grau, para 1% acima do valor fixado em liquidação de sentença.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 10.280)

Trata-se de apelação interposta pela **Fazenda Pública do Estado de São Paulo** contra sentença (fls. 1.775/1.779), pela qual, em ação anulatória de débito fiscal interposta por **Cargolift Logística S/A** em face da apelante, foi julgado procedente o pedido para anular o AIIM nº 4.034.904-4, com exceção das imputações constantes dos itens 2 e 4, que foram reconhecidas e quitadas.

Em razão da sucumbência, a requerida foi condenada a arcar com o pagamento das custas e de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atribuído à causa (art. 85, § 3º, I, do CPC).

O autor interpôs embargos de declaração, ao qual foi dado provimento para constar que onde se lê "*honorários advocatícios que fixo no patamar de 10% sobre o valor da causa*", leia-se "*honorários advocatícios que fixo no percentual mínimo da tabela do art. 85, § 3º, CPC, sobre o valor do proveito econômico obtido, a ser apurado em liquidação de sentença*." Também foi corrigido o valor da causa para R$13.104.948,42 e determinado o recolhimento da diferença das custas à parte autora (fl. 1.797).

Inconformada com o provimento de primeiro grau, a FESP postulou a sua reforma, para que fosse julgado improcedente o pleito, sustentando, em suas razões (fls. 1.814/1.822), o seguinte: **(I)** preliminarmente, nulidade da sentença, por violação ao princípio do contraditório e por não ter sido levado em consideração o parecer do assistente técnico, contrário ao laudo pericial; **(II)** no mérito, ser indevida a conclusão do laudo pericial, com apoio no laudo do assistente técnico, uma vez que: **(II.1)** quanto ao item I do AIIM, a autuada/apelada foi notificada e renotificada para apresentar os livros fiscais de todas as suas filiais; **(II.2)** com relação ao item III, deve-se aplicar o art. 200 – e não o art. 206 do RICMS –, como fez o perito; **(II.3)** que não foram apresentadas as notas fiscais, ditas como substituídas, devidamente anotadas com tal termo, motivo e o comprovante de estorno do crédito pelo tomador de serviço; **(II.4)** por fim, no que diz respeito ao item V, a autuada/apelada deveria ter se manifestado previamente, para compensar os créditos tributários da sua outra filial, nos termos do art.

Acesso ao Sumário

96, do RICMS.

Contrarrazões às fls. 1.828/1.850.

Esta Colenda 3ª Câmara de Direito Público (fls. 1.868/1.880) negou provimento ao recurso, majorando o valor da verba honorária fixada em primeiro grau para 1% acima do valor fixado em liquidação de sentença.

A Fazenda Pública do Estado de São Paulo opôs embargos de declaração, o qual, em julgamento estendido, por maioria de votos, acolheram os embargos para reduzir a verba honorária para R$ 25.000,00, fixada nos termos do que dispõe o artigo 85, § 8º, do CPC.

Publicado o acórdão, Lima Lopes Cordella Advogados Associados interpôs recurso especial (fls. 1.964/1.981) objetivando que os honorários advocatícios sejam fixados nos termos do art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC.

Após, tendo em vista o julgamento 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, devolveu os autos à Turma Julgadora, para o juízo de retratação (fl. 2008).

É a síntese.

Em que pese o entendimento da Douta maioria, com a devida venia, 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, artigo 85, §8º do Código de Processo Civil, firmou-se no sentido de que 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

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.

Acesso ao Sumário

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

Em data recente, por decisão de **07.11.2022, a presidente do Superior Tribunal de Justiça (STJ)**, ministra Maria Thereza de Assis Moura, **determi-**

nou a remessa ao Supremo Tribunal Federal (STF) de recursos extraordinários interpostos contra a decisão da Corte Especial que, em março de 2022, vedou a fixação de honorários de sucumbência por apreciação equitativa quando o valor da condenação ou o proveito econômico forem elevados. (Tema 1.076).

Na decisão em que admitiu os recursos, a ministra Maria Thereza considerou, entre outros pontos, a recomendação do próprio STF para que, nos processos julgados como repetitivos, mesmo que o caso discuta questão infraconstitucional, o recurso extraordinário seja admitido para permitir que aquela corte decida sobre a existência de matéria constitucional e, eventualmente, de repercussão geral, conforme trecho transcrito a seguir[3]:

> [...]
>
> O STF, por meio de ofício encaminhado a todos os tribunais, recomendou que, nos feitos representativos de controvérsia, ainda que se vislumbre questão infraconstitucional, o recurso extraordinário seja admitido de forma a permitir o pronunciamento da Suprema Corte sobre a existência, ou não, de matéria constitucional no caso e, eventualmente, de repercussão geral.
>
> Assim, diante da relevância da matéria debatida e considerando que o aresto recorrido foi proferido sob o rito do art. 1.036 e seguintes do Código de Processo Civil, entende-se ser o caso de remessa do apelo extremo ao Pretório Excelso, na qualidade de representativo de controvérsia.
>
> Ressalto que, juntamente com o presente recurso, também foram admitidos como representativos de controvérsia o REsp n. 1.906.918/SP e o REsp n. 1.644.077/PR.
>
> Diante do exposto, com fulcro no art. 1.036, § 1º, do Código de Processo Civil, admito o presente recurso extraordinário.
>
> Remetam-se os autos ao Supremo Tribunal Federal.

Em data mais recente, **aos 13.12.2022, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça** decidiu **afetar à Corte Especial** o julgamento de dois recursos especiais que tratam da **possibilidade de fixar honorários de sucumbência pelo critério da equidade**, mesmo que o valor da causa não se mostre muito baixo. São casos envolvendo valores milionários de honorários advocatícios. Trata-se do **REsp 1.824.564** e do **REsp 1.743.330**.

Em arremate, vale acrescentar que o STF já tem outra ação sobre o tema: a **ADC 71**, ajuizada pelo Conselho Federal da OAB, em que pede para confirmar a constitucionalidade do artigo 85 do CPC.

Assim sendo, em se considerando o **posicionamento do Supremo Tribunal Federal**, no sentido de que, nos casos em que a aplicação do percentual

3 RE no RECURSO ESPECIAL Nº 1850512 - SP (2019/0352661-7) - RELATORA: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA.

Acesso ao Sumário

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, dado que a complexidade da demanda é incompatível com o valor obtido a partir da aplicação do §3º, do art. 85, do CPC, e o posicionamento do STF supramencionado, 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, **manteria** o resultado do acórdão de fls. 1.868/1.880, complementado pelo acórdão de fls. 1.950/1.954.

PAOLA LORENA, Relatora sorteada vencida

DECLARAÇÃO DE VOTO PARCIALMENTE CONVERGENTE

(Voto nº 29.514)

Adotando-se o relatório do voto condutor do v. acórdão (fls. 2012/2018), proferido pelo ilustre Relator Designado, passo à fundamentação e ao voto, pelo qual convirjo parcialmente.

A respeito da tese do Tema 1076 do STJ, não há nenhuma divergência a ser ponderada, vez que plenamente subsumível à hipótese.

Todavia, relevante ponderar-se, diante do elevado valor da causa e do proveito econômico, a necessidade de ser observado, ainda que em sede de liquidação de sentença, o disposto expressamente no Código de Processo Civil, na parte em que também trata dos honorários advocatícios em causas em que presente em um dos polos a Fazenda Pública:

> *"§ 5º Quando, conforme o caso, a condenação* ***contra a Fazenda Pública*** *ou o benefício econômico obtido pelo vencedor ou o valor da causa* ***for superior ao valor previsto no inciso I do § 3º, a fixação do percentual de honorários deve observar a faixa inicial e, naquilo que a exceder, a faixa subsequente, e assim sucessivamente****"* (g.n.)

Como se depreende, trata-se de dever, vinculação, e não de discricionariedade; inclusive, com importante observação a respeito na própria decisão colegiada que originou a tese do Tema 1076 do STJ:

> *"[...]. Foi nesse sentido que o art. 85, § 3º, previu a fixação escalonada de honorários, com percentuais variando entre 1 % e 20 % sobre o valor da condenação ou do proveito econômico, sendo os percentuais reduzidos*

Acesso ao Sumário

à medida que se elevar o proveito econômico. Impede- se, assim, que haja enriquecimento sem causa do advogado da parte adversa e a fixação de honorários excessivamente elevados contra o ente público [...] ".

(REsp 1.850.512/SP, relator Ministro Og Fernandes, Corte Especial, julgamento: 16/3/2022, *DJe* 31/5/2022).

A aplicação do percentual previamente definido pelo título executivo judicial sem passar, na hipótese dos autos, pelos percentuais expressamente previstos nos incisos do § 3º do artigo 85 implicará enriquecimento sem causa.

Ao enfrentar questão análoga, o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou recentemente a respeito, para assentar que a sua jurisprudência *'é pacífica no sentido de que para o arbitramento dos honorários sucumbenciais em desfavor da Fazenda Pública é obrigatória observância dos critérios objetivos previstos nos §§ 2º* e 3º do art. 85 do referido digesto processual, adotando-se as faixas progressivas e escalonadas como parâmetro para tal ap*uração (§ 5º do art. 85 do CPC/2015)'* (REsp 1.892.496/PR, rel. Min. Francisco Falcão, 2ª Turma, p.: 1º/8/2022)". No mesmo sentido:

"ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. LICENÇA-PRÊMIO. CONVERSÃO. PECÚNIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PARÂMETROS. ART. 85, §§ 2º E 3º, DO CPC/2015. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM.

[...].

V - O Tribunal a quo fixou a verba honorária de sucumbência nos seguintes termos, litteris: 'O quantum arbitrado a título de verba honorária sucumbencial, outrossim, merece ser minorado para 5 % sobre o valor da condenação, a fim de se adequar ao disposto no art. 85, § 8°, do NCPC/2015, bem como aos parâmetros adotados por este Colegiado, em situações símiles a dos autos. 'VI - Uma vez que a demanda foi julgada procedente e não se tratando de demanda de proveito econômico inestimável ou irrisório, aplicam-se os limites do § 3º sobre o valor da causa, nos termos do § 4º do mesmo artigo. VII - Assim, evidente o descompasso do aludido arbitramento com as disposições do § 3º do art. 85 do CPC/2015. No mesmo sentido: (AgInt no REsp n. 1.811.231/MG, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 7/11/2019, DJe 18/11/2019 e AgInt no AREsp n. 1.489.773/RS, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, DJe 14/10/2019). VIII - ***Dessa forma, os percentuais estabelecidos para os honorários advocatícios oscilam entre o mínimo de 10 % e o máximo de 20 % do valor da causa, até 200 salários-mínimos (art. 85, § 3º, I), e, tendo o valor excedido a faixa inicial, o restante deverá enquadrar-se na faixa subsequente, qual seja, mínimo de 8 % e máximo de 10 % da causa acima de 200 salários-mínimos, até 2.000 salários-mínimos (art. 85, § 3º, II).*** *"* (destaquei)

(AgInt no AREsp n. 1.481.313/RS, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgamento: 18/5/2020, DJe 20/5/2020).

Acesso ao Sumário

A fim de esclarecer a questão, a doutrina balizada propõe exemplificação didática a respeito do tema:

> ***"p. ex., sendo a condenação contra a Fazenda Pública equivalente a 3.000 salários mínimos, o juiz elegerá um percentual entre 10 e 20 % para a primeira faixa condenatória (200 salários mínimos – inc. I do § 3º), um outro percentual entre 8 e 10 % para a segunda faixa condenatória (1.800 salários mínimos – inc. II do § 3º) e um terceiro percentual entre 5 e 8 % para a derradeira faixa condenatória incidente no caso (1.000 salários mínimos – inc. III do § 3º)"*** .
>
> (NEGRÃO, Theotonio [et. al], *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 47. ed., Saraiva, 2016, p. 190).

Como se denota, não se poderia fixar os honorários sucumbenciais iniciando-se pela faixa do inciso II do § 3º do artigo 85, ou seja, pelo mínimo de 8 (oito) e máximo de 10% (dez por cento), ainda que o valor da causa ou do proveito econômico seja maior que duzentos e de até dois mil salários mínimos, porquanto deveria ter passado, antes, pela faixa anterior, prevista no inciso I.

Em outros termos, se fosse essa a intenção ou a lógica do legislador, bastaria não ter incluído o § 5º tal como elaborado no artigo 85, circunstância que ensejaria a fixação dos honorários nas causas em que a Fazenda Pública fosse parte nos percentuais exatamente como definidos por cada um dos incisos do § 3º, simplesmente conforme o valor da condenação ou do proveito econômico. Além disso, pressupondo-se que as normas não preveem palavras ou fazem definições desnecessárias, a menção ao inciso I do § 3º na redação do § 5º foi considerada doutrinária e jurisprudencialmente na compreensão de "faixa inicial".

Portanto, de rigor a rejeição aos embargos, cujo acórdão deve ser adequado, com as ressalvas acima.

Diante do exposto, pelo meu voto, acompanhando, em maior parte, a divergência aberta pelo relator designado, adequo o v. acórdão retratando.

CAMARGO PEREIRA, 5º Juiz

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1024067-18.2021.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, é apelado/apelante AB BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Após sustentação oral realizada pela Dra. Natália S. Ferro Cavalcanti, OAB/SP 300.144. Negaram provimento aos

recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.453)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO CHIMENTI (Presidente), MARCELO L THEODÓSIO e BEATRIZ BRAGA.

São Paulo, 21 de setembro de 2023

RICARDO CHIMENTI, Relator

Ementa: Apelações. Ação Anulatória de Débito Fiscal c.c. Declaratória de Inexistência de Relação Jurídico-Tributária. ISS. Cessão de direito de uso de marca. Sentença que reconheceu a inexistência de relação jurídico-tributária entre a autora e o Município réu, relativamente ao ISS incidente sobre a cessão de uso de marca decorrente dos contratos juntados aos autos e anulou os Autos de Infração questionados. Pretensão à reforma manifestada por ambas as partes. Desacolhimento. Recurso do Município. Análise dos contratos acostados aos autos que revela a inexistência de prestação de serviços. Precedente do C. Órgão Especial deste TJSP declarando, incidentalmente, a inconstitucionalidade do subitem 3.01 da Lei Paulistana 13.701/03, relativo à cessão de direito de uso de marcas. Incidência do ISS sobre cessão de uso da marca "Ovomaltine" que, ademais, foi afastada em anterior mandado de segurança impetrado pela autora contra o Município de São Paulo, em contexto semelhante à presente demanda. Jurisprudência deste TJSP que, ademais, vem reiteradamente reconhecendo a inexigibilidade do ISS sobre contratos de cessão de direito de uso de marca, nas quais não há pactuação de serviços propriamente ditos. Inexigibilidade do ISS bem reconhecida no caso concreto. Sentença mantida, neste aspecto. Recurso da autora. Pretensão à extensão dos efeitos do reconhecimento da inexistência de relação jurídico- tributária para avenças futuras. Inviabilidade. Cada contrato inaugura uma relação jurídico-tributária nova, e, a despeito da similitude dos negócios pactuados, fato é que as futuras avenças podem possuir nuances capazes de modificar

Acesso ao Sumário

o quadro fático e jurídico sobre o qual incide a norma tributária ora em análise, não podendo ser concedido à autora um passe livre contra a tributação. Pretensão idêntica que, aliás, foi rejeitada nos autos do Cumprimento de Sentença extraído do mandado de segurança n. 0031865-67.2009.8.26.0053. Impossibilidade, ainda, de reconhecimento da sucumbência mínima da autora. Pedido inicial de declaração de inexistência de relação jurídico-tributária para negócios jurídicos futuros, em face do qual sucumbiu a autora, que não se mostra irrelevante, seja do ponto de vista jurídico ou econômico, a atrair a aplicação do art. 86, parágrafo único do CPC. Inaplicabilidade do princípio da causalidade. Prevalência do princípio da sucumbência. Sentença mantida. Recursos aos quais se nega provimento.

VOTO

I – Relatório

Trata-se de recursos de apelação interpostos pelo **Município de São Paulo** (p. 658/679) e por **Ab Brasil Indústria e Comércio de Alimentos Ltda**. (p. 684/693) contra a r. sentença de p. 637/644 que julgou parcialmente procedente a presente Ação Anulatória de Débito Fiscal para declarar a inexistência de relação jurídico-tributária entre a autora e o Município réu, relativamente ao ISS sobre licenciamento/cessão de uso de marca decorrente dos contratos juntados aos autos e anular os Autos de Infração ns. 006.749.347-5, 006.749.349-1, 006.749.350-5,006.743.075-9, 006.743.077-5 e 006.743.078-3. Ante a sucumbência recíproca verificada, as partes foram condenadas a ratear as despesas processuais e arcar com os honorários de seus respectivos patronos.

Em seu recurso, o Município de São Paulo sustenta, em síntese, que (i) os lançamentos são hígidos, posto que decorrentes de processos administrativos fiscais regulares, nos quais foram observados os princípios do contraditório e da ampla defesa; (ii) o STF já se posicionou contrário à aplicação analógica da súmula vinculante 31 aos serviços previstos o subitem 3.02 da LC 116/03, pacificando que o referido serviço é plenamente tributável pelo ISS; (iii) na cessão de uso de marca, não há simples locação de bem móvel, mas também serviços; (iv) o STF já superou a dicotomia de cunho civilista entre "obrigação de dar" e "obrigação de fazer" para fins de apuração da incidência ou não do ISS; (v) para a Suprema Corte, serviço é o "oferecimento de uma utilidade para outrem, a partir de um conjunto de atividades imateriais, prestados com habitualidade e

Acesso ao Sumário

intuito de lucro, podendo estar conjugada ou não com a entrega de bens ao tomador"; (vi) as obrigações acessórias são autônomas em relação às obrigações principais, não havendo que se falar em bis in idem; (vii) as multas aplicadas no patamar de 50% não são confiscatórias nem desproporcionais, estando dentro do limite de 100% fixado pelo STF. Assim, requer seja provido o seu recurso e reformada a r. sentença apelada (p. 658/679).

Apela também a autora, alegando, em síntese, que (i) é cabível o ajuizamento de ação visando à declaração de inexigibilidade de determinada relação jurídico-tributária de caráter continuado, de forma a evitar novas cobranças e oferecer segurança jurídica; (ii) o pedido declaratório formulado é certo e restrito à cessão de uma marca específica (Ovomaltine); (iii) não pretende que lhe seja outorgado um cheque em branco contra a tributação, mas sim que seja reconhecido seu direito de não recolher o ISS sobre novas avenças idênticas àquelas já analisadas nestes autos, independentemente do cliente com que venha a ser firmada; (iv) exigir que se ingresse com novas ações para cada contrato novo de licenciamento da marca Ovomaltine afronta os princípios da segurança jurídica, da economia processual e da isonomia; (v) por força do princípio da causalidade, o Município de São Paulo deve ser condenado a arcar com os ônus sucumbenciais; (vi) restou vencida em parte mínima de seu pedido, relativamente à pretensão de declaração de inexigibilidade do ISS sobre contratos futuros, de modo que o Município deve ser condenado a arcar integralmente com os ônus da sucumbência. Nestes termos, requer seja provido seu recurso e reformada parcialmente a r. sentença apelada (p. 684/693).

A autora/apelada apresentou contrarrazões às p. 699/710, defendendo (i) a não incidência do ISS sobre contratos de cessão de uso de marca, haja vista a taxatividade da lista de serviços anexa à LC 116/03; (ii) o cabimento da aplicação analógica da súmula vinculante n. 31 aos casos de cessão de direito de uso de marca, tendo em vista que a marca é um bem móvel; (iii) que as obrigações assumidas pelas partes nos contratos objeto dos autos constituem obrigações de dar, inexistindo qualquer elemento personalíssimo a caracterizar um serviço; (iv) ainda que as obrigações acessórias sejam autônomas em relação às principais, haverá bis in idem quando houver imposição de penalidades sobre um mesmo fato ou infração; (v) a infração mais grave (não recolhimento do ISS) abrange, necessariamente, aquela menor que lhe é preparatória (emissão de documento fiscal com informação inexata), sendo ilegal a exigência cumulativa.

Os presentes autos foram inicialmente distribuídos à 14ª Câmara de Direito Público, com a relatoria atribuída ao E. Des. Geraldo Xavier que, por meio da decisão de p. 721/724, determinou a redistribuição do recurso a esta 18ª Câmara de Direito Público em razão da prevenção firmada pelo julgamento de apelação n. 0031865-67.2009.8.26.0053.

Intimado para apresentar contrarrazões ao recurso da autora/apelante, o

Acesso ao Sumário

Município de São Paulo se manifestou pela incidência do ISS sobre as atividades de cessão de uso de marcas (p. 736/756).

II – Fundamentação

Os recursos preencheram os requisitos de admissibilidade e, por isso, devem ser conhecidos. Porém, no mérito, não comportam provimento.

A presente demanda foi proposta por Ab Brasil Indústria e Comércio de Alimentos Ltda. contra o Município de São Paulo, visando à desconstituição dos créditos de ISS e multa exigidos nos autos de infração ns. 006.749.347-5, 006.749.349-1, 006.749.350-5, 006.743.075-9, 006.743.077-5 e

006.743.078-3, bem como a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária entre as partes no tocante ao ISS incidente sobre receitas auferidas com cessão do direito de uso da marca Ovomaltine e a restituição de eventuais valores que viessem a ser recolhidos nesse contexto.

A r. sentença julgou parcialmente procedente a pretensão inicial, apenas para anular os créditos consubstanciados nos autos de infração questionados, afastando, contudo, a pretensão declaratória para fatos geradores não decorrentes dos contratos acostados aos autos.

Pois bem.

Extrai-se dos autos que a parte autora/apelante havia impetrado anterior mandado de segurança n. 0031865-67.2009.8.26.0053, onde restou reconhecida a inexistência de relação jurídico-tributária com o Município de São Paulo no tocante ao ISS incidente sobre a cessão de uso da marca "Ovomaltine", relativamente aos contratos que foram analisados naqueles autos (p. 44/104).

Por sua vez, os autos de infração questionados nesta demanda são relativos à cessão da mesma marca (Ovomaltine), porém, decorrentes de outros contratos, os quais foram acostados às p. 167/192 (Diletto e Belluno), 194/291 (CRM Ind. e Com. Alimentos Ltda.), 293/326 (Liotécnica Tec. em Alimentos Ltda.) e 328/375 (Panduratta Alimentos Ltda. – instrumento de distrato).

I – Do recurso do Município

Acesso ao Sumário

No que tange ao recurso fazendário, o intuito recursal consiste em definir se há incidência ou não do ISS sobre receitas advindas de negócio jurídico em que se pactuou a cessão de direito de uso de marca.

Consoante estabelece a LC 116/03, o ISS tem como fato gerador a prestação dos serviços constantes da lista anexa, ainda que estes não se constituam como atividade preponderante do prestador (art. 1º da LC 116/03).

Não obstante ter a cessão de direito de uso de marca sido incluída no rol de serviços tributáveis pela LC 116/03 (subitem "3.02 - Cessão de direito de uso de marcas e de sinais de propaganda"), impende salientar que o C. Órgão Especial deste TJSP já declarou a inconstitucionalidade incidental do item 3.01 da

lista anexa à Lei Complementar Paulistana n. 13.701/03 que prevê a incidência do ISS sobre a cessão de direito de uso de marcas.

Da *ratio decidendi* do acórdão proferido no referido incidente de arguição de inconstitucionalidade n. 0015571-31.2011.8.26.0000, constou que **"os contratos de licença de uso das marcas não caracterizam, nem de longe, uma prestação de serviço. A simples autorização para usar as marcas da Unilever no território nacional não se qualifica como serviço, de vez que não envolve a prática de um ato que implique em um "facere", mas sim evidencia uma real obrigação de dar, incompatível com o desejo manifestado pelo Município de enquadrá-la como prestação de serviço e, portanto, sujeita ao ISS." (TJSP; Incidente De Arguição de Inconstitucionalidade Cível 0015571-31.2011.8.26.0000; Relator: Corrêa Vianna; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 14ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 04/05/2011; Data de Registro: 17/05/2011)**

Destaque-se, ainda, que o C. STF, em 14.04.2022, reconheceu a repercussão geral da questão atinente à incidência do ISS sobre cessão de direito do uso de marca, sem determinação de suspensão dos processos em curso (tema 1.210 do STF).

A questão, portanto, é controvertida e demanda uma análise casuística dos contratos e das relações jurídicas subjacentes à incidência tributária, tal como afirmado pelo Juízo sentenciante, a fim de verificar se há ou não efetiva prestação de serviços que justifique a tributação pelo ISS, considerando-se que, à luz da jurisprudência desta Corte, a simples cessão de direito de uso de marca não configura prestação de serviços e, portanto, não está sujeita ao recolhimento do ISS.

No que pertine ao caso dos autos, infere-se, dos instrumentos contratuais apresentados (p. 167/375), que a autora celebrou com terceiros contratos para concessão da licença de uso da marca "Ovomaltine", de que é titular, recebendo, em contrapartida, royalties sobre o preço líquido de venda dos produtos nos quais é utilizada a referida marca.

Não há, nos referidos contratos, obrigações que se caracterizem como prestação de serviços, já que a relação contratual circunscreve-se ao fornecimento/recebimento de produtos licenciados e cessão/licença do direito de uso da marca Ovomaltine, para fins de divulgação e comercialização.

A título de exemplo, a partir de uma análise superficial do contrato de p. 167/192, tem-se que a empresa Diletto (p. 167/192), que fabrica e comercializa sorvetes, deseja utilizar em alguns de seus produtos, o ingrediente comercializado sob a marca "Ovomaltine", bem como utilizar referida marca (bem imaterial) em sua divulgação e comercialização. Para tanto, celebra o contrato de cessão

Acesso ao Sumário

de direito de uso de marca, pactuando, em contrapartida, o pagamento de royalties sobre o preço de venda do produto.

Conforme bem explicitado pelo e. Des. Wanderley Federighi no julgamento da Apelação Cível n. 1057985-47.2020.8.26.0053 (Data do Julgamento: 26/01/2022; Data de Registro: 26/01/2022):

> **"Assim sendo, a despeito da atividade ter sido incluída no rol de serviços tributáveis pelo ISSQN, esta inclusão, por si só, não lhe empresta o caráter de serviços.**
>
> **Segundo a lição de Aires Barreto, prestar um serviço consiste "na prestação de esforço humano a terceiros, com conteúdo econômico em caráter negocial, sob o regime de direito privado, tendente a obtenção de um bem material ou imaterial" (ISS na Constituição e na lei 2ª. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 292).**
>
> **[...]**
>
> **Assim sendo, a conclusão a que se chega é a de que seria inexigível o ISSQN sobre contratos, cujo objeto seja a cessão de uso de marca, tal como é o caso do firmado entre a recorrida e a empresa cedente. Isto porque não se trata de prestação em favor de terceiro com esforço físico ou psicológico. No contrato de cessão de direitos de marca faculta-se a um terceiro o uso de um bem imaterial. Nele não se exige qualquer prestação ou esforço do cedente.**
>
> **A cessão de marca configura nítida obrigação de dar, que se opera pela simples transmissão temporal do direito para que outro tenha a fruição mediante certa remuneração; verdadeiramente, trata-se de locação (v. art. 565 do Código Civil), que não importa ou demanda de parte do cedente qualquer outra atividade que não a de dar ou ceder. Assim, o cedente não serve, não presta atividade de qualquer ordem que implique obrigação de fazer, a que se possa considerar locação de serviços.**
>
> **Portanto, quando a Lista inclui fatos que não configuram prestação de serviço, por afastada a ideia de trabalho, de esforço humano, de um "facere", viola o disposto no artigo 156, III, da Constituição Federal. Assim se dá na locação de bens móveis, como já proclamou o Supremo Tribunal Federal. E assim também, por identidade de razões, na cessão de direito de marca ou de imagem."**

Acesso ao Sumário

A jurisprudência desta Corte, como já afirmado anteriormente, vem reiteradamente decidindo pela não incidência do ISS sobre contratos de cessão de direito de uso de marca, posto que o núcleo desta atividade é a simples permissão de uso de um bem imaterial (considerado um bem móvel pelo artigo 5º da Lei n. 9.279/96) por terceiros, ou seja, uma obrigação de dar, que, por sua própria natureza, é insuscetível de ser caracterizada como prestação de serviços, notadamente quando dissociada de outras prestações positivas, como, por exemplo, ocorre no caso do contrato de franquia (em que a cessão de uso da marca é

apenas um dos aspectos do contrato, que também pode prever a transferência de *know how*, assistência técnica, entre outros).

Nesse sentido, confira-se precedentes das três Câmaras especializadas em tributos municipais desta E. Corte de Justiça:

"APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA – Mandado de segurança – ISS – Cessão de direito de uso de marcas – Não incidência – Inconstitucionalidade reconhecida pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Atividade de cessão de uso pura e simples que não se confunde com a franquia, por não configurar obrigação de fazer, mas sim obrigação de dar Enunciado da Súmula n.º 31 do STF – Precedentes jurisprudenciais – Manutenção da sentença – RECURSO VOLUNTÁRIO E REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDOS."

(TJSP; Apelação/Remessa Necessária 1018701-66.2019.8.26.0053; Relator: Henrique Harris Júnior; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 9ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 06/04/2021; Data de Registro: 06/04/2021)

"APELAÇÕES CÍVEIS – Ação Declaratória de Inexistência de Relação Jurídica c.c. – Repetição de Indébito – Cerceamento de defesa – Não ocorrência – ISS – Cessão de Direito de Uso de Marcas – Obrigação de dar incompatível com a prestação de serviço, o que afasta a incidência do tributo – Inconstitucionalidade reconhecida pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Arguição de Inconstitucionalidade nº 0015571-31.2011.8.26.0000 – Repetição de indébito devida – Sentença reformada – Recurso da Municipalidade não conhecido e provido o recurso das empresas, nos termos do acórdão."

(TJSP; Apelação Cível 1008911-76.2020.8.26.0068; Relatora: Silvana Malandrino Mollo; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Foro de Barueri - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 23/04/2021; Data de Registro: 23/04/2021)

"APELAÇÃO. Declaratória c.c. repetição de indébito ISS sobre receitas provenientes da cessão do direito de uso de marcas Sentença de procedência. Alegada legitimidade da exação. Descabimento. Atividade insuscetível à incidência do imposto. Inconstitucionalidade declarada pelo Órgão especial. Precedentes. Inaplicabilidade, ademais, do artigo 166 do CTN. Imposto que não admite transferência do encargo financeiro. Recurso não provido. REEXAME NECESSÁRIO - Índice de juros moratórios incidentes sobre o indébito que deve

Acesso ao Sumário

observar a tese fixada pelo STF no julgamento do tema 810. Honorários advocatícios. Redução. Possibilidade de fixação por equidade, nos termos do artigo 85, § 8º do CPC. Precedente do STF. Sentença reformada em parte."

(TJSP; Apelação Cível 1048774-50.2021.8.26.0053; Relator: João Alberto Pezarini; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 6ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 23/11/2022; Data de Registro: 25/11/2022)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – Execução fiscal – ISS sobre cessão de direito de uso de marcas – Exceção de pré-executividade rejeitada – CDAs que indicam como fato gerador o item 3.01 da Lei Complementar Municipal nº 13.701/03. 1) Matéria incontroversa que independe de dilação probatória, podendo ser conhecida em sede de exceção de pré-executividade – Cessão de direito de uso de marcas e de sinais de propaganda – Item 03.01 da lista de serviços, conforme art. 1º da Lei nº 13701/03 – Item que foi declarado inconstitucional pelo Órgão Especial deste E. Tribunal. 2) Honorários advocatícios fixados em 10% do valor atualizado da causa (R$ 27.680,52 em outubro de 2018), nos termos do art. 85, § 3º, I, do CPC – Decisão reformada – Recurso provido."

(TJSP; Agravo de Instrumento 2062311-61.2021.8.26.0000; Relator: Eutálio Porto; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Foro das Execuções Fiscais Municipais - Vara das Execuções Fiscais Municipais; Data do Julgamento: 19/07/2021; Data de Registro: 15/07/2021)

Assim, sem prejuízo da observância de eventual decisão contrária do C. STF no tema 1.210 (RE 1.348.288), conclui-se que as cessões de direitos de uso de marca pactuadas através dos contratos específicos analisados nestes autos (p. 167/375) não estão sujeitas ao ISS, porquanto ausente qualquer atividade capaz de se caracterizar como prestação de serviços (assim entendido como um esforço humano destinado a gerar utilidade a outrem), tratando-se, no caso, de mero licenciamento para utilização, em caráter não exclusivo, de uma marca preexistente em produtos comercializados por terceiros.

Acesso ao Sumário

Ausente motivos para a reforma da r. sentença, nesse aspecto, o recurso do Município deve ser desprovido, devendo ser observado que, uma vez reconhecida a inexigibilidade da obrigação principal, as multas por descumprimento de obrigações acessórias e pelo não recolhimento do imposto também não são devidas.

II – Do recurso da autora

Insurge-se a parte autora, ora apelante, contra o capítulo da sentença que

indeferiu sua pretensão de reconhecimento da inexistência de relação jurídico-tributária para avenças futuras, nas quais forem pactuadas cessões de direitos de uso da marca "Ovomaltine", bem como quanto à condenação sucumbencial que lhe foi imposta reciprocamente.

Quanto a este ponto, insta destacar que a apelante/autora já deduziu pretensão idêntica nos autos do Cumprimento de Sentença extraído do Mandado de Segurança n. 0031865-67.2009.8.26.0053, a qual restou rechaçada, por acórdão de lavra do e. Des. Roberto Martins de Souza, sob os seguintes argumentos:

> **"Ocorre que não há decisão, em controle concentrado do STF, declarando a inconstitucionalidade desse item, de forma que ele continua permanecendo no ordenamento jurídico.**
>
> **Se tal decisão não existe, e o dispositivo permanece válido, a municipalidade continua tendo o direito de lançar o imposto, ainda que ele possa ser objeto de impugnação judicial com alta probabilidade de êxito.**
>
> **[...]**
>
> **A situação é ainda mais grave de um ponto de vista concorrencial: a via incidental para as empresas acaba sendo mais benéfica do que a via concentrada, já que elas obtêm, por meio dessa via, um benefício que não se aplica às concorrentes, ante o efeito inter partes, gerando desequilíbrio competitivo. Ressalte-se que o STF tem dado crescente importância ao viés concorrencial nas relações tributárias, como no Tema 385 (no qual se rejeitou a imunidade recíproca para sociedade de economia mista que explore atividade econômica em regime de concorrência). [...]**
>
> **Sobre o assunto, confira-se, ainda, a Súmula 239 do STF:**
>
> **Súmula 239 - Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores.**
>
> **A aplicação da referida súmula, no entanto, tem sido rejeitada nos casos em que a decisão não faz menção a exercícios específicos (como, por exemplo, no julgamento do AI 791.071/MG, DJE17/03/2014).**
>
> **Toda essa discussão está envolvida nos temas nº 881 e 885:**
>
> **[...]**
>
> **Nota-se, assim, que em ambos os casos as partes conseguiram, no Poder Judiciário, um "passe-livre perpétuo" contra a cobrança de um tributo, que posteriormente foi julgado constitucional.**
>
> **Conseguiram, assim, se valer de uma via incidental para extirpar uma norma do ordenamento jurídico apenas quanto a si mesmas,**

Acesso ao Sumário

de forma perene.Com isso, decisões da década de 90 têm sido usadas efetivamente para que contribuintes deixem de cumprir com suas obrigações tributárias, onerando o Estado e gerando vantagem competitiva indevida

Disso se conclui que ao Poder Judiciário cabe o cuidado de não conceder ao contribuinte um "Cheque em Branco", um escudo genérico contra a tributação do Estado"

(TJSP; Agravo de Instrumento 2203307-80.2019.8.26.0000; Relator: Roberto Martins de Souza; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 7ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 06/02/2020; Data de Registro: 11/02/2020)

No caso concreto, a exemplo do que ocorreu no agravo de instrumento n. 2203307-80.2019.8.26.0000 mencionado acima, a pretensão da autora quanto à projeção dos efeitos da declaração de inexistência de relação jurídico- tributária para negócio jurídicos futuros mostra-se inviável, exatamente porque cada contrato inaugura uma relação jurídico-tributária nova, e, a despeito da similitude dos negócios pactuados, fato é que as futuras avenças podem possuir nuances capazes de modificar o quadro fático e jurídico sobre o qual incide a norma tributária ora em análise, não podendo ser concedido à autora um passe livre contra a tributação, sob pena de violação à isonomia e de causar relevantes prejuízos arrecadatórios em nome da suposição de que os futuros e incertos contratos seriam idênticos àqueles ora analisados (e não conteriam, por exemplo, uma prestação de serviço embutida).

Em suma, tendo em vista que o reconhecimento da inexigibilidade do ISS exigido pelo Município nos autos de infração ora questionados advém da constatação de que, no âmbito dos respectivos negócios jurídicos, não houve efetiva prestação de serviços passível de tributação, seria inviável impedir que o fisco, a quem compete privativamente constituir o crédito tributário, pudesse lançar e cobrar o ISS sobre novas relações jurídicas e contatos cujo conteúdo sequer se tem conhecimento, já que o subitem 3.02 da LC 116/03 continua vigendo e em plena eficácia e, portanto, a princípio, o ISS incide sobre negócios de cessão de direito de uso de marca que contemplem prestação de serviços.

Por fim, não há que se falar em sucumbência mínima da autora, pois, caso a sua pretensão de declaração de inexistência de relação jurídico-tributária para negócios futuros houvesse sido acolhida, o proveito econômico que seria obtido com este provimento eventualmente iria superar o valor dos autos de infração que foram anulados (na medida em que o fisco estaria impedido de lavrar novas autuações por tempo indefinido), a evidenciar que a sucumbência sofrida pela autora não se mostra irrelevante nem do ponto de vista jurídico (já que este

Acesso ao Sumário

pedido representa grande parcela do debate instaurado nos autos) nem do ponto de vista econômico, e, assim, tem-se que foi corretamente reconhecida a sucumbência recíproca na espécie.

Não foi formulado pedido para modificação dos critérios de cálculo e pagamento da verba honorária, mas tão somente para que fosse atribuída a condenação integralmente ao Município, motivo pelo qual fica mantida a r. sentença também na parte em que determinou que "**as partes ratearão as custas e despesas processuais e arcarão com os honorários de seus respectivos patronos**.", em observância ao princípio "*tantum devolutum quantum appellatum*".

Destarte, mais não é preciso dizer, devendo ser mantida integralmente a r. sentença que reconheceu a inexigibilidade do ISS sobre os contratos juntados aos autos e determinou a anulação dos autos de infração questionados nesta demanda, afastada a pretensão declaratória para negócios jurídicos futuros e incertos.

Não havendo fixação de honorários sucumbenciais na origem, inviável a aplicação do artigo 85, § 11, do CPC.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1004084-75.2022.8.26.0642, da Comarca de Ubatuba, em que são apelantes MUNICIPIO DE UBATUBA e CAROLINA AVELINO DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao apelo de Carolina Avelino da Silva para acolher a preliminar de cerceamento de defesa, anulando a sentença, nos moldes do V. Acórdão, prejudicado o apelo do Município de Ubatuba. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50.074)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCELO BERTHE (Presidente) e NOGUEIRA DIEFENTHALER.

São Paulo, 27 de setembro de 2023.

RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO, Relator

Ementa: APELAÇÃO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Dano ambiental. Supressão de vegetação de Mata Atlântica em área de preservação permanente. Necessidade de dilação probatória. A prova pericial é fundamental para esclarecer a proteção ambiental que recai sobre o local e qual é sua extensão, a fim de verificar se é possível a tentativa de regularização administrativa e, ainda, delimitar a extensão da área a ser objeto de futura recuperação ambiental. A medida demolitória é extrema, devendo ser precedida da cautela requerida, produção de prova pericial. DÁ-SE PROVIMENTO ao apelo de Carolina para acolher a preliminar de cerceamento de defesa, anulando-se a sentença e determinando-se a dilação probatória, prejudicado o recurso do Município de Ubatuba.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por Carolina Avelino da Silva (JG) e Município de Ubatuba contra a r. sentença de fls. 148/157 que, nos autos da ação civil pública ajuizada pelo MP, ora apelado, em face dos apelantes, decidiu condenar a requerida Carolina Avelino da Silva à obrigação de não fazer consistente em cessar toda e qualquer atividade que degrade o meio ambiente, com a paralisação imediata de obras, do desmatamento, do plantio de espécies exóticas, da impermeabilização do solo ou de qualquer outra atividade poluidora no local, além de condená-la na obrigação de fazer consistente em desfazer a atividade irregularmente implantada na área, bem como para condenar os requeridos Carolina Avelino da Silva e Município da Estância Balneária de Ubatuba, de forma solidária, à obrigação de fazer consistente em remover os materiais resultantes do desfazimento da obra em questão, encaminhando-os aos locais licenciados, além de promover a descompactação do solo na área de construção em questão, ao isolamento da área autuada de possíveis fatores de degradação e a realização de plantio e manutenção de 20 (vinte) mudas de espécies nativas da região, no local outrora degradado. Na ocasião foi fixado o prazo para início de cumprimento das mencionadas obrigações em 10 (dez) dias contados da publicação da sentença, sob pena de multa de R$ 500,00 (quinhentos reais) por dia de atraso,

Acesso ao Sumário

limitada ao montante de R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Em caso de impossibilidade de cumprimento das obrigações, ficam ambos os requeridos condenados, de forma solidária, ao pagamento de indenização pelo dano ambiental causado, em montante a ser apurado em perícia técnica especializada, o qual deverá ser revertido em favor do Fundo de Tutela dos Interesses Difusos (cf. artigo 13, Lei nº 7.347/85). Custas pelos requeridos, ressalvadas as benesses da justiça gratuita concedida a Carolina.

Nas razões de apelo a fls. 175/183, Carolina pugna pelo recebimento do recurso no efeito suspensivo e antecipação de tutela recursal e sustenta preliminar de cerceamento de defesa, afirmando que as provas requeridas são indispensáveis à demonstração do direito pretendido.

Aduz que reside na casa com sua família, inclusive filhos menores; que adquiriu a posse e não realizou qualquer obra no local, sendo a casa pré-existente; que o Poder Público foi omisso e deve ser compelido a fornecer nova habitação à apelante, com fulcro na dignidade da pessoa humana e no artigo 42 da Lei nº 9.985/2000; que buscou o órgão ambiental visando sanar a questão.

Impugna o prazo concedido alegando que é exíguo; que a medida demolitória é excessiva e desnecessária e que o valor da multa é desproporcional; que não há provas a sustentar o édito condenatório.

Pugna pelo reconhecimento do cerceamento de defesa ou, subsidiariamente, pela dilação do prazo.

Com razões recursais a fls. 198/207, o Município de Ubatuba aduz preliminar de ilegitimidade passiva, posto que não deu causa ao resultado.

Caso não acolhida a preliminar, ressalta que há responsabilidade também do Estado e da União; nega que tenha sido omisso, destacando a dificuldade em gerir um município com as complexidades de Ubatuba; que a condenação imposta causa custas ao erário público não cabendo, quanto a tais gastos, a intervenção do Judiciário.

Alega que não há nexo causal entre qualquer conduta da apelante e o dano; que não há, no caso, responsabilidade objetiva.

O MP apresentou as contrarrazões (fls. 189/195 e 214/222). A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento parcial do recurso da ré para dilatar prazo e não provimento do apelo do Município, contudo, reconhecendo-se que a responsabilidade solidária do ente público é de execução subsidiária, nos moldes da Súmula 652 do STJ (fls. 231/239).

É O RELATÓRIO.

Inicialmente, recebo o apelo no efeito suspensivo, presente relevante fundamentação e risco de dano grave decorrente da iminente demolição, à luz do artigo 1012, §§ 1º e 4º do Código de Processo Civil.

Acesso ao Sumário

Consta dos autos que a apelante Carolina causou danos ambientais consistente no desmatamento de vegetação nativa do tipo floresta alta de restinga (Bioma Mata Atlântica) em estágio médio de regeneração, em área equivalente a 0,0125 hectares, em área de preservação permanente de curso d'água, para construção de uma residência na rua Ômega, nº 10, Sesmaria, em Ubatuba/SP.

Consoante o Boletim de Ocorrência de fls. 17/23, datado de 13 de junho de 2022, a apelante Caroline afirmou que "construiu a casa para morar com sua família uns seis meses e não sabia que tinha que ter autorização para desmatar".

Instadas as partes acerca da produção de provas, a particular requereu a "perícia técnica" para a comprovação de que a área é ou não objeto de proteção da legislação ambiental, bem como a produção de prova testemunhal para afastar a alegação de que seria responsável pelo desmatamento e construção.

Quanto à dilação probatória, a prova testemunhal é totalmente dispensável. Primeiro, porque há contrato particular a fls. 108/109, descrevendo a aquisição da posse do terreno, no qual já existia a construção de uma casa.

Em segundo porque a obrigação ambiental é *propter rem*, assim, pouco importa quem tenha efetivamente construído ou desmatado o local, já que a obrigação de recompor pode ser exigida do proprietário ou possuidor, bem como do antigo possuidor.

Em sentido oposto, a produção pericial realmente é necessária.

Nos autos houve a uma inspeção realizada pela polícia militar ambiental, descrita no B.O. de fls. 17/23, o qual cita duas proteções ambientais: existia ali vegetação do Bioma Mata Atlântica e, concomitantemente, o local é área de preservação permanente.

Ocorre que é preciso definir a proteção ambiental que recai sobre a área, verificando qual é o tipo de área de preservação que ocorre no local, ante as inúmeras espécies protetivas descritas no artigo 4º da Lei nº 12.651/2012, bem como qual é a distância entre o curso d'água e a construção, a fim de confirmar se está totalmente ou parcialmente em APP; também caberia confirmar se a vegetação suprimida realmente é de Mata Atlântica e se existia sobre parte da área ou sobre toda a área ocupada.

Acesso ao Sumário

Essas questões são importantes para avaliar se deve ser permitida a tentativa de regularização administrativa, inclusive pela supressão de vegetação Mata Atlântica que, em alguns casos, comporta regularização.

A definição também é essencial para que se possa delimitar a extensão da área a ser objeto de futura recuperação ambiental, se essa hipótese for adotada.

Anota-se ainda que a medida demolitória é extrema, sendo o caso de adotar a cautela de melhor esclarecer o tipo e a extensão da proteção ambiental sobre a área.

Por tais razões, o apelo da particular é provido para, acolhida a preliminar de cerceamento de defesa, autorizar a produção da prova técnica/pericial.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao apelo de Carolina Avelino da Silva para acolher a preliminar de cerceamento de defesa, anulando a sentença, nos moldes do V. Acórdão, prejudicado o apelo do Município de Ubatuba.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1013578-19.2021.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é apelante/apelado ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado/apelante SERGIO ROBERTO PEREIRA DERVELAN.

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 aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.134)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente) e BORELLI THOMAZ.

São Paulo, 29 de setembro de 2023.

DJALMA LOFRANO FILHO, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANO MORAL. ERRO EM CERTIDÃO CRIMINAL. REPARAÇÃO DEVIDA. 1. Prescrição. Inocorrência. Termo inicial da pretensão indenizatória que surge com a ciência do fato pelo lesado e não com a prática do ato ilícito. Prazo prescricional de cinco anos (art. 1º do Decreto Fed. nº 20.910/32) não decorrido no caso em exame, ainda que se considere a data da publicação, em 24/09/2016, no Diário Oficial, noticiando a não aprovação do autor, visto que a inicial foi ajuizada em 26/08/2021. 2. Mérito. Pretensão ao recebimento de indenização por danos morais decorrentes da não aprovação em curso de formação de condutores por constar dos registros criminais (certidão de objeto e pé) que o autor, policial militar, figurou como indiciado por roubo, quando, na verdade, ele foi testemunha do fato. Sentença

Acesso ao Sumário

de procedência do pedido, fixada a indenização em R$ 10.000,00. Insurgência de ambas as partes, o autor pleiteando a majoração da indenização e da verba honorária e o réu, a improcedência da ação. Descabimento. A declaração emitida pelo Conselho de Trânsito indica que o autor foi reprovado em virtude da informação equivocada de que foi indiciado pelo crime do art. 157 do Código Penal. Nexo de causalidade bem evidenciado. Caracterizada a responsabilidade do Estado de São Paulo. Dano moral configurado. Valor da indenização arbitrado na sentença razoável e suficiente para a reparação. Impossibilidade de majoração. Honorários advocatícios bem arbitrados, em virtude da simplicidade do trâmite da lide. Sentença mantida. Sucumbência recursal - majoração da verba honorária, nos termos do disposto no art. 85, § 11, do CPC/15. Recursos não providos.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recursos de apelação interpostos nos autos da ação de rito ordinário ajuizada por Sergio Roberto Pereira Dervelan contra o Estado de São Paulo. Na sentença de fls. 128/132, foi julgado procedente o pedido inicial para condenar o réu ao pagamento de indenização por danos morais fixada no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), com aplicação da taxa SELIC, na forma do artigo 3º da EC nº 113/2021 (atualização monetária e juros moratórios) a partir da presente data (Súmula nº 362 do C. STJ). Em razão da sucumbência, o réu foi condenado, ainda, ao ressarcimento das custas e despesas processuais incorridas pelo autor da ação, além do pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação, com atualização monetária pela taxa SELIC, a partir da presente data até o efetivo pagamento, na forma do artigo 85, § 3º, inciso I, do CPC.

Ambas as partes interpuseram recurso de apelação.

O réu postulou a reforma da r. sentença, aos seguintes argumentos: a) inicialmente, pediu que seja reconhecida a prescrição do fundo de direito, pois o autor teve conhecimento da reprovação no curso de formação de condutores já em 2016, com a publicação do edital de resultados; b) não é crível admitir que o autor tenha buscado os motivos de sua exclusão apenas três anos depois; c) o prazo quinquenal para buscar eventual reparação se inicia com a ciência do ato supostamente ilícito; d) no mérito propriamente dito, adverte para a ausên-

Acesso ao Sumário

cia de nexo de causalidade entre sua reprovação e certidão de objeto e pé, na qual consta que o processo foi arquivado sem condenação; e) ausência de dano moral, porque nenhum abalo foi experimentado; f) subsidiariamente, é devida a redução do valor indenizatório (fls. 136/139).

O autor, por sua vez, sustentou o seguinte: a) necessidade de majoração do valor da indenização, pois sofreu grande prejuízo, sendo inadmissível um policial ser equivocadamente taxado de autor de crime contra o patrimônio com emprego de violência; c) o valor de reposição do dano deve atuar como efetiva penalidade ao transgressor da lei, bem como inibidor de novas condutas, sendo a quantia de dez mil reais praticamente irrisória; d) ideal a condenação em R$ 50.000,00; e) majoração do percentual dos honorários advocatícios (fls. 140/146).

Os recursos foram respondidos a fls. 156/158 e 159/162, arguida a ocorrência de prescrição pelo réu.

É o relatório.

Cuida-se de pretensão indenizatória apresentada por Sergio Roberto Pereira Dervelan contra o Estado de São Paulo, voltada ao reconhecimento do direito ao recebimento de indenização por danos morais decorrentes da não aprovação em curso de formação de condutores porque constou de certidão de objeto e pé que o autor teria sido indiciado por roubo, quando, na verdade, sendo policial, ele apenas foi testemunha da referida ocorrência.

Não há reexame necessário com fundamento no artigo 496 do Código de Processo Civil de 2015.

De acordo com as regras do § 3º do artigo 1.010 combinado com os artigos 1.011 e 1.012, todos do Código de Processo Civil de 2015, o recurso é tempestivo e deve ser recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo.

Inicialmente, não é possível acolher a tese do Estado de São Paulo no sentido de que transcorreu o prazo prescricional.

O d. magistrado afastou esta pretensão do réu, nos seguintes termos (fl. 129):

"*O prazo prescricional de 5 (cinco) anos, a que alude o artigo 1º do Decreto Federal nº 20.910/32, somente passa a fluir do ato que ocasionou o dano moral na declaração de fls. 34 o autor terminou o curso de formação em 03/12/2016, não tendo o seu nome incluído no sistema do Detran em razão da certidão criminal desabonadora de fls. 33, datada de 29 de novembro de 2016. A ação foi ajuizada em 26/08/2021 e, portanto, não decorreu o prazo prescricional*".

A decisão de primeiro está correta e fica mantida por seus próprios fundamentos. Com efeito, o prazo prescricional é de cinco anos, nos termos do art. 1º do Decreto Federal nº 20.910/32. Referido prazo não transcorreu, ainda que se

Acesso ao Sumário

considere a data da publicação, em 24/09/2016, no Diário Oficial, da reprovação do autor (fls. 36/38), visto que a inicial foi ajuizada em 26/08/2021. Além disso, consoante bem observou o magistrado sentenciante, a certidão criminal de fls. 33 é datada de 29/11/2016.

Convém também esclarecer que o termo inicial da fluência do prazo prescricional se deu na data em que o autor teve ciência dos motivos de sua reprovação no curso de formação de condutores.

O autor alegou que tomou conhecimento dos motivos de sua reprovação apenas no momento em que realizou a pesquisa de seu nome no site do Tribunal e constatou que havia figurado como indiciado em persecução penal, quando, na realidade, foi apenas testemunha do fato, ou seja, o policial que atendeu a ocorrência.

Razão assiste ao autor, porque embora o procedimento criminal em que figurara equivocadamente como indiciado tenha sido arquivado no longínquo ano de 1998, o prazo para buscar a reparação do dano experimentado se dá com a ciência do ato ilícito pelo prejudicado.

Em outras palavras, não obstante o ato ilícito do Estado tenha sido praticado antes mesmo de 1998, o autor de nada sabia e dele tomou conhecimento apenas ao realizar pesquisa no site do Tribunal de Justiça, após a sua reprovação no curso.

Como se vê, não haveria como o autor buscar reparação a partir da data da inclusão equivocada de seu nome como indiciado em persecução penal, pois, sem a respectiva ciência, não flui o prazo para formular pretensão no Poder Judiciário.

Além disso, não há nenhuma prova nos autos de que o autor tenha tomado ciência do equívoco na certidão criminal em momento anterior à pesquisa realizada, já que, somente após a sua exclusão do curso no DETRAN, ele ficou sabendo do equívoco envolvendo o seu nome.

Aplica-se à espécie o princípio da *actio nata*, considerando-se o termo inicial do prazo prescricional a data do nascimento da pretensão resistida, que ocorre quando se toma ciência inequívoca do fato danoso.

Como se vê, de qualquer ângulo que se analise a questão, observa-se que não transcorreu o prazo prescricional.

Rejeitada a alegação de prescrição, mister analisar o mérito recursal propriamente dito.

Nos termos do artigo § 6º do artigo 37 da Constituição da República, *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.*

Acesso ao Sumário

No aludido dispositivo, a Constituição Federal consagrou a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, na modalidade do risco administrativo. Para que haja o dever de indenizar, mister que o dano causado guarde uma relação direta de causa e efeito com a situação de risco criada pela atividade estatal. Neste caso, haverá a responsabilidade objetiva do Estado, sem campo para indagação quanto à culpa da Administração, haja vista que o importante a ser comprovado pelo ofendido é a relação de causalidade entre o dano sofrido e o ato comissivo do agente estatal.

Há, ainda, a responsabilidade subjetiva, representada pela teoria da culpa administrativa, decorrente da omissão do Estado, hipótese em que pode haver a inversão do ônus da prova. Neste caso, à vítima basta a demonstração de que o dano decorreu da falha na prestação do serviço estatal, ao passo que compete à Administração Pública comprovar a ausência de *faute du service.*

Certamente, se o Estado, devendo agir por imposição legal, não o fez ou o fez deficientemente ou tardiamente, comportando-se abaixo dos padrões legais que normalmente deveriam caracterizá-lo, responde por esta incúria, negligência, deficiência ou atraso, que traduzem um ilícito ensejador do dano não evitado quando, de direito, devia sê-lo.

A tese que busca afastar o reconhecimento do pedido, lançada pelo Estado, aventa a ausência de nexo de causalidade entre a certidão criminal que menciona o autor como indiciado e o fato de ele ter sido excluído do curso de formação de condutores, imputando a autoria da lesão exclusivamente ao servidor do Departamento Estadual de Trânsito - DETRAN.

Não lhe assiste razão, contudo, como se verá a seguir.

A certidão criminal juntada fl. 33, emitida pela 5ª Vara Criminal da Comarca de Guarulhos, em 29/11/2016, atesta, de forma equivocada, que o autor foi indiciado pelo crime de roubo.

Os demais documentos juntados com a inicial comprovam, sem sombra de dúvidas, que o autor, na realidade, foi o policial que acompanhou a ocorrência, sendo, portanto, testemunha do fato (fls. 19/31)

A declaração firmada pelo Centro de Ensino de Trânsito - CENTRAN, encartada a fl. 34 desses autos, não deixa dúvida de que a exclusão do autor do curso de formação deu-se em razão do descuido do Estado, ao emitir certidão criminal na qual consta o seu nome como indiciado pelo crime capitulado no artigo 157 do Código Penal.

Evidente, portanto, o nexo causal entre a emissão da certidão com a informação equivocada (ato ilícito) e a reprovação do autor no curso de transporte coletivo, que realizava no DETRAN.

Como bem pontuado na r. sentença recorrida: "*No caso dos autos, a inicial atribui responsabilidade ao Estado em decorrência da falta de cautela do*

Acesso ao Sumário

órgão estatal que possui atribuição para o registro de dados de identificação e individualização dos indiciados, e em decorrência disso, como visto, o autor sofreu prejuízo, uma vez que, mesmo frequentando e concluindo com êxito o Curso de Transporte Coletivo de Passageiros, não foi inserido no sistema pelo órgão responsável DETRAN/SP, pois em sua certidão de distribuição criminal constou anotação desabonadora, de forma indevida, por erro" (fl. 130).

Além disso, sendo policial militar, poder-se-ia até mesmo cogitar de dano moral *in re ipsa*, porque o apontamento de seu nome como indiciado lhe causa prejuízo por si só, sem a necessidade de comprovação de outros e maiores dissabores.

Consideradas as circunstâncias mencionadas, é evidente que o autor sofreu dano passível de reparação, passando por situação vexatória que ultrapassa o mero aborrecimento.

Não procede a alegação do réu no sentido de que ele não teria sofrido nenhum prejuízo, por constar da certidão de objeto e pé (fl. 33) a informação de que o procedimento criminal fora arquivado. Ora, tal fato em nada atenua a conduta estatal, pois, como se viu, o autor foi reprovado no curso do DETRAN, vindo a sofrer efetivo prejuízo moral.

Preenchidos, portanto, os requisitos necessários, é devida a reparação monetária a fim de compensar o dano moral efetivamente experimentado pelo autor.

Por outro lado, no que tange ao valor da indenização, os pleitos de redução e majoração não comportam acolhimento.

Como é sabido, considerando-se a situação econômico-financeira das partes envolvidas no litígio material, o valor da reparação não pode ser alto a ponto de configurar o enriquecimento sem causa da parte ofendida, porém deve alcançar cifra que desestimule a reiteração da prática danosa.

No caso em apreço, o valor de R$ 10.000,00, acrescidos de correção monetária desde a data do evento danoso (ciência do fato) e juros de mora contados da citação, atende aos pressupostos acima delineados.

Acesso ao Sumário

Finalmente, o pedido de majoração dos honorários advocatícios também não encontra foro de aceitação, porque, foram efetivamente considerados os critérios definidos pelo § 2º do artigo 85 do Código de Processo Civil de 2015, quais sejam, o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza, a importância da causa, o trabalho realizado e o tempo exigido para a sua execução.

A prova da presente demanda era primordialmente documental, não reclamou dificuldade em seu recolhimento, o reconhecimento do pedido dispensou a produção de prova pericial e o tempo de duração do processo foi razoavelmente veloz.

Não há, dessa forma, motivação para o arbitramento da verba honorária advocatícia no patamar máximo, como pretende o autor.

Com tais considerações, a hipótese era mesmo de procedência do pedido, ficando inteiramente mantida a sentença, por seus próprios e bem lançados fundamentos fáticos e jurídicos.

Por fim, desprovido o recurso do réu, em atenção ao art. 85, § 11, do CPC, os honorários advocatícios arbitrados na sentença ficam majorados para 15% sobre o valor da condenação.

Diante do exposto, nega-se provimento aos recursos interpostos pelo autor e pelo réu.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1050529-23.2021.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante/apelado TIAGO APARECIDO AZARIAS MASCARINI, é apelado/apelante INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso do autor e deram parcial provimento ao recurso da autarquia. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.132)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS MONNERAT (Presidente sem voto), RICARDO GRACCHO e ALBERTO GENTIL.

São Paulo, 30 de setembro de 2023.

ANTONIO MOLITERNO, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Ação julgada improcedente. PRELIMINAR – Cerceamento – Não configuração – Realização de vistoria, nova perícia médica, complementação do laudo ou diligências suplementares – Providências consideradas desnecessárias pelo magistrado, de acordo com seu livre convencimento motivado – Jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça. ACIDENTE DO TRABALHO – Acidente típico comprovado – Ausência de sequelas incapacitantes – Improcedência mantida.

Acesso ao Sumário

HONORÁRIOS PERICIAIS – Conforme tese definida pelo Superior Tribunal de Justiça no Tema Repetitivo 1044, cabe a cada Estado o pagamento, em definitivo, de honorários periciais adiantados pelo INSS em ação de acidente do trabalho, na qual o autor sucumbente é beneficiário da gratuidade de justiça – Reembolso, entretanto, que deverá ser requerido em ação própria, resguardando-se os princípios do contraditório e da ampla defesa, pois o Estado de São Paulo não integrou a lide Precedentes.

NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO DO AUTOR. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO DA AUTARQUIA.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelações interpostas pelas partes contra a r. sentença que julgou improcedente a ação acidentária movida por TIAGO APARECIDO AZARIAS MASCARINI contra o INSS, reconhecida a isenção em relação ao pagamento das verbas inerentes à sucumbência, não havendo determinação de ressarcimento dos honorários periciais pela Fazenda Pública do Estado de São Paulo.

Não foram apresentadas respostas.

É o relatório.

Não está configurado o alegado cerceamento.

Desnecessária a realização de nova perícia, vistoria, a complementação daquelas já realizadas ou de outras providências correlatas.

Nova perícia pode ser determinada pelo juiz quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida ou se o laudo lhe parecer incompleto, vago, inconclusivo, contraditório ou mesmo absurdo (art. 480 do CPC), hipóteses não identificadas no presente feito.

Apesar das críticas, observo o laudo pericial está fundamentado e contém os elementos necessários à solução da lide. Tanto que propiciou a entrega da prestação jurisdicional.

Recordo que não há vinculação do magistrado a nenhuma espécie de prova, inclusive a pericial, conforme o princípio do livre convencimento motivado. Portanto, não há obrigação de se deferir, a pedido da parte, a realização de nova perícia apenas porque a anterior lhe foi desfavorável.

Como destinatário das provas, o juiz pode apreciá-las livremente, de

Acesso ao Sumário

acordo com as circunstâncias peculiares dos autos. Compete-lhe, ainda, o indeferimento das diligências inúteis, nos termos dos arts. 370 e 371 do CPC.

Oportuno ainda lembrar que, na produção da prova pericial, a lei permite que as partes indiquem seus assistentes técnicos e apresentem quesitos, como forma de propiciar a colheita de melhores elementos probatórios para a formação da convicção do magistrado.

Passo ao mérito.

A solução dada à lide não comporta alteração.

O autor afirmou que sua capacidade laborativa foi afetada por sequelas de acidente ocorrido em 2015, durante a jornada de trabalho como motorista. Fraturou o punho direito ao sofrer uma queda.

O infortúnio é incontroverso. Foi comunicado pela empregadora (CAT – fls. 38) e propiciou o pagamento de auxílio-doença acidentário de 04/10/2015 a 15/02/2016 (fls. 70).

A perícia médica, essencial em demandas desta natureza, foi realizada, conforme o laudo de fls. 116/137, com esclarecimentos a fls. 156/158. O perito não constatou sequela relacionada ao infortúnio sofrido que comprometa a capacidade laborativa do autor.

A impugnação apresentada, desprovida de esteio técnico, não foi suficiente para elidir as conclusões da perícia judicial, firmada por profissional habilitado, imparcial e da confiança do juiz.

Portanto, não comprovados os fatos constitutivos do direito postulado pelo autor (CPC, art. 373, I), imprescindíveis para a concessão do benefício acidentário pretendido, a improcedência da ação era medida que se impunha.

A pretensão do INSS comporta parcial acolhida.

Ao julgar o REsp nº 1.823.402/PR e o REsp 1.824.823/PR em 21/10/2021, representativos de controvérsia, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça firmou a seguinte tese no Tema Repetitivo 1044: "*Nas ações de acidente do trabalho, os honorários periciais, adiantados pelo INSS, constituirão despesa a cargo do Estado, nos casos em que sucumbente a parte autora, beneficiária da isenção de ônus sucumbenciais, prevista no parágrafo único do art. 129 da Lei 8.213/91*."

Por outro lado, considerando que a Fazenda do Estado de São Paulo não integrou a presente lide, a pretensão do INSS, de reembolso dos valores que antecipou a título de honorários periciais, deverá ser objeto de ação própria, resguardando-se os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Neste sentido, destaco alguns precedentes desta 17ª Câmara de Direito Público, com competência para julgamento de ações acidentárias contra o INSS:

APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO – Ação acidentária – Incapacidade laborativa afastada pela perícia judicial – Ação julgada im-

Acesso ao Sumário

procedente – Apelo da autora – Ausência de argumentos capazes de infirmar a conclusão do laudo oficial e os demais elementos de convicção – Insurgência do INSS – **Custeio dos honorários periciais** – Isenção total do segurado prevista no art. 129, parágrafo único, da Lei nº 8.213/91 – **Obrigação que compete ao Estado – Aplicação da tese firmada pelo E. STJ no julgamento do Tema 1.044 – Pretensão que, todavia, deve ser discutida pelo INSS em ação própria – Precedentes desta Câmara** – Sentença mantida – Recursos desprovidos, com observação.

(TJSP; Apelação Cível 1004550-41.2022.8.26.0037; Relator: Francisco Shintate; Órgão Julgador: 17ª Câmara de Direito Público; Foro de Araraquara - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 05/05/2023; Data de Registro: 05/05/2023)

1. Ausente o nexo causal, julga-se improcedente a demanda acidentária. **2. Pedido de reembolso dos honorários periciais adiantados pelo INSS – Pretensão que deve ser exercida pela via própria, assegurado o contraditório e a ampla defesa ao Estado.**

(TJSP; Apelação Cível 1014846-15.2020.8.26.0451; Relator: Ricardo Gracchio; Órgão Julgador: 17ª Câmara de Direito Público; Foro de Piracicaba - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 04/05/2023; Data de Registro: 04/05/2023)

APELAÇÃO. Ação acidentária improcedente. BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO. Lesões nos ombros. Incapacidade laborativa e nexo causal não comprovados. Benefício indevido. **REEMBOLSO DE HONORÁRIOS PERICIAIS PELO ESTADO. Tema 1.044/STJ.** Questão decidida pelo C. STJ, nos REsp 1.823.402/PR e 1.824.823/PR, definindo que nas ações acidentárias, os honorários periciais previamente adiantados pelo INSS, constituem despesa a cargo do Estado, nos casos em que sucumbente a parte autora, beneficiária da isenção de ônus sucumbenciais, prevista no artigo 129, parágrafo único, da Lei 8.213/91. **Fazenda Pública do Estado de São Paulo não é parte no processo. Autarquia poderá pedir ressarcimento em ação própria.** RECURSO NÃO PROVIDO, COM OBSERVAÇÃO.

(TJSP; Apelação Cível 1001847-75.2021.8.26.0554; Relator: Carlos Monnerat; Órgão Julgador: 17ª Câmara de Direito Público; Foro de Santo André - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 06/12/2022; Data de Registro: 06/12/2022)

(os destaques são meus)

Diante do exposto, meu voto **nega provimento ao recurso do autor e dá parcial provimento ao recurso da autarquia.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003608-28.2022.8.26.0451, da Comarca de Piracicaba, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado CATALISE - INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE METAIS LTDA. - FILIAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria negaram provimento ao recurso, vencida a 2ª Juíza, que declara", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.986)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALVES BRAGA JUNIOR (Presidente), SILVIA MEIRELLES, SIDNEY ROMANO DOS REIS, MARIA OLÍVIA ALVES e EVARISTO DOS SANTOS.

São Paulo, 28 de setembro de 2023.

ALVES BRAGA JUNIOR, Relator

Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. ICMS. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE DE DOCUMENTOS FISCAIS. BOA-FÉ. Pretensão à anulação de AIIM, lavrado em razão de crédito indevido de ICMS, relativo à entrada de mercadorias no estabelecimento. Notas emitidas por empresa declarada inidônea. Declaração de existência simulada da empresa, ocorrida em momento posterior às operações. Conjunto probatório que não indica irregularidade nas práticas comerciais. Má-fé que não se presume. Inteligência da Súmula 509 do e. STJ. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pelo **ESTADO DE SÃO PAULO** contra a r. sentença de fls. 486/8 que, em ação anulatória de débito fiscal ajuizada por **CATÁLISE INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE METAIS LTDA**., julgou procedente

o pedido para anular o Auto de Infração e Imposição de Multa (AIIM) 4.115.606-7, em virtude do reconhecimento da boa-fé da contribuinte. Honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa, nos termos do art. 85, § 3º, II, do CPC. Atribuiu-se à causa o valor de R$ 72.846,36, em 4/3/2022.

Afirma o Estado de São Paulo que a autora não comprovou a efetividade das operações. Requer a improcedência do pedido (fls. 491/508).

Acesso ao Sumário

Contrarrazões a fls. 519/27.

FUNDAMENTAÇÃO

O recurso não comporta provimento.

A autora foi autuada nos seguintes termos (AIIM 4.115.606-7 fls. 36/8):

"**I - INFRAÇÕES RELATIVAS AO CRÉDITO DO IMPOSTO:**

1. Creditou-se indevidamente do ICMS no montante de R$ 16.920,00 (dezesseis mil e novecentos e vinte reais), no período de outubro de 2015, conforme especificado no Demonstrativo I em anexo, decorrente da escrituração dos documentos fiscais nele referenciados, relativamente à entrada de mercadoria no estabelecimento, e que não atende às condições previstas no item 3, do §1º, do artigo 59, do RICMS-00. Os referidos documentos foram supostamente emitidos por METALPAPER INDÚSTRIA, COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO, EXPORTAÇÃO DE PAPEL E METAIS LTDA. - EPP CNPJ 67.973.222/0001-61 - I.E 190.117.543.110, e considerados inidôneos conforme Processo SF 1000686-731017/2016. Razão da Inidoneidade: "participação em organização ou associação constituída para a prática de fraude fiscal estruturada desde 07/11/2014". Documentos fiscais inidôneos: "Todos os documentos fiscais a ela atribuídos a partir de 07/11/2014". Notificado a comprovar as operações, o contribuinte apresentou as declarações anexas, que não afastaram a lavratura do presente auto, nos termos do Relatório Circunstanciado em anexo. Comprovam a infração as Notas Fiscais Eletrônicas cujas chaves de acesso são listadas, Livro Registro de Entradas, GIAs, Notificações enviadas e respostas e cópias do Processo de Documentação Inidônea juntados aos autos.

INFRINGÊNCIA: Arts. 61, arts. 59, § 1º, item 3, art. 64, inc. I, do RICMS (Dec. 45.490/00).

CAPITULAÇÃO DA MULTA: Art. 85, inc. II, alínea "c" c/c §§ 1º, 9º e 10º, da Lei 6.374/89

Pretende a declaração de nulidade do AIIM 4.115.606-7, por violação ao entendimento firmado pelo e. STJ, no REsp 1.148.444/MG e na Súmula 509.

Pois bem.

Em recurso repetitivo (**REsp 1.148.444/MG, Tema 272**), o e. STJ decidiu que "*O comerciante de boa-fé que adquire mercadoria, cuja nota fiscal (emitida pela empresa vendedora) posteriormente seja declarada inidônea, pode engendrar o aproveitamento do crédito do ICMS pelo princípio da não-cumulatividade, **uma vez demonstrada a veracidade da compra e venda efetuada**, porquanto o ato declaratório da inidoneidade somente produz efeitos a partir de sua publicação*".

O tema deu origem à **Súmula 509**, "*É lícito ao comerciante de boa-fé aproveitar os créditos de ICMS decorrentes de nota fiscal posteriormente*

Acesso ao Sumário

declarada inidônea, quando demonstrada a veracidade da compra e venda".

No caso, há indícios de boa-fé da autora e comprovação das operações comerciais que originaram o crédito do ICMS, representados pelos registros de entradas de mercadorias, notas fiscais e comprovantes bancários de pagamentos, juntados com a inicial (fls. 36/159).

As operações foram realizadas em outubro de 2015. A declaração de inidoneidade da empresa METALPAPER INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PAPEIS E METAIS LTDA. foi publicada em 18/5/2016 (fls. 138), <u>após a efetivação das compras.</u>

Tudo a indicar a boa-fé da autora.

As discrepâncias apontadas pelo Fisco, relativas ao transporte, por si, não são suficientes para afastar a boa-fé da empresa.

A Fazenda **nada apresentou que evidencie conluio ou simulação**, entre a requerente e a vendedora, com intenção de fraudar a tributação de compra e venda de mercadorias.

Os elementos probatórios denotam que o negócio jurídico efetivamente ocorreu e que houve a entrega das mercadorias à autora.

Diante do conjunto probatório, restou configurada a boa-fé da empresa autora.

Conforme bem ponderado na r. sentença: "*(...) os documentos comprovam que, na época das aquisições a empresa emitente das notas fiscais estava regular, não sendo exigida qualquer outra cautela por parte do adquirente. Nesse diapasão, então, não há provas da propalada má-fé da autora, elemento que sabidamente não pode ser presumido, de sorte que não pode ser punida pela posterior declaração de inidoneidade dos documentos fiscais expedidos, impondo-se a anulação dos AIIMs*".

Nesse sentido:

Apelação 1010446-18.2020.8.26.0625
Relatora: Maria Olívia Alves
Comarca: Taubaté
Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Público
Data do julgamento: 14/12/2021

Ementa: APELAÇÃO – Ação anulatória – Autuação por recebimento de mercadorias de empresa declarada inidônea desacompanhadas da documentação fiscal hábil – Sentença de procedência – Manutenção – Declaração de inidoneidade que não opera efeitos retroativos – Comprovação das operações comerciais, realizadas anteriormente à declaração de inidoneidade – Boa-fé caracterizada – Súmula nº 509 do STJ – Honorários advocatícios – Sentença proferida após a entrada em vigor do CPC/2015 – Ausência de quaisquer das hipóteses que autorizam o arbitramento por equidade (art. 85, § 8º, do CPC) – Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

Apelação 1000888-17.2017.8.26.0014
Relator: Sidney Romano dos Reis
Comarca: São Paulo
Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Público
Data do julgamento: 29/11/2021

Ementa: Apelação cível. Embargos à execução. AIIM. Declaração de inidoneidade de empresa fornecedora. Sentença de procedência. Recurso da FESP. Desprovimento de rigor. 1. A declaração de inidoneidade de empresa fornecedora possui eficácia *ex nunc*. Precedentes. A inidoneidade da inscrição de empresa só gera efeitos contra terceiros depois de publicada. Declaração de inidoneidade posterior às operações mercantis. 2. Efetividade das operações restou cabalmente demonstrada. Presente a boa-fé da empresa autora, não havendo como refutar as questionadas transações comerciais. R. Sentença mantida. Recurso desprovido.

Portanto, a r. sentença deve prevalecer.

DISPOSITIVO

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

Para fins do disposto no art. 85, § 11, do CPC, majoram-se os honorários advocatícios para 12% do valor da causa, nos termos do art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC (válido para as duas instâncias).

DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE

(Voto nº 21.222)

Conforme o relatório do Exmo. Relator sorteado, Desembargador ALVES BRAGA JUNIOR, verifica-se que:

"Trata-se de apelação interposta pelo ESTADO DE SÃO PAULO contra a r. sentença de fls. 486/8 que, em ação anulatória de débito fiscal ajuizada por CATÁLISE INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE METAIS LTDA., julgou procedente o pedido para anular o Auto de Infração e Imposição de Multa (AIIM) 4.115.606-7, em virtude do reconhecimento da boa-fé da contribuinte. Honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa, nos termos do art. 85, § 3º, II, do CPC. Atribuiu-se à causa o valor de R$ 72.846,36, em 4/3/2022.

Afirma o Estado de São Paulo que a autora não comprovou a efetividade das operações.

Requer a improcedência do pedido (fls. 491/508). Contrarrazões a fls. 519/27.

É o relatório.

Respeitado o entendimento do Excelentíssimo Desembargador Relator, ouso dele divergir pelos seguintes motivos:

Acesso ao Sumário

Trata-se de ação anulatória do AIIM nº 4.115.606-7, lavrado por escrituração de documentos fiscais relativos à entrada de mercadorias no estabelecimento comercial, declarados inidôneos, em razão de ter sido comprovada a prática de atos ilícitos com repercussão no âmbito tributário.

Em suas razões iniciais, a autora argumenta que agiu de boa-fé, comprovando a regularidade das operações, sendo certo que a empresa declarada inidônea estava regular no sistema operacional da FESP à época das aquisições.

Pleiteou, assim, a anulação do auto de infração e subsidiariamente a redução da multa fiscal punitiva aplicada, que julga ser confiscatória, bem como a exclusão dos juros superiores à taxa Selic, sob o argumento de inconstitucionalidade da Lei n. 13.918/09.

Com todo respeito, há que se reconhecer *ex officio* a nulidade do julgado.

Com efeito, a dificuldade estampada nestes autos não é a matéria de direito, notadamente diante do entendimento sedimentado pelo Eg. Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Repetitivo n. 1148444/MG, que reconhece a legitimidade do creditamento de ICMS realizado por adquirente de boa-fé, em caso de declaração posterior de inidoneidade da empresa.

Na verdade, o ponto controvertido da lide é saber se, quando a autora comercializou com a empresa declarada inidônea, esta efetivamente existia no mercado e, ainda, se as mercadorias foram efetivamente recebidas ou não, ou seja, se a operação mercantil existiu de fato.

Diante de tais circunstâncias, se faz necessária a realização de prova pericial contábil, **realizada por perito de confiança do juízo**, para o fim de se apurar se as mercadorias **efetivamente foram comercializadas e circularam**.

Isto porque, embora tenha havido alguma comprovação em relação ao pagamento da aquisição das mercadorias, o mesmo não ocorreu quanto à demonstração de sua entrega, ou seja, não se comprovou a circulação da mercadoria.

Assim, mostra-se imprescindível a produção de prova pericial técnica, realizada por perito da confiança do juízo, para o fim de se apurar a realidade das operações efetuadas pelo estabelecimento naquele período, não sendo possível apenas por meio das provas documentais juntadas aos autos, sem uma análise técnica, confirmar se houve ou não a ocorrência das infrações.

Ressalte-se que, *in casu*, a produção da prova pericial era imprescindível para o convencimento do magistrado e posterior adequado julgamento da lide, incumbindo, ainda, ao próprio juízo, *ex officio*, determinar a sua produção, *ex vi* do disposto no artigo 370, *caput*, do CPC.

Assim não ocorrendo, a anulação da r. sentença é medida que se impõe.

Neste sentido é o posicionamento já adotado por este Eg. Tribunal de Justiça:

"PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS – ENCERRAMENTO DE CURSO EM ANDAMENTO – JULGAMENTO ANTECIPADO DA

Acesso ao Sumário

LIDE – PRODUÇÃO DE PROVAS – NECESSIDADE – INEXISTÊNCIA DE PEDIDO DE ANULAÇÃO DA SENTENÇA – IRRELEVÂNCIA. 'Mesmo que a parte requeira apenas a reforma da sentença recorrida, é cabível a anulação desta se a produção de provas for necessária à formação do convencimento do Magistrado'". (TJSP; Apelação Cível 0133114-17.2009.8.26.0100; Relator: Artur Marques; Órgão Julgador: 35ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 25ª Vara Cível; Data do Julgamento: 23/08/2010; Data de Registro: 31/08/2010).

Daí porque, respeitado o entendimento do i. Relator, entendo ser cabível a anulação *ex officio* da r. sentença, com a devolução dos autos à Vara de origem para o seu regular prosseguimento, com a abertura da instrução probatória e realização da prova pericial, ficando prejudicado o apelo da Fazenda Estadual.

Ante o exposto, pelo meu voto, **anula-se** *ex officio* a r. sentença, com determinação, **prejudicado** o recurso de apelação.

SILVIA MEIRELLES, Segunda Juíza

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1004364-28.2022.8.26.0066, da Comarca de Barretos, em que é apelante CLEUSA FLOSI SOARES, são apelados SECRETÁRIO MUNICIPAL DA SAÚDE DO MUNICÍPIO DE BARRETOS-SP (KLEBER ROSA), UNIÃO FEDERAL – PRU e MUNICÍPIO DE BARRETOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.668)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente), FERMINO MAGNANI FILHO e FRANCISCO BIANCO.

São Paulo, 29 de setembro de 2023.

MARIA LAURA TAVARES, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – Fornecimento de medicamento não padronizado pelo SUS – Responsabilidade do próprio Estado, por inteiro – Impossibilidade de inclusão da União no feito, diante do entendimento fixado pelo C. Supremo Tribunal Federal quando do deferimento da tutela provisória no âmbito do RE nº 1366243 (Tema

1.234) – Fornecimento de insumos – Direito à vida – Dever constitucional do Estado – Art. 196 da Constituição Federal – Comprovação da necessidade do insumo para tratamento – Solidariedade dos entes federativos – Responsabilidade do próprio Estado, por inteiro – Sentença terminativa reformada para o fim de conceder a segurança pleiteada – Recurso provido.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado por CLEUSA FLOSI SOARES contra ato do SECRETÁRIO MUNICIPAL DE SAÚDE DE BARRETOS, com o intuito de obter o fornecimento do suplemento alimentar "*ENSURE 4 LATAS POR MÊS", em razão de ter sido diagnosticada com "SARCOPENIA (CID M62)*".

A liminar foi deferida às fls. 35/37.

A autoridade impetrada prestou informações às fls. 52/58.

Por meio da decisão de fls. 80/82 o Magistrado *a quo* fixou o prazo de 15 (quinze) dias úteis para que a impetrante procedesse ao aditamento da inicial, para fins de inclusão da União no polo passivo do feito, sob o fundamento de que o C. Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento de que, nas ações envolvendo medicamentos com registro na ANVISA, mas não disponibilizados pelo SUS, a União deve necessariamente integrar o polo passivo.

Diante da ausência de aditamento da petição inicial, sobreveio a r. sentença recorrida que indeferiu a inicial e julgou extinto o feito, sem resolução de mérito, com fundamento no artigo 485, inciso I, do Código de Processo Civil.

Em razão da sucumbência, condenou a parte autora ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, observada a gratuidade de justiça concedida.

A impetrante interpôs apelação às fls. 145/162, alegando que não deve prosperar a determinação de inclusão da União Federal no polo passivo da demanda, uma vez que o artigo 196 da Constituição Federal prevê que a saúde é dever do Estado como um todo, cabendo ao interessado escolher contra qual dos entes federados deseja litigar, não lhe sendo imponível demandá-los em litisconsórcio, conforme o entendimento da jurisprudência. Quanto ao mérito, sustenta, que a imprescindibilidade do medicamente/insumo pleiteado está cabalmente demonstrada nos autos, bem como a impossibilidade de substituição por outro similar incorporado em atos normativos do Sistema Único de Saúde.

Recurso não respondido (fl. 170).

A D. Procuradoria de Justiça manifestou-se às fls. 190/193, opinando pelo provimento do recurso.

Recurso regular e tempestivo (fl. 196).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Cuida-se de mandado de segurança impetrado com vistas à obtenção do medicamento "*ENSURE 4 LATAS POR MÊS", em razão de a impetrante ter sido diagnosticada com "SARCOPENIA (CID M62)*".

Todavia, em que pese o entendimento do Magistrado *a quo*, o recurso comporta provimento, merecendo ser afasta a r. sentença terminativa.

Inicialmente, tem-se que o direito à saúde foi expressamente contemplado no artigo 196 da Constituição Federal:

> ***"Art. 196. 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."***

A propósito do tema, o C. Supremo Tribunal Federal, ao interpretar os artigos 5º, *caput*, e 196, da Constituição Federal, consagrou o direito à saúde como consequência indissociável do direito à vida, assegurando-o a todas as pessoas, como se infere do julgamento do ARE 685.230/MS.

O Estado possui, portanto, o dever de fornecer os medicamentos e insumos essenciais para preservar a vida e a saúde dos cidadãos, garantindo, dessa forma, o atendimento ao mandamento constitucional.

Além disso, é certo que esta responsabilidade é do Estado como um todo, por inteiro, sendo certo que o ente federativo não pode pretender transferir a responsabilidade pela aquisição e entrega do medicamento a outro.

A competência comum dos entes da federação em relação à saúde está prevista no artigo 23, inciso II, da Constituição Federal, de forma que União, Estados, Distrito Federal e Municípios são solidariamente responsáveis pela saúde.

Ademais, o mandamento insculpido no artigo 196 da Constituição Federal não faz qualquer distinção entre União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, não competindo a atos administrativos inferiores, como portarias, a repartição da obrigação de fornecimento de medicamento.

Perante a população, tanto a União, como o Estado ou o Município são obrigados a atender ao comando constitucional.

Acesso ao Sumário

A esse respeito, o C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 855.178/SE (Tema 793), fixou a tese de que: "*Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro*".

Ocorre que, posteriormente, no âmbito do RE nº 1366243 (Tema 1.234), no qual se discute a "*legitimidade passiva da União e competência da Justiça*

Federal, nas demandas que versem sobre fornecimento de medicamentos registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, mas não padronizados no Sistema Único de Saúde - SUS", o C. Supremo Tribunal Federal, nos termos do voto do Min. Relator Gilmar Mendes, deferiu em parte a tutela provisória incidental requerida para estabelecer que:

> ***"Até o julgamento definitivo do Tema 1234 da Repercussão Geral, a atuação do Poder Judiciário seja regida pelos seguintes parâmetros:***
> ***(i) nas demandas judiciais envolvendo medicamentos ou tratamentos padronizados: a composição do polo passivo deve observar a repartição de responsabilidades estruturada no Sistema Único de Saúde, ainda que isso implique deslocamento de competência, cabendo ao magistrado verificar a correta formação da relação processual, sem prejuízo da concessão de provimento de natureza cautelar ainda que antes do deslocamento de competência, se o caso assim exigir;***
> ***(ii) nas demandas judiciais relativas a medicamentos não incorporados: devem ser processadas e julgadas pelo Juízo, estadual ou federal, ao qual foram direcionadas pelo cidadão, sendo vedada, até o julgamento definitivo do Tema 1234 da Repercussão Geral, a declinação da competência ou determinação de inclusão da União no polo passivo;***
> ***(iii) diante da necessidade de evitar cenário de insegurança jurídica, esses parâmetros devem ser observados pelos processos sem sentença prolatada; diferentemente, os processos com sentença prolatada até a data desta decisão (17 de abril de 2023) devem permanecer no ramo da Justiça do magistrado sentenciante até o trânsito em julgado e respectiva execução (adotei essa regra de julgamento em: RE 960429 ED-segundos Tema 992, de minha relatoria, DJe de 5.2.2021);***
> ***(iv) ficam mantidas as demais determinações contidas na decisão de suspensão nacional de processos na fase de recursos especial e extraordinário. 6. Tutela provisória referendada.***

No caso dos autos, o medicamento pleiteado não se encontra incorporado ao SUS, de forma que deve ser aplicado o entendimento do C. Supremo Tribunal Federal no sentido de que "*as demandas devem ser processadas e julgadas pelo Juízo, estadual ou federal, ao qual foram direcionadas pelo cidadão, sendo vedada, até o julgamento definitivo do Tema 1234 da Repercussão Geral, a declinação da competência ou determinação de inclusão da União no polo passivo*".

Assim, nos termos do entendimento fixado pelo C. Supremo Tribunal Federal no âmbito do RE 1366243 (Tema 1.234), é descabida a determinação de inclusão da União no feito, devendo ser reformada a r. sentença terminativa que extinguiu o feito em razão da ausência de aditamento da inicial para fins de inclusão da União no polo passivo do *mandamus*.

Acesso ao Sumário

De todo modo, o processo está em condições de imediato julgamento, cabendo a este Tribunal decidir desde logo o mérito, com fundamento no artigo 1.013, § 3º, I, do Código de Processo Civil.

Quanto ao mérito, cumpre observar, inicialmente, que o Tema 106, do Superior Tribunal de Justiça (julgamento do REsp 1.657.156/RJ) cuida especificamente de medicamentos que não estão incluídos no rol daqueles fornecidos pelo Sistema Único de Saúde - SUS, não sendo o caso dos autos, onde é pleiteado o fornecimento de insumos.

Conforme exposto acima, os entes federativos possuem o dever de fornecer o insumo essencial para preservar a vida e a saúde da impetrante, garantido o atendimento ao mandamento constitucional insculpido no artigo 196 da Constituição Federal.

É certo que não cabe ao Judiciário delinear políticas públicas de responsabilidade do Executivo e do Legislativo. Ocorre, entretanto, que tais políticas públicas devem observar os princípios fundamentais e demais preceitos Constitucionais, cabendo ao Judiciário, em última instância, analisar a compatibilidade daquelas com estes. Assim, é possível o controle das políticas públicas pelo Judiciário, para exame da sua implementação, adequação ou correção, observadas as disposições constitucionais[1].

O direito à saúde integra o chamado mínimo existencial, que pode ser definido como as condições mínimas de existência humana digna, que exigem prestações positivas por parte do Estado. A não observância do mínimo existencial autoriza da intervenção do Judiciário, como no caso dos autos.

É certo que a intervenção judicial em políticas públicas deve ser pautada no princípio da razoabilidade, de forma que é necessária a ponderação entre a razoabilidade da pretensão coletiva ou individual e a desarrazoabilidade da lei, de sua interpretação ou da atuação administrativa.

No caso dos autos, a impetrante bem demonstrou a razoabilidade de sua pretensão e a desarrazoabilidade da atuação da requerida, ao negar o fornecimento do suplemento alimentar. O relatório médico juntado às fls. 24/27 demonstra a imprescindibilidade do suplemento em questão, além de indicar que inexiste qualquer substituto para o insumo pleiteado no SUS.

Não se desconhece que a Administração está sujeita à reserva do possível, ou seja, que possui disponibilidade financeira limitada. É certo que o planejamento para a execução das políticas públicas é fundamental, mas no caso dos autos a requerida não comprovou a indisponibilidade orçamentário-financeira para atendimento do pleito da autora. Competia à Administração demonstrar, por meio de documentos e especificamente, a alegada ausência de recursos.

Acesso ao Sumário

1 Sobre o tema: Ada Pellegrini GRINOVER; Kazuo WATANABE. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, Rio de Janeiro, Forense, 2011. Também: Fábio Konder COMPARATO, "Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas", in *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*, São Paulo, Malheiros, 1997.

A falta de recursos não foi comprovada e o sopesamento dos princípios envolvidos leva à conclusão de que deve prevalecer o direito à saúde, de forma que o argumento de ausência de recursos financeiros não pode afastar a obrigação da requerida em atender ao pedido apresentado.

Conclui-se, assim, que foi demonstrada violação, ou, no mínimo, ameaça de violação aos direitos fundamentais do impetrante à dignidade da pessoa humana e à saúde, garantidos pela Constituição Federal.

Dessa forma, deve ser concedida a segurança pleiteada pela impetrante.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso para o fim de afastar a r. sentença terminativa e, no mérito, conceder a segurança pretendida, determinando-se que a autoridade coatora forneça à impetrante o insumo pleiteado na inicial, nas dosagens e conforme as recomendações médicas, enquanto o insumo for necessário para o tratamento de saúde da impetrante, sob pena de fixação de multa diária. Custas e despesas pela autoridade impetrada. Descabida a condenação em honorários advocatícios, em face do artigo 25 da Lei nº 12.016/09.

Eventuais recursos interpostos contra este julgado estarão sujeitos a julgamento virtual, devendo ser manifestada a discordância quanto a essa forma de julgamento no momento da interposição.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Cível nº 1051364-96.2021.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que são apelantes YPE ROXO COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES LTDA. (E OUTROS(AS)) e MSB ADMINISTRACÃO E COMÉRCIO LTDA., é apelado MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Após sustentação oral realizada pelo Dr. José Luis Ribeiro Brazuna, OAB/SP 165.093. Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.735)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente) e HENRIQUE HARRIS JÚNIOR.

São Paulo, 5 de outubro de 2023.

MARCELO L THEODÓSIO, Relator

Ementa: Apelação – Mandado de Segurança – IPTU – Município de Ribeirão Preto – Cobrança do imposto municipal por meio da aplicação simultânea de duas alíquotas distintas (0,6% e 2,2%) – Embora o

Acesso ao Sumário

impetrante reitere sua alegação que não está discutindo a constitucionalidade da legislação municipal (LC nº 2.920/2018) mas sim a (i)legalidade da cobrança híbrida, tal questão redunda, inevitavelmente, no entendimento firmado pelo Órgão Especial deste Tribunal de Justiça que, ao contrário do alegado pelo impetrante, tratou da forma de cálculo ora discutida – Forma de cálculo prevista no art. 168, II, "c", da LCM nº 2.415/70, acrescentado pela LCM nº 2.920/18, norma declarada constitucional pelo Órgão Especial deste Tribunal, nos autos da ArgInc. nº 0004761-45.2021.8.26.0000, Rel. Des. Evaristo dos Santos, j. 17/03/2021 – Cálculo discutido que decorre de seletividade tributária, expressamente permitida pela CF/88 – No caso em tela, ao contrário das alegações do impetrante, a Municipalidade de Ribeirão Preto, ao promulgar a LCM 2.920/2018, não criou uma nova hipótese de incidência tributária (IPTU) ou um tributo "híbrido" – No plano infraconstitucional, o art. 47 do Estatuto das Cidades (Lei Federal nº 10.257/2001), autoriza que nos tributos sobre imóveis urbanos, como é o caso do IPTU, ocorra a diferenciação de tributação em razão do interesse social, inclusive com base na função social da propriedade ("*Art. 47. Os tributos sobre imóveis urbanos, assim como as tarifas relativas a serviços públicos urbanos, serão diferenciados em função do interesse social*") – Inocorrência de julgamento *extra petita*, na medida em que a questão referente à constitucionalidade da LCM 2.920/18 abordada pelo juízo de 1º grau está diretamente relacionada ao objeto do presente *mandamus*, de modo que a sentença ateve-se ao(s) limite(s) delineado(s) na exordial e tampouco houve qualquer violação ao art. 489 do CPC, visto que a lide foi resolvida com a devida fundamentação, ainda que sob ótica diversa daquela almejada pela parte recorrente, destacando-se, ainda, que, tendo encontrado motivação suficiente para fundamentar a decisão, não fica o magistrado e/ou órgão julgador obrigado a responder, um a um, os questionamentos suscitados pela(s) parte(s) – Precedentes do C. STF, deste Egrégio Tribunal de Justiça

Acesso ao Sumário

e desta E. 18ª Câmara de Direito Público – Sentença denegatória mantida – Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança com pedido de liminar impetrado por **YPÊ ROXO COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES LTDA. E.O**. contra ato do **SECRETÁRIO DA FAZENDA DO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO**, sustentando, em síntese, a ilegalidade da majoração do IPTU decorrente da alteração legislativa promovida pela LCM 2.920/2018, que acrescentou as alíneas "c" e "d" e os §§ 1º e 2º, ao artigo 168, da Lei Municipal nº 2.415/1970, para utilizar o Imposto Territorial Urbano (ITU) de 2,2%. Requer a concessão da ordem a fim de não ser obrigado a proceder com o recolhimento do Imposto Predial Territorial Urbano (IPTU) majorado, instituído pela Lei Complementar (LC) nº 2.920/2018 de Ribeirão Preto/SP, referente ao exercício de 2022, que prevê a cobrança híbrida e concomitante do Imposto Predial Urbano (IPU de 0,6%) e do Imposto Territorial Urbano (ITU de 2,2%).

Liminar indeferida (fls. 168).

Informações às fls. 218/220 sustentando, em suma, a legalidade e regularidade da cobrança.

O Ministério Público manifestou não ter interesse em intervir no feito (fls. 225/229).

A sentença de fls. 360/364 denegou a segurança. Custas e despesas processuais pelo impetrante. Sem condenação em honorários advocatícios.

Recurso de apelação às fls. 369/385, buscando a reforma do julgado e reiterando, em suma, os termos da peça inicial. Preliminarmente, suscitou nulidade da sentença por julgamento *extra petita.*

Contrarrazões (fls. 394/397).

Oposição ao julgamento virtual (fls. 402).

É O RELATÓRIO

O recurso não comporta provimento.

Inicialmente, afasto a preliminar recursal.

Não há se falar em julgamento *extra petita*, na medida em que a questão referente à constitucionalidade da LCM 2.920/18 abordada pelo juízo de 1º grau está diretamente relacionada ao objeto do presente *mandamus*, de modo que a sentença ateve-se ao(s) limite(s) delineado(s) na exordial.

Afasta-se qualquer violação ao art. 489 do CPC, visto que a lide foi resolvida com a devida fundamentação, ainda que sob ótica diversa daquela almejada pela parte recorrente. Destaca-se, ainda, que, tendo encontrado motivação suficiente para fundamentar a decisão, não fica o magistrado e/ou órgão julgador obrigado a responder, um a um, os questionamentos suscitados pela(s) parte(s).

Quanto ao mérito, vejamos.

Acesso ao Sumário

Por primeiro, importante destacar que, embora o impetrante reitere sua alegação que não está discutindo a constitucionalidade da legislação municipal (LC nº 2.920/2018) mas sim a (i)legalidade da cobrança híbrida, tal questão redunda, inevitavelmente, no entendimento firmado pelo Órgão Especial deste Tribunal de Justiça que, ao contrário do alegado, tratou da forma de cálculo ora discutida.

Discute-se nos autos a regularidade de lançamento de IPTU realizado pelo Município de Ribeirão Preto no exercício de 2022, imposto cobrado por meio da aplicação simultânea de duas alíquotas distintas, quais sejam, de 0,6% (IPU - Imposto Predial Urbano) e 2,2% (ITU - Imposto Territorial Urbano).

Pois bem.

A controvérsia dos autos cinge-se sobre a possibilidade de adoção de alíquotas diferentes para um mesmo imóvel, ou seja, a aplicação conjunta de uma alíquota de IPTU (gênero) para a área edificada sujeita ao imposto predial (IPU) e outra alíquota sobre a área de terreno sem edificação e que não serve de suporte para o uso da área construída (ITU). Daí, conclui-se que estamos diante de um mesmo imposto subdividido em alíquotas diferenciadas que incidem "sobre a propriedade territorial urbana" e "sobre a propriedade predial urbana", critério que, a toda evidência, respeita o princípio da razoabilidade ao permitir que, sob uma única base de cálculo (o valor venal do imóvel), as alíquotas sejam fixadas de forma a coibir que a inserção de pequenas construções sobre grandes terrenos atraiam a alíquota mais baixa (reservada para os imóveis que, por serem construídos, melhor cumprem a sua função social) para toda a área do bem.

No caso do município de Ribeirão Preto, a alíquota do Imposto Territorial é de 2,2% e a alíquota do Imposto Predial é de 0,6%.

O E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade nº 0004761-45.2021.8.26.0000, declarou a constitucionalidade do art. 168, II, "c", da Lei Complementar Municipal nº 2.415/70, acrescido pela Lei Complementar Municipal nº 2.920/18 e, por consequência, confirmou a licitude do cálculo realizado pela Municipalidade de Ribeirão Preto, no v. acórdão assim ementado:

"ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. Art. 168, II, 'c', da Lei Complementar Municipal nº 2.415/70, acrescido pela Lei Complementar Municipal nº 2.920/18. Reconhecimento, na r. sentença, de inconstitucionalidade incidenter tantum, por ofensa ao art. 156, §1º, incisos I e II, art. 182, §4º, da Constituição Federal. Não observada afronta aos preceitos. Norma que enquadra o imóvel conforme o uso, ora como imposto predial ora como imposto territorial. Não se trata de progressividade do imposto sem atendimento ao Plano Diretor, mas de seletividade. Conformidade com o Tema nº 523, do Eg. Supremo Tribunal Federal. Precedentes. Arguição rejeitada". (TJSP; Incidente De Arguição de Inconstitucionalidade Cível 0004761-45.2021.8.26.0000; Relator:

Acesso ao Sumário

Evaristo dos Santos; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de Ribeirão Preto - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 17/03/2021; Data de Registro: 18/03/2021)

Com efeito, após o julgamento da mencionada arguição de inconstitucionalidade, julgados das Câmaras especializadas passaram a reconhecer a regularidade do cálculo realizado pelo Município de Ribeirão Preto, com a aplicação de alíquotas diferentes. Nesse sentido, precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça e desta E. 18ª Câmara de Direito Público:

"APELAÇÃO – Mandado de Segurança Coletivo – Município de Ribeirão Preto – IPTU – Lei Complementar Municipal nº 2.415/1970 – Questão submetida ao Órgão Especial na Arguição de Inconstitucionalidade nº 0.004.761-45.2021.8.26.0000 – Ausência de inconstitucionalidade e ilegalidade da cobrança – Extinção do processo mantida, mas com resolução do mérito e por fundamento diverso ao da r. sentença – RECURSO DESPROVIDO". (TJSP; Apelação Cível 1026743-69.2020.8.26.0506; Relatora: Mônica Serrano; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Foro de Ribeirão Preto - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 07/10/2021; Data de Registro: 20/10/2021)

"Ação Anulatória de Débito Fiscal – IPTU – Exercício de 2020 – Município de Ribeirão Preto Art. 168, II, 'c', da Lei Complementar Municipal nº 2.415/1970, acrescido pela Lei Complementar Municipal nº 2.920/2018 – Considerações que não se trata de progressividade do imposto, mas de seletividade – Precedentes – Inconstitucionalidade afastada pelo C. órgão Especial desta Corte de Justiça – Base de cálculo efetuada apenas sobre o valor venal do terreno, não havendo a cobrança concomitante dos dois impostos previstos na lei municipal – Surge legítima, sob o ângulo constitucional, lei a prever alíquotas diversas, presentes imóveis residenciais e comerciais, uma vez editada após a Emenda Constitucional nº 29/2000 – Recurso da Municipalidade de Ribeirão Preto provido e, improvido o da apelante Mogno Empreendimentos – Sentença reformada". (TJSP; Apelação Cível 1000443-70.2020.8.26.0506; Relator: Burza Neto; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Foro de Ribeirão Preto - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 10/11/2021; Data de Registro: 10/11/2021)

"Apelação. Ação declaratória – IPTU do exercício de 2020 e subsequentes – Município de Ribeirão Preto – Sentença de parcial procedência – C. Órgão Especial que declarou a constitucionalidade do art. 168, II, 'c', da Lei Complementar municipal nº 2.415/70, acrescido pela Lei Complementar nº 2.920/18 – Possibilidade aplicação simultânea de alíquotas distintas sobre o mesmo imóvel. Instituição de alíquota híbrida – Precedentes desta C. Câmara – Sentença reformada para julgar totalmente improcedente a ação. Sentença reformada em reexame necessário. Recurso da Municipalidade provido e desprovido apelo da autora". (Apelação/Reexame necessário nº 1000333-71.2020.8.26.0506, Rel.

Acesso ao Sumário

Des. ROBERTO MARTINS DE SOUZA, 18ª Câmara de Direito Público, j. 24/05/2022)

"Apelação – Ação de consignação em pagamento – IPTU do exercício 2021 – Município de Ribeirão Preto – Sentença de improcedência – Insurgência do autor – Não cabimento – Cobrança do imposto municipal por meio da aplicação simultânea de duas alíquotas distintas, de 0,60% e 2,20% – Forma de cálculo prevista no art. 168, II, "c", da LCM nº 2.415/70, acrescentado pela LCM nº 2.920/18, norma declarada constitucional pelo Órgão Especial deste Tribunal nos autos da ArgInc. nº 0004761-45.2021.8.26.0000, rel. Des. Evaristo dos Santos, j. 17/03/2021 – Cálculo discutido que decorre de seletividade tributária, expressamente permitida pela CF/88 – Precedentes – Apelo não provido". (Apelação: 1021303-58.2021.8.26.0506, Rel. Des. FERNANDO FIGUEIREDO BARTOLETTI, 18ª Câmara de Direito Público, j. 31/03/2023).

Ressalte-se, por oportuno que, a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº EC 29/2000, passou a ser expressamente permitida a instituição de IPTU com alíquotas progressivas em razão do valor do imóvel, bem como alíquotas diferenciadas, de acordo com sua localização e o uso do imóvel (artigo 156, § 1º, I e II, da Constituição Federal).

Significa dizer que a instituição de IPTU com alíquotas diferenciadas, definidas de acordo com o uso do imóvel, passou a ser expressamente permitida após a promulgação da Emenda Constitucional nº 29/00, artigo 156, § 1º, I e II, da CF.

No caso em tela, ao contrário das alegações do impetrante, a Municipalidade de Ribeirão Preto, ao promulgar a LC 2.920/2018, não criou uma nova hipótese de incidência tributária (IPTU) ou um tributo "híbrido".

A bem da verdade, cuida-se não de progressividade, mas de seletividade, de modo que não se vislumbra qualquer vulneração aos dispositivos legais apontados pelo apelante.

No que tange à seletividade, observa-se que o já mencionado artigo 156, § 1º da Constituição da República, prevê que a diferenciação de alíquotas pode se dar em função da localização e do uso do imóvel.

Acesso ao Sumário

Ademais, não representa violação aos mandamentos constitucionais a faculdade exercida pelo Município de prever a seletividade do IPTU com base exclusivamente no uso do imóvel, conforme já se pronunciou o C. Supremo Tribunal Federal:

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IPTU. ALÍQUOTAS DIFERENCIADAS. OFENSA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA. I - A jurisprudência da Corte é no sentido de que não viola a Constituição Federal a fixação de alíquotas diversas do IPTU em razão da destinação do imóvel. Precedentes. II - Agravo regimental improvido". (AI 470555 AgR, Primeira Turma, Rel. Min. RICARDO LEWAN-

DOWSKI, julg. 21/06/2007).

Diversamente do alegado pelo(s) impetrante(s), a LCM nº 2.920/2018 não instituiu, majorou, criou novas alíquotas ou alterou a base de cálculo do IPTU, vez que as alíquotas do referido tributo permanecem as mesmas (0,6% para o imposto predial e 2,2% para o imposto territorial).

A bem da verdade, as modificações implementadas na legislação ora em debate objetivaram coibir a evasão fiscal por meio do combate a prática ilícita consistente na edificação de porção mínima de terrenos urbanos de grandes dimensões com a finalidade de incidir sobre o imóvel a (menor) alíquota relativa ao imposto predial (de 0,6%), no lugar da alíquota territorial (de 2,2%).

In casu, não se vislumbra impedimento na aplicação de alíquotas específicas para cada parte do imóvel de acordo com as suas distintas características, fato esse que, por si só, não representa afronta a qualquer garantia ou limitação constitucional.

Sobre a possibilidade de incidência de alíquotas distintas sobre o mesmo imóvel, já se manifestou o C. Supremo Tribunal Federal:

"IPTU: Município de Santo André. A duplicidade de alíquotas do IPTU em razão de estar ou não edificado o imóvel urbano não fere a Constituição" (AI 545967 AgR, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 26/09/2006, DJ 20/10/2006) (g.n.)

No plano infraconstitucional, o art. 47 do Estatuto das Cidades (Lei Federal nº 10.257/2001), autoriza que nos tributos sobre imóveis urbanos, como é o caso do IPTU, ocorra a diferenciação de tributação em razão do interesse social, inclusive com base na função social da propriedade:

"Art. 47. Os tributos sobre imóveis urbanos, assim como as tarifas relativas a serviços públicos urbanos, serão diferenciados em função do interesse social".

Por fim, observo que, após o julgamento da mencionada Arguição de Inconstitucionalidade, esta E. 18ª Câmara de Direito Público passou a adotar o referido entendimento, ressaltando-se que os precedentes desta Câmara mencionados pelo apelante em seu memorial são anteriores a tal julgamento.

Portanto, correto o entendimento do juízo a quo, ao denegar a segurança.

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

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1016630-

57.2020.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - PROCON, é apelada/apelante T4F ENTRETENIMENTO S.A.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso de apelação da empresa autora, e deram provimento ao apelo da FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR DE SÃO PAULO - PROCON. V.U. (Sustentou oralmente a Dra. Maria Beatriz Brochado Costa, OAB/SP 359.244)", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.822)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO DIP (Presidente) e JARBAS GOMES.

São Paulo, 10 de outubro de 2023.

AROLDO VIOTTI, Relator

Ementa: Apelação. Ação declaratória de nulidade de processo administrativo. Objetiva a empresa autora a declaração de nulidade do Processo Administrativo e Auto de Infração lavrado, bem como a consequente inexigibilidade da multa imposta por supostas violações aos artigos 20, § 2º, e 30, ambos da Lei Federal 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), ocorridas durante a venda de ingressos para o show U2 - The Joshua Tree - Tour 2017. Sentença de improcedência. Recurso do PROCON buscando a reforma da r. sentença apenas no que diz respeito aos honorários sucumbenciais. Recurso da autora buscando a inversão do julgado. Empresa que não se desincumbiu de afastar a presunção de veracidade e legitimidade do auto de infração. Procedimento administrativo que respeitou o contraditório e a ampla defesa. Documentos colacionados aos autos que comprovam violação aos artigos 20, § 2º e 30 do CDC (oferecimento de serviços impróprios aos consumidores e descumprimento de oferta). Multa cuja aplicação atendeu aos critérios do art. 57 do CDC e da Portaria Normativa PROCON nº 45/2015. Caso em que a multa foi fixada em montante razoável e proporcional. Cabe ao PROCON, diante da ausência de informação por parte do fornecedor sobre sua situação econômica, realizar estimativa para viabilizar o cumprimento de seu dever

Acesso ao Sumário

de polícia. Empresa que não apresentou nenhum dos documentos elencados nos incisos do § 1º do artigo 32 da Portaria mencionada. Reincidência que foi adequadamente observada, conforme alínea "a" do inciso II do artigo 34 da Portaria PROCON nº 45/2015. Descabida a redução pretendida pela empresa. Precedentes. Honorários sucumbenciais. R. sentença que fixou a verba honorária no percentual fixo de 8% sobre o valor da causa. Inobservância ao que dispõe o § 5º do art. 85 do CPC, aplicável à espécie. Verba que deve ser fixada consoante o disposto no art. 85, § 3º, c/c § 4º, III, e § 5º do CPC, observando escalonamento entre a faixa inicial e as subsequentes. Precedentes. Reforma da r. sentença para readequação dos honorários. Recurso de apelação da empresa autora T4F ENTRETENIMENTO S/A improvido e provido o apelo da FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR DE SÃO PAULO PROCON.

VOTO

I. Trata-se de ação de procedimento comum com pedido de antecipação de tutela ajuizada por T4F ENTRETENIMENTO S/A em face da FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR DE SÃO PAULO - PROCON/SP. Aduz, em suma, que é empresa de entretenimento e que foi autuada em razão de supostas violações aos artigos 20, § 2º, e 30, ambos da Lei Federal 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Alega que segundo a fundação requerida durante a venda de ingressos para o show U2 - The Joshua Tree - Tour 2017 a autora teria incorrido nas infrações de descumprimento de oferta (artigo 30) e oferecimento de serviços impróprios (artigo 20, § 2º). Referidas infrações resultaram na aplicação de multa no valor de R$ 410.656,44, contra a qual interpôs recurso administrativo, ao qual, entretanto, foi negado provimento PROCON, mantendo a penalidade imposta. Alega que a decisão que manteve a multa é ilegal e arbitraria. Assim, requereu a concessão de tutela de urgência para que sejam suspensos os efeitos da penalidade aplicada pelo PROCON, determinando, ainda, a suspensão da inscrição da dívida e de qualquer outra medida restritiva; e, ao final a procedência da ação, para tornar definitiva a medida liminarmente concedida, declarando a nulidade do Processo nº 4600-17 AI – Auto de Infração 30154 – D8, e a consequente inexigibilidade da multa imposta. Subsidiariamente, requereu fosse reduzida a multa imposta. Foi atribuído à causa o valor de R$ 410.656,44.

A decisão de fls. 263/264 deferiu o pedido de antecipação de tutela, diante

Acesso ao Sumário

do oferecimento de caução na modalidade de seguro garantia a fls. 243/259.

A sentença de fls. 308/313, cujo relatório é adicionalmente adotado, julgou improcedente o pedido, determinando a conversão em renda a favor do PROCON/SP o valor da apólice de seguro garantia apresentada às fls. 243/259 pela empresa sucumbente, observando que a mencionada apólice tem vigência até 27 de março de 2025. Carreou à autora o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 8% do valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 3º, II do CPC/2015.

Em face da sentença foram opostos embargos de declaração (fls. 316/319), os quais foram rejeitados (fls. 321).

Sobreveio apelação do PROCON/SP, buscando a reforma da r. sentença, no que diz respeito à fixação de honorários advocatícios. Nas razões (fls. 324/328), repisa o quanto asseverado em embargos de declaração, aduzindo, em síntese, que a fixação dos honorários advocatícios deve ocorrer de forma escalonada, aplicando-se um percentual diverso para cada uma das faixas estabelecidas no art. 85, § 3º do Código de Processo Civil, e não de forma indistinta como ocorreu no caso em análise, em que foram arbitrados os honorários advocatícios em 8% sobre o valor da causa, sem observar o escalonamento devido. Requer "***sejam os honorários advocatícios em favor da apelante arbitrados de forma escalonada, fixando-se percentual para cada uma das faixas previstas pelo art. 85, § 3º, em cumprimento ao quanto dispõe o § 5º do mesmo dispositivo***" (textual – fls. 328).

A empresa T4F ENTRETENIMENTO S/A, por sua vez, apela às fls. 329/358, buscando a inversão do julgado. Alega, em resumo, que não há falar em descumprimento de oferta (art. 30 do CDC) ou oferecimento de serviços impróprios aos consumidores (art. 20, § 2º do CDC), devendo ser declarada a nulidade do Processo Administrativo nº 4600-17 e AI - Auto de Infração 30154 - D8, bem como a consequente inexigibilidade da multa imposta, ante a inocorrência das infrações. Alega que a empresa adotou diversas medidas para garantir a devida informação aos consumidores sobre a disponibilização dos ingressos, afirmando que (i) os ingressos só não estavam sendo vendidos na bilheteria oficial no dia 07.07.2020 em razão de seu esgotamento (alusão a prints de tela); (ii) havia informação no "site" de que a venda estaria disponível na bilheteria oficial de acordo com a disponibilidade; (iii) cartazes foram afixados nos locais de venda físicos, indicando que os ingressos se esgotaram. Aduz ser necessário o afastamento da autuação relativa ao oferecimento de serviços impróprios uma vez que o número de reclamações foi ínfimo (9 consumidores) em relação aos "***mais de 200 mil consumidores adquiriram ingressos sem nenhum problema***" (textual – fls. 338) e que os problemas enfrentados por esses consumidores decorreram de falha de conexão de internet por parte dos clientes, e não da empresa ou do sistema utilizado para venda online de ingressos. Ressaltou,

Acesso ao Sumário

ainda, que as informações sobre a fila virtual foram divulgadas de forma clara e precisa (traz prints de telas). Alude ao arquivamento de procedimento por parte do Ministério Público do Rio de Janeiro – juntado aos autos às fls. 176. Subsidiariamente, destacou que a autarquia incorreu em excesso na estimativa de receita da empresa e reincidência indevida, do que decorreu fixação desarrazoada e desproporcional da multa aplicada, a qual merece ser reduzida. Por fim, assevera, ainda, que os honorários advocatícios foram arbitrados em valor excessivo, pugnando para que sejam fixados por apreciação equitativa, conforme autoriza o artigo 85, § 8º do CPC.

Regularmente processados, os recursos foram contrariados às fls. 394/408 e 410/420, subindo os autos. A fls. 429, a empresa T4F ENTRETENIMENTO S/A manifestou oposição ao julgamento virtual. Este, em síntese, o relatório.

II. Nega-se provimento ao apelo da empresa T4F ENTRETENIMENTO S/A e dá-se provimento ao recurso de apelação interposto pelo PROCON/SP.

Trata-se de ação declaratória de nulidade de processo administrativo com pedido de tutela de urgência, interposta em face da FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR DE SÃO PAULO - PROCON/SP, por meio da qual a empresa T4F ENTRETENIMENTO S/A busca a declaração de nulidade do Processo administrativo nº 4600-17 e do AI - Auto de Infração 30154 - D8, com o consequente reconhecimento da inexigibilidade da multa imposta por supostas violações aos artigos 20, § 2º, e 30, ambos da Lei Federal 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), ocorridas durante a venda de ingressos para o show U2 - The Joshua Tree - Tour 2017.

Da r. sentença que julgou improcedente a demanda, recorrem ambas as partes.

Inicialmente, não há que se falar em irregularidade formal na autuação e no procedimento administrativo.

O Auto de Infração nº 30154 - D8 não padece de irregularidades. Extrai-se de fls. 37 e 38 que o documento foi lavrado por agente público competente, no exercício de seu poder de polícia, devidamente identificado com seu nome, CIF e assinatura e indicação de data e local. Contou com a descrição pormenorizada dos fatos e a indicação dos respectivos dispositivos violados. Tomou por base auto de constatação (nº 40188-série D7) que identificou irregularidades em diligência fiscalizatória realizada "in loco", acompanhado de fotos das irregularidades, também assinado por agente público competente, identificado com seu nome e CIF, data, hora e local da diligência e assinatura do responsável pelo estabelecimento (textual – fls. 40).

Verifica-se, ainda, que o procedimento administrativo respeitou o contraditório e a ampla defesa (fls. 37/227), tendo a empresa autora apresentado tempestivamente defesa e recurso.

Segundo constou do auto de infração, no sítio eletrônico da empresa era

Acesso ao Sumário

disponibilizada a seguinte informação ao público durante a tentativa de compra: "*No momento, a venda de ingressos para o evento da nada selecionada está disponível somente na bilheteria oficial e pontos de venda e a troca de voucher apenas na bilheteria oficial. De acordo com a disponibilidade*". Entretanto, conforme auto de constatação lavrado em 7.07.2017, "*durante o ato fiscalizatório não havia disponibilidade de ingressos na bilheteria oficial do evento, localizada junto ao Citibank Hall na Av. das Nações Unidas, n. 17955 – São Paulo/SP, apesar da informação de disponibilidade ainda ser mantida no sítio eletrônico*".

De outra parte, consoante reclamações registradas no Procon, "os consumidores não conseguiam concretizar as compras de ingresso pelo "site", por falhas no sistema, que os retirava da fila virtual Assim - lê-se do auto - "*o serviço de fila virtual disponibilizado não funcionou razoavelmente para atender à finalidade que dele se espera,...*" (fls. 37).

Da documentação trazida, verifica-se (fls. 50) dos autos do procedimento administrativo que a autora declarou ao PROCON-SP que o esgotamento dos ingressos para os shows deu-se entre os dias 16 a 29/06/2017. Disso se conclui não haver razão plausível para que após esta última data ainda haver informação de disponibilidade de ingressos para venda no sítio eletrônico da empresa, o que, como visto, ocorreu na espécie.

Isto é, muito embora houvesse cartazes afixados na bilheteria oficial na data da fiscalização (07/07/2017), indicando que os ingressos se esgotaram, conforme auto de constatação (fls. 40), no "site" da empresa, **na mesma data**, permanecia a informação de disponibilidade dos ingressos conforme seguinte mensagem: "*No momento, a venda de ingressos para o evento na data selecionada está disponível somente na bilheteria oficial e pontos de venda e a troca de voucher apenas na bilheteria oficial. De acordo com a disponibilidade*.", conforme fls. 85/90 e 361/389.

Ora, se desde o dia 29/06/2017 os ingressos estavam esgotados, conforme informações da própria empresa T4F a fls. 50, razão não havia para que após aquela data permanecesse o aviso de disponibilidade dos ingressos, conforme mensagem acima, constatada em tempo real em 07/07/2017.

Acesso ao Sumário

Não colhe a escusa no sentido de que havia informação clara de que a venda estaria disponível na bilheteria oficial e pontos de venda, de acordo com a disponibilidade. Na data da lavratura dos autos de constatação e de infração já era de conhecimento da empresa que os ingressos estavam esgotados, não havendo ingressos disponíveis! Caso se cuidasse de reduzida quantidade de ingressos resultante de compras canceladas, isto deveria ter sido levado ao conhecimento do público consumidor, ao invés de se lhe impingir informações desencontradas.

De acordo com o artigo 30 do CDC, "***toda informação ou publicidade,***

suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado". Uma vez veiculada informação que não traduzia a verdade dos fatos pela empresa autora, como registrado acima, inegável que houve descumprimento de oferta no vertente caso.

Noutro giro, no que se refere aos problemas de atendimento e acesso identificado, como informações desencontradas, impossibilidade de efetuar a compra dos ingressos pelo "site" e posição na fila, do conjunto probatório extrai-se que, em que pese à complexidade do sistema utilizado para a venda de ingressos, este, ao que parece, não foi dimensionado para suportar a quantidade de público esperado, que tentava acessar e realizar as compras, apresentando inúmeros problemas relatados nos autos não somente pelos consumidores que formalizaram suas queixas perante o PROCON/SP (fls. 91/135), como também pelos que formalizaram reclamações perante os canais oficiais de atendimento da empresa (que somaram 188, conforme informação de fls. 52), e pelos assinantes de petição direcionada ao Mistério Público (ao menos 6068 pessoas, conforme fls. 67). Some-se a isso, os demais consumidores que impulsionaram a divulgação de notícias em mídias sobre a insatisfação com o sistema eletrônico de aquisição de ingressos, que apresentou diversos erros, resultando em frustrações, angústias e descontentamentos (fls. 70/81).

Oportuno mencionar, ainda, neste ponto, que o fato de terem 9 consumidores registrado queixas no PROCON/SP, ou 188 enviado reclamações nos canais de atendimento, não significa que cada uma dessas pessoas adquiriria somente 1 (um) ingresso, mas talvez dois ou mais, como relatado inclusive nos documentos de fls. 91 e 113, por exemplo.

Ademais, como apontado pelo PROCON/SP às fls. 188, "***o Código de Defesa do Consumidor não traz exigências acerca de um número mínimo ou máximo de reclamações para que a conduta infratora seja autuada, basta a existência de infração à norma para que emerja o dever de punir do Estado, até porque, do contrário, o objetivo da norma não seria alcançad***o".

E ainda que os problemas enfrentados por esses consumidores decorressem de falha de conexão de internet por parte dos clientes, e não da empresa ou do sistema utilizado para venda online de ingressos, o que é, para dizer o menos, contestável, (veja-se, por exemplo, a mensagem que se aprestava para os consumidores, colacionada às fls. 107, em que o texto em inglês "se desculpa por qualquer inconveniência", fazendo alusão a que o erro seria atribuível ao sistema da empresa), uma empresa do porte da autora, com todo seu histórico de realização de grandes shows relatado às fls. 333, que se utiliza de registro individual de fila (ID) e "tecnologia timestamp" (fls. 49), no mínimo deveria permitir que em caso de reinício de conexão o consumidor voltasse para a posi-

Acesso ao Sumário

ção em que se encontrava na fila, e não para o final dela, como ocorreu no caso em análise (fls. 104, 130/131).

Não havendo meios de se afastar a ocorrência de falhas no sistema operacional, é inequívoco o desgaste sofrido pelos consumidores. Com efeito, houve falha no serviço prestado pela empresa autora, impondo-se a manutenção da penalidade aplicada, em decorrência de violação ao artigo 20, § 2º, do CDC (oferecimento de serviços impróprios).

No que tange ao pedido subsidiário, pelo qual a apelante pretende o recálculo da multa imposta, levando-se em conta o alegado faturamento real da empresa, não se vislumbra violação ao artigo 57 do CDC, tampouco afronta aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Soa o artigo 57 do CDC:

"***Art. 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***."

O referido dispositivo legal elenca como critérios para dosimetria da penalidade apenas a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor. E para atender à norma consumerista, como se pode depreender do demonstrativo de cálculo do valor estipulado (fls. 141), para fins de dimensionamento da multa o PROCON/SP utilizou-se da Portaria Normativa PROCON nº 45/2015, que dispõe minuciosamente sobre os critérios de dosimetria (arts. 33 a 36) e arbitramento das penas de multa nas infrações praticadas em detrimento das regras do Código de Defesa do Consumidor, estabelecendo balizas objetivas para a graduação do valor da sanção.

Caso é, portanto, de trazer à lume os principais dispositivos da aludida Portaria 45/2015 que se aplicam ao caso:

"Seção V

Das multas

Art. 29. Os limites mínimo e máximo do valor das multas aplicadas a partir da publicação da presente Portaria Procon-SP, com fulcro no parágrafo único do art. 57 da Lei Federal nº. 8.078/90, deverão ser atualizados com base no IPCA-e, índice de correção monetária, em substituição à extinta "UFIR".

Parágrafo único. A dosimetria da pena da multa considerará os critérios definidos pelo art. 57 da Lei Federal n.º 8.078/90, para fixação da pena base e, quando da prolação da decisão de 1ª instância, as circunstâncias atenuantes e agravantes, previstas no art. 34, incisos I e II, desta Portaria.

Art. 30. As infrações serão classificadas de acordo com sua natureza e potencial ofensivo em quatro grupos (I, II, III e IV) pelo critério cons-

Acesso ao Sumário

tante do Anexo I.

Parágrafo único: Consideram-se infrações de maior gravidade, para efeito do disposto no art. 59 da Lei Federal n.º 8.078/90, aquelas relacionadas nos grupos III e IV do Anexo I da presente Portaria Normativa.

(...)

Art. 32. A condição econômica do autuado será aferida pela média de sua receita bruta, apurada preferencialmente com base nos 03 (três) meses anteriores à data da lavratura do auto de infração, podendo a mesma ser estimada pelo Procon-SP.

§ 1º A média da receita mensal bruta estimada pelo Procon-SP poderá ser impugnada, no processo administrativo, no prazo da defesa, a contar da citação do autuado, sob pena de preclusão, mediante a apresentação de ao menos um dos seguintes documentos, ou quaisquer outros que os substituam por força de disposição legal:

I – guia de informação e apuração de ICMS - GIA, com certificação da Receita Estadual;

II – declaração de arrecadação do ISS, desde que comprovado o recolhimento;

III – demonstrativo de resultado do exercício - DRE, publicado;

IV – declaração de Imposto de Renda, com certificação da Receita Federal;

V – sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - DARF SIMPLES, com comprovante de recolhimento acompanhado do respectivo Extrato Simplificado.

(...)

Art. 33. A dosimetria da pena de multa será definida através da fórmula abaixo, a qual determinará a Pena Base:

"PE+(REC.0,01).(NAT).(VAN)=PENA BASE"

Onde:

PE – definido pelo porte econômico da empresa;

REC – é o valor da receita bruta;

NAT – representa o enquadramento do grupo da gravidade da infração (Natureza);

VAN – refere-se à vantagem.

§ 1º O porte econômico da empresa será determinado em razão de sua receita e obedecerá aos critérios de classificação para arrecadação fiscal, recebendo um fator fixo, a saber:

a) Micro Empresa = 220;

b) Pequena Empresa = 440;

c) Médio Porte = 1000;

d) Grande Porte = 5000.

§ 2º O elemento REC será a receita bruta da empresa, aplicando-se um fator de correção de curva progressivo quando superior a R$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), assim determinado:

Acesso ao Sumário

REC = [(VALOR DA RECEITA R$ 120.000,00) x 0,10] + R$ 120.000,00

§ 3° O fator Natureza será igual ao grupo do enquadramento da prática infrativa classificada no Anexo I.

§ 4º A Vantagem receberá o fator abaixo relacionado, determinado pela vantagem com a prática infrativa:

a) vantagem não apurada ou não auferida = 1

b) vantagem apurada = 2

Art. 34. A Pena Base poderá ser atenuada de 1/3 (um terço) à metade ou agravada de 1/3 (um terço) ao dobro se verificadas no processo a existência das circunstâncias abaixo relacionadas:

I – Consideram-se circunstâncias atenuantes:

a) ser o infrator primário;

b) ter o infrator, de imediato, adotado as providências pertinentes para minimizar ou reparar os efeitos do ato lesivo.

II – Consideram-se circunstâncias agravantes:

a) ser o infrator reincidente, ou seja, o fornecedor que, nos últimos 05 (cinco) anos, a contar da lavratura do auto de infração, tenha sofrido sanção por meio de decisão administrativa irrecorrível observando o disposto no § 3º, do art. 59 da Lei Federal n.º 8.078/90;

b) trazer a prática infrativa consequências danosas à saúde ou à segurança do consumidor, ainda que potencialmente;

c) ocasionar a prática infrativa dano coletivo ou ter caráter repetitivo;

d) ter a prática infrativa ocorrido em detrimento de menor de dezoito ou maior de sessenta anos ou de pessoas com deficiência, interditadas ou não e ocorrido em detrimento da condição cultural, social e econômica do consumidor;

e) ser a conduta infrativa praticada em período de grave crise econômica ou por ocasião de calamidade;

f) ser a conduta infrativa discriminatória de qualquer natureza, referente à cor, etnia, idade, sexo, opção sexual, religião, entre outras, caracterizada por ser constrangedora, intimidatória, vexatória, de predição, restrição, distinção, exclusão ou preferência, que anule, limite ou dificulte o gozo e exercício de direitos relativos às relações de consumo.

Art. 35. O valor da multa, respeitados os limites do art. 57 da Lei Federal n.º 8.078/90, será reduzido nos seguintes casos:

a) 30% (trinta por cento) do seu valor, caso ocorra o pagamento à vista após o recebimento do auto de infração, no prazo de vencimento do boleto bancário;

b) 20% (vinte por cento) do seu valor, caso ocorra o pagamento parcelado, após o recebimento do auto de infração, no prazo de vencimento do primeiro boleto bancário.

§ 1º O parcelamento da multa somente poderá ser realizado na hipótese da alínea "b".

§ 2º Na hipótese de mera impugnação da condição econômica,

Acesso ao Sumário

os prazos das alíneas "a" e "b" contar-se-ão a partir da decisão desta impugnação.

(...)

Anexo I

Classificação das Infrações ao Código de Defesa do Consumidor

(...)

c) Infrações enquadradas no grupo III:

(...)

4. Colocar no mercado de consumo produtos ou serviços inadequados ao fim a que se destinam ou que lhe diminuam o valor (arts. 18, § 6º, III, e 20);

(...)

8. Deixar de cumprir a oferta, publicitária ou não, suficientemente precisa, ou obrigação estipulada em contrato (arts. 30 e 48);

(...)".

Do demonstrativo de fls. 141 conclui-se que a multa foi adequadamente arbitrada, consoante fórmula estabelecida nos arts. 33 e ss. da Portaria Normativa 45/2015.

O porte econômico da empresa foi classificado como "Grande Porte: Fator 5000".

O valor da receita estimada e considerada foi estipulado para os meses de abril a junho de 2017 em R$ 74.251.416,66.

A gravidade das infrações, de acordo com a gradação do Anexo I, possui "Fator 3".

Foram consideradas 2 infrações, sendo a pena base calculada conforme infração de maior gravidade, acrescida de 1/3 de seu valor, totalizando R$ 307.992,33.

Na fase de sopesamento de atenuantes e agravantes, a pena foi aumentada em 1/3 em razão da reincidência (fls. 193), sendo fixada em R$ 410.656,44 (fls. 194).

Destaca-se que a reincidência foi adequadamente observada, conforme alínea "a" do inciso II do artigo 34 da Portaria PROCON nº 45/2015: "***ser o infrator reincidente, ou seja, o fornecedor que, nos últimos 05 (cinco) anos, a contar da lavratura do auto de infração, tenha sofrido sanção por meio de decisão administrativa irrecorrível observando o disposto no § 3º, do art. 59 da Lei Federal n.º 8.078/90***". Quando da lavratura do auto infracional em análise (nº 30154 - D8, lavrado em 19/07/2017), não se haviam escoado 5 anos do trânsito em julgado administrativo do Auto de Infração nº 032225-D7, ocorrido em 08.11.2012.

De outra forma, sobre o porte econômico da empresa, ressalte-se que a obtenção da condição econômica real da empresa depende muitas vezes de informações da própria empresa, por vezes, envolvendo sigilo fiscal. Nessa medida, cabe ao PROCON realizar estimativa para viabilizar o cumprimento de seu

Acesso ao Sumário

dever de polícia, o que foi feito no caso em apreço, tendo a instituição estimado a receita média da autora, conforme permite o artigo 32 da Portaria Normativa 45/2015, em R$ 74.251.416,66 (fls. 141).

Tal estimativa é passível de impugnação, conforme disposto no artigo 32, §1º da Portaria Normativa mencionada, com a apresentação de um dos 5 documentos elencados nos respectivos incisos (quais sejam: I – guia de informação e apuração de ICMS - GIA, com certificação da Receita Estadual; II – declaração de arrecadação do ISS, desde que comprovado o recolhimento; III demonstrativo de resultado do exercício DRE, publicado; IV – declaração de Imposto de Renda, com certificação da Receita Federal; V – sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - DARF SIMPLES, com comprovante de recolhimento acompanhado do respectivo Extrato Simplificado), o que não foi feito pela empresa autora, que apenas juntou relatório unilateral do contador da empresa (fls. 235/236).

Indubitável que caberia à empresa autuada impugnar o valor estimado no prazo da defesa, com a comprovação do real valor mediante apresentação de ao menos um dos documentos elencados nos incisos do § 1º do artigo 32 da Portaria Normativa PROCON nº 45/2015. E tendo deixado a autora de apresentar documentos aptos a comprovar sua receita real no prazo em que lhe era dado fazê-lo, em princípio correta a decisão do PROCON/SP de manter a estimativa realizada para dar seguimento ao processo de atuação e cobrança.

O demonstrativo contábil exibido pela autora apenas no bojo da presente ação chega, é verdade, a impressionar, e estaria, segundo a apelante, a ensejar redução da penalidade, visto como sua receita bruta média foi em 2017 inferior à estimada pelo PROCON. Ocorre que, a teor da regulamentação aplicável, a aferição da condição econômica do autuado não se faz com base na média mensal da receita bruta anual, e sim "***preferencialmente com base nos 03 (três) meses anteriores à data da lavratura do auto de infração***" (artigo 32, acima reproduzido). A autora não cuidou, nem nos presentes autos, a fornecer informe que se amolde a esse requisito, daí não haver motivo para eventual redução da penalidade. E não impugnou a estimativa em esfera administrativa.

Acesso ao Sumário

Registra-se, ainda, que não é possível atenuar a infração com base no art. 34, I, alíneas "a" ou "b", da Portaria PROCON nº 45/2015, vez que, conforme amplamente demonstrado, a empresa infratora não é primária e não restou comprovada a adoção de "*providências pertinentes para minimizar ou reparar os efeitos do ato lesivo*". Ademais, como cediço, a multa deve possuir caráter educativo ao autor da infração, de modo a impedir nova reincidência em práticas abusivas vedadas pela legislação consumerista.

Nada está a indicar tenha o valor arbitrado ladeado os primados da razoabilidade e proporcionalidade.

Desta forma, o montante da multa aplicada encontra-se em consonância

com a legislação de regência, sendo corretamente aplicado pelo agente fiscalizador, devendo permanecer inalterado o valor aplicado.

Nesse sentido vem decidindo esta Corte em casos assemelhados:

"***APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO. MULTA APLICADA PELO PROCON. Pretensão da autora de anulação de multa imposta pelo Procon em razão da lavratura de Auto de Infração, no tocante à irregularidade de expor à venda para o público consumidor, na área de vendas, carne pré-moída, ou seja, produto que não foi escolhido para posterior moagem diante do consumidor. Pedido de aplicação retroativa do Decreto nº 33.634/2022. Impossibilidade. Por não se tratar de norma penal, não se aplica à sanção administrativa o princípio da retroatividade de lei penal mais benéfica, previsto no art. 5º, XL, da Constituição Federal. Ainda que se aplicasse o 'novel' Decreto, os requisitos por ele exigidos também não foram inteiramente observados pela empresa autuada. Multa. Aplicação que atendeu aos critérios dos arts. 57 do CDC e 29 e seguintes da Portaria Normativa Procon nº 45 de 12/05/2015. Caso em que a multa foi fixada em montante razoável e proporcional ao porte econômico do infrator. Cabe ao PROCON realizar uma estimativa para viabilizar o cumprimento de seu dever de polícia. Empresa que não apresentou tempestiva impugnação sobre o valor. Descabida a redução pretendida. Majoração da verba honorária (art. 85, § 11, do CPC). Sentença mantida. Recurso não provido***". (Apelação Cível 1032827-44.2022.8.26.0562; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Relator: o Des. DJALMA LOFRANO FILHO; j: 28/06/2023)

"***APELAÇÃO CÍVEL – MULTA – PROCON – Exposição de produto à venda com o prazo de validade vencido – Infração ao artigo 18, § 6º, inciso I, da Lei nº 8.078/1990 – Ocorrência da infração que restou caracterizada no caso concreto – Auto de Infração que descreveu de forma pormenorizada os produtos expostos aos consumidores de forma irregular – Presunção de legalidade e legitimidade do ato administrativo não infirmada – Aplicação de penalidade na forma do artigo 56, inciso I, e artigo 57 da Lei nº 8.078/90 e Portaria Normativa PROCON nº 45/2015, bem como aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade – Sentença mantida – Recurso improvido***". (Apelação Cível 1047383-16.2021.8.26.0100; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Relatora: a Des. MARIA LAURA TAVARES; j: 11/02/2022)

Por fim, com relação ao valor dos honorários advocatícios fixados na r. sentença, merece acolhida o recurso da Fundação PROCON.

O Col. Superior Tribunal de Justiça veio a julgar em quadra recente o Tema 1.076. submetido à sistemática dos recursos repetitivos (com efeito vinculante, o que só por si inviabiliza um dos pedidos subsidiários efetuados no recurso da autora), no qual se decidiu pela não aplicação do §8º do artigo 85 do CPC nos casos em que o valor da causa ou o proveito econômico sejam muito

Acesso ao Sumário

altos. Assim as teses fixadas:

"1) A fixação dos honorários por apreciação equitativa não é permitida quando os valores da condenação ou da causa, ou o proveito econômico da demanda, forem elevados. É obrigatória, nesses casos, a observância dos percentuais previstos nos parágrafos 2º ou 3º do artigo 85 do Código de Processo Civil (CPC) a depender da presença da Fazenda Pública na lide, os quais serão subsequentemente calculados sobre o valor: (a) da condenação; ou (b) do proveito econômico obtido; ou (c) do valor atualizado da causa.

2) Apenas se admite o arbitramento de honorários por equidade quando, havendo ou não condenação: (a) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (b) o valor da causa for muito baixo."

Em consonância com o julgamento do Tema 1.076, foi editada a Lei federal nº 14.365, de 2 de junho de 2022, que incluiu no Código de Processo Civil o § 6º-A ao artigo 85, do seguinte teor:

"§ 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.".

Desse modo, tendo em vista o valor da causa na espécie (R$ 410.656,44 em março de 2020 - fls. 29) e sendo a Fundação PROCON (fundação de direito público) parte no processo, aplica-se os § 3º, 4º, III e 5º do artigo 85 do Código de Processo Civil, do seguinte teor:

"§ 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais:

I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;

II - mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários mínimos;

III - mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos;

IV - mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos;

V - mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos.

§ 4º Em qualquer das hipóteses do § 3º:

(...)

Acesso ao Sumário

III - não havendo condenação principal ou não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, a condenação em honorários dar-se-á sobre o valor atualizado da causa;

(...)

§ 5º Quando, conforme o caso, a condenação contra a Fazenda Pública ou o benefício econômico obtido pelo vencedor ou o valor da causa for superior ao valor previsto no inciso I do § 3º, a fixação do percentual de honorários deve observar a faixa inicial e, naquilo que a exceder, a faixa subsequente, e assim sucessivamente".

O mencionado §5º, acima destacado, estabelece que no caso de o valor da causa se mostrar superior ao valor previsto no inciso I do § 3º do artigo 85 do CPC (caso dos presentes autos), a fixação da verba honorária deve observar um escalonamento entre a faixa inicial e as faixas subsequentes.

De fato, não poderia a r. sentença fixar o percentual de 8% sobre o valor da causa, indistintamente, para a apuração da verba honorária sucumbencial.

Neste sentido já decidiu este Tribunal:

"Embargos à execução fiscal – Multa aplicada pelo PROCON – Violação a lei municipal relativa a instalação de guarda-volumes em agência – Sentença de improcedência dos embargos – Apelação do Banco Itaú – Alegação de nulidade no processo administrativo – Recurso administrativo que foi considerado intempestivo em conformidade com as normas de regência – Inexistência de direito de que o recurso fosse analisado no mérito mesmo sendo intempestivo – Processo administrativo regular – Argumento de irregularidade de aplicação de multa relativa a 204 dias, já que não houve fiscalização em todos os dias considerados como de atividade irregular – Desnecessidade de fiscalização diária pelo Procon – Presunção de irregularidade entre os dias de fiscalização que é válida – 'Irregularidade que, do mais, foi confessa pelo Banco, que reconheceu somente ter regularizado a agência em fevereiro de 2016, sendo correta a autuação quanto ao período anterior – Irresignação quanto ao valor da multa – Valor previsto de modo fixo na legislação municipal, não havendo margem de discricionariedade que permita a redução da sanção - Valor diário que é proporcional e razoável, sendo o alto valor final resultante apenas da mora do Banco em cumprir com a determinação legal – Recurso do executado embargante desprovido – Apelação do Município – Sentença que fixou honorários em 8% do valor da causa – Violação aos § 3º e § 5º do art. 85 do CPC – § 5º que prevê escalonamento por faixas, não tendo sido observado os percentuais de 10% a 20% da primeira faixa na sentença – Recurso do Município provido, para fixar os honorários em 11% na primeira faixa e 9% na faixa seguinte, já considerada a majoração em razão do desprovimento do recurso do executado". (Apelação Cível 1025935-76.2020.8.26.0114; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Relatora: a Des. TANIA MARA AHUALLI; j: 16/02/2023)

Provê-se a apelação do PROCON/SP para que os honorários advocatícios

devidos pela empresa autora sejam calculados com base no percentual mínimo previsto nos incisos do § 3º do artigo 85, do CPC, observado ainda o escalonamento de que trata o § 5º do mesmo dispositivo. E em observância à regra imperativa prevista no § 11, do artigo 85 do Código de Processo Civil, majora-se em 1% o valor dos honorários de sucumbência ora fixados.

III. Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso de apelação da empresa autora T4F ENTRETENIMENTO S/A e dá-se provimento ao apelo da FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR DE SÃO PAULO - PROCON, nos termos da fundamentação acima.

Eventual inconformismo em relação à presente decisão será objeto de julgamento virtual, ficando cientes as partes de que discordância quanto a essa modalidade de julgamento deverá ser manifestada quando da interposição do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1004742-77.2018.8.26.0048, da Comarca de Atibaia, em que são apelantes/apelados LAGO SERVIÇOS DE INFORMAÇÕES CADASTRAIS LTDA ME e BELA TALBA HOCHMAN, é apelado/apelante MUNICÍPIO DA ESTÂNCIA DE ATIBAIA.

ACORDAM, em 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso da municipalidade e deram provimento em parte ao reexame necessário e ao recurso da parte autora. V.U. Sustentou oralmente o Doutor Enrico Francavilla", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.926)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO (Presidente sem voto), MARCELO BERTHE e ISABEL COGAN.

São Paulo, 5 de outubro de 2023.

NOGUEIRA DIEFENTHALER, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO. AÇÃO CONDENATÓRIA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DANOS AMBIENTAIS DO SOLO CAUSADOS POR ATIVIDADES POLUENTES. RESPONSABILIDADE DO ESTADO CARACTERIZADA. DEVER DE INDENIZAR.

1. Cuida-se de ação condenatória à obrigação de fa-

zer e de indenizar os danos materiais suportados pelos autores em face de dano ambiental (contaminação do solo) causado pela Municipalidade de Atibaia. Sentença de procedência que condenou a Municipalidade à obrigação de fazer (descontaminar o solo) e a indenizar os danos materiais suportados pelos autores.
2. Ilegitimidade ativa dos autores para propositura de ação visando à condenação de ente municipal à obrigação de fazer por se tratar de direito difuso, impassível de ser discutido em sede de ação individual. Legitimidade ativa do Ministério Público para ajuizamento de ação civil pública.
3. Reparação de danos pessoais e individuais dos autores. Presença de elementos que caracterizam os danos por eles suportados. Sentença mantida no ponto.
4. Caracterização da 'perte d'une chance', verificada nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor, ou de, pelo menos vivenciar situação menos gravosa. "In casu": demonstração de que o desfazimento do negócio decorreu única e exclusivamente da contaminação do solo causada pela Municipalidade e da inércia em proceder à descontaminação.
5. Honorários recursais. Cabimento. Conforme a jurisprudência do
C. Superior Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 85, §§ 1º e 11 do Código de Processo Civil, são devidos honorários na fase recursal.
Recurso da Municipalidade desprovido. Recurso as autoras e reexame necessário parcialmente providos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos;

Trata-se de recursos de apelação interpostos pelo BELA TALBA HOCHMAN, LAGO SERVIÇOS DE INFORMAÇÕES CADASTRAIS LTDA ME, e PREFEITURA MUNICIPAL DE ATIBAIA em face da r. sentença de fls. 1437/1448, por meio da qual o Douto Magistrado *a quo* julgou-a parcialmente procedente, para condenar a Municipalidade: *(i) na obrigação de fazer correspondente à descontaminação do solo do imóvel em questão consoante descrição dos procedimentos técnicos, cronograma, providências, sistema e metodologia que devem ser adotados a fim garantir o efetivo resultado (cf. fls. 840/1.193, 924 e ss. Em especial; 1.207/1.2017 e 1.215/1.216, em especial),*

destacando-se ser da ré a responsabilidade pela contratação dos serviços, sendo certo não estar o custo efetivo limitado à estimativa elementar de custos feita pelo d. Perito; e *(ii) ao pagamento de quantia certa relativa a danos materiais emergentes nos valores de R$15.091,00 e R$15.541,00 (fls. 14, 376/602, 603/608, fls.137/150 do processo administrativo anexo) acrescidos dos consectários legais de praxe (correção monetária desde o desembolso e juros de mora a partir da citação)* – fls. 1447/1448.

Inconformados com o desfecho atribuído à lide, recorreram as partes, almejando a reforma do decisum *a quo.*

Inicialmente pleiteou a BELA TALBA HOCHMAN e LAGO SERVIÇOS DE INFORMAÇÕES CADASTRAIS LTDA ME a dispensa do recolhimento do preparo alegando que a referida taxa judicial fora recolhida quando da interposição do primeiro recurso de apelação, às fls. 1297/1299, e por não concorreram para a anulação da sentença determinada pelo V. Acórdão de fls. 1370/1376.

Em suas razões recursais, sustentam preliminarmente o cerceamento de defesa baseado em dois pontos:

a) em face de o r. Juízo ter proferido sentença logo após a intervenção ministerial determinada no V. Acórdão e, com isso, não possibilitou o contraditório das partes, nem a reabertura da fase instrutória; b) em razão do indeferimento de realização de prova quanto aos lucros cessantes, decorrentes da não concretização da venda do imóvel (dano). No mérito, em síntese, que: *(i)* as atividades poluidoras desenvolvidas pela Administração Pública ao tempo que utilizou o imóvel, resultaram na contaminação do solo devidamente demonstrada pelo laudo pericial, o que gerou passivo ambiental em razão das agressões e infrações ambientais; *(ii)* não há em que se falar em afastamento do pleito indenizatório de danos materiais emergentes, lucros cessantes e perda de uma chance em decorrência da alta probabilidade de venda do imóvel devidamente demonstrada nos autos, diante do ilícito ambiental causado pela Municipalidade; *(iii)* impossibilidade de mitigação prejuízos experimentados ante a comprovada e admitida responsabilidade ambiental da Municipalidade que se arrasta sem qualquer providência por parte do ente público; *(iv)* a multa diária por descumprimento da obrigação deve ser majorada a fim de compelir a apelada a cumprir as determinações impostas na r. sentença. Requerem, assim, a anulação da sentença com a determinação de retorno dos autos à primeira instância para a reabertura da fase instrutória e, subsidiariamente, a reforma do *decisum a quo* para condenar a Municipalidade ao pagamento de indenização dos lucros cessantes ou pela perda da chance da venda do imóvel em questão, cujo valor seja fixado por este Colegiado, bem como para majorar a multa diária fixada na sentença para o valor de R$10.000,00 (dez mil reais), a fim de compelir o ente municipal a descontaminar os imóveis de propriedade dos autores e a adotas as medidas necessárias junto à CETESB para emissão da certidão de reabilitação plena dos imóveis.

Acesso ao Sumário

Por seu turno, a Municipalidade preliminarmente sustenta ocorrência da prescrição do direito tendo vista que o imóvel foi adquirido em outubro de 2009, assim, repassadas as obrigações e responsabilidades sobre a área. No mérito alega que a responsabilidade em matéria ambiental é transmitida ao sucessor conforme dispõe o art. 2º, § 2º, do Código Florestal. Defende o arbitramento da verba honorária advocatícia tendo em vista a sucumbência parcial na demanda.

Acha-se o recurso tempestivo, em ordem e bem processado; instruído com as contrarrazões das partes contrárias e com parecer da D. Procuradoria de Justiça a fls. 1563/1575.

Às fls. 1551/1553 as autoras-apelantes apresentaram comprovante de recolhimento do preparo e às fls. 1579/1582, a complementação do preparo, com vistas a complementar o preparo nos termos do art. 1.007, § 4º do CPC, em cumprimento ao quanto determinado por este Relator a fl. 1576.

Vieram os autos conclusos e acham-se prontos para julgamento.

É o relatório. Passo ao voto.

1. Conheço do recurso ora interposto, porquanto tenho por presentes os pressupostos de admissibilidade.

Anoto, *ab initio*, que a sentença está submetida ao reexame necessário, por força do disposto no art. 496 do CPC, bem como anoto não comportar acolhimento o pedido de dispensa do recolhimento do preparo recursal, feito pelos autores-apelantes no ato de interposição do apelo, às fls. 1472/1504. E isto, porque não há no caso presente causa excludente da regra contida no art. 1.007 do Código de Processo Civil que estabelece a necessidade de recolhimento do preparo no **ato de interposição** do recurso. Note-se, ademais, que, ao proceder ao recolhimento da taxa recursal a fls. 1550/1553, operou-se a desistência tácita do pedido de dispensa do preparo, diante da preclusão lógica, haja vista que o juízo de admissibilidade recursal compete a relator do recurso e não mais à primeira instância.

Diante disso, não há cogitar-se de dispensa do recolhimento do preparo recursal pelos autores-apelantes.

Passo ao exame do mérito recursal.

2. Trata-se de ação condenatória ajuizada por BELA TALBA HOCHMAN e LAGO SERVIÇOS DE INFORMAÇÕES CADASTRAIS LTDA/ME em face do MUNICÍPIO DE ATIBAIA, em que buscam a condenação do ente municipal à obrigação de fazer, consistente na descontaminação do solo de acordo com as determinações da CETESB, por ser a proprietária anterior e causadora do dano ambiental, além de sua condenação à obrigação de pagar indenização pelos danos materiais perdas, consistente nos lucros cessantes ou na perda da chance de venda do imóvel, estimado em R$8.400.00,00 (oito milhões e quatrocentos mil reais), valor referente à proposta de venda do referido imóvel, em meados de 2015.

Acesso ao Sumário

Foi produzida prova pericial e esclarecimentos complementares (fls. 840/1.193 e 1.207/1.217) e encerrada a fase instrutória, o Juízo em Primeiro Grau julgou parcialmente procedente a demanda (fls.1.235/1.244) e complementada a fls.1.249/1.251, com o acolhimento dos embargos de declaração para sanar omissão conforme decisão à fls. 1.262. Interpostos recurso de apelação pelas partes, houve julgamento por esta Colenda 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, com anulação da sentença e remessa dos autos à origem para possibilitar a intervenção do Ministério Público (fls. 1370/1376).

Restituídos os autos à origem, o Ministério Público de Primeira Instância foi intimado a se manifestar e ofertou ação civil pública requerendo: a) a ratificação os atos processuais praticados, especialmente considerando a validade da perícia realizada, b) a procedência da ação para condenar a ré à efetivação do plano de reparação estabelecido em sede pericial, visando à recuperação da área comprometida pela ação poluidora da municipalidade, impondo- lhe a obrigação de promover e adotar todas as medidas necessárias para total descontaminação do solo dos imóveis objetos da demanda, a fim de restabelecer o solo, bem como a água subterrânea dos mesmos, afastando-os de quaisquer conteúdos de contaminação, dentre outros requerimentos (fls. 1425/1436).

Na sequência houve prolação de sentença, na qual o pedido ministerial foi desacolhido pelo r. Juízo *a quo*, que, ao final, ratificou a legitimidade das autoras no polo ativo da demanda e considerou a manifestação do Ministério Público somente em relação à pretensão indenizatória, o Juízo de origem julgou parcialmente procedente ação, condenando o ente municipal às obrigações de fazer (descontaminar o solo) e a indenizar o dano material comprovado, com a fixação de *astreintes* par ao caso de descumprimento da condenação.

Contra esse desfecho recorreram as partes.

Pois bem.

3. Inicialmente anoto que assiste razão à D. Procuradoria Geral de Justiça no que tange à alegação de **ilegitimidade processual** em se tratando de responsabilidade civil ambiental da Municipalidade, que, por se tratar de direito de natureza difusa, seria oponível apenas por meio de ação civil pública nos termos do art. 5º da Lei nº 7.347/85:

> Art. 5º. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:
> I - o Ministério Público;
> II - a Defensoria Pública;
> III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
> IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;
> V - a associação que, concomitantemente:
> a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;
> b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica,

Acesso ao Sumário

à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.
§ 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.
§ 2º Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes.
§ 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa.
§ 4º O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.
§ 5º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei.
§ 6° Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

A preliminar arguida pela D. Procuradoria Geral de Justiça comporta acolhimento, haja vista que, nos termos da peça inicial, verifica-se que a controvérsia versa sobre a **responsabilidade sobre a contaminação do solo e água subterrâneo**s, cumulada com indenização de danos materiais.

Logo, a legitimidade ativa para defender o interesse difuso cabe ao Ministério Público nos termos do art. 127[1] da Constituição, combinado com o art. 5º da Lei nº 7.384/85.

Sendo assim, carecem as autoras de legitimidade para pleitear a responsabilização ambiental da Municipalidade, de modo que a legitimidade a elas atribuída pelo direito pátrio restringe- se à busca pela reparação dos danos pessoais e individuais quais sejam, o dano material e a perda concernente aos lucros cessantes ou à perda da chance de venda do imóvel contaminado.

A demanda deve ser **extinta sem resolução mérito no que tange aos danos ambientais e a sua reparação em decorrência da contaminação do solo**, cabendo ao Ministério Público o ajuizamento, autônomo e independente, de ação civil pública para a reparação dos danos ambientais narrados na presente ação. Por consequência, tenho por prejudicado o pedido recursal das autoras -apelantes quanto à majoração das *astreintes.*

4. No que se refere à tese preliminar de cerceamento de defesa, anoto não comportar acolhimento, na medida em que, embora tenha sido devidamente intimada a fl. 661 para manifestar-se sobre as provas que desejava produzir, não houve qualquer manifestação da parte autora às fls. 665/667 acerca da neces-

1 Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Acesso ao Sumário

sidade de realização de prova para demonstrar o prejuízo alegado quanto aos lucros cessantes e à perda da chance de venda do imóvel.

Não prospera, portanto, a dita alegação em sede de recurso de apelação, porquanto elas mesmas deixaram de requerer a produção probatória em momento processual oportuno.

Afasto, outrossim, a tese de prescrição defendida pela Municipalidade, haja vista que a ação foi proposta dentro do prazo prescricional, devendo-se considerar a ocorrência de hipótese de interrupção da prescrição, que se deu com o reconhecimento administrativo do direito à recuperação das áreas em novembro de 2014 após a autuação da CETESB e o consequente início do processo administrativo em fevereiro de 2015, com o objetivo de obter, por parte do ente municipal, a recuperação ambiental da área.

Sendo assim, considerando a negativa do Município-apelado em efetuar a descontaminação do solo e o desfazimento das tratativas de venda do imóvel em decorrência da contaminação do solo, as autoras procederam à prática de atos visando ao ajuizamento desta ação que ocorreu em junho de 2018.

Não houve, portanto, o decurso do prazo prescricional como alegado pelo Município de Atibaia, motivo pelo qual rejeito a tese recursal por ele defendida.

5. Passo ao exame do pedido concernente à **reparação dos danos pessoais e individuais** decorrentes do desfazimento negócio de compra e venda noticiado na inicial.

Pois bem, no caso presente verifica-se a presença de elementos que comprovam o nexo de causalidade entre o evento, o dano e a culpa do apelado no resultado lesivo, na medida em que, de acordo com os elementos de prova reunidos nestes autos, em janeiro de 2016 houve a desistência das tratativas de compra do imóvel objeto desta ação em decorrência da contaminação do solo e da demora da Municipalidade em atender ao pedido administrativo feito pelas autoras no processo administrativo nº 5.956/2015, iniciado em fevereiro de 2015.

Com isso, o negócio jurídico de venda que estava sendo negociado no patamar de R$8.400.00,00 (oito milhões e quatrocentos mil reais), deixou de prosperar em razão da contaminação do solo provocada pela Municipalidade, consoante restou comprovado pelas provas reunidas nestes autos, notadamente pela prova pericial de fls. 840/1193, complementado às fls. 1207/1217, cujo excerto ora reproduzo:

> V. CONCLUSÃO:
> (...)
> 6.) **Comprovada está tecnicamente, a nosso ver, a extensão dos danos ao meio ambiente, causados pelas atividades desenvolvidas pela Prefeitura da Estância de Atibaia, no terreno da lide, e o nexo causal perante as atividades nele desenvolvidas**; contrariando assim o DECRETO ESTADUAL Nº 59.263, DE 5 DE JUNHO DE 2013, que Regulamenta a Lei nº 13.577, de 8 de julho de 2009, que dispõe sobre

Acesso ao Sumário

diretrizes e procedimentos para a proteção da qualidade do solo e gerenciamento de áreas contaminadas;

7.) Nossos aprofundados estudos, revelaram ser absolutamente competente o Relatório de Investigação Detalhada e Plano de Intervenção do local, executado pela Empresa Kopf Ambiental Engenharia e Consultoria Ltda., vide Anexo 7, que foi recebido e protocolado pela CETESB - Companhia Ambiental do Estado de São Paulo, visto representarem, ao nosso ver, a realidade dos fatos apontados na demanda e a realidade dos danos causados ao terreno objeto da ação e ao meio ambiente, a luz da patente contaminação das águas subterrâneas..., cujos resultados analíticos laboratoriais realizados indicaram concentrações superiores aos valores orientadores e normativos da CETESB;

8.) **Necessário se faz assim, que pela Municipalidade sejam tomadas medidas de Intervenção nas águas subterrâneas nos próprios da lide, com redução às concentrações máximas permitidas, até sua plena descontaminação e reabilitação, conforme mapeamento das plumas de contaminação fase dissolvida de Benzeno, Tolueno, Etilbenzeno, Xilenos Totais, Naftaleno e Etanol, estudadas neste Laudo** e apontadas no Relatório/Laudo realizado pela Empresa Kopf Ambiental Engenharia e Consultoria Ltda.,ver Anexo 7;

9.) Existe processo junto a CETESB em aberto, aguardando as fases a cumprir, cabendo à CETESB neste sentido se manifestar. Ao que consta, à Municipalidade resta cumprir, o processo de reabilitação da área contaminada, que objetiva a adoção de medidas de intervenção que possibilitem a recuperação da área para um uso previamente determinado, adotando-se dessa forma o princípio da aptidão para o uso. Cremos restarem as seguintes etapas para cumprimento: - projeto de remediação; - remediação; - monitoramento. (fls. 926/927) – ***grifei.***

Não há dúvidas quanto à existência da contaminação do solo e que ela foi provocada pelas atividades exercidas pela Municipalidade no local.

A par disso, não há como negar a existência de documentos nestes autos que noticiam as tratativas entre as autoras e Masaki Nishizaki Nakamitsu quanto à compra e venda do imóvel objeto desta ação, consoante se verifica a fls. 609/616.Considerando que não houve impugnação específica a esses documentos, tem-se por possível sua admissão como meio de prova.

Extrai-se dos autos, assim, que, a contaminação do solo foi a causa da desistência do negócio jurídico entabulado entre as autoras e o Sr. Masaki Nishizaki Nakamitsu. Resta, contudo, incerto o valor a que aludem como prejuízo, porquanto se trata de declaração unilateral que não foi submetida a análise técnica em momento oportuno.

Assim, embora o conjunto probatório mostre-se insuficiente para comprovação exata do valor que as autoras deixaram de receber com o desfazimento da venda do imóvel, no tocante à perda da conclusão do negócio jurídico, constatamos, presentemente, que os autos retratam situação que a doutrina francesa

Acesso ao Sumário

denominou de "*perte d'une chance*" – verificada nos casos em que o ato administrativo retira do administrado a *oportunidade* de obter uma situação melhor, ou de, pelo menos vivenciar outra menos gravosa. Ensina LAUBADÈRE que a doutrina gaulesa aplica a indenização aos casos de falta do serviço; "Afigura-se de minha parte que a '*perte d'une chance*' é espécie da *'faute'*" (*apud*, *in* Manual de Derecho Administrativo, Temis: Bogotá, 1984, p. 115).

A doutrina pátria alude à responsabilidade advinda da "*perda de uma chance*" nos casos em que: "*o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor, como progredir na carreira artística ou no trabalho, conseguir um novo emprego, deixar de ganhar uma causa pela falha do advogado etc*"[2]. Sérgio Cavalieri Filho destaca, ainda, a necessidade de que se trate de uma "*chance real e séria, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada*"[3].

Ademais, Caio Mário da Silva Pereira, em sua obra "Responsabilidade Civil", ressalta que "*a reparação da perda de uma chance repousa em uma probabilidade e uma certeza; que a chance seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo*"[4] (1999, p. 42). No mesmo diapasão, Judith Martins Costa assevera que na responsabilidade pela perda de uma chance "*o que é indenizado é justamente a chance de não alcançar determinado resultado, ou de auferir certo benefício, chance que foi perdida pela vítima em razão de ato culposo do lesante*"[5].

Vale ressaltar que a indenização advinda da perda de uma chance não está ancorada em dano incerto, mas sim na constatada perda real de uma chance de cura ou de sobrevivência, consoante doutrina esboçada por Genival Veloso de França, *in* Direito Médico[6], pois, conforme demonstrado, restou claro que se o solo não estivesse contaminado ou se a descontaminação tivesse sido realizada em tempo razoável a venda teria se concretizado, consoante se extrai dos documentos de fls. 609/616, trar-lhe-iam chances concretas e reais de não ter perdido a concretização da venda referida. Como a Municipalidade ceifou-se esta oportunidade às vítimas, ao agir de forma negligente, a responsabilização exsurge e é de rigor.

Logo, a responsabilização pelo dano subsiste.

Sendo assim, a tese esposada pelas autoras apelantes como fundamento para promover a reforma da sentença comporta parcial acolhimento: procede em relação aos danos econômico-financeiros suportados com o desfazimento do negócio jurídico, na medida em que se aplica ao caso analisado a teoria da "*perte d'une chance"*.

Acesso ao Sumário

2 Menezes Direito, Carlos Alberto. Cavalhieri Filho, Sérgio. Comentários ao novo Código Civil, vol. XIII, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 95.
3 Cavalieri Filho, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, 4ª ed, São Paulo: Malheiros, p. 92.
4 Pereira, Caio Mário da. Responsabilidade Civil, 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 42.
5 Costa, Judith Martins. *in* Comentários ao Novo Código Civil - Volume V - Tomo II, p. 248.
6 França, Genival Veloso de. Direito Médico, 9ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 202.

No tocante à indenização, anoto que deve ser fixada em **20% (vinte por cento) do valor de mercado do imóvel na ocasião em que foram entabuladas as tratativas de venda**, que deverá ser averiguado em sede de liquidação de sentença. Anoto, ainda, que o *quantum* indenizatório deverá ser corrigido monetariamente de acordo como IPCA-E[7] e acrescido de juros de mora, nos termos do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei federal nº 11.960/09, com termo *a quo* de desde a data do evento lesivo.

6. No que tange aos **honorários advocatícios**, rejeito o pedido de reforma feito pela Municipalidade, para manter a condenação nos termos em que fixada em sentença.

7. Quanto ao tema dos **honorários recursais**, anoto que desde a edição do Código de Processo Civil ora em vigor, autoriza-se ao órgão recursal majorar os honorários advocatícios como forma de remunerar o trabalho do advogado nesta fase.

É o que dispõe o art. 85, § 11º, do CPC:

> Art. 85. (...)
> § 11. 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.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça, quando instado a se pronunciar sobre a interpretação do artigo, manifestou-se sobre o tema, fixando orientação geral para tanto no seguinte sentido

> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 1.022 DO CPC/2015. ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. PRESENTES OS REQUISITOS.
> 1. O Superior Tribunal de Justiça consagrou o entendimento de que é apenas 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 não provido, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente; e c) condenação em honorários advocatícios, desde a origem, no feito em que interposto o recurso.
> 2. No caso dos autos, observa-se que os requisitos supracitados estão presentes. Dessa forma, são devidos honorários sucumbenciais recursais.
> 3. Acolho os embargos de declaração a fim de majorar os honorários

7 Em face da declaração de inconstitucionalidade do art. 1º-F da lei 9.494/97 (com a redação dada pela lei 11.960/09) pelo STF no julgamento do RE 870.947/SE (Tema 810) e por se tratar do posicionamento firmado pelo C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial n.º 1.270.439/PR, admitido como representativo de controvérsia, nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil.

Acesso ao Sumário

advocatícios para 12% do valor da condenação.
(STJ, EDcl no REsp 1679818/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2020, DJe 14/05/2020)
No caso dos autos, concorrem todos os elementos:

a) a r. sentença foi publicada em setembro de 2020, já na vigência do CPC/15, portanto; b) o recurso da parte não foi provido; c) na própria sentença houve condenação em honorários.

Desta feita, majoro em 1% (um por cento) os honorários sucumbenciais, que foi arbitrado no percentual mínimo previsto no art. 85, § 3º do CPC.

Destaco, por derradeiro, e a fim de evitar a oposição de embargos de declaração, que ao percentual dos honorários sucumbenciais (percentual mínimo incidente sobre o valor da condenação) deverá ser acrescido 1% referente aos honorários recursais.

8. Por derradeiro, anoto que tenho por prequestionada a matéria debatida nestes autos.

Posto isso, voto no sentido do **desprovimento** do recurso da Municipalidade, do **parcial provimento** do reexame necessário e do recurso de apelação interposto pelas autoras, e para **fixar honorários recursais**, nos termos da fundamentação desenvolvida.

Apelações/Remessas Necessárias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1008492-73.2020.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante FABIO EDUARDO DANTAS (JUSTIÇA GRATUITA) e Recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado MUNICÍPIO DE GUARULHOS.

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 em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.032)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI (Presidente) e CARLOS VON ADAMEK.

São Paulo, 29 de setembro de 2023.

LUCIANA BRESCIANI, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação Cível – Município de Guarulhos

– Administração que promoveu a desocupação de área pública, de propriedade do Departamento de Estradas de Rodagem, sob gestão municipal –Autor que resistiu à desocupação, pretendendo seja o Município impedido de concluí-la ou, subsidiariamente, a concessão de alternativa habitacional provisória na forma do pagamento de locação social, até que seja fornecida moradia definitiva ao autor e sua família – Reconvenção do réu, postulando reintegração na posse, julgada procedente, e pedidos do autor julgados procedentes em parte, apenas para cumprimento da medida ao fornecimento do benefício da locação social ao autor, a partir da desocupação do imóvel, observado o prazo de 12 meses atribuído na legislação de regência **– Apelação do autor, com preliminar de cerceamento e pedido de reforma restrito ao pleito subsidiário – Cerceamento de defesa não configurado, porquanto incontroversa a situação de vulnerabilidade social do recorrente – Intervenção judicial que não pode resultar no desrespeito aos critérios previstos nas normas de regência da política pública – Ausência de amparo normativo para a concessão do benefício por tempo indeterminado – Poder Judiciário que não pode retirar do Legislativo e do Executivo a primazia na definição e execução da política pública – Atendimento habitacional da autora que deverá ser realizado mediante inscrição em programa habitacional, observados eventual fila de espera e os critérios de distribuição de unidades – Provimento nesta parte – Precedentes deste E. Tribunal – Recurso parcialmente provido.**

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação de rito comum ajuizada por FABIO EDUARDO DANTAS em face do MUNICÍPIO DE GUARULHOS alegando, em resumo, que que reside com a família em uma casa situada na Estrada Guarulhos Nazaré, 4168, Cidade Soberana, Guarulhos, na faixa de domínio do DER - Departamento de Estradas de Rodagem, em trecho sob administração municipal. Aduz que no dia 29.10.2019, após notificação extrajudicial, o Município agravado, sem a presença dos órgãos fiscalizadores, realizou a demolição de alguns imóveis vizinhos, sendo interrompida a ação apenas pela intervenção da comissão de prerrogativas da Ordem dos Advogados do Brasil, com a presença das Polícias Civil e Militar.

Foi ajuizada a ação de interdito proibitório n.º 1042146-85.2019.826.0224 e, diante das tratativas amigáveis com a Administração, houve desistência da possessória. Acrescenta que vem sofrendo ameaças arbitrárias de desocupação e demolição do imóvel, destacando sua situação de vulnerabilidade social. Sustenta a nulidade do ato administrativo que determina a desocupação, por violação ao devido processo legal, ampla defesa e princípio contraditório, argumentando que o atributo da autoexecutoriedade do poder de polícia, exercido pelo Administrador, salvo as situações de urgência legalmente previstas, como abaixo será demonstrado, deve ser precedido de processo administrativo ou judicial que garanta. De resto, afirma que a situação fática está consolidada e que a remoção deve ser antecedida pelo oferecimento de alternativa habitacional. Pediu a concessão de tutela de urgência para que para impedir que o Município efetive a remoção e demolição pretendidas e, ao final, a procedência do pedido para o fim de se impedir a remoção administrativa do autor e a demolição de sua casa ou, subsidiariamente, a condenação do réu a fornecer alternativa habitacional provisória na forma do pagamento de locação social, sem limitação temporal, até que seja fornecida moradia definitiva ao autor e sua família.

Indeferida a tutela de urgência (fls. 123), o autor interpôs o agravo de instrumento n.º 2178682-45.2020.8.26.0000, provido em parte para concessão de prazo de quatro meses para a desocupação, condicionado o cumprimento da reintegração à manutenção da oferta de pagamento de auxílio aluguel (fls. 202/212). A municipalidade ré apresentou reconvenção para o fim de que seja reintegrada na posse da área pública, sendo deferida a expedição do competente mandado de reintegração com a autorização de reforço policial e ordem de arrombamento (fls. 108/116).

O pedido reconvencional foi julgado procedente e o pedido principal procedente em parte, para o fim de reintegrar o Município de Guarulhos na posse da área descrita na inicial, condicionado o cumprimento da medida ao fornecimento do benefício da locação social ao autor, a partir da desocupação do imóvel, observado o prazo de 12 meses atribuído na legislação de regência (fls. 300/305).

Acesso ao Sumário

O autor interpôs recurso de apelação, arguindo preliminar de cerceamento de defesa e postulando no mérito a reforma do julgado "... *para que a parte apelante seja contemplada com atendimento habitacional definitivo, sendo certo que até o seu fornecimento deverá receber o benefício da locação social*". O recurso foi contrariado (fls. 337/348).

Não houve oposição ao julgamento virtual no prazo estabelecido pela Resolução n.º 772/2017 do Órgão Especial.

É o relatório.

O recurso comporta provimento parcial.

De início, rejeito a preliminar de cerceamento de defesa arguida.

O autor, ora apelante, havia postulado a produção de prova testemunhal, para esclarecimento sobre sua vulnerabilidade pessoal e social, inclusive sobre a situação precária de moradia, a juntada de documentos novos para demonstração da situação atual do requerente, bem como perícia, mediante a realização de laudo por meio de psicólogos ou assistentes sociais, para comprovar os problemas pessoais e sociais relatados na inicial, em especial quanto à precariedade da moradia do autor e de sua família e preenchimento dos requisitos para recebimento de atendimento habitacional (fls. 297). Verifica-se, no entanto, que a questão relativa à vulnerabilidade social do autor e de sua família é incontroversa, tanto que oferecido ao apelante o benefício do aluguel social antes do ajuizamento (fls. 105). Ademais, a preliminar foi arguida genericamente, ausente argumentação justificando a necessidade das provas requeridas no caso concreto.

Quanto ao mérito, observo que a discussão relativa à autoexecutoriedade dos atos administrativos e consequente possibilidade de a Administração proceder à desocupação da área e demolição do imóvel resta prejudicada pelo ajuizamento da reconvenção do Município. Ademais, verifica-se pelo teor da apelação e pelos termos do pedido que o objeto recursal está limitado ao pleito subsidiário, *"... com a reforma da decisão recorrida no ponto atacado para que a parte apelante seja contemplada com atendimento habitacional definitivo, sendo certo que até o seu fornecimento deverá receber o benefício da locação social*" (fls. 333).

Pois bem.

Esta Relatora não olvida que o problema do déficit habitacional é uma questão sensível na Região Metropolitana desta Capital e tampouco ignora que o direito social à moradia possui uma acepção individual, uma dimensão subjetiva, sendo certo que todos merecem um teto para morar. O problema da intervenção judicial nesse tipo de questão é que não é possível determinar o atendimento da necessidade habitacional de alguém ignorando que, com a outra mão, se está retardando o atendimento de outrem. O enfrentamento atomizado e fragmentário dessa questão jamais oferecerá uma solução satisfatória para o conjunto da sociedade. O Judiciário não pode assumir o papel de atalho para obtenção de moradia e deve compreender pragmaticamente as limitações de sua atuação neste tipo de demanda.

Cumpre anotar que o direito social à moradia é norma de extração eminentemente programática, não cabendo ao Judiciário sequestrar do Executivo e do Legislativo, poderes democraticamente constituídos, a primazia na definição e execução da política pública. Daí porque é mesmo necessária uma postura contida por parte do órgão judicante. Nesta linha de pensamento, pertinente a transcrição de trecho do Curso de Direito Constitucional de Gilmar Ferreira

Acesso ao Sumário

Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (p. 715, 3ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2008):

Nesse contexto, torna-se extremamente complexa, para não dizer penosa, a interpretação/aplicação das normas constitucionais definidoras dos direitos sociais, na medida em que, de um lado, os seus operadores, independentemente de sentimentos de ordem pessoal, são obrigados a emprestar-lhes a máxima efetividade – afinal de contas, esse é um dos princípios da interpretação especificamente constitucional – e, de outro, devem observar, também, outros cânones hermenêuticos de igual hierarquia, como os princípios da unidade da Constituição, da correção funcional e da proporcionalidade ou da razoabilidade, a cuja luz, sucessivamente, não podem interpretar a Lei Fundamental em 'fatias', desrespeitar o seu modelo de Separação dos Poderes e, tampouco, proferir decisões segundo particulares concepções de justiça – por mais respeitáveis que sejam –, de todo incompatíveis com a ordem de valores plasmada na Constituição. Neste, como em muitos outros domínios, enganam-se os que acreditam – juristas e filósofos – que é possível fazerem-se coisas com palavras.

Não se trata de recusar a possibilidade de controle da política pública, sob pena de esvaziamento do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5.º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Isso não significa, contudo, que a análise judicial do pleito do autor possa se divorciar das previsões normativas que regem a política pública de acesso à moradia, sem ignorar suas limitações.

Não cabe, portanto, a condenação da Municipalidade na obrigação de fazer consistente na entrega de unidade habitacional ao autor, de maneira imediata, o que representaria violação ao princípio da igualdade, na medida em que prejudica outros tantos cidadãos que aguardam atendimento habitacional. A sentença comporta reparo, nesse ponto, apenas para condenar a Municipalidade a providenciar a inclusão do autor em programa habitacional em curso, para atendimento futuro, observada a fila de espera e os critérios para distribuição das unidades.

Acesso ao Sumário

No que diz respeito ao benefício do aluguel social, descabido o pleito de concessão por tempo indeterminado, ante ausência de previsão legal. A Lei Municipal n.º 6.623/2009, que rege a matéria, estabelece o seguinte:

Art. 1º Fica instituído o Programa Municipal de Locação Social com vista à concessão de benefício pecuniário por prazo determinado, denominado locação social, destinado ao pagamento de gastos com moradia às pessoas ou famílias que se encontrem em uma das seguintes situações:

I - ocupem áreas onde serão realizadas intervenções específicas pelo Poder Público de caráter urbanístico ou para sistemas viários, no que se refere à execução de obras e projetos de urbanização que impliquem, necessariamente,

na remoção de pessoas ou famílias;

II - estejam em áreas sujeitas a eventos de risco, definidos no artigo 8º desta Lei;

III - de vulnerabilidade social e de risco pessoal e social, definidos no artigo 9º desta Lei.

(...)

Art. 3º A concessão do benefício instituído pelo Programa de Locação Social terá validade de doze meses, podendo ser prorrogada por até igual período, mediante avaliação de técnicos da Prefeitura.

A prorrogação do auxílio aluguel por tempo indeterminado, até o atendimento habitacional definitivo ao autor, que seguramente é pessoa em situação de vulnerabilidade, representaria uma intervenção às cegas na gestão da política pública, irradiando consequências imponderáveis na execução do programa.

No mesmo sentido, confira-se julgado desta Câmara:

CONSTITUCIONAL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C TUTELA DE URGÊNCIA – DIREITO À MORADIA – CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA – INOCORRÊNCIA – Pedido de anulação do julgado por cerceamento de direito de defesa, em razão da não produção de prova – A autora quando intimada a se manifestar sobre as provas que pretendia produzir, requereu o julgamento antecipado da lide – Preliminar rejeitada. CONSTITUCIONAL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C TUTELA DE URGÊNCIA – DIREITO À MORADIA – Direito à moradia, norma programática prevista pelo art. 6º da CF, que se materializa na Lei Municipal nº 3.687/04 – Autora que faz jus ao recebimento de "bolsa-aluguel" – Direito subjetivo reconhecido – Inteligência do art. 6º da Lei Municipal nº 3.687/04 – Judiciário que não promove políticas públicas, limitando-se a afastar a lesão ao direito da autora – Inteligência do art. 5º, XXXV, da CF – Inviabilidade da concessão do benefício por tempo indeterminado, por se tratar de política pública a cargo do Executivo, sob pena de violação da separação de poderes – Inteligência do art. 2º da CF – Sentença reformada – Recurso parcialmente provido (Apelação Cível n.º 1000925-36.2022.8.26.0348; Relator: Carlos von Adamek; Órgão Julgador: 2.ª Câmara de Direito Público; Foro de Mauá – 5.ª Vara Cível; Data do Julgamento: 02/02/2023; Data de Registro: 04/02/2023).

Destaco ainda precedentes de outros órgãos fracionários desta Seção de Direito Público:

RECURSO DE APELAÇÃO EM AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. 1. BENEFÍCIO LOCAÇÃO SOCIAL. O pagamento do auxílio-aluguel não pode ser por prazo indeterminado. Concessão pelo prazo de 12 (doze) meses, com possibilidade de prorrogação, nos exatos limites previstos na Portaria nº 131/2015 da Secretaria

Acesso ao Sumário

Municipal de Habitação - SEHAB. 2. DIREITO À MORADIA. CONCESSÃO DE AUXÍLIO MORADIA. Inexistência de omissão do Poder Público na concessão de moradia no caso concreto. As políticas públicas a serem adotadas para a reinserção urbana de famílias de baixa renda compõem série de ações e medidas complexas. No caso dos autos a situação de vulnerabilidade específica apresentada pelo autor, por si só, não caracteriza omissão ou grave violação ao direito de moradia a justificar a atuação do Poder Judiciário a suprir a ausência do Poder Público. A concessão de moradia e, na sua ausência, auxílio moradia não se caracteriza como direito subjetivo. Discricionariedade do Poder Público a estabelecer critérios para atendimento de população em situação excepcional. Caso de vulnerabilidade do autor que não se amolda às hipóteses previstas. Inscrição em programas habitacionais que não encontra óbice. Determinação da inscrição do particular nos programas habitacionais do Município, atendidos os requisitos legais, em ordem cronológica, verificada eventual prioridade. 3. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Os honorários são cabíveis e foram regulamente fixados. Não é caso de aplicação da Súmula n. 421 do STJ, pois não figurando o Estado no polo passivo da ação é cabível a concessão de honorários de sucumbência à Defensoria Pública. 4. Sentença de procedência parcialmente reformada. Recurso parcialmente provido (Apelação Cível n.º 1021158-71.2019.8.26.0053; Relator: Marcelo Berthe; Órgão Julgador: 5.ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes – 9.ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 10/11/2021; Data de Registro: 10/11/2021).

*APELAÇÃO – AÇÃO DE OBRIGAÇ*ÃO FAZER *– DIREITO À MORADIA – AUXÍLIO ALUGUEL – Pretensão de disponibilização de auxílio-aluguel ou moradia – Direito à moradia (art. 6º, da CF) – Norma de caráter programático – Acolhimento do pedido em relação à COHAB/SP que implicaria ingerência judicial desmedida, com violação ao princípio da isonomia – Viabilidade do pleito relacionado à obtenção de auxílio-aluguel – Portaria nº 131/SEHAB/2015 – Revogação, em parte, pela Portaria SEHAB nº 68/19, que não pode significar supressão do atendimento habitacional provisório em favor de pessoas que se encontram em situação de extrema vulnerabilidade – Ausência de amparo legal para a concessão do benefício por tempo indeterminado – Poder Judiciário que não pode retirar do Legislativo e do Executivo a primazia na definição e execução da política pública – Prazo do benefício limitado a 12 meses, prorrogáveis por igual período, conforme disposto no art. 9º da Portaria nº 101/15 – Precedentes – Sentença reformada em parte – Recurso de apelação da COHAB/SP provido e recurso de apelação da Prefeitura Municipal de São Paulo parcialmente provido* (Apelação Cível 1029394-17.2016.8.26.0053; Relator: Ponte Neto; Órgão Julgador: 8.ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes – 12.ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamen-

Acesso ao Sumário

to: 14/10/2020; Data de Registro: 14/10/2020).

Apelação. Aluguel social. Sentença que condenou o Município de Guarulhos à obrigação de fornecer o aluguel social pelo prazo legal de 12 meses. Pretensão de fornecimento do benefício por tempo indeterminado que não tem respaldo legal. Precedentes. Recurso improvido (Apelação Cível n.º 1034095-22.2018.8.26.0224; Relator: Fernão Borba Franco; Órgão Julgador: 7.ª Câmara de Direito Público; Foro de Guarulhos – 1.ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 08/11/2019; Data de Registro: 08/11/2019).

Por estes fundamentos, pelo meu voto, dou provimento parcial ao recurso para determinar a inclusão do autor em programa habitacional em curso, para atendimento futuro, observada a fila de espera e os critérios para distribuição das unidades, mantida a obrigação de pagamento do auxílio aluguel para a desocupação, observado o prazo estabelecido na legislação, sem prejuízo de eventual prorrogação, mediante avaliação de técnicos da Prefeitura, nos termos do artigo 3º da Legislação de regência.

Considerando o provimento parcial do recurso, serão repartidas entre as partes, pela metade, as custas e despesas processuais, bem como a verba honorária fixada na r. sentença, observada a gratuidade deferida ao autor.

Para fins de prequestionamento se tem por inexistente violação a qualquer dispositivo constitucional ou infraconstitucional invocado e pertinente à matéria em debate.

Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 0026477-31.2021.8.26.0000, da Comarca de Praia Grande, em que é requerente EXMA. DESª. RELATORA DA 10ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Turma Especial - Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, foram acolhidas as teses propostas pelo relator: "1. O adicional por tempo de serviço do policial militar é calculado nos termos o art. 3º inciso II da LCE nº 731/93 e a ele não se aplica, à falta de previsão em lei, as regras próprias do servidor civil, prevalecendo a regra especial na forma do art. 138 da Constituição do Estado. 2. Não se inclui o adicional de insalubridade, verba de natureza 'propter laborem', na

Acesso ao Sumário

base de cálculo do adicional por tempo de serviço, uma vez que não previsto nos termos do art. 3º, II da LCE nº 731/1993", com divergência parcial do Desembargador Luiz Sergio Fernandes de Souza. No caso concreto, foi desprovido o recurso do autor.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 0065)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores AFONSO FARO JR. (Presidente), SIDNEY ROMANO DOS REIS, FERMINO MAGNANI FILHO, PERCIVAL NOGUEIRA, J. M. RIBEIRO DE PAULA, LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ, REBOUÇAS DE CARVALHO, ENCINAS MANFRÉ, PAULO BARCELLOS GATTI, LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA, CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI e DJALMA LOFRANO FILHO.

São Paulo, 4 de agosto de 2023.

TORRES DE CARVALHO, Relator

Ementa: INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. Tema nº 47. Policial militar. Adicional por tempo de serviço (quinquênio). Base de cálculo restrita ou ampliada. CF, art. 42 e 142. CE, art. 124 a 138. LCE nº 731/93. –

1. IRDR. Adicional por tempo de serviço. Art. 129 da Constituição do Estado. O art. 129 da Constituição do Estado assegura ao servidor público civil: (a) o adicional por tempo de serviço a cada cinco anos, sem definição da base de cálculo e sem limitação; (b) a sexta parte dos vencimentos integrais aos vinte anos de efetivo exercício; e (c) a incorporação das duas vantagens para todos os efeitos. As vantagens foram tratadas de modo diverso pela Constituição, o que impede a equiparação das duas pelo intérprete, sob pena de inválida analogia ou da concessão vedada pela Súmula STF nº 339. O art. 129 não estabelece a base de cálculo do adicional por tempo de serviço, de modo que a sua disciplina há de ser buscada na lei; a Turma Especial, à época do julgamento da Assunção de Competência, autos de nº 0087273-47.2005, 18-5-2012, Rel. Sidney Romano, não divergiu desta interpretação, pois a forma de cálculo estabelecida pelo acórdão decorreu de uma interpretação sistemática do art. 129 da CE, art.

Acesso ao Sumário

128 da LE nº 10.261/68 e art. 11, I da LCE nº 712/93, segundo os quais a verba incidiria sobre 'os vencimentos' ou 'a remuneração', integrados pelo salário base e demais verbas recebidas de manteria regular e habitual (verbas dotadas de caráter permanente) . –

2. IRDR. Policial Militar. Adicional por tempo de serviço. Base de cálculo. LCE nº 731/93. O Capítulo II – Dos Servidores Públicos do Estado dispõe na Seção I – Dos Servidores Públicos Civis (art. 124 a 137) e na Seção II – Dos Servidores Públicos Militares (art. 138), com diferente regramento para cada um. O art. 138 da Constituição Estadual cuida dos militares estaduais, assim compreendidos os integrantes da Polícia Militar ('caput'), a quem aplicado o disposto no art. 42 da Constituição Federal (§ 1º) – e naquilo que não colidir com a legislação específica – nos art. 124 a 137 da Constituição Estadual, estes direcionados aos servidores públicos civis (§ 2º). A LCE nº 731/93 de 26-10-1993, posterior à Constituição do Estado, dispõe sobre os vencimentos e vantagens pecuniárias dos integrantes da Polícia Civil e Polícia Militar; o art. 3º, II prevê como uma das vantagens pecuniárias dos policiais militares o "adicional por tempo de serviço previsto no artigo 129 da Constituição do Estado, que será calculado na base de 5% (cinco por cento) por quinquênio de serviço, sobre a soma do valor do padrão de vencimento e das vantagens pecuniárias previstas nos incisos I e IV deste artigo, não podendo essa vantagem ser computada nem acumulada para fins de concessão de acréscimos ulteriores, sob o mesmo título ou idêntico fundamento, nos termos do inciso XVI do artigo 115 da mesma Constituição". As vantagens pecuniárias mencionadas no inciso II do art. 3º como integrantes da base de cálculo do quinquênio são o RETP Regime Especial de Trabalho Policial Militar (LE nº 10.291/68), Regime Especial de Trabalho Policial (LCE nº 207/79) (inciso I) e a gratificação 'pró-labore' paga aos ocupantes de funções de direção, chefia e comando (inciso IV).

3. IRDR. Policial Militar. Adicional por tempo de ser-

Acesso ao Sumário

viço. Legislação aplicável. A questão se resolve por dois fundamentos; um, a ressalva do § 2º do art. 138 da Constituição do Estado implica na conclusão de que as regras do servidor civil só se aplicam ao servidor militar 'naquilo que não colidir com a legislação específica' e, no conflito entre delas, prevalecem as regras próprias ao servidor militar, por simples aplicação da regra hermenêutica da especialidade. Por tal razão, a interpretação conferida ao art. 129 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis, nos termos do que restou decidido em Assunção de Competência, é inaplicável aos policiais militares. Outro, admitida a inexistência de limites constitucionais quanto ao cálculo do adicional por tempo de serviço, não há conflito entre o art. 129 da Constituição do Estado, que não cuida da base de cálculo, e o art. 3º, II da LCE nº 731/93, que não permite interpretação extensiva ou diversa. –

4. IRDR. Adicional de insalubridade. Resolvida a questão quanto à legislação aplicável aos policiais militares, ainda que não se considere o adicional de insalubridade mensalmente pago como verba de caráter eventual, a não previsão no art. 3º, II da LCE nº 731/93 impede que se determine sua inclusão no cálculo do adicional por tempo de serviço. –

5. IRDR. Tese. "1. O adicional por tempo de serviço do policial militar é calculado nos termos do art. 3º inciso II da LCE nº 731/93 e a ele não se aplica, à falta de previsão em lei, as regras próprias do servidor civil, prevalecendo a regra especial na forma do art. 138 § 2º da Constituição do Estado. 2. Não se inclui o adicional de insalubridade, verba de natureza 'propter laborem', na base de cálculo do adicional por tempo de serviço, uma vez que não previsto no art. 3º, II da LCE nº 731/1993". –

6. IRDR. Recurso de origem. Aplicadas as teses fixadas neste IRDR, é o caso de negar provimento ao recurso do autor, mantida a sentença de improcedência, com os acréscimos à fundamentação nos termos do acórdão. –

Acesso ao Sumário

Incidente julgado. Tese jurídica fixada. Recurso da origem desprovido.

VOTO

1. Trata-se de pedido de instauração de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) suscitado pela 10ª Câmara de Direito Público, por unanimidade, Rel. Teresa Ramos Marques, para ver firmada tese quanto aos critérios aplicáveis à base de cálculo do adicional por tempo de serviço pago aos policiais militares, incluindo o exame da legislação aplicável (fls. 147/153).

O incidente foi arguido nos autos de nº 1010986-59.2019 ajuizada por DANILO ALBERTO NUNES, policial militar, que pretende o recálculo do adicional por tempo de serviço (quinquênio), de modo que sejam computadas na base de cálculo do adicional as vantagens que constituem reajuste salarial disfarçado e demais verbas incorporadas aos vencimentos, principalmente o adicional de insalubridade, e demais vantagens pecuniárias que sejam criadas, bem como o pagamento das diferenças salarias. O pedido foi julgado improcedente (fls. 105/109) e contra a sentença foi interposta apelação pelo autor (fls. 114/126), a qual foi distribuída à 10ª Câmara de Direito Público, Des.ª Teresa Ramos Marques (fls. 134). Em 26-4-2021 a Câmara, por unanimidade, rejeitou a preliminar de incompetência absoluta alegada pelo próprio autor e remeteu os autos à Turma Especial de Direito Público para instauração de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, com o fito de pacificação da questão (fls. 147/153).

A Turma Especial admitiu o incidente em 19-11-2021, por unanimidade, em voto de minha relatoria (voto nº IDR-0061), sem a suspensão aos processos em curso (fls. 172/189), para definir a base de cálculo do adicional por tempo de serviço pago aos policiais militares, nos seguintes termos: (a) o adicional por tempo de serviço do policial militar é calculado nos termos o art. 3º inciso II da LCE nº 731/93, a ele não se aplicando, à falta de previsão em lei, as regras próprias do servidor civil; e (b) a inclusão ou não do adicional de insalubridade nessa base de cálculo. O incidente foi cadastrado sob o Tema nº 47: "IRDR - PM - Quinquênio - Base - Cálculo" (fls. 194).

O Estado manifestou-se, requerendo (i) a aplicação do entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 1.153.964-SP AgRg, de modo que se inclua apenas o vencimento na base de cálculo dos adicionais temporais; (ii) subsidiariamente, a prevalência da norma especial em relação à geral, aplicando-se a base de cálculo prevista no art. 3º da LCE nº 731/93 nos termos do art. 138 da CE; e (iii) que seja afastada a incidência do adicional de insalubridade na base de cálculo do adicional por tempo de serviço, por tratar-se

Acesso ao Sumário

de vantagem 'propter laborem' (fls. 202/210).

Ana Lucia Tagawa e outros, autores do processo de nº 0013585-28.2021.8.26.0053, em trâmite na 10ª Vara da Fazenda Pública, manifestaram-se pela fixação de tese no sentido de que a base de cálculo do adicional por tempo de serviço devido aos policiais militares deve ser composta pelos vencimentos integrais, nos termos do art. 129 da CE, englobando o adicional de insalubridade; e que o adicional de insalubridade seja incluído em sua base de cálculo ante a natureza remuneratória e a desfiguração do seu caráter 'pro labore faciendo' (fls. 212/314).

A Procuradoria Geral de Justiça opina pelo acolhimento do incidente para que se estabeleça que os adicionais de tempo de serviço se limitam ao padrão de vencimento, aí incluída a gratificação pela sujeição do Regime Especial de Trabalho Policial, bem como a gratificação 'pro- labore' nos termos da LCE nº 731/93 (fls. 320/326).

Rômulo Nogueira Recart, advogado, informou que a inclusão do adicional de insalubridade na base de cálculo do adicional por tempo de serviço de policiais militares e policiais civis foi referendada no PUIL nº 0000017-51.2020.8.26.9050, Turma de Uniformização dos Juizados Especiais, que não pode ser desconsiderado pelo tribunal (fls. 328/348).

O Estado requereu que se determinasse a suspensão de processos e recursos sobre o tema, ante a litigância exponencial e recente nos Juizados Especiais do Estado (fls. 355/362). Determinei que se aguardasse o julgado do incidente, já incluído em pauta (fls. 363) e depois, ante o expressivo aumento de pedidos dessa natureza nos Juizados Especiais, o processamento e julgamento desses processos foi suspensa em ambos os graus.

É o relatório.

2. **Adicional por tempo de serviço. Previsão. Base de cálculo**. O art. 129 da Constituição Estadual possui a seguinte redação: "Ao servidor público estadual é assegurado o percebimento do adicional por tempo de serviço, concedido no mínimo por quinquênio, e vedada sua limitação, bem como a sexta-parte dos vencimentos integrais, concedida aos vinte anos de efetivo exercício, que se incorporarão aos vencimentos para todos os efeitos, observado o disposto no art. 115, XVI desta Constituição"; a ECE nº 49/20 manteve a redação original do dispositivo, apenas acrescentando o parágrafo único que prevê que o 'caput' não se aplica aos servidores remunerados por subsídio, na forma da lei. O Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado, instituído pela LE nº 10.261/68 de 28-10-1968, dispõe que "o funcionário terá direito, após cada período de 5 (cinco) anos, contínuos, ou não, à percepção de adicional por tempo de serviço, calculado à razão de 5% (cinco por cento) sobre o vencimento ou remuneração,

Acesso ao Sumário

a que se incorpora para todos os efeitos". A LCE nº 712/93 de 12-4-1993, que institui o Plano Geral de Cargos, vencimentos e salários para as classes que especifica, relacionadas nos Anexos I e II [que cuidam dos servidores civis de secretarias e autarquias], menciona no art. 11 inciso I o pagamento do quinquênio 'sobre os vencimentos', mas sem aplicação aos policiais civis e militares.

A jurisprudência demonstra que, a partir da redação do art. 129 da CE, os servidores passaram a propor ações visando à revisão da base de cálculo da sexta-parte sob o argumento de que a expressão 'dos vencimentos integrais' implicava na incidência da sexta parte sobre todas as parcelas dos vencimentos, independentemente de sua natureza e permanência, tese acolhida à época pela jurisprudência majoritária da Seção de Direito Público [com a inclusão das verbas permanentes ou incorporadas]. Estabelecida a tese ("integralidade, menos as verbas eventuais"), os servidores passaram a pedir que da mesma forma fosse calculado o adicional por tempo de serviço, tornando-se majoritária a posição de que o art. 129 da Constituição do Estado não regra a base de cálculo do adicional e, portanto, não dava sustento aos pedidos de revisão. Tentando resolver a controvérsia, a Turma Especial de Direito Público, Neusa Leme e outros v. Fazenda Estadual, AC nº 0087273-47.2005, 18-5-2012, Rel. Sidney Romano, em assunção de competência, proveu em parte o recurso dos autores para condenar o Estado a calcular o adicional por tempo de serviço sobre o padrão, nele incluídas as verbas de natureza permanente, excluídos o próprio adicional e as vantagens eventuais ou transitórias percebidas pelo servidor em razão de circunstâncias especiais e esporádicas, que não integrem com habitualidade o vencimento do servidor, respeitada a prescrição quinquenal; é o entendimento que passou a prevalecer. A controvérsia, no entanto, agora enfocando a natureza das diversas vantagens, verbas e gratificações que remuneram as diversas categorias de servidores, continuou.

3. O art. 129 da Constituição do Estado assegura ao servidor estadual civil (a) o percebimento do adicional por tempo de serviço, concedido no mínimo por quinquênio, vedada a limitação do número de adicionais; e (b) assegura o percebimento da sexta parte dos vencimentos integrais aos vinte anos de efetivo exercício, reafirmando a previsão contida no art. 192 VIII da Constituição do Estado anterior. O adicional e a sexta parte se incorporam aos vencimentos para todos os efeitos, observado o disposto no art. 115, XVI da Constituição local.

Acesso ao Sumário

As vantagens foram tratadas de modo diverso pela Constituição, o que impede a sua equiparação pelo intérprete, sob pena de inválida analogia ou da concessão vedada pela Súmula STF nº 339 ("Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia"). O art. 129 da Constituição do Estado não estabelece a base de cálculo do adicional por tempo de serviço, de modo que a sua

disciplina há de ser buscada na lei; a Turma Especial, à época do julgamento da Assunção de Competência [a autora era uma servidora civil], não divergiu desta interpretação, pois a forma de cálculo estabelecida pelo acórdão decorreu de uma interpretação sistemática do art. 129 da CE, art. 127 da LE nº 10.261/68 e art. 11, I da LCE nº 712/93, segundo os quais a verba incidiria sobre 'os vencimentos' ou 'a remuneração', integrados pelo salário base e demais verbas recebidas de manteria regular e habitual (verbas dotadas de caráter permanente).

4. **Policial Militar. Legislação**. O art. 42, 'caput' da Constituição Federal prevê que os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; e o § 1º dispõe que, além do que vier a ser fixado em lei, aplicam-se a eles as disposições dos art. 14, § 8º, 40, § 9º e 142, § § 2º e 3º, cabendo à lei estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, § 3º, X, isto é, forma de ingresso, limites de idade, estabilidade e outras condições de transferência para a inatividade, direitos, deveres, remuneração, prerrogativas e outras situações especiais, consideradas as peculiaridades das atividades.

Na linha seguida pela Constituição Federal, a Constituição Estadual, ao tratar no Capítulo II dos Servidores Públicos do Estado, diferencia os servidores civis e os servidores militares, cuidando na Seção I dos servidores públicos civis e na Seção II dos servidores públicos militares. O art. 138 da Constituição Estadual trata dos militares estaduais, assim compreendidos os integrantes da Polícia Militar ('caput'), a quem aplicado o disposto no art. 42 da Constituição Federal (§ 1º) e – **naquilo que não colidir com a legislação específica** – nos art. 124 a 137 da Constituição Estadual, estes direcionados aos servidores públicos civis (§ 2º).

A LCE nº 731/93 de 26-10-1993, ainda vigente e posterior à Constituição do Estado, dispõe sobre os vencimentos e vantagens pecuniárias dos integrantes da Polícia Civil e Polícia Militar do Estado de São Paulo; e no que importa aos autos, prevê:

Acesso ao Sumário

Artigo 1º - Os vencimentos e as vantagens pecuniárias dos integrantes da Polícia Civil e da Polícia Militar são fixados de acordo com o disposto nesta lei complementar.

(...). **Artigo 3º** - As vantagens pecuniárias a que se refere o artigo 1º desta lei complementar são as seguintes: **I** – gratificação pela sujeição ao Regime Especial de Trabalho Policial Militar, de que trata o artigo 1º, e gratificação pela sujeição ao Regime Especial de Trabalho Policial, de que trata o artigo 45 da Lei Complementar n.º 207, de 5 de janeiro de 1979, calculadas em 100% (cem por cento) do valor do respectivo padrão de vencimento, fixado na for-

ma do artigo 2º desta lei complementar; **II – adicional por tempo de serviço previsto no artigo 129 da Constituição do Estado, que será calculado na base de 5% (cinco por cento) por quinquênio de serviço, sobre a soma do valor do padrão de vencimento e das vantagens pecuniárias previstas nos incisos I e IV deste artigo, não podendo essa vantagem ser computada nem acumulada para fins de concessão de acréscimos ulteriores, sob o mesmo título ou idêntico fundamento, nos termos do inciso XVI do artigo 115 da mesma Constituição**; **III** – sexta-parte, calculada sobre a soma do valor do padrão de vencimento e das vantagens pecuniárias previstas nos incisos I, II e IV deste artigo; **IV** – gratificação "pro labore" a que se referem os artigos 6º e 7º desta lei complementar; **V** – décimo-terceiro salário; **VI –** salário-família e salário-esposa; **VII** – gratificação de representação, incorporada ou não, a que se refere o inciso III do artigo 135 da Lei n.º 10.261, de 28 de outubro de 1968; e **VIII** – outras vantagens pecuniárias previstas nesta ou em outras leis, inclusive gratificações. (Destaquei).

As vantagens pecuniárias mencionadas no inciso II do art. 3º como integrantes da base de cálculo do quinquênio são o RETP - Regime Especial de Trabalho Policial Militar (LE nº 10.291/68) e o Regime Especial de Trabalho Policial (LCE nº 207/79) (inciso I) e a gratificação 'pró- labore' paga aos ocupantes de funções de direção, chefia e comando (inciso IV).

5. A questão se resolve por dois fundamentos; um, a ressalva do § 2º do art. 138 da Constituição do Estado implica em que as regras do servidor civil só se aplicam ao servidor militar 'naquilo que não colidir com a legislação específica' e, no conflito entre elas, prevalecem as regras próprias ao servidor militar, por simples aplicação da Constituição do Estado e da regra hermenêutica da especialidade. Por tal razão, não prevalece no caso 'sub examen' a interpretação ampliativa conferida pela jurisprudência ao art. 127 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis, inaplicável aos policiais militares. Outro, admitida a inexistência de regramento constitucional ao cálculo do adicional por tempo de serviço, não há conflito entre o art. 129 da Constituição do Estado, que não cuida da base de cálculo, e o art. 3º, II da LCE nº 731/93, que não permite interpretação extensiva ou diversa. A única compreensão possível é aquela que advém da leitura do dispositivo: a base de cálculo corresponderá à soma do valor do padrão de vencimento, que é aquele fixado na forma do art. 2º da LCE nº 731/93 (art. 3º, I), com as vantagens pecuniárias previstas nos incisos I e IV deste artigo.

Observo a LCE nº 731/93 referir também os policiais civis não desnatura sua natureza de legislação específica dos policiais militares, tanto que cria no inciso I do art. 3º uma vantagem que lhes é própria (o RETPM) e diversos artigos apenas à corporação se aplicam. Inexistindo conflito entre o art. 3º, II da LCE nº 731/93 e o art. 129 da Constituição do Estado, que de base de cálculo

Acesso ao Sumário

não cuida, a tese fixada outrora em Assunção de Competência não se aplica à hipótese dos autos.

6. **Adicional de insalubridade**. A despeito da conclusão acima pela prevalência do art. 3º, II da LCE nº 731/1993 no que se refere ao cálculo do adicional por tempo de serviço (fundamento por si só suficiente a afastar a inclusão do adicional de insalubridade na base de cálculo do adicional temporal, conforme se verá), teço as seguintes considerações a respeito da verba.

Anoto que o PUIL nº 0000017-51.2020.8.26.9050, mencionado na petição de fls. 328/331, foi tirado dos autos de nº 1002282-20.2019.8.26.0360 (segredo de justiça), ajuizado por policial civil [e não militar], que tem por objeto a inclusão do adicional de insalubridade na base de cálculo dos adicionais temporais (quinquênios e sexta-parte). O acórdão (cópia juntada a fls. 332/348) possui a seguinte ementa:

> PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO DE LEI. Policiais militares. Inclusão do adicional de insalubridade na base de cálculo dos adicionais por tempo de serviço (quinquênio e sexta-parte). Admissibilidade. Lei Complementar 432/85. Boletim Geral nº 140 da Polícia Militar do Estado de São Paulo que estendeu o pagamento a todos os integrantes da Secretaria da Segurança Pública. Desconfiguração do caráter eventual e precário. Verba permanente que é paga indistintamente a todos os integrantes da carreira. Não há descumprimento ao Tema 448 do E. STF no qual foi reconhecida a impossibilidade de pagamento de adicional de insalubridade ao inativo que quando em atividade nunca recebeu tal verba. Temas distintos. Recurso provido para uniformizar a jurisprudência. (PUIL nº 0000017-51.2020.8.26.9050, Turma de Uniformização dos Juizados Especiais, 27-8-2021, Rel. Simone Casoretti).

A uniformização de interpretação de lei nos Juizados Especiais tem por finalidade solucionar a divergência entre decisões proferidas por Turmas Recursais sobre questões de direito material (art. 18, 'caput' da LF nº 12.153/09), sem que a decisão vincule o Tribunal. Por outro lado, no caso do IRDR, a subordinação jurisdicional do Juizado Especial ao tribunal decorre da própria lei, posta de forma clara em dois dispositivos: um, o órgão competente fixará a tese jurídica de obrigatória observância pelo Juizado Especial (art. 985 do CPC); outro, fixada a tese jurídica, o órgão competente prosseguirá no julgamento do recurso (art. 978, parágrafo único, CPC), sem limitá-lo ao recurso em jurisdição ordinária ou em jurisdição especial. A decisão proferida no PUIL nº 0000017-51.2020, em que pese sua autoridade, não impede o julgamento do incidente. Não é preciso ir além.

Acesso ao Sumário

7. A LCE nº 432/85 dispõe sobre a concessão de adicional de insalubridade aos funcionários e servidores da Administração Centralizada e das Autarquias do Estado. No que importa aos autos, prevê que:

Art. 1º – Aos funcionários públicos e servidores civis da Administração Centralizada e das Autarquias do Estado será concedido um adicional de insalubridade pelo exercício, em caráter permanente, em unidades ou atividades consideradas insalubres.

Art. 2º – Para efeito de concessão do adicional de insalubridade de que trata esta lei complementar serão avaliadas e identificadas as unidades e as atividades insalubres. § único **–** Na forma a ser estabelecida em regulamento, as unidades e as atividades insalubres serão classificadas em graus máximo, médio e mínimo de insalubridade.

Artigo 3º – O adicional de insalubridade será pago ao funcionário ou servidor de acordo com a classificação nos graus máximo, médio e mínimo, correspondendo, respectivamente, aos seguintes valores: (...).

Artigo 4º – O funcionário ou servidor fará jus ao adicional de insalubridade enquanto estiver afastado do serviço sem prejuízo dos vencimentos e demais vantagens do cargo ou função-atividade, em virtude de: **I** – férias; **II** – casamento; **III** – falecimento do cônjuge, filhos, pais e irmãos; **IV** – falecimento dos avós, netos, sogros, padrasto ou madrasta; **V** – serviços obrigatórios por lei; **VI** – licença quando acidentado no exercício de suas atribuições ou atacado de doença profissional; **VII** – licença à funcionária ou servidora gestante e a funcionária ou servidora adotante; **VIII** – licença compulsória de que tratam o artigo 206 da Lei nº 10.261, de 28 de outubro de 1968, e o inciso VIII do artigo 16 da Lei nº 500, de 13 de novembro de 1974; **IX** – Revogado; **X** – licença para tratamento de saúde; **XI** – Revogado; **XII** – missão ou estudo dentro do Estado, em outros pontos do território nacional ou no estrangeiro, até 30 (trinta) dias; **XIII** – participação em congressos e outros certames culturais, técnicos ou científicos, até 30 (trinta) dias; **XIV** – participação em provas de competições esportivas, até 30 (trinta) dias; **XV –** doação de sangue, na forma prevista na legislação; **XVI** – comparecimento ao Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual - IAMSPE para fins de consulta ou tratamento em sua própria pessoa.

(...). **Artigo 6º** – No cálculo dos proventos será computado o adicional de insalubridade a que fizer jus o funcionário ou servidor no momento da aposentadoria, na base de 1/60 (um sessenta avos) do respectivo valor para cada mês em que, no período dos 60 (sessenta) meses imediatamente anteriores a aposentadoria, o funcionário ou servidor tenha estado em exercício nas condições referidas no artigo 1º, com a percepção do mencionado adicional.

Art. 7º – O adicional de insalubridade de que trata esta lei complementar será concedido ao funcionário ou servidor somente enquanto perdurar o exercício em unidades ou atividades insalubres, devendo cessar a concessão se constatada, mediante laudo técnico, a eliminação da insalubridade.

Acesso ao Sumário

8. O adicional de insalubridade é típica gratificação de serviço 'propter laborem' que, segundo HELY LOPES MEIRELLES, 'Direito Administrativo Brasileiro', 24ª edição, Ed. Malheiros, São Paulo, 1999, pág. 438, "é aquela que a Administração institui para recompensar riscos ou ônus decorrentes de trabalhos normais executados em condições anormais de perigo ou de encargos para o servidor, tais como os serviços realizados com risco de vida e saúde ou prestados fora do expediente, da sede ou das atribuições ordinárias do cargo. O que caracteriza esta modalidade de gratificação é sua vinculação a um serviço comum, executado em condições excepcionais para o funcionário, ou a uma situação normal do serviço, mas que acarreta despesas extraordinárias para o servidor. Nessa categoria de gratificações entram, dentre outras, as que a Administração paga pelos trabalhos realizados com risco de vida e saúde (...) Essas gratificações só devem ser percebidas enquanto o servidor está prestando o serviço que as enseja, porque são retribuições pecuniárias 'pro labore faciendo' e 'propter laborem'. Cessado o trabalho que lhes dá causa ou desaparecidos os motivos excepcionais e transitórios que as justificam, extingue-se a razão de seu pagamento. Daí porque não se incorporam automaticamente ao vencimento, nem são auferidas na disponibilidade e na aposentadoria, salvo quando a lei expressamente o determina, por liberalidade do legislador".

Não se trata de aumento geral ou de verba de caráter permanente. O fato de o adicional ter sido estendido a todos os integrantes da Secretaria de Segurança Pública, inclusive aos de gabinete (criando irregularmente direito que a lei não prevê), e da Polícia Militar, pelo Boletim Geral nº 140/92 de 27 de julho de 1992, não altera sua natureza; não pode o ato administrativo mudar a lei, nem converter o adicional em algo não estabelecido pela lei instituidora. O adicional criado pela LCE nº 432/85 não é um aumento geral de vencimento, mas sim uma gratificação de serviço; não se incorpora ao vencimento, tanto que seu pagamento cessa se cessada a insalubridade ou se transferido o servidor para atividade não insalubre; e a eventual concessão a quem a ele não tem direito não desfigura sua natureza, como se vê em diversos acórdãos. Anoto que o cômputo nos proventos (apenas se o funcionário o recebia no momento da aposentadoria), calculado em proporção à sua percepção nos últimos cinco anos (art. 6º da LCE nº 432/85), é liberalidade do legislador que igualmente não o desnatura. O adicional de insalubridade não integra a base de cálculo de outras vantagens, dada a sua natureza 'propter laborem' e eventual, ainda que prolongada em diversas categorias.

Acesso ao Sumário

9. Não obstante a natureza da verba, é certo que a jurisprudência majoritária entende pela inclusão do adicional de insalubridade na base de cálculo do adicional por tempo de serviço dos policiais militares por compreender que, por tratar-se de vantagem paga mensalmente durante certo período, ainda que

apenas durante o exercício do cargo ou função, não poderia ser considerada eventual; e conforme entendimento até então adotado, "os adicionais temporais incidem sobre os vencimentos integrais, excluídas apenas as verbas eventuais e que as que a tenham em sua base de cálculo".

No entanto, resolvida a questão quanto à legislação aplicável aos policiais militares, a orientação anterior fica superada; a não previsão do adicional de insalubridade no art. 3º, II da LCE nº 731/93 impede que se determine a inclusão da verba no cálculo do adicional por tempo de serviço, inexistindo fundamento legal que respalde entendimento diverso. É questão infraconstitucional da competência deste tribunal, nos termos do Tema STF nº 702: "*questão de a base de cálculo da vantagem pecuniária denominada "Quinquênios" ser a integralidade dos vencimentos de servidor público estadual, tem natureza infraconstitucional, e a ela se atribuem os efeitos da ausência de repercussão geral, nos termos do precedente fixado no RE n. 584.608, rel. a Ministra Ellen Gracie, DJe 13/03/2009*" (Estado de São Paulo v. Ricardo Cesar Ferreira, RG-RE nº 764.332-SP, STF, Pleno, 278-2-2014, Rel. Joaquim Barbosa).

10. IRDR. Tese. Diante das considerações feitas, fixam-se as seguintes teses: "**1**. O adicional por tempo de serviço do policial militar é calculado nos termos o art. 3º inciso II da LCE nº 731/93 e a ele não se aplica, à falta de previsão em lei, as regras próprias do servidor civil, prevalecendo a regra especial na forma do art. 138 da Constituição do Estado. **2**. Não se inclui o adicional de insalubridade, verba de natureza 'propter laborem', na base de cálculo do adicional por tempo de serviço, uma vez que não previsto nos termos do art. 3º, II da LCE nº 731/1993".

11. Recurso de origem. No caso dos autos, o autor, policial militar, afirma que o adicional por tempo de serviço tem sido calculado somente sobre o salário-base, em contrariedade art. 129 da Constituição Estadual. Pede o recálculo da vantagem pecuniária para que passe a incidir sobre os vencimentos integrais, incluindo-se o adicional de insalubridade.

O demonstrativo de pagamento colacionado aos autos (fls. 25) indica que o autor percebe salário base (padrão), RETP, três adicionais por tempo de serviço, adicional de insalubridade, ajuda de custo alimentícia e DEJEM- Diária Especial por Jornada Extraordinária. Os adicionais por tempo de serviço são calculados em 5% cada sobre a soma do salário-base com a RETP, nos exatos termos do art. 3º, II da LCE nº 731/1993. Aplicadas as teses fixadas neste IRDR, o pagamento está correto. É o caso de negar provimento ao recurso do autor, mantida a sentença de improcedência, com os acréscimos à fundamentação nos termos do acórdão.

O voto é pela fixação da tese indicada no item 10 do acórdão: "**1**. O adi-

Acesso ao Sumário

cional por tempo de serviço do policial militar é calculado nos termos o art. 3º inciso II da LCE nº 731/93 e a ele não se aplica, à falta de previsão em lei, as regras próprias do servidor civil, prevalecendo a regra especial na forma do art. 138 da Constituição do Estado. **2.** Não se inclui o adicional de insalubridade, verba de natureza ‹propter laborem', na base de cálculo do adicional por tempo de serviço, uma vez que não previsto nos termos do art. 3º, II da LCE nº 731/1993", observado o art. 985 do CPC; e **pelo desprovimento** do recurso do autor. Majoro a verba honorária em grau recursal, nos termos do art. 85, § 11 do CPC, para 15% do valor atualizado da causa, suspensa a exigibilidade enquanto perdurar a miserabilidade processual (justiça gratuita, fls. 61).

DECLARAÇÃO DE VOTO PARCIALMENTE DIVERGENTE

(Voto nº 26.086)

Vistos, etc.

Ouso divergir parcialmente da Douta Maioria, pelas razões que passo a expor.

A Constituição do Estado, antecipando-se ao chamado *regime único*, previsto na Constituição Federal, longe de defini-lo, propriamente, estabelecendo suas particularidades, tratou de estender alguns direitos, antes reservados aos funcionários públicos, a outros segmentos da administração pública. Ao fazê-lo, reproduzindo a norma do artigo 92, VIII, da Constituição Estadual anterior, a atual Constituição acrescentou, no seu artigo 129, que o cálculo da sexta-parte haveria de observar o disposto no artigo 115, XVI.

E pouco importa que se esteja tratando, no caso, de servidor público militar, pois, a despeito da distinção feita pela Constituição do Estado, nas Seções I e II do Capítulo II, é a própria LC 731/93 que, dispondo sobre a remuneração do Policial Militar, deixa claro que se lhe aplica a regra do artigo 129 da Constituição do Estado, a que faz expressa referência, de sorte que o adicional por tempo de serviço e a sexta-parte incidem sobre o padrão, o RETP, e mais, sobre qualquer outra que não tenha idêntico fundamento, donde se deve entender que a referência do artigo 3º da LC 731/93, no inciso III, é meramente exemplificativa.

Em outras palavras, incidissem o adicional por tempo de serviço e a sexta-parte apenas sobre o padrão, o RETP e o *pro-labore*, não haveria o menor sentido na alusão à regra do artigo 115, XVI, da Constituição, que obriga, por si só, independentemente de previsão infraconstitucional, donde se deve entender que a remissão é enfática apenas.

A partir dessas considerações é possível afirmar que o quinquênio incide

Acesso ao Sumário

sobre a remuneração integral dos servidores, porquanto o artigo da Constituição do Estado trata das duas vantagens, impondo-se, contudo, restrições que impeçam o aumento em cascata, apelidado de "repique", em tempos idos.

Decerto, necessário entender o sentido da expressão *vencimentos integrais* cabe citar acórdão do E. Tribunal de Justiça de São Paulo:

> "Ora, não podia ter sido mais eloquente, nem mais direta e exaustiva a norma, no acrescer ao substantivo vencimentos, cujo plural já compreenderia todas as verbas acessórias, com este ou aquele caráter, o adjetivo integrais, que apenas reforça a idéia básica: a sexta-parte calculava-se e calcula-se sobre a totalidade da retribuição mensal, correspondente ao padrão e a todas as demais vantagens pecuniárias que, a título permanente ou transitório, sem exclusão de nenhuma, se pagavam ou paguem ao funcionário público (menos as eventuais, diga- se.)". (TJSP, Emb. Infr. nº 209.389-1/3-01, 2ª Câmara Civil; no mesmo sentido, RJTJESP 137/284, 138/253, 184/126, 196/170 e 207/171).

Com efeito, a *remuneração* (a) é composta de vencimento (a.a.) e vantagens (a.b.) permanentes e provisórias. As *vantagens*, por sua vez, incluem as *indenizações* (a.b.a.), a exemplo de ajudas de custo, diárias e transporte, bem como as *gratificações* (a.b.b.), além de *adicionais* (a.b.c.). Quando o legislador constitucional diz que o quinquênio incide sobre "vencimentos integrais" está-se referindo, parece claro, à *remuneração*. E tanto isto é verdade que, no lugar de recorrer à discutível distinção *vencimento-vencimentos*, utilizou o adjetivo integrais. É bem de ver, todavia, que o legislador fez expressa referência à restrição estabelecida pelo artigo 115, XVI, da Constituição do Estado.

Ivan Barbosa Rigolini, escrevendo sobre a vedação estabelecida pelo artigo 37, XIV, da Constituição Federal (à guisa de comentário da regra do art. 50 da Lei Federal nº 8.112/90, que também reproduz aquela restrição) diz que a administração está proibida de atribuir uma vantagem cujo fundamento já tenha servido para atribuição de vantagem anterior. Em poucas palavras, veda-se "uma vantagem calculada sobre vantagem criada para premiar o mesmo motivo", na expressão daquele autor. Daí porque não se admite um adicional por tempo de serviço calculado sobre outro adicional por tempo de serviço (Ivan Barbosa Rigolini, *Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis*, 3ª ed., 1994, p. 115 e 134).

Alguns argumentam com a alteração da regra do artigo 37, XIV, da Constituição da República, por força do advento da Emenda Constitucional nº 19/98. Com efeito, a regra anterior vedava a concessão de acréscimos ulteriores incidentes sobre acréscimos concedidos sob o mesmo título. De acordo com a atual redação, é vedada a incidência recíproca, ainda que as vantagens não tenham a mesma natureza. Todavia, é bem de ver que subsiste, no nível estadual, a regra

Acesso ao Sumário

do artigo 115, XVI, da Constituição do Estado, nos seguintes termos: "os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores sob o mesmo título ou idêntico fundamento".

O simples fato de a regra da Constituição Federal ter sido alterada não implica reconhecer a revogação da norma do artigo 115, XVI, da Constituição do Estado, porque bem se sabe que os Estados Federados organizam-se e regem-se pelas constituições e leis que adotarem, observados os princípios da Constituição Federal (artigo 25 da CF). Ora, a regra do artigo 37, XIV, é *norma jurídica*, que não se confunde com *princípio jurídico*, segundo a clássica distinção de Carnelutti e Crisafulli.

Mesmo sob a ótica daqueles que consideram os princípios gerais de direito normas jurídicas, a exemplo de Bobbio e Betti, é bem de reconhecer que, malgrado todo princípio configure uma norma, a recíproca não é verdadeira. E nesta linha de considerações, tem-se de observar a regra do artigo 25 da Constituição Federal, segundo a qual o Estado haverá de observar os "princípios da Constituição", a exemplo do princípio republicano, federativo etc, e não necessariamente as normas constitucionais, porque o Estado-membro tem poder de auto-organização (a respeito desta discussão, ver Paulo Bonavides, *Direito Constitucional*, SP, Malheiros, 1.999 e Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Constitucional*, SP, Saraiva, 1.978). A propósito, veja-se que são reservadas ao Estado as competências que não lhes sejam vedadas pela Constituição da República (art. 25, §2º), dentre elas a edição de normas relativas aos seus servidores públicos.

Enfim, é devido o quinquênio observada a limitação do artigo 115, inciso XVI, da Constituição Estadual, que veda o cômputo de acréscimo pecuniários para a concessão de outros, sob o mesmo título ou idêntico fundamento. Todas as demais vantagens, exceção feita àquelas não incorporadas e às eventuais, devem ser consideradas para o cômputo do adicional por tempo de serviço, o que faz sentido, sobretudo quando se vê que, de tempos para cá, a Administração Pública tem se valido de certos expedientes para conceder aumento de vencimento sob o disfarce de vantagens.

Acesso ao Sumário

Em resumo, não basta observar apenas a regra do artigo 3º, II, da LC nº 731/93, fazendo-se necessária a análise do contracheque do servidor, com a exclusão somente das vantagens que têm caráter genérico, bem como das não incorporadas. É o caso (vantagens não incorporadas) do Adicional de Insalubridade, aspecto em que acompanho o voto condutor, não se podendo consentir em que simples boletim da Corporação outorgue vantagem, de maneira indiscriminada, a todos os policiais, independentemente do exame, na base de laudo, da situação em que se encontram, pois muitos exercem atividade de representação,

em diversos órgãos da Administração Pública, o que não caracteriza, por certo, insalubridade.

LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA,10º Juiz

Remessas Necessárias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária Cível nº 1040433-98.2022.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é recorrido AGNALDO MATOS DE BRITO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Converteram o julgamento em diligência. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.701)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ FELIPE NOGUEIRA (Presidente), ANTONIO TADEU OTTONI e LUIZ DE LORENZI.

São Paulo, 29 de setembro de 2023.

LUIZ FELIPE NOGUEIRA, Relator

Ementa: Acidentária – Acidente de trajeto – Lesão em ombro direito – Dúvida sobre a existência de incapacidade laborativa, bem como sobre o nexo causal – Necessidade de conversão do julgamento em diligência. Havendo dúvida sobre a existência de incapacidade laborativa e nexo causal, necessária, para solução da controvérsia, a conversão do julgamento em diligência.

Converto o julgamento em diligência.

VOTO

RELATÓRIO.

Recurso oficial em face da r. sentença de fls. 148/155, que em lide aci-

dentária, julgou procedente o pedido formulado para condenar a autarquia ao pagamento do auxílio-acidente, em razão de incapacidade parcial e permanente derivada de lesão no ombro direito, provocada por acidente de trajeto.

Ausentes insurgências recursais voluntárias, os autos foram remetidos a esta C. Corte de Justiça por força do disposto no inciso I, do Artigo 496, do CPC.

FUNDAMENTO E DECIDO.

Por entender que não se mostram claros, seguros e convincentes, os elementos dos autos, a permitir um justo desfecho da demanda, o julgamento é convertido em diligência.

A inicial narra que o autor, chapeiro perante o quadro de funcionários da Panificadora Rainha de São Lucas Ltda., com vínculo de 14.09.2019 a 30.10.2021 (CTPS – fls. 17), sofreu acidente de trajeto em 29.11.2020, momento em que lesionou a coluna torácica e o ombro direito, o qual lhe causou sequelas incapacitantes definitivas.

Há registro da concessão de auxílio-doença acidentário no período de 05.02.2021 a 19.04.2021 pela mesma lesão utilizada como causa de pedir desta ação (fls. 119 e 131/132).

Por discordar da alta médica sem continuidade, veio a juízo buscando o amparo definitivo da lei.

Regularmente processado, o feito culminou com o decreto de procedência **quanto à lesão em ombro direito**, sem insurgência do autor. Porém, a meu ver, o conjunto probatório ainda gera dúvidas razoáveis a respeito da incapacidade laborativa e do nexo causal.

No tocante à incapacidade, embora o perito judicial tenha entendido pela incapacidade parcial e permanente, em função de maior esforço (fl. 100), a conclusão não encontra amparo seguro nos demais elementos do próprio laudo ou em outros documentos dos autos.

Acesso ao Sumário

Noto que as alterações apontadas no exame físico são escassas e singelas, a despeito da positivação de algumas manobras ortopédicas, constando de forma objetiva apenas a redução da rotação interna do ombro direito, sem especificação do respectivo grau (fl. 98). Não há, no mais, informações sobre mobilidade, força e trofismo muscular do membro afetado.

Os elementos colhidos, portanto, se mostraram insuficientes a auxiliar o órgão jurisdicional na tarefa de identificar, com clareza, a efetiva incapacidade laborativa do autor, ainda que pela tese da demanda de maior esforço.

Assim, persistindo dúvidas quanto à eventual limitação funcional, um novo e amplo estudo deve ser elaborado, com exame físico pormenorizado da

área em estudo, avaliação de exames médicos, abordagem da atividade exercida e de todos os aspectos pertinentes.

E constatada a incapacidade, também cumprirá ao jurisperito lançar seu parecer acerca do nexo causal entre o acidente de trajeto sofrido (fl. 39) e o quadro atual apurado, considerando a natureza das alterações observadas e sua evolução, além de outros fatores que julgar pertinentes, valendo-se para tanto dos elementos presentes nos autos ou, ainda, outras diligências que julgar pertinentes.

Diante, pois, das dúvidas expostas, recomendável a feitura de nova perícia médica por *expert* da confiança desta Corte de Justiça, para a ampla investigação sobre o real quadro clínico do autor, inclusive com todos os exames que julgar necessários, a fim de que nenhuma incerteza possa comprometer a justa solução da lide.

Em resumo, o auxiliar de confiança desta Corte deverá reavaliar o quadro físico do segurado, bem como lançar sua opinião profissional a respeito da possível relação de causalidade ou concausalidade entre a lesão em **ombro direito** e o acidente de trajeto mencionado na petição inicial, **considerando as explanações acima lançadas e todos os elementos disponíveis nos autos**, podendo realizar as diligências que entender úteis.

Designados dia e hora para a diligência ora determinada, providenciará a Serventia a expedição de carta com "AR" para intimação do autor, dando-se ainda ciência a seu patrono.

POSTO ISTO, pelo meu voto, converto o julgamento em diligência, nomeando perito judicial o Dr. Gilberto de Castro Brandão, podendo as partes indicar assistentes-técnicos para acompanhar os trabalhos. Laudo em 30 (trinta) dias. Deposite, o INSS, a importância de R$ 900,00 (novecentos reais) a título de honorários periciais.

Após a juntada do laudo, abra-se vista às partes para manifestação, ficando, desde já, autorizado o levantamento dos honorários periciais.

Sem prejuízo, por constituir interesse da parte autora a correta instrução do feito, faculto ao autor a juntada de laudos, exames médicos, prontuários ou outros documentos pertinentes relativos às lesões sofridas no ombro direito.

Observo que a documentação deverá ser acostada antes do envio dos autos ao perito, para que tenha acesso à íntegra dos documentos.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL

Agravos em Execução Penal

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0013583-26.2023.8.26.0041, da Comarca de São Paulo, em que é agravante RODRIGO LEANDRO ACIARI, é agravado 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: "Rejeitadas as preliminares, negaram provimento ao agravo. V.U. Consultada, a Turma Julgadora indeferiu o pedido de adiamento formulado via chat por seu caráter intempestivo.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.920)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FARTO SALLES (Presidente) e AIRTON VIEIRA.

São Paulo, 19 de outubro de 2023.

EDUARDO ABDALLA, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO. FALTA GRAVE.

PRELIMINARES. Nulidade. Teses defensivas. Apreciadas pela Origem. Oitiva judicial. Desnecessidade. Rejeição.

MÉRITO. Absolvição. Impossibilidade. Autoria bem delineada. Conduta típica.

DESPROVIMENTO.

VOTO

Trata-se de **AGRAVO EM EXECUÇÃO** interposto por **RODRIGO LEANDRO ACIARI**, contra **decisão que reconheceu falta grave**, consistente em apreensão de medicamento não permitido e acessórios para celular (LEP, art. 52), impondo **perda de 1/3 dos dias remidos, com elaboração de novo cálculo**,

Em preliminar, argui nulidade, por ausência de análise de tese defensiva (incorrência de qualquer fato definido como crime doloso; irregularidades do

Acesso ao Sumário

procedimento administrativo disciplinar; falta de oitiva judicial e de audiência de justificação). No mérito, absolvição, por atipicidade.

Contraminutado e mantido o ***decisum***, o Parecer da **PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA** foi pelo não provimento.

É o relatório.

A preliminar de ausência de apreciação de teses não se sustenta. Ainda que de forma sucinta, houve enfrentamento geral de todas as impugnações, o que não se confunde com fundamentação deficiente.

Confira-se: *"Preliminarmente, quanto à oitiva do acusado na esfera administrativa, destaque-se que é mais do que suficiente para o exato diagnóstico dos fatos, de modo que desnecessária a repetição de tal ato em Juízo (...)"* (fls. 43).

Com efeito, prescinde-se de inquirição judicial sobre os fatos, bastando a levada a efeito no procedimento apuratório (fls. 2053 - Proc. nº 7002175-55.2008.8.26.0198), realizada na presença de defensor constituído, antes da decisão que concluiu pela prática da falta disciplinar (fls. 2070/2077 daqueles autos), assegurando-se-lhe, pois, os direitos inerentes à ampla defesa.

Não se ignora que a LEP art. 118, § 2º exija prévia oitiva do condenado, contudo, não determina que o seja perante a Autoridade Judicial.

E, contrariamente ao sustentado, desnecessária até mesmo a realização de audiência de justificação porquanto não houve regressão definitiva de regime prisional (STJ - Quinta Turma - AgRg no AgRg no HC 657.509/SP, ***a contrario sensu***).

Já, concernentemente às **supostas irregularidades no PAD**, o Juízo singular foi categórico ao consignar que "(...) *o procedimento para apuração da falta referida está escorreito, não havendo qualquer nulidade ou irregularidade a sanar"* (fls. 44) e, como obtemperado pelo Preopinante, *"**não foram apontadas no momento oportuno e estão preclusas** (...) e porque os fatos apontados como vícios não trouxeram prejuízo algum ao agravante, que foi assistido durante todo o procedimento por advogado."* (fls. 56 - grifo nosso)

Mesmo que assim não fosse, o Órgão Julgador não está obrigado a rebater, pormenorizadamente, todas as questões trazidas pelas partes, uma vez que a decisão, por mais abrangente, as engloba e, implicitamente, as exclui.

Desse modo, em caso de desfecho diametralmente oposto às arguições levantadas, como na hipótese, implica concluir não foram acolhidas. Justamente por isso, tal circunstância não deve ser confundida com deficiência do julgado.

A alegação remanescente (ausência de fato definido como crime doloso) se confunde com o mérito.

Por meio do PAD nº 9/2023, ficou comprovado que, aos **20/1/23**, o agra-

Acesso ao Sumário

vante praticou falta grave, consistente em apreensão de medicamento não permitido e posse de acessórios para celular.

RODRIGO negou que os objetos ilícitos foram encontrados em sua cela; o "bico de luz" seria de outro detento.

Os Agentes de Segurança Penitenciária *Robson* e *Leonardo*, durante blitz rotineira, encontraram um cartão de memória de celular, adaptador, diversos componentes eletrônicos, fios condutores de energia, "bico de luz", além de comprimidos similares a estimulante sexual, cuja propriedade, indagado, o agravante assumiu.

Contrariamente ao sustentado, o cartão de memória apreendido é, sim, considerado acessório de celular, ainda que se possa lhe dar outra destinação (o que obviamente não era caso do agravante), como quer fazer crer a defesa.

A posse de acessórios de telefonia celular caracteriza falta grave, nos termos da LEP, art. 52, a exemplo do que vem compreendendo o STJ e agora erigido na Súmula nº 660: *"A posse, pelo apenado, de aparelho celular ou de seus componentes essenciais constitui falta grave"* e Súmula nº 661 *"A falta grave prescinde da perícia do celular apreendido ou de seus componentes essenciais"*), não se olvidando, ainda, do laudo de exame químico-toxicológico, detectando a presença da substância "Sildenafil", mais conhecida comercial e popularmente como "Viagra" (fls. 2036/2038).

Fato típico, portanto.

No mais, incólumes os fundamentos consignados:

"(...) as provas contra o acusado são robustas. A conclusão do procedimento pela aplicação de falta grave é coerente com as provas colhidas nos autos, em especial as provas testemunhais que são seguras e suficientes para se inferir pela materialidade e autoria, adicionadas ao estudo técnico nº 43.146/2023 (fls. 2036/2038, que atestou a presença da substância "Sildenafil", nos itens apreendidos em poder do sentenciado.

Importante destacar que os depoimentos dos agentes penitenciários foram uníssonos e coerentes e ainda, gozam de fé pública.

(...) No mais, tendo em vista a gravidade dos fatos, demonstrando que não se submete aos ditames legais necessários à pacífica convivência social, a perda dos dias remidos será máxima.

Atentando-se aos parâmetros do artigo 57 da Lei de Execução Penal, constata-se que o acusado com o seu ato buscou subverter toda a ordem e a disciplina da unidade prisional em que se encontrava ao transmitir aos demais detentos a clara mensagem de que poderia descumprir a norma jurídica e o comando judicial sem que dessa negativa adviessem quaisquer consequências.

O acusado perderá 1/3 (um terço) dos dias eventualmente remidos antes

Acesso ao Sumário

da falta, se houver." (fls. 43/46).

No mais, a perda dos dias remidos decorre de expressa previsão legal - LEP, art. 127 - cujo **quantum** (1/3), foi também bem fundamentado, consentâneo à natureza da falta grave praticada, personalidade insubordinada, histórico prisional (com anotação de falta grave e média) e consequências, salientando-se que a aplicação em menor percentual tornaria inócuas a lei e a sanção processual decorrente do cometimento de infração disciplinar.

No mais, preserva-se a interrupção dos prazos para progressão de regime, nos termos da Súmula/STJ, nº 534.

Diante do exposto, **rejeitadas as preliminares, nega-se provimento ao agravo.**

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0006176- 93.2018.8.26.0024, da Comarca de Andradina, em que é apelante A. A., é apelado M. P. DO E. DE S. P..

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram a preliminar e, no mérito, deram provimento ao apelo defensivo para absolver, com base no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, A.A. das imputações previstas no artigo 217-A, c.c o artigo 226, II, por centenas de vezes, na forma do artigo 71; no artigo 213, §1º, c.c. o artigo 226, II, por centenas de vezes, na forma do artigo 71; e no artigo 213, caput, c.c. os artigos 226, II, e 234-A, III, por centenas de vezes, na forma do artigo 71, todos do Código Penal, em concurso material, nos termos da fundamentação. V. U. Sustentou oralmente o advogado, Dr. Plínio Marcos Boechat Alves Ferreira, e usou da palavra o Exmo. Sr. Procurador de Justiça, Dr. Marcos Hideki Ihara.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 3.143)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MÁRIO DEVIENNE FERRAZ (Presidente) e FIGUEIREDO GONÇALVES.

São Paulo, 28 de agosto de 2023

ANA ZOMER, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. Estupros de vulnerável. Estupros qualificados (vítima maior de 14 anos e menor de 18 anos). Estupros, sendo um deles majorado pelo resultado gravidez. Sentença condenatória. Defesa que sustenta, em preliminar, a existência de nulidade ante o não enfrentamento de suas teses. Alega, também, a ocorrência de decadência e prescrição. No mérito, objetiva a absolvição por insuficiência de provas. Subsidiariamente, pugna pela redução da pena. Preliminares rejeitadas. Nulidade não verificada. Decisão bem fundamentada. Representação tácita. Inocorrência da prescrição. No mérito, o conjunto probatório amealhado aos autos é frágil, não permitindo imputar-se ao réu a prática dos delitos com a certeza que se exige para édito condenatório. Dúvida relevante sobre a real dinâmica dos fatos. Preliminar rejeitada e, no mérito, recurso provido.

VOTO

Trata-se de recurso de Apelação interposto pela douta defesa de A.A., em face da r. sentença proferida em 13/01/2022, cujo relatório acolho, na qual o MM. Juiz da 3ª Vara Judicial da Comarca de Andradina condenou-o à pena de 58 (cinquenta e oito) anos de reclusão, em regime inicial fechado, por incurso no artigo 217- A, c.c o artigo 226, II, por centenas de vezes, na forma do artigo 71; no artigo 213, §1º, c.c. o artigo 226, II, por centenas de vezes, na forma do artigo 71; e no artigo 213, *caput*, c.c. os artigos 226, II, e 234-A, III, por centenas de vezes, na forma do artigo 71, todos do Código Penal, em concurso material. O réu apela em liberdade por força de ordem de *Habeas Corpus* concedida por esta 1ª Câmara de Direito Criminal (fls. 588/609, 688/689 e 727).

Irresignada, sustenta a Defesa, em preliminar, existência de nulidade do *decisum* vergastado ante o não enfrentamento de suas teses. Alega, também, a ocorrência de decadência e prescrição. No mérito, objetiva a absolvição por insuficiência de provas. Subsidiariamente, pugna pela redução da pena (fls. 707/719).

As contrarrazões foram ofertadas (fls. 723/726).

Regularmente processado, a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento deste (fls. 754/776).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Fundamento e decido.

De início, analiso as preliminares arguidas.

Não prospera a argumentação defensiva acerca de possível nulidade da r. sentença objurgada.

A decisão judicial, embora sucinta, foi adequadamente fundamentada e embasada em dados concretos, estando em conformidade com o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

É sabido não ser necessário que o julgador responda a toda sorte de alegações e dispositivos legais suscitados pelas partes, bastando que se pronuncie sobre as razões que, por si só, entendeu suficientes para a resolução das questões submetidas ao seu exame.

Destarte, inviável a anulação do ato processual combatido.

Igualmente, não há como se reconhecer a ocorrência da decadência ou da prescrição.

A peça vestibular narra a ocorrência dos seguintes delitos, açambarcados pelos lapsos temporais a seguir especificados:

1. Estupros de vulnerável praticados entre 2004 e 2012;

2. Estupros qualificados contra vítima maior de 14 (catorze) anos e menor de 18 (dezoito) anos realizado entre 2012 e 2016;

3. Estupro majorado pelo resultado gravidez (vítima maior de 18 anos) cometido entre 2016 e 2018.

Em relação aos crimes de estupro de vulnerável e de estupro qualificado, não se cogita a necessidade de representação, dado que a redação original do Código Penal já previa a ação penal pública incondicionada para os mesmos se cometidos *"com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador"* (art. 255, §1º, inciso II, do Código Penal redação de 1940). No caso, o réu era padrasto da vítima.

A Lei nº 12.015/09 promoveu alterações no dispositivo normativo sublinhado, mas previu a ação penal pública incondicionada para crimes praticados contra menor de 18 (dezoito) anos (artigo 225, parágrafo único, do Código Penal redação dada pela lei em comento).

Em 2018, a Lei nº 13.718 introduziu mudanças no ordenamento pátrio, desenhando a ação penal pública incondicionada para todos os crimes definidos nos Capítulos I e II do Título VI do Código Penal (art. 225, redação atual).

No cenário posto, cogita-se, pois, a necessidade de representação somente para os delitos de estupro realizados entre 2016 e 2018, período no qual se

Acesso ao Sumário

encontrava vigente a redação dada pela Lei nº 12.015/09 e a ofendida era maior de 18 (dezoito) anos.

Malgrado, jurisprudência e doutrina admitem a chamada representação tácita, inferida a partir do comportamento da vítima que, conquanto não oferte representação expressa, manifesta o desejo de que o réu seja processado e, ao final, condenado. A propósito, o C. Superior Tribunal de Justiça:

> *PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL CULPOSA NO TRÂNSITO. AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO EXPRESSA DA VÍTIMA. PRESCINDIBILIDADE. ATO QUE DISPENSA FORMALIDADES. AGRAVO DESPROVIDO.*
>
> *1. Nos termos do entendimento desta Corte Superior, tem-se que, quando a ação penal pública depender de representação do ofendido ou de seu representante legal, tal manifestação de vontade, condição específica de procedibilidade sem a qual é inviável a propositura do processo criminal pelo dominus litis, não exige maiores formalidades, sendo desnecessário que haja uma peça escrita nos autos do inquérito ou da ação penal com nomen iuris de representação, bastando que reste inequívoco o seu interesse na persecução penal. (...)* (STJ. AgRg no RHC n. 118.489/BA, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 12/11/2019, DJe de 25/11/2019.)

Na hipótese em testilha, a vítima claramente externou o intento de que o acusado fosse responsabilizado pela prática delitiva, afirmando, inclusive, sentir a *"necessidade de denunciá-lo"* (fls. 06), quando prestou declarações em sede policial.

Da mesma forma, sem lastro a aventada tese de ocorrência da prescrição.

O apelante foi condenado a reprimendas de 12 (doze) e 13 (treze) anos de reclusão, consideradas isoladamente, o que impõe os lapsos prescricionais de 16 (dezesseis) e 20 (vinte) anos, respectivamente, os quais não foram superados entre os marcos interruptivos descritos no artigo 117 do Código Penal.

Dito isto, rejeito as preliminares arguidas.

No mérito, a r. sentença merece reparos.

Segundo narra a denúncia, entre os anos de 2004 e 2012, em dias não determinados e em horários incertos, na cidade e comarca de Andradina, por centenas de vezes, A.A. teve conjunções carnais e praticou outros atos libidinosos com *S.G.C.F.*, sua enteada, pessoa menor de 14 (catorze) anos à época dos fatos.

A inicial descreve também que, entre os anos de 2012 e 2016, em dias não

Acesso ao Sumário

determinados e em horários incertos, por centenas de vezes, A.A. constrangeu *S.G.C.F.*, sua enteada, pessoa maior de 14 (catorze) anos e menor de 18 anos na época dos fatos, mediante violência e grave ameaça, a ter conjunção carnal e a praticar e permitir que com ela se praticasse outros atos libidinosos.

Ainda, a exordial narra que, entre os anos de 2016 e 2018, em dias não determinados e em horários incertos, por dezenas de vezes, A.A. constrangeu *S.G.C.F.*, sua enteada, mediante violência e grave ameaça, a ter conjunção carnal e a praticar e permitir que com ela se praticasse outros atos libidinosos, um dos quais resultou em gravidez.

A vestibular prossegue descrevendo os fatos nos seguintes termos (fls. 131/136):

"Segundo se apurou, por centenas de vezes, na residência da família, nesta Comarca, o denunciado e a vítima, sendo eles respectivamente padrasto e enteada, ele, prevalecendo-se desta condição, praticou atos libidinosos desde que ela tinha seis anos de idade, por anos a fio, até o advento da maioridade da vítima.

Apurou-se que o denunciado passou a conviver com a genitora da vítima quando esta tinha dois anos de idade.

As condutas delitivas iniciaram quatro anos mais tarde, quando ela tinha seis. Inicialmente, o denunciado, aproveitando-se da ausência da mãe ou durante a noite, passou a acariciar a vagina e demais partes do corpo da vítima, até ejacular, em reiteração quase diária.

O denunciado tentava penetrar a menina, mas em virtude das dores, ele não conseguia fazê-lo.

A fim de não ser descoberto e manter a continuidade da prática criminosa, o denunciado sempre ameaçava de matar a mãe da vítima, bem como a agredia caso ela se recusasse a satisfazer seus ímpetos sexuais.

A vítima foi crescendo e as condutas foram mantidas, sempre com a conjugação de ameaças e agressões, até que, quando a vítima tinha a idade de 15 anos, ocorreu a primeira cópula vaginal, mediante violência, sendo então constante a realização deste tipo de coito.

A vítima passou a ser estuprada diuturnamente por seu padrasto. As recusas dela eram inúteis, pois ele utilizava de violência, por meio de agressões físicas, como forma de conseguir seu intento.

Já maior de idade, mas ainda mediante violência e graves ameaças de morte, o denunciado continuou a praticar atos libidinosos contra a vítima, em saída para a fazer compras e no meio do mato, para esconder os crimes de sua companheira.

Acesso ao Sumário

Um dos abusos culminou na gravidez da enteada.

As práticas só vieram a lume tempos depois, quando a vítima relatou aos seus familiares que foi abusada por muitos anos pelo denunciado e em virtude do nascimento da filha deles, que tinha enorme semelhança com ele.

O acusado registrou M.H.C.A., fruto do crime de estupro, como sua filha (cf. registro de nascimento de fls.38).”

Em razão desses fatos, A.A. foi denunciado e, posteriormente condenado como incurso no artigo 217-A, c.c o artigo 226, II, por centenas de vezes, na forma do artigo 71; no artigo 213, §1º, c.c. o artigo 226, II, por centenas de vezes, na forma do artigo 71; e no artigo 213, *caput*, c.c. os artigos 226, II, e 234-A, III, por centenas de vezes, na forma do artigo 71, todos do Código Penal, em concurso material.

Merece prosperar a irresignação defensiva.

A materialidade e a autoria delitivas não restaram comprovadas nos autos com a certeza exigida para uma condenação criminal.

Friso, por oportuno, o teor da prova oral exposta na r. sentença antagonizada:

A vítima relatou os fatos em consonância com o descrito na denúncia. Declarou que *“tinha dois anos quando sua mãe foi casou com o [réu]. Que se lembra de que quando tinha seis anos de idade, estava dormindo e acordou com o acusado em cima da cama, passando a mão nela. Aduziu que o acusado dizia que era para ela ficar quieta, pois, caso contrário, iria matar a mãe dela e como cresceu sempre vendo o acusado batendo e espancando muito a sua mãe, deixava o réu passar a mão nela. Alegou que o acusado dizia que ela tinha deixar passar a mão nela e quando ela não deixava o acusado batia na sua mãe. Que o réu batia muito em sua mãe, a ponto de deixá-la no chão. Relatou que toda a noite que ia dormir o réu ia a seu quarto, acendia a luz do banheiro para fingir para sua mãe que estava lá e ia direto para seu quarto. Alegou que não aguentava mais passar por aquilo. Que não gostava de sofrer aquilo, mas aceitava, pois caso contrário seu padrasto batia nela e também descontava em sua mãe. Relatou que certo dia sua mãe estava fazendo silo na casa da testemunha (...), momento em que tinha chegado da escola e na época tinha 15 anos. Que não queria entrar para dentro da casa, pois o réu estava lá e sabia o que ele queria fazer com ela, visto que aquele momento o réu não tinha a penetrado, sendo que apenas passava a mão e ejaculava. Que no referido dia, devido a sua mãe estar fazendo silo, o réu a pegou, não deixando ela sair para fora e a levou até o quarto, momento em que lhe jogou na cama, rasgou sua blusa e enfiou o dedo na sua vagina, o que lhe causou dor. Então houve a primeira penetração. Alegou que após isso não teve mais paz e quando fez 17 anos arrumou um namora-*

Acesso ao Sumário

do, sendo este o pai de seu filho. Que fez de tudo para sair de casa, tendo casado (...), mas o relacionamento não deu certo e devido a isso foi embora novamente para casa de sua mãe. Relatou que quando chegou lá tudo piorou, visto que o réu mandava ela sair e falar que iria na cidade comprar um leite ou alguma coisa, ocasião em que ele a levava para canavial. Asseverou que não tinha paz em sua vida. Informou que o acusado tinha uma gaveta cheia de facas e falava que se ela não deixasse, ele iria matar a sua mãe com cada uma daquelas facas. Aduziu que sempre teve medo do acusado, pois ele sempre bateu muito em sua mãe, já tendo, inclusive, o visto quase matar a sua mãe, além de suas irmãs também já terem visto e por causa disso deixava o acusado fazer o que ele queria. Que logo em seguida engravidou do acusado. Que como sabia que sua mãe não iria aceitar e que ninguém sabia o que passava, pois nunca contou nada para sua mãe, sendo que ela sempre lhe perguntava se estava acontecendo alguma coisa, mas sempre negava, pois o seu padrasto dizia que para ela não falar nada. Informou que quando negava fazer "as coisas" com o réu, este a mandava pegar feijão e pastorear vaca, sendo de conhecimento de qualquer um do sítio de que ela fazia serviço de homem, tendo que fazer cerca e arrancar feijão no sol quente. Informou que o réu frequentemente lhe batia "do nada". Esclareceu que sua mãe não vive mais com o réu e que ela tomou conhecimento do que estava acontecendo, sendo que assim que contou os fatos para sua mãe, ela se separou do réu e foi embora. Declarou que "não queria entrar nesse assunto", sendo que nunca denunciou o réu, tendo a polícia civil lhe procurado falando que havia uma denúncia de uma pessoa falando que sua irmã (...) havia comentado com um amigo dela na escola de que o [réu] (...) estava mexendo com ela. Que foi por causa disso que veio, pois sabe o que sofreu com o réu. Relatou que a filha do réu e de sua mãe, (...) com 13 anos, estava sendo abusada e devido a isso resolveu falar o que havia acontecido com ela. Informou que tinha dois anos de idade quando o réu e sua mãe se casaram. Que sempre via o réu como pai, tendo ele a ensinado a chamá-lo de pai. Que se recorda que os abusos começaram quando tinha seis anos de idade, sendo que o réu passava a mão em seu corpo e enfragava o pênis em sua vagina, mas não penetrava. Relatou que sua prima (...) também já foi abusada pelo réu e que um dia o réu colocou as duas em seu quarto. Que seu quarto era de frente com o do réu. Aduziu que naquela ocasião o réu jogou uma toalha no rosto das duas e as abusou, sendo que não adiantava elas gritarem e chorarem. Que tinha nove anos quando isso aconteceu. Esclareceu que a primeira penetração ocorreu quando tinha 15 anos e engravidou do réu quando tinha 18 anos, não sabendo informar quantas penetrações ocorreram, visto que foram várias e não apenas uma. Alegou que após dos seus 15 anos até os 18, todos os abusos eram com penetração e que o réu a levava para o canavial e para a cidade. Declarou que se recusasse o réu batia em sua mãe e em razão disso, deixava o réu a abusar,

Acesso ao Sumário

pois já viu por diversas vezes o réu abusar de sua mãe. Que o acusado também batia nela, tendo várias cicatrizes em seu corpo e pernas em razão do tanto que o réu lhe batia. Informou que tinha dezoito anos quando engravidou do réu e teve uma filha (...). Indagada acerca de quando ocorreu o último abuso, aduziu que faz dois anos que sua mãe se separou do réu e que agora tem vinte e um, sendo que foi abusada dos seis anos até dezenove anos de idade. Informou que depois que sua filha nasceu o réu não a abusou mais. Indagada pela acusação se depois que tudo isso aconteceu ela teve alguma discussão com suas irmãs, declarou que não teve nenhuma discussão. Que inicialmente sua irmã (...) de 13 anos ficou com raiva dela, mas que ambas conversaram, sendo que disse para ela que não era sua culpa e que só foi atrás, pois falaram que a sua irmã estava sofrendo o que ela sofreu, tendo dito ainda para [a irmã] que só a depoente sabe o que passou e que não era para sua irmã ficar com ódio dela, pois não queria o seu mal e somente havia feito aquilo, visto que achou que ela estava sofrendo também. Que sua irmã (...) não falou nada, bem como no começo ela não gostou. Não teve nenhuma discussão com sua irmã mais nova (...). Após, foi procurada pelo [réu], ocasião em que este estava namorando com uma mulher (...) e devido a isso, pediu para que ela voltasse para a casa e ficasse com suas irmãs, tendo ficado quinze dias lá, mas neste período o réu não fez nada com ela, pois ele tinha viajado com a referida moça. Que somente ficou quinze dias com suas irmãs, para que elas não ficassem sozinhas. Informou que atualmente mora com sua mãe e suas irmãs. Sobre sua filha com o réu, declarou que esta mora com ela e que no começo não conseguia aceitar que ela era sua filha, sendo bem difícil no começo, mas depois começou a ter acompanhamento (...), pois tinha muito ódio de sua filha e não conseguia a aceitar que ela era sua filha. Informou que o réu registrou sua filha, tendo deixado ele levar ela, pois não queria ficar com ela. Esclareceu que está fazendo acompanhamento com psicólogo no CREAS. Que suas irmãs visitam o réu, mas só com alguma pessoa da família perto, como sua tia (...) ou outro parente. Informou que perdeu um casal de gêmeos e que eles nascessem *o pai seria o R., não sabendo informar quantos anos tinha quando ficou grávida, apenas lembrando que era menor. Aduziu que tem um filho (...) e que tinha 17 anos quando ficou grávida e teve seu filho entre os 17 e 18 anos. Que o pai (...) é o S.. Indagado sobre o relacionamento anterior com o R., declarou que na época seu padrasto proferia ameaças dizendo que iria matar o menino. Que o relacionamento dela com o R.* não deu certo, pois o réu "infernizava" eles demais. Indagado sobre o momento em que sua mãe soube que [a menina] (...) era filha do réu, esclareceu que o pai do seu filho perguntou quem era o pai da menina, visto que o pai do seu filho sempre gostou dela e quis voltar com a relação, mas como estava grávida (...), não iria falar quem era o pai. Alegou que sua mãe saiu de casa após o pai do seu filho ter informado a sua mãe que o réu era o pai da sua filha. Indagada pela defesa se ela

Acesso ao Sumário

tinha costume de ir na casa do réu depois de ela e sua mãe saíram da casa, alegou que não ia na casa, tendo apenas *voltado lá nos mencionados quinze dias quando o réu pediu para que ela ficasse na casa cuidando de suas irmãs, pois ele iria viajar com a moça (...). Que não dormia na casa, bem como não pedia para o réu ir busca-la. Indagada se é usuária de drogas, disse que já usou "maconha", mas não usa mais. Indagada se tinha costume de ir ao sítio (...), informou que não ia lá com frequência, mas que já foi lá quando sua mãe estava fazendo silo com as outras pessoas, visto que eles plantavam silo. (...) Informou que perdeu a virgindade com outra pessoa e não com o réu, mas quando era virgem o réu enfiava o dedo em sua vagina".*

A testemunha *E.M.C.*, genitora da vítima, relatou que *"quando foi morar com o réu sua filha tinha dois anos. Que no começo o acusado era uma pessoa boa, mas após um tempo ele se tornou agressivo, sendo que batia muito na vítima e se a depoente o reclamasse ele também lhe batia. Informou que ficou com o réu durante dezessete anos, tendo apanhado dele durante todo esse tempo. Que não tinha motivo para as agressões, sendo que a vítima não podia chorar que o acusado já estava batendo e se ela falasse alguma coisa o acusado também lhe agredia. Relatou que apenas não separou do réu, pois estava grávida e não tinha para onde ir e por isso continuou com ele. Que conforme a vítima foi crescendo e com uma certa idade percebeu que quando o acusado chegava perto da vítima, esta se afastava dele. Que isso acontecia desde os seis anos da vítima. Relatou que perguntava para a vítima o que estava acontecendo, mas ela falava que não estava acontecendo nada, bem como perguntava para o réu se estava acontecendo alguma coisa, sendo que este negava, tendo sempre sido assim. Alegou que as vezes deixava a vítima com o réu, pois tinha outras filhas pequenas e não tinha com quem deixá-las. Que sempre via a vítima diferente, mas ela nunca falava nada. Aduziu que conforme a vítima foi crescendo ela sempre se afastava do acusado e que quando iam para os lugares o réu chamava ela para ir com ele e a vítima sempre negava, mas o acusado insistia em leva-la. Que sempre iam só os dois. Afirmou que sempre notava a sua filha triste, mas ela nunca falava nada, ficando sempre "no canto dela". Informou que houve a mudança de comportamento da vítima a partir dos oito anos de idade dela. Alegou que um dia saiu e quando voltou notou que a vítima estava um pouco triste, momento em que perguntou o motivo, tendo ela respondido que o réu havia rasgado a saia dela. Que ao perguntar para o réu o motivo pela qual ele havia rasgado a saia da vítima, ele respondeu que estava brincando com ela e acabou puxando e rasgando a saia, ocasião em que não gostou e discutiu com o acusado. Alegou que nunca desconfiou de nada, pois estava morando com o réu e tinha suas filhas pequenas, bem como a vítima sempre falava que não estava acontecendo nada. Aduziu que o réu sempre que ia sair levava a vítima com ele, bem como ele chegou a comprar um celular para ela, mesmo dizendo*

Acesso ao Sumário

para ele que não tinha condições de comprar. Que o réu sempre falava para a vítima ir com ele, pois ele iria comprar alguma coisa para ela. Que o réu sempre insistia e a vítima acabava indo com ele, sendo sempre assim. Informou que o réu não é pai da vítima e que quando entrou na justiça contra o pai da vítima, recebeu o pagamento das pensões atrasadas, ocasião em que o réu queria o dinheiro para investir no sítio, tendo falado para ele que o que não aguentava mais, estava cansada e não aguentava mais aquilo, bem como lhe contou que o réu havia levado ela para o canavial e queria que ela ficasse com ele, mas a vítima não queria e o réu estava obrigando ela. Que na época acredita que a vítima mais de doze anos, não se recordando ao certo. Ao perguntar para o réu, este confirmou a história, mas falou que tinha sido um erro dele e que não tinha feito nada com a vítima, ocasião em que brigaram e o réu falou que a depoente teria que escolher entre a vítima e ele, tendo respondido que não tinha que escolher, pois a vítima era sua filha, mas o réu lhe ameaçou e falou que se saísse de casa iria matá-la, bem como que não queria mais a vítima dentro da casa e que se a depoente fosse junto com ela iria lhe matar. Que devido a isso, deixou a vítima por um tempo na casa da mãe e ficou na casa, não tendo denunciado o réu, pois tinha medo dele e sempre a ameaçada de morte, sendo que já foi enforcada e agredida pelo réu. Que tinhas filhas pequenas e por isso também não saiu da casa. Alegou que após um tempo a vítima amigou com um rapaz e teve o filho (...), não tendo o relacionamento dado certo, ocasião em que o réu pediu para que ela voltasse para casa, pois gostava muito dela e que a depoente estava chorando muito por causa dela e por isso a vítima voltou. Após isso, o réu parecia estar normal, mas depois começou novamente chamar a vítima para sair e ir aos lugares e a vítima sempre não queria ir. Que uma vez foi dormir e o réu ficou na sala com a vítima. Que a vítima lhe chamou e ao perguntar o que havia acontecido, a vítima falou "olha o seu marido aqui", momento em que perguntou para o réu o que ele estava fazendo, tendo ele respondido que não estava fazendo nada, apenas conversando com ela. Após um tempo, a vítima voltou a relatar que o réu estava fazendo a mesma coisa e que já tinha abusado dela. Que nessa ocasião esperou o réu ir trabalhar, pegou suas coisas, as colocou no caminhão e foi embora. Alegou que a vítima falou que tinha sido abusada do réu, mas diante disso não teve coragem de denunciá-lo, pois o réu era muito agressivo. Relatou que foi para a casa do pai dela e a noite o réu foi lá, pegou as meninas e fez elas irem embora com ele, bem como falou que se a depoente não voltasse iria colocar fogo na casa do pai dela. Que nessa época a vítima não havia tido a filha do réu ainda, mas já estava grávida dele. Aduziu que o réu falou que se ela não voltasse ele iria colocar fogo na casa do seu pai, sendo que seu pai é um senhor de idade e não aguenta andar direito, fazendo uso de uma muleta. Que diante das ameaças voltou para a casa, ocasião em que a vítima já estava grávida dele, mas ela não falou que a filha era do réu, tendo

Acesso ao Sumário

ficado com vergonha. Relatou que o réu continuou agressivo e por isso foi embora para Sorocaba, visto que o réu queria lhe matar. Que desde que a vítima era criança, o réu exigia que ela o chamasse de pai. Indagada sobre a postura do réu com os namorados da vítima, relatou que quando a vítima teve seu primeiro namorado, ela lhe falou que estava namorando com uma pessoa e diante disso, falou para o réu que a vítima estava namorando, tendo ele ficado agressivo e, inclusive lhe bateu, dizendo que não era para deixar a vítima namorar com ninguém, visto que ela não tinha idade para namorar e deveria estudar. Não soube informar quantos anos a vítima tinha quando teve seu primeiro namorado. Afirmou que o réu não aceitou nenhum dos namorados da vítima. Indagada sobre como descobriu acerca dos fatos, relatou que a vítima lhe contou no momento em que a depoente estava tendo uma briga com o réu. Que a vítima lhe falou que aguentou tantos anos, pois o réu falou que se ela não ficasse com ele, este iria matá-la, tendo a vítima, inclusive, contado isso na frente do réu. Informou que o réu batia na vítima, mas ela não tem marcas das agressões. Que o réu batia na vítima com um reio que ele usava nos animais. Esclareceu que moram com ela suas três filhas (...), bem como seus dois netos e filhos da [vítima](...). Aduziu que as irmãs nunca brigaram com a [vítima] por causa dos fatos, tendo apenas brigas normais de irmãs. Sobre o suposto abuso na prima da [vítima] (...), informou que não sabia do abuso até que sua sobrinha lhe falou, existindo ainda uma sobrinha do réu que foi abusada por ele, mas tal sobrinha não quis falar sobre o assunto. (...) Aduziu que nunca procurou a polícia devido ao medo que tinha do réu, pois este era muito agressivo e sempre lhe bateu. Indagada pela defesa se depois da denúncia o réu a agrediu, informou que depois que a vítima lhe contou o que tinha ocorrido, ela separou do réu e fugiu dele, pois ele falou que iria matá-la, tendo ido até a casa do pai dela, ocasião em que pegou um ônibus e fugiu dele. Que após um tempo ela voltou, mas a vítima e ela não quiseram denunciar, visto que estavam com vergonha, porém, alguém fez a denúncia, não sabendo quem foi, mas que, em razão disso, a delegacia da mulher foi até a sua casa. Indagada pela defesa se a [vítima] tentou ir até o sítio para vender o gado e a propriedade do acusado, afirmou que ninguém tentou vender nada, uma vez que a propriedade está em seu nome, bem como a [vítima] nunca tentou vender, sendo que ela disse que nunca quis saber de lá. (...) Afirmou que depois que o réu foi preso a vítima não foi até o sítio para tentar vender o gado. Que a [vítima] não tentou falar com o senhor (...), uma vez que elas não conversam com ele. Informou que o primeiro namorado da [vítima] foi o R., tendo esta morado com ele e perdido um casal de gêmeos dele, mas não se lembra quantos anos ela tinha quando isso aconteceu. Esclareceu que saiu do sítio e o deixou para o réu a fim de que ela a deixasse em paz. Alegou que quando ela saiu, ninguém voltou para o sítio, nem mesmo a [vítima]. Que após ela e [vítima] sair da casa, suas filhas (...) permaneceram na

Acesso ao Sumário

casa, tendo o réu as tomado dela. Aduziu que saiu da casa a primeira vez quando o réu disse que havia tentado ter algo com a [vítima], mas que não tinha feito anda com ela. Não soube informar quantos anos a [vítima] tinha nessa época, bem como se a [vítima] já namorava o R.. (...) Aduziu que na verdade não tem amizade com a M., pois ambas não tinham tempo de ir na casa uma da outra, visto que ficavam muito tempo mexendo na roça e na cerca. Afirmou que sua filha (...) não é usuária de drogas, mas que esta já usou "maconha", não usando mais".

A testemunha *A.B.C*, avô da ofendida, afirmou que *"é avô [da vítima e da C.B.C], sendo que ambas são primas. Que há dois anos atrás soube do que houve com a [vítima] e com o réu. Aduziu que quando a [vítima] era criança, ela morava com o [réu] e a mãe dela no Jardim Europa. Alegou que há dois anos atrás a C.B.C lhe contou o que tinha acontecido, mas disse que não era para o depoente contar para ninguém. Aduziu que a C.B.C lhe disse que o réu chantageava e como já tinha passado muito tempo do ocorrido, ela não tinha contado sobre os fatos para ninguém, nem mesmo para a mãe dela. Então, ficou calado, mas depois aconteceu o problema com a [vítima], momento em que "explodiu tudo de uma vez". Alegou que a menina tem um pouco de mágoa sua, pois acha que foi ele quem falou sobre os fatos, contudo, não disse nada, visto que "explodiu tudo de uma vez". Que a menina lhe disse que o réu já teve um caso com a prima deste. Informou que a C.B.C lhe disse que o réu ficava passando a mão e "aprontando com ela", bem como a chantageava para que ela "não abrisse a boca". Sobre a [vítima], aduziu que veio saber dos fatos depois, mas já desconfiava, uma vez que o réu vinha buscar ela. Que depois ficou sabendo o que estava acontecendo, acreditando que isso é uma falta de respeito do réu com a mulher dele, com a enteada e com o depoente, visto que o considerava como um filho. Alegou que é uma "sem vergonhisse" o que o réu fez. Indagado pela acusação se o réu tinha o hábito de ir sozinho com a [vítima] para a cidade ou outro lugar, afirmou que o réu trazia a [vítima] para a cidade e a buscava quando ela ligava para ele pedindo para buscá-la. Que todos desconfiavam de algo".*

A testemunha *C.B.C.*, prima da vítima, disse que: *"ficou sabendo dos abusos (...), visto que morou com sua tia. Indagada sobre quem lhe contou o que havia acontecido, afirmou que presenciou os fatos. Não se recorda quantos anos [a vítima] tinha na época, mas a depoente tinha aproximadamente 6 anos. Aduziu que viu apenas uma vez os abusos. Alegou que já foi na delegacia e falou o que viu, não desejando falar novamente. Que tudo o que contou na delegacia foi o que aconteceu com a depoente. Aduziu que a vítima lhe "colocou no meio de tudo isso, sem perguntar se podia". Que no ano passado quando teve a denúncia, sua mãe ficou sabendo do que havia acontecido, tendo tudo ocorrido de*

Acesso ao Sumário

forma muita rápida. Alegou que antes de ir embora viu uma vez o réu abusando da vítima. Informou que não tem contato com a vítima atualmente. Que em 2016 foi cuidar de seu avô em Andradina, ocasião em que a vítima sempre ia até lá, sendo que esta já estava grávida, mas a depoente não sabia que o filho era do réu. Que atualmente não tem contato com a vítima, visto que brigou com ela, pois ela falou da depoente e não tinha esse direito. Aduziu que na época não podia falar nada sobre o abuso que presenciou, pois apanhava. (...) Afirmou que o réu as ameaçava e lhe batia. Que queria fugir da casa, mas sua mãe, na época, não podia ficar com ela".

A testemunha *A.C.P.*, investigadora da polícia civil *"afirmou que acompanhou o caso desde o princípio. Que chegou uma denúncia anônima para eles de que uma menina que morava na (...), no (...) e que era filha do [réu], estava sendo abusada por ele. Que a menina tinha aproximadamente doze anos, mas naquele momento a polícia não tinha todos os dados. Informou que foi até o local e conversou com os vizinhos, tendo sido informada que o réu havia abusado durante anos de uma enteada e que inclusive tinha tido um filho com ela. Aduziu que encontrou a referida enteada morando na cidade com a mãe dela, sendo que de princípio ambas negaram os fatos, momento em que perguntou se a enteada tinha uma filha do réu, tendo ambas negado, dizendo que o pai da criança era de um rapaz que morava no (...). Que era a segunda vez que tinha ido até a casa delas e quando pediu a certidão de nascimento da criança para ver o registro de nascimento, a vítima começou a chorar muito e nesse momento a mãe dela pediu para que ela falasse a verdade. Que ambas contaram que a filha da [vítima] era filha do [réu]. Relatou que chamou a [vítima] para ir até a delegacia, ocasião em que ela e a mãe foram ouvidas mediante declarações. Que ficou sabendo da outra prima que também foi abusada pelo acusado durante a infância, bem como em pesquisa descobriu que outra menina de doze anos na época do ano de 2005, havia feito um boletim de ocorrência de atentado violento ao pudor contra o réu, fato este que ocorreu no sitio. Indagada se a vítima em algum momento no discurso dela apresentou alguma contradição ou clara sobre os fatos, aduziu que a vítima é muito firme e certa do que ela está falando, tendo chorado durante todo o depoimento, tendo ela inclusive dito que aquela era a primeira vez que ela tinha conseguido falar sobre o assunto. Indagada se os vizinhos disseram se o réu era violento, informou que os vizinhos falaram que viam elas (vítima e sua mãe) fazendo serviços que eram de competência de homem, como por exemplo, fazer cerca, dentro outros serviços pesados. Que os vizinhos sempre ouviam o réu gritando com as crianças. Esclareceu que tem vários boletins de ocorrência de agressão e ameaça da (...) (mãe da vítima) contra o réu. Que a vítima lhe informou que também era agredida pelo réu, principalmente quando ela se negava a fazer sexo com o réu. Não tem conhecimento se a vítima é usuária de drogas. Indagada se soube que a vítima e*

Acesso ao Sumário

a mãe dela tentaram vender o patrimônio do acusado, afirmou que eles têm um sítio que acredita ser "sem terra" no (...). Que não sabe como funciona, uma vez que o sítio é de "sem terra", mas que a [genitora da vítima] queria uma parte, pois ela paga aluguel, mas quando a [genitora da vítima] ficou sabendo da gravidez da [vítima] e que o réu era o pai, ela abriu mão de tudo e, inclusive, não conseguiu levar as duas filhas dela. Que se recorda de um boletim de ocorrência em que a mãe da vítima saiu com a roupa do corpo, não acreditando que há interesse financeiro dela. Que ficou sabendo das mencionadas informações através de depoimento das pessoas e vizinhos, feitos na delegacia. Que a mãe da vítima saiu da casa sem nada antes da prisão do acusado. Aduziu que depois da prisão, soube através de alguém, do qual não se lembra o nome, de que a mãe da vítima estava tentando reaver o sítio, visto que como o réu havia sido preso, o sítio estava abandonado, além de que o sítio tinha o nome dela. Alegou que não sabe como funciona o "sem terra", mas acredita que é dada a família e em razão disso a mãe da vítima foi atrás, não sabendo se ela conseguiu recuperar o sítio".

A testemunha *M.S.M.*, delegada de polícia, *"afirmou que acompanhou o caso. Que o fato chegou em seu conhecimento através de denúncia anônima. Inicialmente a denúncia era de que supostamente uma das filhas do réu estaria sofrendo abusos sexuais, bem como que o réu teria uma enteada que teria sido abusada por ele, sendo este fato de conhecimento de todos, visto que ela teria uma filha com o réu. Informou que o fato foi investigado e a [vítima] foi constatada, tendo está confirmado os abusos sofridos, que, segundo ela, ocorreram a partir dos seis anos de idade dela e com penetração aos quinze anos, além da gravidez aos dezoito anos. Em relação as duas filhas do réu, esclareceu que foi expedido requisição de exame sexológico a fim de verificar se as meninas, sob a qual não se lembra a idade ao certo, poderiam ter sido vítimas de abuso sexual, mas o laudo resultou negativo, bem como as duas meninas (...) negaram qualquer tipo de abuso sexual supostamente perpetrados pelo pai delas, ora réu. Aduziu que em virtude dos relatos das meninas de que elas moravam sozinhas com o réu e faziam trabalhos domésticos, foi instaurado inquérito para apurar um suposto delito de maus tratos. Que no relatório o réu somente foi indiciado pelo estupro em face da [vítima]. Que no decorrer das investigações surgiu a informação de que o réu também teria praticado abusos sexuais em face da prima da vítima (...), salvo engano. (...) Alegou que o indiciamento foi pelo abuso perpetrado em face da [vítima], visto que a referida precatória não havia voltado, mas esta já voltou e foi encaminhada ao juízo. Sobre o teor do depoimento da vítima e sua postura na delegacia, afirmou que a vítima fez relatos coerentes e firmes, tendo ela dito que deixou a criança aos cuidados do réu pois nela não aguentava olhar para a criança que era vítima do estupro e sempre que ela via a criança, se recordava de tudo o que ela tinha passado. Aduziu que até então*

Acesso ao Sumário

não tinha visto a criança, mas a viu no momento em que os familiares foram até a delegacia, ocasião em que viu que de fato as declarações da vítima eram coerentes, visto que a criança é muito parecida com o réu. Indagada se os vizinhos relataram se o réu era violento, informou que não fez diligências no local, tendo sido esta responsabilidade da investigadora. Indagada se a vítima transpareceu algum medo diante da situação, relatou que na oitiva da vítima, esta informou que não tinha falado antes sobre os fatos, mas que no momento em que ela foi indagada sobre os fatos, sentiu necessidade de confirmar a fim de salvar suas irmãs que estariam sob os cuidados do acusado. Aduziu que a vítima dizia que os abusos eram praticados mediante violência e ameaça de agressão a mãe dela. Indagada sobre que tipo de violência a vítima relatou, afirmou que ela informou que era levada até o canavial, mas não se recorda se a vítima falou sobre alguma violência física, apenas se lembrando que ela falou sobre ameaças em que o réu falava que iria agredir a mãe se a vítima não praticasse relações sexuais com ela. Que quando a vítima chegava chorando ou o réu batia nela, este falava que era em razão da vítima não teria feito os afazeres que ele havia determinado, ou algo nesse sentido e, em razão disso, houve violência. Indagada se a vítima estava calma no momento das declarações dela, informou que ela estava muito emocionada e firme".

A testemunha de Defesa *H.A.C.A* afirmou que *"seus pais brigavam bastante, sendo que seu pai ficava muito agressivo e sua mãe ficava calma. Alegou que tinha bom relacionamento com seu pai e que ele tratava [a vítima] como filha, recordando que ela costumava sair à noite e pedia para ele buscar ou pagar moto taxi. Esclareceu que a [vítima] começou a ir para o sítio após o divórcio de seus pais e teve um filho com ele, que no caso é seu segundo filho, pois tinha um filho com um outro homem antes. Esclareceu que [vítima] não demonstrava medo e nenhum outro sentimento com relação a seu pai e que não via eles conversando muito. Que após o divórcio [a vítima] não morou com seu pai no sítio, mas ia lá algumas vezes e percebia entre eles um relacionamento de pai e filha. Informou que atualmente mora com a mãe e a [vítima] mora junto com elas e tem bom relacionamento com ela, apenas brigam as vezes por motivos simples mas logo fazem as pazes".*

A testemunha de Defesa *M.B.C.A* informou que *"atualmente tem 15 anos de idade. Afirmou que após seus pais terem se divorciado, sua irmã [a vítima] sempre ligava para seu pai [o réu], para se encontrarem e dormiam no sítio em que mora, ao passo que [a vítima] colocava seu filho para dormir em outro quarto junto de seus irmãos e dormia com [o réu] em outro quarto. Esclareceu que antes do divórcio de seus pais eles vivam normal, porém seus pais brigavam bastante, porém por motivos pequenos, mas seu pai gritava e xingava muito. Informou que seu pai trabalhava fora e quase não ficava em casa, após ter sido*

Acesso ao Sumário

despedido ficou mais tempo em casa e tratava os filhos normal, tendo um bom relacionamento com ele. Que atualmente continua morando com o pai em uma casa juntamente com a nova companheira dele, a filha que eles têm em comum, bem como seu marido e filha. Afirmou que atualmente seu pai mudou o comportamento sendo mais paciente com raras discussões com a atual companheira. Informou que ainda tem contato com a [vítima] e inclusive tem um relacionamento melhor do que antes, sendo que antes brigavam, inclusive porque [a vítima] xingava a todos e o pai. Alegou que [a vítima] sempre ligava para seu pai buscá-la e ele ia, ficava com ela no sitia lhe dava dinheiro sempre que ela pedia. Afirmou que seu pai e [a vítima] aparentavam ser marido e mulher, ainda antes do divórcio de seu pai com sua mãe. Esclareceu que após o divórcio de seus pais, sua mãe foi embora e seu pai continuou no sítio, sendo que [a vítima] ia até o local algumas vezes, inclusive ficado permanentemente 15 dias no local e que [a vítima] e seu pai se tratavam bem, se parecendo marido e mulher. Afirmou que seu pai pediu para que não mentisse e que a última vez que falou com [a vítima] foi na festa do filho dela e ela não comentou nada sobre o processo".

A testemunha de Defesa *M.A.S.*, em juízo, relatou que *"conhecia [a vítima] desde criança e desde quando a conhecia ela já apresentava comportamento sexualizado, tendo uma má fama. Que a casa [do réu] foi furtada no dia em que ele foi preso, além de que após a prisão [do réu], sua esposa e filhas tentaram vender seus bens. Afirmou que depois que a mãe [da vítima] foi embora da casa e [a vítima] permaneceu na casa, morando com [o réu] como se fosse mulher dele, mas tendo permanecido assim por um curto período".*

A testemunha de Defesa *M.A.*, judicialmente, aduziu que *"é vizinho [do réu] desde 2007, e que [o réu] e família tinham uma convivência normal como de qualquer família. (...) Informou que [o réu] era bastante dedicado em cuidar das filhas. Afirmou que após a saída a mãe, [a vítima] passou a pernoitar na casa [do réu], de 4 a 5 vezes na semana, até permanecer initerruptamente por 15 a 20 dias morando com [o réu], porém foi embora depois. Informou que é muito amigo [do réu] e quanto à [vítima], sempre apresentou comportamentos sexualizados, ao passo que sentava no colo de meninos e era bem "pra frente", se insinuava e por conta disso tinha fama de "biscatinha". Acrescentou que a casa de [do réu] foi furtada, ao que tudo indica o furto foi de autoria da ex mulher, (...) e filha, (a vítima), inclusive porque as coisas que foram subtraídas eram delas, ademais disse que uma vizinha afirmou ter visto a [vítima] no local. Que um homem a mando [da genitora da vítima e da vítima] foi até seu encontro para comprar um gado, relatando que segundo elas, estava a venda, porém [o pai do réu] era o dono do gado e em momento algum [o réu] autorizou a venda de seus bens, e orientou que procurasse [o réu], pois somente estava cuidando do animal".*

Acesso ao Sumário

A testemunha de Defesa *M.M.*, em juízo, afirmou que *"era vizinha de sítio do réu, com uma distância de 200 metros de uma casa a outra. Conhecia a vítima (...) desde quando estavam no acampamento, antes de sair a terra. Informou que morava no acampamento, bem como o réu e sua família. Alegou que o sítio mencionado não era o acampamento. Que conheceu a [vítima] antes, quando moravam no acampamento e depois que saiu a terra, houve o sorteio, ficando a declarante como vizinha do réu. Alegou que conhece a família desde 2005. Que não frequentava a casa do réu, nem a família dele frequentava sua casa. Indagada acerca do comportamento da [vítima], alegou que sabe do comportamento dela, mas não tem amizade com a mesma. Aduziu que ouvia dizer que a [vítima] tinha uma fama ruim, sobre as molecadas, pois no ônibus da escola ela sentava no colo dos meninos e que depois ficou sabendo que ela pegou a terra. Comentou que a fama da vítima era de uma "biscatinha que todo mundo pegava". Que presenciou por três vezes em seu sítio a [vítima] fazendo alguns atos atrás do chiqueiro com outro moleque que mora em um sítio de fundo com a casa da [vítima]. Explicou que seu sítio é de rampa e devido a isso, quando se vê a casa, também da para ver o chiqueiro e sempre que chegava o carro, a [vítima] e o moleque levantavam a cabeça, pois ficavam atrás das tábuas do chiqueiro, momento em que dava para vê-los vestindo a roupa. Que certa vez viu os dois correndo enquanto vestiam as roupas. Que o referido fato ocorreu em 2008 e desde tal ano conhece a [vítima] como uma menina peralta. Explicou que ao chamar a vítima de "biscatinha", quis dizer que a maioria das molecadas "já pegou" a [vítima], tendo relações sexuais com ela".*

A testemunha *A.C.*, judicialmente, relatou que *"após a separação, [a vítima e sua genitora] saíram da casa, porém retornaram dias depois e permaneceram por mais 5 meses na casa, até que [a genitora da vítima] saiu em definitivo e [a vítima] habitualmente ainda visitava [o réu]. Que sua esposa o informou de uma discussão que [o réu] teria tido com [a vítima], inclusive [a vítima] alegou que iria complicar a vida [do réu], chegando até colocá-lo na cadeia. Informou que não tem conhecimento de [o réu] ter praticado algum crime, ademais informou também que o sítio [do réu] foi furtado, motivo pelo qual se mudou com sua esposa para o sítio para exercer a vigilância do local. Todavia, algumas pessoas foram até o sítio, chamar [pelo réu] e fizeram bagunça lá, circunstância que motivou sua esposa a sair do sítio e não querer mais retornar para lá. Afirmou que um homem a mando [da genitora da vítima] e G. foi até o sítio comprar um gado, que segundo [a genitora da vítima] era dela, entretanto foi confirmar essa afirmação como [o réu], o qual negou a afirmação e ordenou que nada deveria ser vendido ou tirado do sítio. Acrescentou por fim que não sabe ao certo quando ocorreu o furto no sítio, se aconteceu logo após sua prisão ou algum tempo depois".*

Acesso ao Sumário

O ora apelante negou a prática delitiva em ambas as fases da persecução penal. Disse que apenas manteve relações sexuais consentidas com a vítima e somente após ela completar 17 (dezessete) anos. Quando sua enteada engravidou, pensou que outro homem fosse o pai da criança, pois a ofendida lhe disse isso. Soube que era o genitor da menina tempos depois. Contou que a vítima morou em sua residência quando a filha de ambos tinha 04 (quatro) meses, mas não mantiveram relações sexuais nesse período. Afirmou que residia com a criança, a qual dorme em sua cama, e com suas duas outras filhas. Relatou que *"elas o ajudam a lavar roupa e às vezes pede que varram o chão e cuidem do quarto delas. Que cuida de Maria, mas quando precisa se ausentar a deixa com sua tia. Que às vezes bate nelas, mas nunca excedeu nos meios de correção"*. Asseverou, ainda, que *"a vítima, a partir de 10 anos de idade já apresentava comportamento promíscuo, saindo com diversos homens por dinheiro. Mesmo assim, deu uma chance a ela, pois imaginou que ela poderia mudar"*. Em audiência em continuação, o apelante relatou que a filha que teve com a vítima estava residindo com a ofendida. Continuou a negar os fatos, relatando que a vítima apresentava *"comportamento promíscuo"* desde os 10 (dez) anos e *"saía com homens por dinheiro"*. Aduziu que criou a ofendida como pai e ambos sempre tiveram boa relação. Acrescentou que a vítima é usuária de maconha e aduziu já ter ouvido falar que ela gostava de cocaína (fls. 39/40, 90/91 e mídia).

Pois bem.

Não se ignora que, em delitos contra a dignidade sexual, sobretudo quando os crimes envolvem situações de violência doméstica e familiar e são praticados em contexto do lar, na maioria das vezes sem testemunhas presenciais e na clandestinidade, a palavra da vítima assume especial relevo para a aferição da real dinâmica dos fatos.

Frise-se, ainda, que as questões atinentes à violência de gênero, em quaisquer de suas modalidades (artigo 7º, da Lei de nº 11.340/2006, dentre outras), devem ser tratadas com a mais ampla e efetiva proteção possíveis. O que está em jogo é, no mais das vezes, a vida e integridade física/psíquica da vítima, bens cuja tutela é de imperiosa e indiscutível importância. Não se pode, de modo algum, esperar que o pior aconteça para que o Estado Juiz intervenha, pois, na esmagadora maioria dos casos, as ameaças, constrangimentos e agressões ocorrem de modo velado, dentro da própria residência, onde, frequentemente, somente o próprio algoz e a vítima são testemunhas do mal-feito.

Acesso ao Sumário

Por certo, não é dado ao Judiciário compactuar com este inaceitável estado de coisas, especialmente por ser ele o Poder em cujas portas se bate diante das mais flagrantes violações de direito.

Entretanto, o caso em foco apresenta contornos peculiares.

A genitora da vítima, em 03/06/2022, após a publicação da r. sentença, compareceu em cartório e, por meio de escritura pública, **ofertou retratação cabal dos depoimentos outrora prestados.** Afirmou que *"depois de ficar sabendo que [o réu] foi condenado, conversou com sua filha [a vítima] e ela desmentiu o que havia falado porque disse que [o réu] nunca mexeu com ela enquanto menor"*. Disse que sua filha *"também confirmou que ficou com [o réu] depois de ter completado 18 anos antes de engravidar"*. Explicou que *"no dia da audiência do processo criminal declarou que [a vítima] tinha sido abusada [pelo réu] porque ela tinha lhe falado, mas depois que [a vítima] ficou sabendo da condenação desmentiu e disse que ela passou a ter relação sexual com [o réu] depois de ter completado 18 anos"*. Declarou *"não ser verdade que desconfiava de alguma coisa entre [a vítima] e [o réu]"*. Aduziu que sua filha *"lhe disse que com a prisão [do réu], na primeira vez que ele foi preso, tentou vender o gado dele e que foi impedida por Marcelo, o vizinho do sítio que ficou cuidando para [o réu]. No dia que [o réu] foi preso, [a vítima] foi na casa dele e tirou os móveis"*. Garantiu que *"todos os fatos que a declarante falou no depoimento no fórum foi porque repetiu o que havia ouvido na época [da vítima], mas agora ela sabe que [o réu] não fez nada, não mexeu com ela, quando era menor"*. Asseverou que sua filha *"lhe disse que falou isto para se vingar porque [o réu] parou de dar dinheiro para ela"*. Declarou que a vítima *"lhe falou que tudo era mentira cerca de 03 ou 04 meses, quando a declarante nesta semana decidiu falar para [o réu] que sua filha confessou que mentiu na delegacia e no depoimento do fórum. Que disse que [a vítima] não foi no sítio tentar vender o gado [do réu] porque ela tinha negado na época, quando os familiares [do réu] ficaram sabendo, mas depois da condenação dele [a vítima] lhe confessou que foi tentar vender o gado dele depois da primeira vez que [o réu] foi preso"*. Declinou que *"sua filha lhe disse que estava usando muita droga na época da denúncia na delegacia da mulher e que ficou nervosa porque [o réu] parou de dar dinheiro para ela comprar droga, que ficou revoltada e quis prejudicar ele e que eles se separaram"*. Atestou que a vítima *"lhe confessou que as denúncias contra [o réu] eram mentira e que falou tudo para se vingar [do réu] porque parou de dar dinheiro para ela"*. Concluiu que *"fez o depoimento no fórum porque acreditou na sua filha e que está arrependida porque ficou sabendo dela que ela mentiu para a declarante, para a delegada e para o juiz, acreditando sim que tudo passou por vingança para prejudicar [o réu] porque ele parou de dar dinheiro para ela"* (fls. 742/743).

Não se ignora que o pedido de justificação criminal foi indeferido de plano em primeiro grau, pois *"ausente hipótese legal para permitir produção de provas após a sentença de mérito"* (fls. 48/49, autos de nº 1003531-39.2022.8.26.0024).

Acesso ao Sumário

Inobstante, também não é possível cegar-se à elaboração do sublinhado documento, sob pena de se proferir julgamento potencialmente injusto ao acusado, com imposição de elevada reprimenda apta a causar-lhe severas consequências.

Oportuno ressaltar que, conquanto tenha se dado o indeferimento acima reportado, o Ministério Público teve acesso às declarações consubstanciadas no documento público suprarreferido, sendo oportunizado, pois, o efetivo contraditório em primeiro grau.

Ainda, e segundo constou do r. despacho proferido pelo E. Desembargador que me antecedeu na Cadeira:

> *"Desnecessário, ainda, abertura de vistas ao Ministério Público, porquanto em decorrência da indicação de sustentação oral a Procuradoria-Geral de Justiça terá acesso aos autos e, como consequência, aos documentos encartados pela Defesa e, em querendo, fará suas ponderações em sessão de julgamento"* (fls. 877/878).

Cumpre destacar, também, que, em 08/05/2023, houve homologação do acordo firmado entre o réu e a vítima, no qual decidiu-se que a filha de ambos ficaria sob a guarda do acusado (fls. 57/59 e 68, autos de nº 1001185-81.2023.8.26.0024).

Tal circunstância lança dúvidas sobre as declarações da ofendida por relevar postura aparentemente contraditória de sua parte: ora a vítima acusa o apelante de ter praticado terríveis atos delitivos contra si quando ainda era criança, ora permite que o mesmo apelante tenha a guarda de sua filha de apenas 06 (seis) anos de idade. A incoerência salta aos olhos, e vem em abono do acusado e dos testemunhos ofertados por suas filhas.

Não seria de todo desarrazoado supor que, em razão de contexto familiar entremeado por situações de violência doméstica, a ofendida não tenha conseguido reunir forças para noticiar, prontamente, os supostos abusos a pessoas adultas ou mesmo à autoridade policial. Igualmente, tal situação poderia justificar eventual obstáculo para que a genitora da vítima mantivesse seus depoimentos.

Acesso ao Sumário

No entanto, *in casu*, tais ponderações constituem elementos demasiado frágeis para embasar a conclusão de que o apelante tenha efetivamente perpetrado os crimes insculpidos na vestibular, sendo vedado condenar-se alguém com base em meras ilações, entrevendo âmbito de violência cuja prova posterior desconstituiu.

Segundo o Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública de 2023[1],

1 Disponível em <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/08/anuario-2023- texto-08-a-explosao-da-violencia-sexual-no-brasil.pdf>

a taxa de registros de estupro e estupro de vulnerável cresceu 8,2% em relação ao ano de 2021 e chegou a 36,9 casos para cada grupo de 100 mil habitantes. Os dados indicam 18.110 vítimas de estupro em 2022, com crescimento de 7% em relação ao ano anterior, e 56.820 vítimas de estupro de vulnerável, com incremento de 8,6%. Desse total, 88,7% são do sexo feminino. Ainda assim, estima-se elevada taxa de subnotificação, com somente 8,5% dos estupros reportados às polícias e 4,2% notificados pelos sistemas de informação da saúde.

Portanto, não vivenciamos contexto no qual os registros de ocorrências superam os delitos efetivamente acontecidos, assim englobando grande número de "falsas acusações", como muitas vezes se quer fazer supor para descreditar a historicamente maltratada palavra feminina. Ao contrário, estamos diante de realidade em que as notícias de crimes deste jaez aos sistemas de justiça e proteção social mostram-se inferiores ao das infrações penais ocorridas. A propósito, em boa hora a Resolução de nº 492/2023 do CNJ, conhecida como "Protocolo para Julgamentos com Perspectiva de Gênero".

Dito isso, na hipótese ora perquirida, longe de se afirmar que são fantasiosas as declarações da vítima, a qual pode ter se retratado à sua mãe por um cem número de razões, conclui-se, tão somente, que a conexão do acusado com os delitos pelos quais foi denunciado no presente processo é demasiado frágil.

Após detida análise de todas as provas carreadas ao todo, o máximo a que se chega é a um juízo de probabilidade, não de certeza, em relação à materialidade e à autoria dos crimes.

Em breve: o que deu lastro à sentença condenatória questionada viu-se fulminado pela prova construída *a posteriori*.

Destarte, pelo meu voto, **rejeito as preliminares e, no mérito, dou provimento ao apelo defensivo** para absolver, com base no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, A.A. das imputações previstas no artigo 217-A, c.c o artigo 226, II, por centenas de vezes, na forma do artigo 71; no artigo 213, §1º, c.c. o artigo 226, II, por centenas de vezes, na forma do artigo 71; e no artigo 213, *caput*, c.c. os artigos 226, II, e 234-A, III, por centenas de vezes, na forma do artigo 71, todos do Código Penal, em concurso material, nos termos da fundamentação supra.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1504157- 90.2020.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante AN-

DERSON LEANDRO CONHE, 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. Sustentou oralmente o Ilmo. Defensor, Dr. Renato Francisco Sanches e usou a palavra o E", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.980)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente sem voto), EDISON BRANDÃO e ROBERTO PORTO.

São Paulo, 29 de agosto de 2023

CAMILO LÉLLIS, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVE (art. 129, §1º, I, do Código Penal) Pretendida absolvição por insuficiência probatória – Impossibilidade. Autoria e materialidade devidamente comprovadas por prova oral e documental colhidas durante a instrução. Palavra da vítima que foi ratificada por seguros elementos de convicção, notadamente por depoimento de testemunha presencial, bem como por laudos periciais. Validade. Ausência de interesse em prejudicar o acusado. Laudos de exame de corpo de delito que comprovam a gravidade das lesões. Legítima defesa alegada, mas não comprovada – Ônus da prova que incumbe à defesa. **Desclassificação para a modalidade culposa – Impossibilidade – Inegável o *animus laedendi*. Condenação mantida. Dosimetria – Redução das penas-base – Descabimento. Escorreita exacerbação das básicas. Observância ao princípio da individualização da pena. A ponderação das circunstâncias judiciais não é uma operação aritmética. Trata-se de exercício de discricionariedade vinculada do magistrado. Motivo fútil – Flagrante desproporção entre a causa e a conduta, fica mantido o motivo fútil como agravante genérica. Recurso desprovido.**

VOTO

Vistos.

A r. sentença de fls. 392/400 condenou o apelante **Anderson Leandro Conhe**, como incurso no art. 129, § 1º, I e II, c.c. art. 61, II, a, ambos do Código Penal, às penas de **02 anos e 04 meses de reclusão**, estabelecido o regime inicial **aberto**.

Inconformado, apela o réu, buscando a absolvição, ao argumento de insuficiência de provas. Subsidiariamente, pleiteia o reconhecimento da legítima defesa, ou a desclassificação para o crime de lesão corporal culposa ou, ainda, a fixação da pena no mínimo legal, afastada a circunstância agravante (fls. 432/448).

Contrariado o recurso (fls. 456/465, 468/475), subiram os autos, tendo o douto Procurador de Justiça, Dr. Ilson Roberto Severino Dias, opinado pelo desprovimento do apelo (fls.487/493).

É o relatório.

Narra a denúncia que:

"no dia 08 de agosto de 2020, por volta das 13h10min, na Avenida Antônio Carlos Costa, n.º 900, nesta cidade e comarca de Osasco, ANDERSON LEANDRO CONHE, qualificado às fls. 70/81, com fotografia à fl. 83, ofendeu a integridade corporal e a saúde da vítima Verônica Oliveira de Paula, ocasionando-lhe lesões corporais de natureza grave pela incapacidade para as atividades habituais por mais de 30 dias e pelo perigo de vida em razão das lesões internas decorrentes das fraturas, conforme laudos de exame de corpo de delito às fls. 35/36 e 61/63 (laudo complementar).

Segundo o apurado, o denunciado e sua esposa Pâmela estacionaram o veículo Citröen, placas FDC-7305, no estacionamento de uma farmácia ali existente. Em seguida, Gliecco e sua esposa, os quais ocupavam o veículo GM/Onix, placas QXD-3256, estacionaram atrás do veículo Citröen, enquanto aguardavam a liberação de uma vaga em um comércio um pouco à frente. Nesse momento, o denunciado realizou manobra visando retirar o veículo da vaga, mas percebeu que isso não seria possível devido ao automóvel GM/Onix estar logo atrás. Diante disso, buzinou algumas vezes para que Gliecco, o motorista, liberasse a vaga, o que foi feito.

Entretanto, Gliecco desembarcou do automóvel e desferiu um soco contra o veículo Citröen, iniciando-se, então, um entrevero entre ele e o denunciado, com troca de agressões. Nesse momento, a vítima Verônica

Acesso ao Sumário

tentou separá-los, mas acabou sendo atingida com um soco desferido pelo increpado. Em seguida, o denunciado pegou um pedaço de paralelepípedo, pesando 5kg (vide laudo pericial às fls. 56/60), e o arremessou em direção à ofendida, que foi atingida no rosto e perdeu a consciência por alguns segundos.

A testemunha Nathalia, que estava próxima ao local, quando os fatos ocorreram, presenciou o momento em que o denunciado arremessou a pedra que feriu a vítima, bem como, juntamente com populares, auxiliou na contenção do increpado, o qual ainda se mostrava bastante agressivo e querendo partir para cima do casal.

Em virtude das agressões praticadas pelo denunciado, a vítima sofreu as lesões corporais de natureza grave descritas nos laudos de exame de corpo de delito às fls. 35/36 e 61/63 (laudo complementar) (fls. 90/92).

Pois bem.

Em que pese a irresignação externada pela defesa do acusado, a condenação era mesmo medida de rigor.

Isso porque a materialidade delitiva encontra-se consubstanciada, no boletim de ocorrência (fls. 4/8), auto de exibição e apreensão (fls. 9), receituário (fls. 15/16), laudo de lesão corporal do apelante (fls. 31/32), laudo de lesão corporal da testemunha Gliecco (fls. 33/34), laudo de lesão corporal da vítima (fls. 35/36), relatório fotográfico (fls. 37/46), laudo pericial da pedra (fls. 56/60), laudo de lesão corporal complementar da vítima (fls. 61/63), laudo do veículo (fls. 66/69), fotografias (fls. 127/138), tomografias computadorizadas (fls. 139/149), ressonância (fls. 150/155), receituário (fls. 156), ficha de atendimento ambulatorial (fls. 157), receita médica (fls. 167), diagnóstico (fls. 169), laudo do veículo (fls. 280/284) e prova oral.

A autoria, por seu turno, também é insofismável.

Na fase inquisitiva, o apelante alegou que, no dia dos fatos, conduzia o veículo Citroen /C4, placas FDC 7305 e sua esposa Pamela estava como passageira. Saia da farmácia com seu veículo, quando sua passagem foi bloqueada pelo veículo de Glieco. Buzinou duas vezes para alertá-lo, mas ele não saiu. Minutos depois, Glieco desobstruiu a passagem e então pode sair com seu veículo. Ocorre que, assim que estacionou, Glieco veio em direção ao seu veículo, desferindo um soco, com o objetivo de acertar o vidro da porta do passageiro. Como acelerou, Glieco conseguiu acertar a lateral traseira direita de seu veículo. Parou e percebeu Glieco vindo em direção ao seu veículo. Acelerou novamente. Logo a frente, estacionou o veículo e sua esposa desembarcou para conversar com Glieco a fim de saber o motivo de ele ter desferido um soco em seu veículo. Glieco levantou os dois braços e estufou o peito, demonstrando que iria

Acesso ao Sumário

agredir Pamela. Desceu do veículo em defesa da esposa. Ambos entraram em luta corporal e Glieco conseguiu derrubá-lo ao chão. Glieco foi para cima do interrogando e demonstrou nitidamente que iria agredi-lo fisicamente com um chute em sua cabeça e Pâmela interveio e ficou entre os dois. Glieco fez um movimento para trás com a cabeça e acabou atingindo o rosto da esposa dele, Veronica. Mesmo caído e indefeso, percebeu que seria agredido por Glieco, oportunidade que pegou uma pedra que estava na via e a colocou como escudo na sua frente para se defender de algum golpe. Glieco acabou dando um soco em seu braço, fazendo a pedra ser arremessada contra o veículo dele. Afirma que em nenhum momento jogou seu veículo contra Glieco, nem mesmo o atingiu com uma voadora. Apenas se defendeu de uma injusta agressão. Não arremessou a pedra contra o casal. A pedra foi arremessada acidentalmente contra o veículo de Glieco. Reafirma que Veronica foi lesionada em razão da cabeçada recebida por Glieco. Não tentou se evadir do local, tanto que foi sua esposa quem acionou a polícia (fls. 70/71).

Em juízo, **Anderson** alegou que pegou a pedra apenas para se defender. Negou ter arremessado a pedra. Teve um entrevero com Glieco, em razão do trânsito. Ao sair da farmácia, Glieco veio em direção ao seu veículo para dar um soco no vidro. Acelerou e Glieco acertou soco na parte traseira do veículo. Parou seu veículo mais à frente e notou que Glieco estava andando em sua direção. Sua esposa pediu para que parasse e desembarcou do carro, oportunidade em que Glieco veio para cima de sua esposa gesticulando, com os braços erguidos. Com medo da esposa ser agredida, desceu do carro e empurrou Glieco para a calçada. Entraram em luta corporal. Glieco conseguiu derrubá-lo. Caiu entre a calçada e a guia, oportunidade em que bateu a mão no paralelepípedo. Ao notar que Glieco iria lhe desferir um chute, pegou o paralelepípedo para se defender. Nesse momento, sua esposa entrou na frente do Glieco. Quando conseguiu se levantar, a esposa do Glieco veio por trás, tentando tirar Glieco da briga. Quando se levantou, passou o paralelepípedo para a mão direita. Em seguida, sentiu uma pancada no braço e a pedra voou. Não sabe dizer se foi Glieco ou a esposa que bateu em seu braço, oportunidade em que a pedra voou e caiu sobre o capô do veículo. O paralelepípedo não acertou o rosto da vítima. Glieco bateu a parte de trás da cabeça dele no rosto da vítima, que o segurava por trás, tentado tirá-lo da briga. Glieco não caiu no chão. Glieco permaneceu entre as esposas. Não sabe dizer o motivo de sua esposa não prestar depoimento (mídia digital).

Em que pese a versão apresentada pelo apelante, a prova acusatória demonstra a autoria delitiva.

Vejamos.

A vítima Verônica, em juízo, declarou que estava com o marido e as filhas. O marido estava aguardando vaga para estacionar. O carro de **Anderson**

Acesso ao Sumário

encontrava-se parado na farmácia. Ele desceu do carro buzinando, dizendo que queria sair. Pedimos para esperar a vaga. Assim que a vaga foi liberada, o marido estacionou e, na sequência, **Anderson** jogou o carro na frente do marido. O marido bateu com a mão no carro para se proteger e indagou o motivo daquela atitude. **Anderson** e o esposo entraram em luta corporal. **Anderson** atingiu o marido com um chute no peito. Mesmo com o esposo caído no chão, **Anderson** arremessou uma pedra contra a cabeça dele. O marido se protegeu. Nessa oportunidade, para defender o esposo, que estava no chão, desceu do veículo. Nesse momento, **Anderson** arremessou a pedra contra o seu rosto. Atingida, caiu ao chão e ficou muito confusa. Quando viu o sangue, recordou-se da briga. Recorda-se de pessoas gritando: *pega ele, pega ele*. As filhas choravam. A testemunha Nathalia socorreu as filhas. Havia várias pessoas na rua. A polícia e o resgate foram avisados. Foi socorrida. Teve fratura na face, local onde foram colocados 7 placas e 14 pinos. Sua boca está travada para mordidas. Possui dores constantes (mídia digital).

E os relatos da vítima, em linhas gerais, estão amparados no depoimento da testemunha presencial.

Nesse passo, a testemunha Nathalia, em juízo, contou que se encontrava no interior da loja e ouviu gritos. Do interior da loja, viu os dois brigando. Saiu para fora. Viu Glieco no chão, do lado esquerdo. A vítima saiu do veículo para separar a briga e presenciou o momento em que o apelante jogou uma pedra em direção a Veronica, que após atingir o rosto dela, "quicou" no carro. **Anderson** estava bem agressivo. Não sabe dizer a distância entre **Anderson** e Veronica. **Anderson** estava acompanhado da esposa. Não sabe dizer quem cedeu a cadeiras e as toalhas. Tem uma foto da pedra. Não quis depor na presença do apelante, em razão de sentir-se ameaçada. O advogado Rafael compareceu à loja, dizendo para que Amanda assinasse uma declaração afirmando que não havia presenciado os fatos e que seu depoimento era falso. (mídia digital)

Mas não é só

Acesso ao Sumário

A testemunha Glieco, em juízo, asseverou que recorda-se que esperava uma pessoa sair de uma vaga a fim de poder estacionar seu veículo, na farmácia, oportunidade em que **Anderson** ingressou no veículo dele e começou a buzinar. Ele buzinava sem parar e foi descendo o veículo com a intenção de encostar no seu carro. Solicitou que **Anderson** aguardasse um pouquinho, pois estava esperando a pessoa sair da vaga. Estacionou seu veículo. Ao sair do carro, **Anderson** estava xingando, muito bravo, no interior do veículo. Falou para ele: *o que foi? Vai embora. Já não saiu. Já não tirei o carro aqui? Vai embora.* Nesse momento, ele acelerou o carro em sua direção. Com medo de ser atropelado, ao desviar, deu um soco no veículo de **Anderson**. A esposa de **Anderson** então desceu do carro, gritando em razão de eu ter dado um soco no carro. Indagou

a **Anderson** o porquê fazer isso? Disse que ficou parado atrás do veículo dele apenas *um segundo*. Nesse momento, **Anderson** deu um chute em seu peito. Deu dois passos para trás, mas ele tentava lhe desferir tapas. Entraram em luta corporal e dois caíram ao chão. Em determinado momento, sentiu uma pancada na cabeça e posteriormente, soube que era uma pedra. Ao levantar-se viu que a esposa estava no chão, sangrando. As pessoas que estavam próximas, disseram que **Anderson** tinha atingido sua esposa e apontaram o local para onde ele havia se dirigido. A esposa dele havia retirado a chave do carro e disse que **Anderson** somente sairia do local após a chegada da polícia, que ela estava cansada de tanta briga. Várias pessoas disseram que a esposa foi atingida por uma pedrada desferida por **Anderson**. (mídia digital)

A testemunha Douglas, policial militar, em juízo, relatou que não presenciou os fatos. Ao chegar ao local, soube que houve briga corporal, em razão de trânsito, e deparou-se com uma das esposas ferida no rosto por uma pedra, tipo paralelepípedo. Tomou conhecimento de que o apelante queria bater no Glieco e acabou por atingir a esposa. Havia alguns populares, no local. Uma pessoa, que não se recorda o nome e que presenciou os fatos foi levada à delegacia de polícia. As partes estavam agitadas (mídia digital).

A testemunha Luana, em juízo, disse que não presenciou os fatos. Chegou ao local, no mesmo instante em que os policiais. É prima de Pamela, esposa de **Anderson**. Viu a vítima sentada na cadeira e **Anderson** do outro lado da rua, calmo. O marido da vítima estava um pouco mais afastado e agitado, falando ao telefone. Na delegacia de polícia, viu que o marido da vítima levou uma testemunha e ouviu tal pessoa dizer, em conversa telefônica, não saber o motivo de estar na delegacia de polícia, pois havia chegado no local após o ocorrido. Pamela, esposa do apelante, acionou a polícia (mídia digital).

A prova oral restou plenamente ajustada a outros elementos de convicção, notadamente aos laudos de exames de corpo de delito, que comprovam a extensão e gravidade das lesões sofridas pela ofendida, por agente contundente as quais lhe causaram incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias (fls. 35/36, 61/63).

> *"hematoma periorbitário esquerdo, afundmento do osso zigomático, ferimento corto-contuso suturado em região periorbitária esquerda" (...) fratura cominutiva no assoalho da órbita esquerda, com herniação do conteúdo gorduroso e aparente acometimento do músculo reto inferior; fratura da parede lateral da órbita; fratura cominutiva do arco zigomático esquerdo; fratura do osso temporal à esquerda com acometimento de algumas células da mastóide e da articulação temporomandibular."* (fls. 36).

Acesso ao Sumário

"concluo que o periciando apresenta lesões corporais de natureza GRAVE pela incapacidade para as atividades habituais por mais de 30 dias pelo perigo de vida ocasionado pelas lesões internas ocasionadas pelas fraturas já referidas" (fls. 62).

Registre-se que a vítima passou por cirurgia e a fixação das fraturas foi realizada através de placas e parafusos e, como consta do relatório médico, acostado aos autos às fls. 201/202:

"A paciente acima citada procurou o Pronto Socorro do Hospital Cruzeiro do Sul vítima de agressão em face.

Ao exame clínico e imagem pode ser verificar fratura cominuta de terço lateral da face zigomático, malar, orbita lado esquerdo.

Devido a intensidade do trauma foi proposto a internação e redução das fraturas com material de titânio para contenção e estabilização dos cotos ósseos.

Após a alta foi orientada a seguir no ambulatório da Buco Maxilo para acompanhamento e preservação.

O processo nos mostrou de boa evolução sem um quadro de complicações infecciosas.

Porém devido a intensidade do trauma, houve uma perda da motricidade do corrugador do musculo frontal e sobrancelha do lado esquerdo em razão da ruptura do ramo frontal do nervo facial e em consequência uma assimetria facial. Este dano obrigou a uma fisioterapia por um longo tempo e a perda nos mostrou definitiva, devido a perda da condução do nervo facial"

Saliente-se que o exame de corpo de delito de Glieco, marido da vítima, atesta a presença de *escoriação em crânio em região parietal à esquerda medindo 3cm por 1cm*, provocada por *agente contundente* (fls. 34).

Acesso ao Sumário

Assim, da análise da prova coligida, é possível extrair, com a segurança necessária que a condenação exige, elementos suficientes para comprovar a responsabilidade penal do acusado pelos fatos narrados na denúncia.

Com efeito, a vítima narrou os fatos de maneira clara e cadenciada. A testemunha presencial Nathalia foi categórica em afirmar que **Anderson** foi o autor das agressões contra Verônica; ele, por seu turno, embora tenham tentado minimizar os fatos, confirma ter se desentendido com o esposo da vítima, no dia e local dos fatos, entraram em luta corporal e quis fazer crer que não atingiu a vítima com o paralelepípedo, alegando que a vítima fora atingida por seu próprio marido.

Aliás, importa salientar que cabia a defesa, nos termos do art. 156, do Código de Processo Penal, demonstrar a versão apresentada pelo apelante.

Também, cabia à defesa demonstrar a presença dos elementos da excludente de ilicitude da legítima defesa. Entretanto, como se vê, não se desincumbiu desse ônus. Não vale, com efeito, a mera alegação, sendo de rigor a cabal demonstração da legítima defesa.

A propósito do tema:

"Anota-se que tal dirimente, para ser reconhecida, deve aflorar estreme de dúvida e, nesse diapasão, o ônus da prova incumbe àquele que a invoca. Nesse passo, caberia ao réu, ora apelante, demonstrar que agiu em legítima defesa, coisa que não ocorreu na espécie, sendo, por conseguinte, insuficiente a simples alegação que agiu impelido pelo manto da excludente, vez que a escusa foi fragorosamente desmentida pela prova oral coligida" (Ap. nº 0126836-72.2010.8.26.0000, Rel. Euvaldo Chaib, j. em 28.02.2012).

Como se sabe, a aludida excludente de ilicitude somente ocorre quando o sujeito age na intenção de proteger direito seu ou alheio, em casos de excepcional urgência, em face de agressão injusta, atual ou iminente, através da utilização de meios moderados que implica a exata proporção entre o possível ataque e o revide.

Assim sendo, ainda que tenha ocorrido prévia discussão entre a esposa da vítima e **Anderson**, os relatos da vítima estão amparados no depoimento da testemunha Nathalia e nos demais documentos acostados aos autos, não havendo, portanto, motivo para retirar-lhe a credibilidade.

Por fim, como consignado na manifestação do ilustre promotor de Justiça que oficia nos autos, *"a conclusão do laudo de fls. 320/326, no sentido de as amostras colhidas do paralelepípedo terem apresentado resultado negativo para sangue humano, em nada enfraquece o conjunto probatório coligido em desfavor do acusado, mormente porque não se descartou a possibilidade de material epitelial em aludido objeto. Além do mais, não há qualquer dúvida, mormente ante a gravidade das lesões ocasionadas à vítima, acerca de que esta fora atingida com o paralelepípedo, o que, no mais, foi confirmado pela testemunha Nathalia, que presenciou o réu agredir a ofendida com tal objeto."* (fls. 375).

Noutro viés, também não é caso de reconhecimento da modalidade culposa. Ora, diante da prova coligida, não há que se falar em ausência de dolo, porquanto restou claramente comprovada nos autos a tipificação do delito previsto no art. 129, § 1º, do Código Penal.

Acesso ao Sumário

Não se pode excluir o dolo da conduta do apelante, ainda que eventual e, por consequência, desclassificá-la para a modalidade culposa, eis que restou inegável o *animus laedendi*, estando correta, portanto, a punição do acusado pelo crime de lesão corporal dolosa de natureza grave.

Condenação, portanto, irreparável.

Passa-se, assim, à análise das reprimendas.

Escorreita a exacerbação das básicas, cuidando-se a solução adotada pelo juízo *a quo* de estreita observância ao princípio da individualização da pena.

No ponto, trago à baila brilhante ensinamento de Guilherme de Souza Nucci, em seu Código Penal comentado, sobre a política da pena mínima:

> *"Tem sido hábito de vários juízes brasileiros, de qualquer grau de jurisdição, optar, quase sempre, pela aplicação da pena mínima aos acusados em julgamento. Desprezam-se, em verdade, os riquíssimos elementos e critérios dados pela lei penal para escolher, dentre o mínimo e o máximo cominados para cada infração penal, a pena ideal e concreta para cada réu (...). A padronização da pena é contrária à individualização, de modo que é preciso alterar essa conduta ainda predominante (...). Justifica-se, portanto, o aumento da pena-base, em atenção à culpabilidade do acusado e às circunstâncias em que delinquiu, quando menos para não assimilar hipóteses distintas a situações rotineiras, como se não apresentassem uma gravidade específica, peculiar e inconfundível com modestas vulnerações à ordem pública (...). Com a indiscriminada imposição das penas mínimas, vem se tratando de modo igual situações completamente distintas, de sorte a que, na prática, não se notem diferenças sensíveis na punição (...). Essa tendência encerra, em verdade, dupla injustiça. A mais evidente é com a própria sociedade, pois devendo a sentença refletir no castigo o senso de justiça das pessoas de bem, não atende a tão elevado propósito essa praxe de relegar a plano subalterno os critérios legais de fixação da pena, preordenados a torná-la necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime". (Código Penal comentado, 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.395/396).*

Registre-se que as oito circunstâncias elencadas no art. 59 do Código Penal são parâmetros para que o juiz fixe a reprimenda visando a necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do crime em concreto. Dessa forma, se dentre todas essas oitos circunstâncias uma não for favorável, não há motivos para que se aplique a pena em seu patamar mínimo, pelo contrário, dever ser observado o princípio da proporcionalidade.

Nesse sentido:

Acesso ao Sumário

"O Juiz tem poder discricionário para fixar a pena-base dentro dos limites legais, mas este poder não é arbitrário, porque o caput do art. 59 do Código Penal estabelece um rol de oito circunstâncias judiciais que devem orientar a individualização da pena-base, de sorte que, quando todos os critérios são favoráveis ao réu, a pena deve ser aplicada no mínimo cominado; entretanto, basta que um deles não seja favorável para que a pena não mais possa ficar no patamar mínimo." (HC 76.196/GO, rel. Min. Maurício Correa, 2ª Turma, 29/09/1998).

Inquestionavelmente, cada delito possui uma peculiaridade própria, assim como cada agente carrega consigo condições pessoais que lhe são inerentes, o que obsta, assim, uma "padronização" da pena, sob pena de se ofender um dos basilares e preciosos mandamentos constitucionais, isto é, a individualização da pena.

Daí exsurge a necessidade de dosar a sanção em vista das circunstâncias do caso em concreto. A individualização da pena está intrinsicamente ligada ao princípio da isonomia, e prova disto é o legislador ter inserido no ordenamento jurídico o art. 59 do Código Penal. Fixar a sanção sempre no mínimo, em todos os casos, implicaria em grave violação à igualdade, na medida em que pessoas em situações distintas seriam tratadas de modo idêntico. Aliás, essa é uma das razões de o preceito secundário dos tipos não estabelecer uma pena única, e sim uma que possa ser determinável, observando-se um patamar mínimo e um máximo para aquele referido delito.

E, no que tange a aferição do *quantum* a ser estabelecido, oportuno consignar que a ponderação das circunstâncias judiciais não é uma operação aritmética, em que se emprega pesos absolutos a cada uma delas, a serem extraídos de cálculo matemático, levando-se em conta as penas máxima e mínima cominadas ao delito cometido.

Trata-se, em verdade, de um exercício de discricionariedade vinculada, que impõe ao magistrado apontar, motivadamente, os fundamentos da consideração negativa, positiva ou neutra das circunstâncias judiciais e, dentro disso, eleger a reprimenda que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato-crime praticado.

Confira-se:

"HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. IMPETRAÇÃO ANTERIOR À MODIFICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DESTA CORTE. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE ORDEM DE OFÍCIO. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. ALEGAÇÃO DE FLAGRANTE ILEGALIDADE NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE (ART. 59 DO CÓDIGO PENAL). INOCORRÊNCIA. PROPORCIONALI-

Acesso ao Sumário

DADE E FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. AUSÊNCIA DE PERÍCIA CONSTATANDO A QUALIFICADORA DO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. FLAGRANTE ILEGALIDADE CONSTATADA. AFASTAMENTO. REDUÇÃO DA PENA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1 (...). 2. A fixação da pena-base, com fulcro nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, não obedece a critério objetivo ou matemático, sendo conferido certo grau de discricionariedade ao julgador na valoração desses elementos, respeitando-se os princípios da proporcionalidade e razoabilidade e considerando as circunstâncias concretas do caso. Precedentes. 3. (...). 4. Habeas corpus não conhecido. Ordem parcialmente concedida, de ofício, para retirar a qualificadora de rompimento de obstáculo e, consequentemente, reduzir a pena, nos termos do voto" (HC 219.953/MS, Relatora Ministra REGINA HELENA COSTA, QUINTA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJE 21/10/2013).

Pois bem, no caso presente, como consignado na sentença recorrida, as consequências do crime extrapolam, em muito, o necessário para o aperfeiçoamento do delito. A vítima teve fratura na face, passou por cirurgia para a colocação de 7 placas e 14 pinos, sendo certo que persiste com sequelas decorrentes da pedrada desferida pelo apelante.

Na segunda fase, devidamente demonstrado o motivo fútil.

O fato de o esposo da vítima ter parado seu carro, por alguns segundos, atrás do veículo do apelante, não se mostra suscetível de desencadear tamanha fúria do apelante.

Destarte, flagrante desproporção entre a causa e a conduta, fica mantido o motivo fútil como agravante genérica.

A respeito do tema, precedente do Superior Tribunal de Justiça: "Como é sabido, fútil é o motivo insignificante, apresentando desproporção entre o crime e sua causa moral. Dessa forma, configura motivo fútil o fato de o crime ter sido cometido em virtude de uma simples colisão de trânsito". (AgRg no AREsp 152.705/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, DJe 09/05/2013).

Fixado o regime inicial aberto, não comporta alteração.

Enfim, reafirma-se integralmente a r. sentença ora hostilizada.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento ao recurso.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501242-85.2022.8.26.0603, da Comarca de Araçatuba, em que é apelante GUSTAVO CAVALARI DE GODOY DOS ANJOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Afastaram as preliminares e DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de Gustavo Cavalary de Godoy dos Anjos, para reduzir suas penas para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor unitário mínimo, bem como substituir a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo prazo da pena corporal, e por 10 (dez) dias-multa, sem prejuízo da multa anteriormente imposta, e fixar o regime inicial aberto, em caso de reconversão. Mantiveram, no mais, a r. sentença. V.U. Compareceu o advogado, dr. Walter Correia Tonchis.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.713)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente sem voto), LAERTE MARRONE e FRANCISCO ORLANDO.

São Paulo, 4 de setembro de 2023

LUIZ FERNANDO VAGGIONE, Relator

Ementa: Apelação. Tráfico de drogas. Ilicitude da apreensão das drogas em razão da autorização de busca e apreensão com fundamento exclusivo em denúncia anônima. Meio de obtenção de prova autorizado após a consideração de investigação complementar realizada no local. Ausência de irregularidade. Preliminar rejeitada. Materialidade e autoria comprovadas. Prova segura. Impossibilidade. Dosimetria. Aplicação do redutor previsto no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006. Possibilidade. Redução da pena na fração de 2/3. Fixação do regime aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito e multa. Recurso provido em parte.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Ao relatório da r. sentença de fls. 281/290, que passa a integrar a presente decisão, acrescenta-se que **Gustavo Cavalary de Godoy dos Anjos** foi condenado às penas de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, de valor unitário no mínimo, como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, sendo-lhe indeferido o direito de recorrer em liberdade.

Inconformado, o acusado sustenta preliminarmente a nulidade da busca e apreensão realizada, fundamentada em denúncia anônima e em razão de abuso policial, uma vez que foi realizada a entrada forçada na residência. No mérito, busca a absolvição por ausência de provas da materialidade.

Subsidiariamente, pleiteia a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei Antidrogas, a fixação do regime aberto ou semiaberto (fls. 344/348).

Contra-arrazoado o apelo (fls. 359/367), foi oferecido o r. parecer pela Procuradoria Geral de Justiça (fls. 377/383), no qual ela se manifestou pelo improvimento do recurso.

A douta defesa manifestou oposição ao julgamento virtual e o interesse na sustentação oral (fl. 386)

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso interposto.

Não se há falar em nulidade das provas obtidas na fase de investigações em razão de violação de domicílio.

Destaco que a entrada no imóvel ocorreu mediante **autorização judicial** prévia para realização de **busca e apreensão** no local, inclusive contemplando a possibilidade de arrombamento para efetivação da medida. Aponto, ainda, que a mencionada autorização considerou os elementos descritos no relatório de diligências (fl. 02 do apenso), que indicou o recebimento de informações pela Polícia Civil no sentido de que o réu armazenava drogas na residência e a realização de **investigação preliminar** no local para averiguação dessas informações.

Dessa forma, observa-se que a decisão que determinou a busca e apreensão não foi fundamentada exclusivamente em denúncia anônima como afirma o acusado, mas sim em informações concretas acerca da possível prática do tráfico de drogas no local. Vê-se, na verdade, que as informações provenientes de fonte anônima justificaram as investigações complementares do local, que, por sua vez, ampararam o posterior pedido de autorização da busca domiciliar.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. NULIDADE. BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR MEDIANTE ORDEM JUDICIAL. DENÚNCIA ANÔNIMA. CORROBORADA POR DILIGÊNCIAS POLICIAIS PRÉVIAS. ORDEM JUDICIAL FUNDAMENTADA E PAUTADA EM ELEMENTOS CONCRETOS. NULIDADE DA PROVA PERICIAL. QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA. INOCORRÊNCIA. EXTRAÇÃO DOS DADOS POR CORPO TÉCNICO POLICIAL - NOS TERMOS DO MANDADO AUTORIZADOR. SÚMULA 182/STJ. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. OFENSA NÃO CONFIGURADA. AGRAVO DESPROVIDO. I - O RISTJ, no seu art. 34, XX, dispõe que o Relator pode decidir monocraticamente não conhecer de habeas corpus quando contrário à jurisprudência dominante acerca do tema. II - A Corte Especial deste eg. Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula n. 568, segundo a qual "O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema.". III - A decisão monocrática proferida por Relator não afronta o princípio da colegialidade, sendo certo que a possibilidade de interposição de agravo regimental contra a respectiva decisão, como ocorre na espécie, permite que a matéria seja apreciada pela Turma, afastando eventual vício. IV - No mais, nos termos da jurisprudência consolidada nesta eg. Corte, cumpre ao agravante impugnar especificamente os fundamentos estabelecidos na decisão agravada. V - Conforme assentado na decisão recorrida, a expedição de ordem judicial de busca e apreensão se deu mediante denúncia anônima e diligências complementares policiais prévias no local, inclusive, com a oitiva de vizinhos que confirmaram os fatos. Não há, pois, falar em invasão de domicílio ou em qualquer outra ilegalidade. VI - In casu, como se observou, a apreensão de material ilícito no domicílio do corréu (que trouxe os indícios de autoria contra o ora agravante) ocorreu com esteio em uma ordem judicial de busca e apreensão, e não de forma aleatória. Ademais, o mandado foi expedido sob fundamentação concreta e cumprido em horário forense, como relatado pela origem. VII - Com efeito, a jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que a cadeia de custódia consiste no caminho idôneo a ser percorrido pela prova até sua análise pelo expert, de modo que a ocorrência de qualquer interferência indevida durante sua tramitação probatória pode resultar em sua imprestabilidade para o processo de referência. VIII - No caso concreto, não houve comprovação pela d. Defesa de qualquer circunstância capaz de sugerir a adulteração da prova, ou mesmo a interferência indevida em seu caminho, capaz de invalidá-la. De qualquer forma, mesmo que assim

Acesso ao Sumário

o fosse, "Não se trata (...) de nulidade processual, senão de uma questão relacionada à eficácia da prova, a ser vista em cada caso. Não é o que se tem no caso dos autos, em que não houve comprovação por parte da defesa acerca de qualquer adulteração no iter probatório" (AgRg no HC 665.948/MS, Sexta Turma, Rel. Min. Olindo Menezes, Des. Convocado do TRF da 1ª Região, DJe de 30/8/2021). IX - Ainda, a eg. Corte de origem explicou que a prova foi efetivamente extraída e analisada por corpo técnico policial: "(...) as imagens capturadas analisadas pelo Núcleo Audiovisual da Delegacia de Homicídios da Capital. Os Inspetores de Polícia E M F e L F de S prestaram o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo, na falta de perito oficial, apondo ao documento juntado às fls. 77/152 suas respectivas assinaturas. Posteriormente, o aparelho celular foi encaminhado ao Instituto de Criminalística Carlos Éboli - ICCE, com a finalidade de que fossem pesquisadas e listadas todas as ligações efetuadas, recebidas e/ou não atendidas do aparelho examinado, bem como 'o conteúdo da agenda eletrônica e o número da linha do aparelho examinado'. Estando todo o procedimento de impressão e análise das imagens do aparelho celular devidamente alicerçado em mandado judicial autorizador, sendo a colheita do material realizada por equipe técnica da Delegacia de Homicídios, e estando demonstrada a história cronológica do vestígio coletado, vale dizer, do celular apreendido, não se verifica a alegada quebra da cadeia de custódia. Portanto, rejeitam-se todas as preliminares suscitadas (...)" (fl. 78). X - Assim, não se constatou nenhuma flagrante ilegalidade de plano. Importante então esclarecer a impossibilidade de se percorrer todo o acervo fático-probatório nesta via estreita do writ, como forma de desconstituir as conclusões das instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos e provas, providência inviável de ser realizada dentro dos estreitos limites do habeas corpus, que não admite dilação probatória e o aprofundado exame do acervo da ação penal. XI - Por fim, os argumentos atraem a Súmula n. 182 desta Corte Superior. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 764.760/RJ, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 6/3/2023, DJe de 14/3/2023.).

Ressalto, ainda, que o rompimento da porta de entrada do imóvel ocorreu diante do não atendimento aos policiais pelos moradores, situação que, como já indicado acima, fora contemplada na autorização judicial em atenção ao artigo 245, § 2º, do Código de Processo Penal, que autoriza a entrada foçada diante de desobediência.

Assim, não se constata violação de domicílio ou irregularidade na busca a e apreensão, que culminou na apreensão da droga após indicação de sua loca-

Acesso ao Sumário

lização pelo réu, ficando indeferidas as alegações de nulidade da apreensão da substância.

Passo à análise do mérito:

Segundo a denúncia:

"O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, pelo Promotor de Justiça que esta subscreve, nos termos do artigo 41 do Código de Processo Penal, vem respeitosamente perante Vossa Excelência, com lastro no incluso inquérito policial procedimento iniciado por auto de prisão em flagrante , promover ação penal pública contra GUSTAVO CAVALARI DE GODOY DOS ANJOS, qualificado a fls. 7/8, 27 e 31/35, porque este, no dia 18 de agosto de 2022, por volta das 6h, na Avenida Rafael Manareli, 1186, Conjunto Habitacional Ezequiel Barbosa, nesta cidade, tinha em depósito, sem autorização legal ou regulamentar, para fins de tráfico, **9,09 gramas de Benzoilmetilecgonina (distribuídos em 22 porções), substância entorpecente vulgarmente conhecida por cocaína**, capaz de causar dependências física e/ou psíquica, conforme laudo de constatação prévia (fls. 39/41) e laudo de exame químico-toxicológico (fls.95/97)."

A materialidade do crime de tráfico de drogas é atestada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 01/02), pelo boletim de ocorrência (fls. 11/15), pelo auto de exibição e apreensão (fls. 21/22), pelo auto de constatação provisória (fls. 40/41), laudos de perícias realizadas nos celulares apreendidos (fls. 206/219) e laudos dos exames químico-toxicológico (fls. 95/97 e 98/100) e pela prova oral colhida.

O peso líquido da substância apreendida foi indicado no laudo do exame químico-toxicológico: **9,09 gramas de cocaína**.

A autoria também é certa.

A prova foi assim considerada na r. sentença:

"(...) A testemunha Edson Luis Rodrigues, policial civil, afirmou que tinha a informação de que o réu praticava o crime de tráfico de drogas. A informação era no sentido de que Reinaldo Brandão havia sido preso e o réu e seus familiares assumiram o tráfico de drogas nos pontos de tráfico de Reinaldo Brandão. No dia dos fatos foram dar cumprimento ao mandado de busca e apreensão. Na porta da residência, ninguém apareceu para abrir a porta, sendo necessário o arrombamento. O réu estava na residência. Foram localizadas uma balança e rolo de plástico filme na cozinha da casa do réu. O aparelho celular do réu foi localizado e apreendido. No celular do réu havia foto tirada naquela madrugada. A foto era do réu segurando drogas. Foi apreendida a

Acesso ao Sumário

quantia de cinquenta reais. O réu acabou admitindo a prática do crime de tráfico de drogas. O réu disse que os cinquenta reais eram provenientes do tráfico. O próprio réu indicou onde tinha escondido as drogas, que era num veículo abandonado (VW Variant, vermelha) que estava em frente a casa do réu. Então, os policiais localizaram no para-choque do veículo indicado pelo réu, vinte e uma porções pequenas de crack e mais uma porção grande de crack. O réu admitiu a propriedade das drogas e afirmou que vendia cada porção pequena de droga por dez reais e a porção grande por cinquenta reais. No celular do réu havia conversas sobre tráfico de drogas.".

"O policial civil Wagner Adriano Gomes relatou que um indivíduo chamado Reinaldo Brandão havia sido preso por tráfico de drogas. Depois, chegou a informação de que o réu Gustavo havia assumido o tráfico no lugar de Reinaldo Brandão. No dia dos fatos foram cumprir mandado de busca na casa do réu. Chamaram pelos moradores e não foram atendidos, sendo necessário o arrombamento. Na residência do réu foram localizadas uma balança de precisão e rolo de plástico, na cozinha. Cinquenta reais em dinheiro e o aparelho celular do réu também foram apreendidos. No celular do réu havia conversas e fotos de drogas. Indagado, o réu confessou que praticava o tráfico. O réu indicou que as drogas estavam escondidas num veículo abandonado em frente a sua casa. Então, no local indicado pelo próprio réu (para-choque do veículo abandonado) foram encontradas 22 porções de cocaína em forma de crack.".

"A testemunha Amanda Cavalari, irmã do réu, afirmou que não presenciou a busca e apreensão. Disse que os policiais também entraram em seu salão de manicure. Relata que nunca viu seu irmão traficando. No seu salão havia uma balança, para pesar comida. Seu salão é bastante movimentado de clientes".

"Interrogado em juízo, o réu Gustavo Cavalari negou a prática do crime de tráfico de drogas. Disse que não estava na posse de droga e não é usuário de droga. Confirma que havia um veículo abandonado em frente a sua casa, uma Variant vermelha. Nega que tenha guardado droga em referido veículo. Relata que a balança era da sua irmã. Não se lembra de apreensão de balança em sua casa, só na casa de sua irmã. O veículo estava a uma distância de vinte metros de sua casa. Seu celular foi apreendido. Quando adolescente, já respondeu a dois processos por atos infracionais de tráfico de drogas. Na fase policial, na presença de Advogada, o réu falou que era o proprietário das drogas encontradas no veículo abandonado. Confirmou que indicou aos policiais o local onde as drogas estavam. Disse que era usuário de drogas (fls.7/8).".

Acesso ao Sumário

Os policiais civis ouvidos narraram de forma harmônica que receberam informações no sentido de que o apelante havia sucedido Reinaldo Brandão, traficante preso anteriormente, na realização do comércio ilícito e, após inves-

tigação, representaram pela realização de busca na residência do réu, a qual foi deferida.

No referido local, em cumprimento à decisão judicial, não foram atendidos, motivo pelo qual realizaram a entrada forçada na residência e surpreenderam o réu, que indicou que armazenava as porções de cocaína em um veículo e admitiu a propriedade da substância e sua destinação ao tráfico. Na mesma ocasião apreenderam uma balança de precisão com resquícios da droga.

Observa-se que interrogado pela autoridade policial, o apelante, na presença de sua advogada, admitiu a propriedade da droga apreendida, após indicar a sua localização. Negou, contudo, que a substância fosse destinada ao tráfico.

Acresça-se a mensagem capturada do celular apreendido, a reforçar a autoria do tráfico de drogas (fl. 28).

Destarte, diante desse conjunto probatório, amplamente comprovada a existência da infração penal e sua respectiva autoria, sobretudo diante da apreensão das drogas após indicação da localização pelo paciente. Ressalte-se, ainda, que a apreensão ocorreu após o recebimento de informações pelos policiais, que o apontavam o réu como responsável pelo comércio ilícito. Como consequência, a condenação pelo crime de tráfico de drogas era mesmo medida de rigor.

Além disso, destaco que o tráfico de drogas, na modalidade "ter em depósito", descrita na inicial, prescinde da prova da mercancia, bastando a demonstração de tal finalidade, a qual restou cabalmente comprovada nos autos pelos testemunhos já destacados.

Passo à análise das penas.

Na primeira fase, em atenção ao artigo 59 do Código Penal e artigo 42 da Lei nº 11.343/2006, a pena-base foi fixada no mínimo legal, em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, de valor unitário mínimo, permanecendo inalterada na segunda etapa diante da inexistência de circunstâncias atenuantes ou agravantes.

Na terceira etapa, o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 não foi aplicado com fundamento na existência de histórico de prática de atos infracionais equiparados ao tráfico de drogas (fls. 255 e 258/261).

Entretanto, respeitado o entendimento diverso, observo que a quantidade apreendida não se revela expressiva (**9,09 gramas de cocaína**). Além disso, embora o réu ostente dois atos infracionais análogos ao crime de tráfico de drogas (processos nº 0020911-15.2015.8.26.0032 e 0012690-38.2018.8.26.0032), ambos foram praticados respectivamente em 2015 e 2018, de sorte que não se verifica razoável proximidade com o fato apurado nestes autos, circunstância exigida pela jurisprudência do Col. Superior Tribunal de Justiça para justifica-

Acesso ao Sumário

ção da não aplicação do redutor.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. RECONHECIMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. POSSIBILIDADE. HISTÓRICO INFRACIONAL E PROCESSOS EM ANDAMENTO QUE NÃO CONSTITUEM ÓBICE À APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO. PRECEDENTES. REDUÇÃO APLICADA NA FRAÇÃO DE 2/3. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. NOVO CÁLCULO DOSIMÉTRICO OPERADO. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL PARA O INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. ATENDIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS EM LEI. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Nos termos do art. 33, § 4º, 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 organização criminosa. 2. A Terceira Seção desta Corte de Justiça, por ocasião do julgamento do EREsp n. 1.916.596/SP, na sessão de 8/9/2021, adotou o entendimento de que o histórico infracional pode ser considerado para afastar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, mediante fundamentação que aponte a existência de circunstâncias excepcionais, nas quais se verifique a gravidade de atos pretéritos, devidamente documentados nos autos, bem como a razoável proximidade temporal de tais atos com o crime em apuração, o que não ocorreu na espécie. 3. A Quinta Turma desta Corte, alinhando-se ao entendimento sufragado no Supremo Tribunal Federal, além de buscar nova pacificação no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, consignou que a causa de diminuição pelo tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, não pode ter sua aplicação afastada com fundamento em investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação do art. 5º, LIV, da Constituição Federal (RE 1.283.996 AgR, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 11/11/2020). (HC n. 644.284/ES, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 27/9/2021). 4. Desse modo, o fato de o agente possuir ação penal em andamento e histórico de atos infracionais, consoante discorrido pelas instâncias de origem, dissociado de outros elementos que demonstrem, de forma cabal, sua dedicação à

Acesso ao Sumário

atividade criminosa não é óbice legal ao reconhecimento do tráfico privilegiado. Ademais, a mera menção à quantidade das drogas apreendidas, não se mostra suficiente para, de forma isolada, concluir que o agente integra organização criminosa ou se dedica ao tráfico de forma habitual. Precedentes. 5. Novo cálculo da dosimetria da pena: na primeira fase, mantenho a pena-base em 5 anos de reclusão, e 500 dias-multa. Ausentes circunstâncias a serem sopesadas na segunda fase, conforme premissas estabelecidas na origem, aplico o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 na fração máxima de 2/3, razão pela qual, ausentes outras circunstâncias modificadoras, torno as reprimendas do paciente definitivas em 1 ano e 8 meses de reclusão, além de 166 dias-multa. 6. Considerada a nova quantidade de pena aplicada (1 ano e 8 meses de reclusão), bem como a análise favorável das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, fixo o regime inicial aberto ao paciente, conforme o art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e o art. 42, da Lei n. 11.343/2006. Por oportuno, também reputo atendidos os requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, nos termos do art. 44, do Código Penal. 7. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC n. 813.637/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 9/5/2023, DJe de 15/5/2023.).

Assim, considerando a quantidade de drogas apreendida, reduzo a pena em 2/3 (dois terços), perfazendo 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, de valor unitário mínimo.

Presentes os requisitos legais do artigo 44 do Código Penal, substitui-se a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, pelo prazo da pena substituída, e 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo unitário, sem prejuízo da multa anteriormente aplicada.

Em caso de reconversão, fixo o regime inicial aberto.

Ante o exposto, afastadas as preliminares, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso de **Gustavo Cavalary de Godoy dos Anjos**, para reduzir suas penas para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor unitário mínimo, bem como substituir a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo prazo da pena corporal, e por 10 (dez) dias-multa, sem prejuízo da multa anteriormente imposta, e fixar o regime inicial aberto, em caso de reconversão. Mantém-se, no mais, a r. sentença.

Comunique-se a presente decisão à Vara das Execuções Criminais.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500165-34.2019.8.26.0510, da Comarca de Rio Claro, em que é apelante M. DE L., é apelado M. P. DO E. DE S. P..

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.450)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO MAZINA MARTINS (Presidente sem voto), PAULO ROSSI e AMABLE LOPEZ SOTO.

São Paulo, 5 de setembro de 2023.

VICO MAÑAS, Relator

Ementa: 1. Estupro de vulnerável – Palavra da ofendida corroborada por testemunhos – Suficiência probatória – Inviável desclassificação para crime menos grave – Irrelevante a natureza dos atos libidinosos – Vítima ademais submetida a conjunções carnais e coitos anais – Tema 1121 do STJ.

2. Pena – Correta consideração das consequências do delito – **Elevação até módica, tendo em vista tentativa de suicídio.**

3. Majorante do art. 226, II, do CP – Caracterização – Réu padrasto da ofendida.

4. Continuidade delitiva – Configuração – Correta aplicação do aumento máximo – Vários abusos, cometidos dos 05 aos 14 anos da vítima.

5. Regime inicial – Fechado obrigatório pelo patamar da reprimenda.

Acesso ao Sumário

VOTO

M. de L. foi condenado pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Rio Claro a 21 (vinte e um) anos e 03 (três) meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 217-A, c.c. art. 226, II, por várias

vezes, na forma do art. 71, todos do Código Penal.

Inconformado, pretende a absolvição, sustentando insuficiência probatória. Subsidiariamente, requer desclassificação para infrações mais brandas.

Oferecidas as contrarrazões (fls. 408/414), a D. Procuradoria da Justiça opina pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

Segundo a denúncia, quando a enteada contava 05 anos, M. passou a alisar seu corpo após sentá-la no colo, progredindo nos toques e carícias ao longo do tempo. Certo dia, aos 08 anos da menina, o réu a impediu de atender a chamado de vizinha para brincar e, baixando seu short, submeteu-a a sexo anal.

Depois disso, M. estuprou a criança várias outras vezes, penetrando-a tanto no ânus quanto na vagina, bem como masturbando-a. Assim agia não só após a mulher haver se deitado, horário dos abusos iniciais, mas também de dia, aproveitando que a avó da vítima se encontrava acamada. Ademais invadia o banho da menina, para passar a mão em seu corpo e nele roçar.

A ofendida manteve segredo total sobre os molestamentos porque a mãe manifestava tristeza e temor da solidão. Aos 14 anos, durante discussão, enfim revelou que o padrasto com ela "mexia" "desde sempre". Ante o abalo emocional da genitora, limitou-se a dizer que o denunciado só a alisava. Depois disso saiu de casa.

Ao saber que M. partira, a menor voltou para o lar e ouviu da mãe que o réu atuara sob a possessão de "espírito ruim". Convencida a permitir o retorno do padrasto, inclusive por necessidades financeiras, algum tempo depois voltou a ser molestada. O apelante, mais presente devido a mudança no horário de trabalho, ora roçava no corpo da menor, ora se masturbava olhando para ela.

A vítima passou a se isolar cada vez, cortar-se com lâmina de apontador, ter fortes dores de cabeça, deixar de comer e evitar a escola. Em maio de 2018, tomou cartela de psicotrópico, declarando para a irmã mais velha, psicóloga, que assim fizera para se matar. Revelou ainda tristeza constante e crises de pânico, ansiedade e choro.

Embora levada pelas irmãs para tratamento psicológico e outras formas de terapia, em outubro daquele ano foi encontrada em pontilhão, bastante apática, sem saber o que sucedera após saída da escola. Enquanto recebia atendimento emergencial, irmã examinou seu celular e fez contato com amigo. Segundo este, a vítima relatara abuso sexual do padrasto.

Instada a respeito pelas irmãs, a menor confirmou os estupros. A mãe então foi questionada, ocasião em que declarou ter ouvido da vítima notícia de molestamento pelo réu. Repetiu, entretanto, crença em possessão espiritual,

Acesso ao Sumário

admitindo pedido de sigilo à filha.

Interrogado, M. declarou-se inocente, afirmando ignorar o porquê das acusações. Inicialmente disse que deixou o lar logo após delas ter sido avisado, pela companheira. Depois alegou haver saído por outros motivos, não especificados, quando ainda totalmente alheio à incriminação.

A vítima contou que começou a ser abusada pelo padrasto quando criança, só vindo a tomar consciência da natureza dos molestamentos, então constantes, aos 06 anos. Começou a desconfiar de algo errado quando professora falou que menino não podia exibir as partes íntimas para menina e vice-versa. Além disso, M. parava quando alguém se aproximava. Nessa primeira fase, o réu a tocava na região dos seios e da vagina, com ela no colo. Quando ela deixou de dormir com a mãe, tendo quarto próprio, o padrasto passou a ali entrar, tirar as calças dela e lambê-la nas referidas áreas. Os abusos se intensificaram e, aos 09 anos, já era submetida a coitos vaginal e anal. Isso se dava ou quando sozinha com o denunciado, que trabalhava à noite, e a avó materna, então acamada, ou em qualquer outra oportunidade na qual longe de outras pessoas. Demorou a contar para a mãe porque esta manifestava extrema dependência emocional de M., chegando a falar em suicídio caso fosse abandonada. Com 15 ou 16 anos, em início de depressão, após discussão com a genitora, soltou que o réu a tocava. Como a notícia abalou bastante a familiar, tentou amenizar a situação, omitindo os detalhes dos abusos e sobretudo as penetrações. Receou que a genitora não suportasse as revelações. Foi deixada com a irmã M.F. e, pouco tempo depois, sabendo que o réu partira, voltou para casa. Ocorre que a separação do casal não durou mais que três meses. A mãe reatou argumentando que tudo ocorrera por influência de espírito mau. Retomada a convivência e findo o namoro dela com a testemunha M., os abusos recomeçaram. Ocorriam quando a genitora já havia se deitado ou a vítima estava a sós com o apelante. Ele por vezes expunha o pênis e exigia toque. Noutras ocasiões, deitava-se na cama de baixo do beliche dela e se masturbava. Como o quarto não tinha trava, ela fechava apenas com toalha. Os reiterados molestamentos lhe causaram sérios transtornos psicológicos, levando-a inclusive a tentativa de se matar. Avisadas pelo ex-namorado, ciente de tudo, as irmãs a tiraram da casa, para morar definitivamente com uma delas. Foi objeto de abuso sexual, praticamente diário, desde muito nova. Sentia-se coagida pela maneira violenta como abordada algumas vezes e ainda pela vulnerabilidade da genitora, com a qual não conseguia se confidenciar.

Acesso ao Sumário

Irmã da vítima, J. C. da S. contou ter com ela coabitado até 2007, a partir dali mantendo contato esporádico, por residência noutra cidade. Em 2018, já de volta a Rio Claro, amigos da ofendida a procuraram manifestando preocupação. A menor se despedira de algumas pessoas, suscitando receio de suicídio. Atentara contra a própria vida ingerindo diversos medicamentos psiquiátricos,

conforme noticiado pela mãe. Levada pela depoente para terapia, não apresentou melhora, de acordo com os próprios profissionais de saúde, em contraste com o que a genitora dizia. Havia sinais de automutilação e crises de pânico. A testemunha viajou e, ao retornar, soube que a irmã fora localizada vagando, após desaparecimento, abatida e sem resposta a questionamentos. Informado por amigo que ela relatara ter sofrido abusos sexuais do padrasto, a mãe foi confrontada e admitiu ciência da situação. Temia a prisão do acusado e, por isso, solicitara segredo à vítima. Levada para morar com a depoente, a menor narrou molestamentos desde bem criança, confirmando ter sido submetida a penetração anal e vaginal.

M. F. da S. relatou que, em 2018, a mãe a contatou para achar a vítima, que já tentara o suicídio e havia sumido. Vários já a procuravam, e a inércia da genitora, mantendo-se em casa, causou espécie à depoente. Amiga por fim encontrou a ofendida na via pública. Bem abalada, foi conduzida para atendimento por J.. Em busca de informações sobre o sucedido, logrou falar com certo F., amigo da irmã. Ele reproduziu notícia de abusos sexuais por M.. A menor, logo retirada da casa da genitora, relatou que era molestada pelo padrasto desde a primeira infância, inicialmente com pequenos gestos, culminando em conjunção carnal e coito anal, por diversas vezes. Ficou arredia aos 04 anos, época em que iniciada a convivência com M., pouco após o casamento da depoente.

M. H. C. da C. disse que, durante o namoro com a ofendida, de 2017 a 2018, ela lhe falou dos abusos sexuais aos quais submetida por M.. A revelação, transmitida a M. F., parente e amigo chamado F., deixou a vítima emocionalmente bastante abalada.

G. T. A., prima da ofendida, relatou dela ter ouvido que as acusações eram verdadeiras.

Na mesma linha o depoimento de M. J. dos S. S., avó paterna da vítima.

A. de L. A. da S. afirmou jamais ter recebido da filha qualquer notícia de que molestada por M.. Somente as irmãs falaram disso, uma semana depois de sumiço da menor, e a levaram da casa. Expulsou o companheiro após questioná-lo. Já haviam se separado anteriormente, mas sem qualquer nexo com as acusações. Indagada a respeito quando reapareceu para buscar roupas, a vítima assegurou que nada ocorrera. As duas não tiveram mais contato. Nunca fez alegações religiosas para inocentar o amásio, de quem não tinha motivos para desconfiar. Ele tratava bem a vítima. Ademais nunca ficavam sozinhos. O réu se mudou para a casa quando as irmãs da menor ainda lá moravam. Após a saída destas, a mãe da depoente passou a viver com o casal, contando com acompanhante a partir de 2008. M. passou a trabalhar à noite quando a ofendida era adolescente. No quarto dela, havia trava que permitia fechar a porta pelo lado

Acesso ao Sumário

de dentro.

Como se pode ver, a vítima relatou os abusos com absoluta coerência, oferecendo explicação de todo plausível para a demora na revelação dos fatos.

Diversamente do sustentado no apelo, sem maior significado a ofendida ter dito que não tinha como trancar seu quarto, ao contrário do afirmado pela mãe. Trata-se de questão completamente secundária, que em nada macula o essencial do depoimento, isto é, a confirmação de que molestada sexualmente pelo réu desde a infância.

Tampouco se vislumbra motivo para reservas no fato de nenhum adulto ter constatado sinais de penetração nem percebido os atos libidinosos quando presentes na residência. Conforme sempre dito pela vítima, tudo começou com pequenas carícias lascivas, na primeira infância. As conjunções carnais ocorreram somente mais tarde.

Nada prova, por sua vez, a ausência de menção sobre problemas sexuais, decorrentes dos estupros, durante namoro. Até mesmo porque a ofendida e familiares referiram a vários outros transtornos, ainda mais graves, compatíveis com os abusos narrados.

Mas não é só.

O ex-namorado e as irmãs, assim como a prima e a avó arroladas pela defesa, disseram ter ouvido o mesmo relato da vítima.

Importante observar que a mãe, apesar do comportamento permissivo delineado nos demais depoimentos, nada apontou que sugerisse fantasia, indução ou interesse da ofendida em prejudicar o apelante. Ao contrário. Ao que tudo indica, acreditou nas acusações. Afinal, ao ouvi-las, mandou o réu embora de casa.

Como se não bastasse, o réu negou as acusações sem oferecer qualquer explicação para elas.

De falta de provas, portanto, não há que se cogitar.

Inviável desclassificação para qualquer crime menos grave, como os previstos no art. 232 do Estatuto da Criança e do Adolescente e no art. 215-A do Código Penal, e muito menos para mera contravenção.

Tratando-se de vítima vulnerável, irrelevante a natureza dos atos sexuais cometidos. O art. 217-A do CP fala também em "outros atos libidinosos", e não apenas em "conjunção carnal".

Além disso, o dispositivo consta do Capítulo II do Título VI, "Dos Crimes Sexuais Contra Vulnerável". Por meio dele, busca-se a proteção sexual do vulnerável, da sua dignidade sexual, partindo-se do pressuposto de que a vítima não tem capacidade de consentir.

Acesso ao Sumário

Claramente distinta a objetividade jurídica, portanto. Tanto é que, embora no mesmo Título VI do CP, a liberdade sexual encontra tutela no Capítulo I. Nessa seção, para tipificação dos respectivos delitos, imprescindível que a) a vítima disponha de capacidade de consentimento e b) que desprovido de aceitação o ato sexual executado.

Conforme já pontuado pelo Superior Tribunal de Justiça, "ao cominar a pena do delito do art. 215-A do CP o legislador deixou claro que o crime de importunação sexual se trata de delito subsidiário. Assim, ao agente só será imputado este delito 'se o ato não constitui crime mais grave'. A seu turno, o tipo legal descrito no artigo 217-A, caput e § 1º, do Código Penal é abrangente, coibindo não só a conjunção carnal, como também, outros atos libidinosos. O entendimento deste Superior Tribunal de Justiça é de que 'o delito de estupro, na redação dada pela Lei n. 12.015/2009, 'inclui atos libidinosos praticados de diversas formas, onde se inserem os toques, contatos voluptuosos, beijos lascivos, consumando-se o crime com o contato físico entre o agressor e a vítima' (AgRg no REsp n. 1.359.608/MG, Sexta Turma, Relª. Minª. Assusete Magalhães, DJe de 16/12/2013). Em virtude da situação de vulnerabilidade da vítima, buscou o legislador punir de forma mais severa o agente que venha a praticar conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso com menor de catorze anos, enfermo ou deficiente mental que, por sua própria condição, tenha dificuldade de discernir e, consequentemente, não possa consentir com a prática do ato sexual, ou ainda que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência. No caso dos autos, a conduta perpetrada pelo recorrido não se revelou como sendo um simples ato de 'importunação', ao contrário disso, evidencia-se claramente no sentido de dar contorno e características de ato libidinoso diverso da conjunção carnal em face de vítima vulnerável. A minuciosa descrição dos fatos explicitada no v. acórdão da origem sinaliza para a gravidade da ação do recorrido que passou as mãos nos seios e no restante do corpo da filha enquanto ela dormia. Portanto, não há é possível a desclassificação da conduta para o tipo do art. 215-A do CP, haja vista a especialidade do art. 217-A , §1º, do mesmo diploma. Agravo regimental desprovido" (AgRg no REsp n. 2.000.918/MG, relator Ministro Jesuíno Rissato, Quinta Turma, julgado em 8/11/2022, DJe de 18/11/2022).

Em outras palavras, "para a consumação do crime de estupro de vulnerável, basta a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, sendo suficiente a conduta de passar a mão no corpo da vítima, ou a prática de qualquer ato de libidinagem ofensivo à dignidade sexual da vítima, o que se evidenciou na espécie" (AgRg no HC n. 682.905/SP, relator Ministro Olindo Menezes, Sexta Turma, julgado em 25/10/2022, DJe de 28/10/2022).

A fim de deixar ainda mais clara a questão, deve-se acentuar que, ainda que não violenta a conduta, o entendimento se mantém o mesmo naquela Corte

Acesso ao Sumário

Superior: "Tratando-se de crime sexual praticado contra menor de 14 anos, a vulnerabilidade é presumida, independentemente de violência ou grave ameaça, bem como de eventual consentimento da vítima, o que afasta o crime de importunação sexual" (Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 26/11/2019, DJe 3/12/2019).

O Supremo Tribunal Federal segue a mesma linha: "O tipo penal previsto no artigo 215-A do Código Penal, além de constituir crime subsidiário, insuscetível de afastar a configuração de delito mais grave, não alcança atos libidinosos cometidos contra vulneráveis, os quais não dispõem de capacidade para consentir a prática de condutas sexuais" (HC 182075, Relator Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 08/06/2020).

Não à toa, a questão foi recentemente pacificada pelo STJ, no Tema 1121: "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)".

No caso dos autos, de todo modo, sobrevieram as conjunções carnais.

Logo, a condenação por estupro de vulnerável era mesmo medida que se impunha.

Quanto à pena, correta a consideração das consequências psicológicas para a vítima. Aliás, como de fato extremamente danosas, abrangendo inclusive tentativa de suicídio, bem módico o procedido acréscimo de 06 meses.

Tratando-se do estupro de enteada, adequada a majoração em 1/2 com fulcro no art. 226, II, do CP.

Acertado ainda o aumento de 2/3 pela bem delineada continuidade delitiva. Os abusos foram muitos, dos 05 aos 14 anos da ofendida.

Ante o patamar da reprimenda, obrigatório o regime inicial fechado.

Frente ao exposto, nega-se provimento ao recurso de M. de L..

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 3002351-83.2013.8.26.0083, da Comarca de Aguaí, em que é apelante/apelado L. R. R., 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: "Afastadas as preliminares, deram provimento ao apelo ministerial e julgaram prejudicado o mérito do apelo defensivo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.760)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MENS DE MELLO (Presidente sem voto), FERNANDO SIMÃO e FREITAS FILHO.

São Paulo, 6 de setembro de 2023.

IVANA DAVID, Relator

EMENTA: SENTENÇA ABSOLUTÓRIA/CONDENATÓRIA. RÉU ABSOLVIDO DOS CRIMES DE HOMICÍDIO E CONDENADO PELO CRIME DE LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVE (ART. 129, §1°, DO CÓDIGO PENAL).

APELO MINISTERIAL – REALIZAÇÃO DE NOVO JÚRI, UMA VEZ QUE A DECISÃO DOS JURADOS FOI CONTRÁRIA ÀS PROVAS DOS AUTOS – POSSIBILIDADE. TODAVIA POR OUTRO MOTIVO – AUSÊNCIA DE RESPOSTA AO QUESITO REFERENTE À ABSOLVIÇÃO DO RÉU NO TOCANTE A VÍTIMA A.D. – VÍCIO INSANÁVEL – QUESITO OBRIGATÓRIO.

APELO DA DEFESA – PRELIMINAR – FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA – INOCORRÊNCIA – DECISÃO QUE SE REPORTA AO LAUDO PERICIAL QUE CONCLUI QUE AS LESÕES SOFRIDAS PELA VÍTIMA SOBREVIVENTE ERAM GRAVES. OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO – LAPSOS PRESCRICIONAIS NÃO ATINGIDOS. MÉRITO PREJUDICADO. AFASTADAS AS PRELIMINARES, RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PROVIDO E DA DEFESA PREJUDICADO.

VOTO

Nos termos da r. sentença de fls. 1752/1754, proferida pelo MM Juiz de Direito Presidente do Tribunal do Júri da Comarca de Aguaí, Dr. André Acayaba

de Rezende, que em conformidade com a decisão do jurados, julgou parcialmente a acusação formulada para absolver L. R. R. da imputação relativa ao artigo 121, *caput*, por duas vezes, do Código Penal e desclassificar a conduta prevista no art. 121, *caput*, c.c. o art. 14, inc. II, ambos do Código Penal, para o crime descrito no art. 129, §1º, do Código Penal, à pena de 01 ano de reclusão, em regime inicial aberto.

Inconformados, apelam as partes.

O Ministério Público postula, em síntese, a realização de novo júri, uma vez que a decisão dos jurados foi contrária as provas dos autos (fls. 1762/1825).

O réu busca, em preliminar, o reconhecimento da nulidade da sentença na parte dispositiva por falta de fundamentação, uma vez que não especificou no que consistiu a lesão grave. No mérito, requer a absolvição por ter ocorrido culpa exclusiva da vítima sobrevivente (motorista E.), o reconhecimento da ocorrência da prescrição, da detração, com a substituição da pena (fls. 1762/1725).

Processados e contra-arrazoados os apelos (fls. 1837/1852 e 1857/1876), os autos subiram e foram encaminhados a d. Procuradoria Geral de Justiça que opinou pelo desprovimento do apelo da defesa e provimento ao recurso do ministério público (fls. 1883/1894).

O Advogado se opôs ao julgamento virtual (fls. 1894), vindo os autos conclusos a esta Relatora.

É o relatório.

De início cabe afastar a arguição de nulidade processual, se impondo breve relato e alguma digressão.

A defesa alega que há nulidade na sentença por falta de fundamentação em relação a desclassificação e a condenação por lesão corporal de natureza grave, uma vez que não especificou as lesões graves.

Sem razão.

Acesso ao Sumário

A sentença baseou-se, conforme se verifica pela simples leitura do *decisum*, no laudo pericial acostado às fls. 745 que concluiu que *as lesões ocasionadas foram graves, pela incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias (art. 129, par. 1º, inciso I, do Código Penal)*, de modo que, ao contrário do que aduz a defesa, não há falta de fundamentação.

No tocante a prescrição, também, sem sorte a nobre Defesa.

Destaca-se que havendo apelo da acusação, não há que se falar em prescrição da pretensão punitiva, mesmo que assim não fosse, ela não ocorreu, uma vez que os lapsos prescricionais, baseado na pena aplicada, não foram atingidos.

Reporto-me aos argumentos trazidos pelo d. *Parquet*:

... É certo que a pena imposta ao réu pelo crime de lesão corporal grave se deu no mínimo legal – 1 (um) ano – , a implicar no prazo prescricional de 4 (quatro) anos. E que o recebimento da denúncia em 24 de janeiro de 2014, poderia sugerir decorrido integralmente o quatriênio na data da decisão condenatória recorrível. Contudo, segundo estabelece a Súmula 191, do Superior Tribunal de Justiça, "a pronúncia é causa interruptiva da prescrição, ainda que o Tribunal do Júri venha a desclassificar o crime". Nesse sentido, a sentença de pronúncia do réu, proferida em 17 de maio de 2017, interrompeu o prazo prescricional, reiniciado o respectivo cômputo. Ademais, o curso da prescrição restou interrompido, também, em 27 de novembro de 2019, com a decisão confirmatória da pronúncia, consoante estabelece o artigo 117, inciso III, do Código Penal (fls. 1062). E porque deste último marco interruptivo até a publicação da sentença condenatória recorrível não transcorreu o período de quatro anos, faz-se descabida a temática... (fls. 1861)

De modo que, afastadas as preliminares, passo ao exame do mérito.

É da inicial da acusatória que, no dia 12 de outubro de 2013, por volta das 05h45min, em local nela destacado, L. R. R. matou as vítimas *A. D. da S. A. e R. F. S.*, causando as lesões descritas nos autos as fls. 328 e 330, as quais foram a causa da morte.

Consta ainda que, nas mesmas circunstâncias de tempo e local, o denunciado tentou matar E. E. dos S. M. V., causando neste as lesões corporais graves descritas no laudo de exame de corpo de delito a fls. 503, iniciando, desse modo, a execução de crime de homicídio que somente não se consumou por circunstâncias alheias a sua vontade.

Por fim, consta que E. E. dos S. M. V., nas mesmas circunstâncias de tempo e local, conduziu o veículo VW/Gol, ano 2012, cor branca, placa (...) de Aguaí/SP, com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool, sem que esta condita tenha contribuído para o resultado.

Segundo apurado, L. R. R. conduzia o veículo automotor GM/Camaro, ano 2012, cor branca, placa (...), São João da Boa Vista/SP, de Mogi Miriam a São João da Boa Vista após sair de uma boate denominada Tia Nena, localizada em Mogi Guaçu.

Assim é que na altura do /km 206, o denunciado assumindo o risco de causar o resultado, por empregar velocidade incompatível para a via, de aproximadamente 180 km/h, conforme o laudo acostado nos autos a fl. 418, pois se trata de trecho de transição de velocidade de 08 km para 110 km/h, com leve aclive seguido de declive, ou seja, sem visibilidade para o desenvolvimento da velocidade empreendida, colidiu na traseira do veículo WV/Gol, ano 2012, cor

Acesso ao Sumário

banca, placa (...) de Aguaí/SP.

A. D. da S. A. teve ceifada sua vida no local, já R. F. S. teve óbito decretado logo após sua entrada no Pronto Socorro da cidade de Aguaí. A vítima e o denunciado E. E. dos S. M. V. sofreu as lesões corporais descritas no laudo de exame de corpo de delito a fl. 503, estando pendente a realização de exame complementar para atestar se houve debilidade permanente.

Da maneira como agiu, L. R. R. assumiu o risco de produzir o resultado, ou seja, com plenas condições de prever o desfecho de sua conduta, ao empreender velocidade incompatível para a via, muito acima da permitida, aceitou e conformou-se com a possibilidade de causar a morte das vítimas.

Consta, por fim, que E. E. dos S. M. V. conduziu veículo automotor após consumir cervejas no estabelecimento comercial denominado Barraca do Dominguinhos, local em que estava em companhia das demais vítimas, sem que esta conduta tenha contribuído para a colisão que vítima A. D. e R..

Recebida a denúncia em 24/01/2014 e seguindo-se o regular andamento do processo, colhendo-se a prova oral com a oitiva de testemunhas da acusação e da Defesa, interrogado o réu, diante de materialidade provada e da presença de indícios de autoria foi o réu pronunciado como incurso no artigo 121, *caput*, por duas vezes e art. 121, *caput*, c.c. o art. 14, inc. II todos do Código Penal (v. fls. 983/984), transitada em julgado a sentença.

Destaca-se que não há que se considerar contrária a evidência dos autos quando o Conselho de Justiça absolve o réu, porquanto, quesito genérico previsto no art. 483, § 2º, do CPP, configura-se a possibilidade de absolvição por clemência, podendo o Júri inocentar o réu sem especificar os motivos.

Assim, é o entendimento:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO TENTADO. ABSOLVIÇÃO POR CLEMÊNCIA. ART. 483, § 2º - CPP. QUESITO GENÉRICO. INOVAÇÃO TRAZIDA PELA LEI 11.689/2008 AO TRIBUNAL DO JÚRI. JULGAMENTO DADO COMO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIO ÀS PROVAS DOS AUTOS. DECISÃO QUE DEVE SER RESPEITADA. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. O quesito genérico do art. 483, III e V, § 2º - CPP, inovação da Lei 11.689, de 09/06/2008, de formulação obrigatória - depois da resposta afirmativa acerca da materialidade e da autoria -, permite ao jurado, na sua livre apreciação dos fatos da vida, optar pela absolvição do acusado em atenção do seu sentimento pessoal de justiça, pela sua intima convicção, inclusive fora da prova dos autos, o que, concorde-se ou não em termos de política criminal, há que ser respeitado, tanto mais que lei não atrelou a resposta afirmativa a nenhuma condicionante ligada às teses da defesa manejadas no Júri. 2. A despeito de arestos em sentido con-

Acesso ao Sumário

trário, precedente da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal afirma que quesito genérico previsto no art. 483, § 2º, do CPP, configura-se a possibilidade de absolvição por clemência, podendo o Júri inocentar o réu sem especificar os motivos, ou seja, por quaisquer fundamentos, inexistindo absolvição com tal embasamento que possa ser considerada "manifestamente contrária à prova dos autos." 3. Na reforma legislativa de 2008, alterou-se substancialmente o procedimento do júri, inclusive a sistemática de quesitação aos jurados. Inseriu-se um quesito genérico e obrigatório, em que se pergunta ao julgador leigo: "O jurado absolve o acusado?" (art. 483, III e § 2º, CPP). Ou seja, o Júri pode absolver o réu sem qualquer especificação e sem necessidade de motivação. 4. Considerando o quesito genérico e a desnecessidade de motivação na decisão dos jurados, configura-se a possibilidade de absolvição por clemência, ou seja, mesmo em contrariedade manifesta à prova dos autos. Se ao responder o quesito genérico o jurado pode absolver o réu sem especificar os motivos, e, assim, por qualquer fundamento, não há absolvição com tal embasamento que possa ser considerada "manifestamente contrária à prova dos autos". [...] (HC 185068, Relator(a): CELSO DE MELLO, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 20/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-274 DIVULG 17-11-2020 PUBLIC 18-11- 2020.) 5. "JÚRI - ABSOLVIÇÃO. A absolvição do réu, ante resposta a quesito específico, independe de elementos probatórios ou de tese veiculada pela defesa, considerada a livre convicção dos jurados - artigo 483, § 2º, do Código de Processo Penal." (HC 178777, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 29/09/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-291 DIVULG 11-12-2020 PUBLIC 14-12-2020.) 6. Sendo o réu absolvido com esteio no quesito genérico de absolvição (art. 483, § 2º - CPP) - inovação trazida pela Lei nº 11.689/2008 ao Tribunal do Júri -, não há falar-se em nulidade da decisão, uma vez que os jurados podem "absolver o réu com base na livre convicção e independentemente das teses veiculadas, considerados elementos não jurídicos e extraprocessuais" (HC 178777, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 29/09/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-291 DIVULG 11-12-2020 PUBLIC 14-12-2020.) 7. A afirmação do Tribunal local, segundo a qual, "a absolvição do acusado com relação aos tentados crimes dolosos contra vida que lhe foram imputados, com a consequente desclassificação para crimes de lesão corporal, mostra-se incoerente e incompatível com os elementos probatórios produzidos", acrescendo-se que "a decisão do Conselho de Sentença é totalmente dissociada do conjunto probatório, pois a tese acolhida pelos jurados não encontra apoio nas provas carreadas aos autos, sendo a anulação do julgamento proferido pelo Tribunal do Júri medida que se impõe", não se sustenta legalmente para a finalidade de anular a livre escolha dos jurados. 8. Provimento do agravo regimental. Recurso especial parcialmente conhecido e provido, nessa extensão, para res-

Acesso ao Sumário

tabelecer a sentença absolutória da Ação Penal nº 5000127-05.2009.827.2718 - Comarca de Filadélfia/TO. (AgRg no AREsp n. 1.929.969/TO, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 20/6/2022.)

Todavia, não foi isso que aconteceu no julgamento ora tratado.

Nos debates, manifestou-se o Ministério Público pela condenação do réu nos termos da pronúncia; a Defesa, por sua vez, pugnou pela absolvição sob o argumento de ausência dolo eventual ou, eventualmente, a desclassificação para homicídio culposo, sustentando, ainda, a ocorrência de arrependimento eficaz (fls. 1747).

Destarte, aos jurados se ofertaram as versões da Acusação e da Defesa: a primeira, no sentido de que o réu, agindo com dolo eventual provocou a morte de duas pessoas e, por circunstâncias alheias a sua vontade, também com dolo eventual, causou a terceira vítima lesão corporal grave.

Como se vê da ata de julgamento, houve insurgência da defesa contra a ordem do terceiro e quarto quesito pugnado pela inversão, o que foi indeferido, uma vez que o dolo eventual integra a autoria, a defesa também protestou pela redação de quesito próprio para o arrependimento eficaz, o qual também foi indeferido, por estar incluído no quesito relacionado à tentativa.

Conforme ata, os jurados passaram a responder aos quesitos apresentados, na conformidade com o termo lavrado acostado as fls. 1736/1741, constata que há um vício insanável que gera nulidade.

Nos quesitos referentes ao crime cometido contra a vítima A. D. da S. A. (fls. 1736), os jurados responderam sim, para o primeiro quesito sobre a materialidade; sim, ao segundo quesito em relação à autoria; sim, ao terceiro quesito sobre ter assumido o risco da ocorrência resultado morte (dolo eventual); sim, que ele agiu por manifesta imprudência e, no quinto quesito, o jurado absolve o réu? Não há resposta, passando aos quesitos referentes à vítima R. F. S. (fls. 1739).

Acesso ao Sumário

Vê-se que não há resposta ao quesito obrigatório referente à absolvição do réu, o que gera nulidade no julgamento.

Diante disso, acolho a pretensão ministerial, diante da falta de resposta ao quesito relacionado à absolvição do réu no tocante a vítima A. D., todavia, não em razão da decisão ter sido contrária as provas dos autos.

Ante o exposto, afasto as preliminares, dou provimento ao apelo ministerial para a realização de novo júri e julgo prejudicado a análise do mérito do recurso da defesa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos nesses autos de Apelação Criminal nº 1500047-09.2023.8.26.0578, da Comarca de Santa Cruz do Rio Pardo, em que são apelantes/apelados PAULINO HERBAS SANIZO e ROBERTO NINA ZEBALLOS, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram as preliminares e negaram provimento ao apelo defensivo; e deram provimento ao apelo ministerial para adotar maior fração de aumento para a pena-base, redimensionando-se as penas finais impostas aos acusados, pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes, para 10 anos de reclusão, mais pagamento de 1.000 dias-multa, mínimo valor unitário. V.U.. Usou a palavra o Exmo. Procurador de Justiça, Dr. Márcio Sérgio Christino e sustentou oralmente o Ilmo. Defensor, Dr. Fernando Henrique Acacio de Vasconcelos Costa." de conformidade com o voto de relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 63.412)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente), EUVALDO CHAIB e CAMILO LÉLLIS.

São Paulo, 5 de setembro de 2023

LUIS SOARES DE MELLO, Relator

EMENTA: Lei de Tóxicos. Tráfico ilícito de entorpecentes (art. 33, "caput", da Lei nº 11.343/2006). Preliminares inconsistentes. Direito de recorrer em liberdade. Fundamentos sólidos para prisão mantidos. Análise prejudicada, a tempo do julgamento. Ilicitude das provas não caracterizada. Existência de fundadas razões para a realização da vistoria no veículo dos acusados. Mérito. Crime caracterizado, integralmente. Flagrante inquestionável. Acondicionamento e quantidade das drogas que revelam comércio. Palavras coerentes e incriminatórias de Policiais Militares. Versões exculpatórias inverossímeis. Responsabilização inevitável. Apenamento redimensionado. Adoção de maior fração de aumento para a pena-base necessária. Quantidade e natureza dos entorpecentes que revelam circunstâncias mais gravosas. Inaplica-

Acesso ao Sumário

bilidade da causa especial de redução de penas prevista pelo art. 33, § 4º da L. 11.343/2006. Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Impossibilidade. Regime inicial fechado único possível. Isenção ou redução da pena pecuniária. Indeferimento. Impossibilidade. Justiça gratuita. Indeferimento. Apelo ministerial provido e improvido o da defesa, rejeitadas as preliminares.

VOTO

Visto.

Ao relatório da sentença douta, que se acolhe e adota, acrescenta-se que **Paulino Herbas Sanizo** e **Roberto Nina Zeballos** saíram **condenados** às penas de 6 anos e 8 meses de reclusão *(regime inicial fechado)*, mais pagamento de 666 dias-multa, mínimo valor unitário, pela prática da infração penal capitulada no art. 33, *"caput"*, da Lei nº 11.343/06 *(tráfico ilícito de entorpecentes)*.

Apelam o ***Ministério Público*** e a ***defesa*** conjunta dos acusados.

O apelo ministerial – *f. 277/282* – busca a majoração da pena-base.

O recurso da defesa – *f. 304/329* – combate a r. sentença com matéria preliminar e meritória.

Preliminarmente, pretexta ***(i)*** o direito de recorrer em liberdade e ***(ii)*** a nulidade do feito, por ocorrência de vício processual insanável, consistente na coleta de prova ilícita, assim caracterizada pela ausência de justa causa para a realização da busca veicular.

No mérito, pretende, essencialmente, a modificação do julgado em sua parte meritória e conclusiva, buscando a improcedência da demanda e consequente inversão do resultado, com absolvição, por defendida insuficiência da prova acusatória.

Subsidiariamente, pleiteiam ***(i)*** a redução das penas, com a incidência da causa especial de redução prevista pelo art. 33, § 4º da Lei de Tóxicos, ***(ii)*** regime prisional mais brando, ***(iii)*** a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ***(iv)*** afastar ou reduzir a pena de multa, ***(v)*** os benefícios da Justiça gratuita e ***(vi)*** o direito de recorrer em liberdade.

Anotam-se contrarrazões de lado a lado – *f. 332/338 e 343/349* – que defendem o improvimento dos apelos adversos.

Autos distribuídos (*f. 364*), foram imediatamente encaminhados à douta Procuradoria de Justiça que, mediante vista regular, conclui, em parecer respei-

Acesso ao Sumário

tável, pelo provimento do recurso ministerial e improvimento do apelo defensivo – *f. 371/378* –, chegando o feito ao Gabinete do Relator, finalmente, aos **5.jul.2023** – *f. 379*.

É o relatório.

Por primeiro, as **questões preliminares.**

Que não prosperam.

Os *acusados* responderam presos a toda a instrução processual, encontrando-se bem fundamentadas as razões da origem para a clausura, o que resta inalterado.

O crime é gravíssimo, sendo hediondo o tráfico ilícito de entorpecentes.

Ademais, as circunstâncias judiciais apresentadas demandam a mantença da prisão, a fim de garantir a aplicação da lei penal, porquanto os acusados não comprovaram residência fixa e possuem nacionalidade estrangeira.

De outro turno, a questão se vê **prejudicada**, dês que analisada já à altura de julgamento.

Por fim, o tema **não é prejudicial ao mérito.**

A defesa sustenta, ainda, a ausência de ***justa causa para a realização de busca veicular***, tornando ilícitas – e, portanto, nulas – as provas daí decorrentes.

Mais uma vez, sem **qualquer mínima razão**, *"data venia"*.

Não se verifica qualquer irregularidade na atuação dos Policiais Militares, que realizaram a abordagem do veículo conduzido pelos acusados no contexto de operação regular e de rotina visando o combate ao tráfico ilícito de entorpecentes em rodovia do interior do Estado – *agindo, portanto, dentro dos limites constitucionais da sua competência.*

Nesse ponto, importante ressaltar, que se exige fundadas razões para a **busca pessoal** – *pressuposto que a defesa busca estender para a* ***busca veicular*** –, mas não para a abordagem.

Na sequência, a reação dos acusados, demonstrando nervosismo desproporcional e incapacidade de responder coerentemente às indagações dos Policiais, aliado ao fato de que estavam completamente fora da rota do itinerário que disseram estar fazendo, constituem fundamentos válidos para a realização da busca pessoal, porquanto tais circunstâncias indubitavelmente caracterizam as necessárias fundadas razões para a diligência.

O que demonstra a adequação da ação policial aos ditames legais, estabelecidos pelo art. 240 e parágrafos do Código de Processo Penal.

Não se trata, portanto, de ação arbitrária dos Policiais Militares, mas exer-

Acesso ao Sumário

cício regular de seu poder-dever constitucional.

Afinal, não é razoável impedir a atividade legítima do poder de polícia de realizar a abordagem daqueles que se encontram em situações que levantem suspeitas de ilícito, porquanto isto retiraria os meios necessários para as forças de segurança pública desempenharem a sua atividade.

Haverá justa causa para a abordagem policial **sempre** que o agente público, diante da situação concreta e valendo-se de sua experiência profissional, tiver a percepção da ocorrência de uma situação caracterizadora de ilícito penal.

O que é exatamente a situação descrita nos autos.

Pois, no presente caso, tanto havia fundadas razões para a realização da abordagem policial que a diligência efetivamente resultou na prisão em flagrante dos acusados, surpreendidos transportando duas centenas de quilogramas de crack.

Nesse ponto, nunca é demais relembrar que, ao realizar a abordagem do acusado, os Policiais nada mais estavam fazendo que dar cumprimento ao seu dever funcional, cuja omissão poderia até mesmo caracterizar a prática, em tese, de prevaricação.

De mais a mais, é assente o entendimento segundo o qual o exercício de direitos e garantias fundamentais não pode ser invocado como escudo para a prática de atos delinquenciais.

Nesse sentido, **Alexandre de Moraes** leciona que:

"Os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.

*Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas)" (**MORAES**, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2004, p. 71).*

Acesso ao Sumário

Ou seja.

O **flagrante policial foi plenamente válido** e tinha mesmo de ser realizado.

O que não se poderia era ignorar o fato.

Flagrante plenamente válido, então.

Absolutamente inconsistentes, pois, as preliminares.

Mérito.

Tráfico ilícito de entorpecentes *(art. 33, 'caput', da Lei nº 11.343/06).*

Aos **fatos.**

Policiais Militares, em operação de repressão ao narcotráfico, abordam o veículo conduzido pelos acusados nas proximidades de uma praça de pedágio.

Os acusados demonstram nervosismo incomum, prestando informações divergentes e vagas acerca da origem, destino e motivo da viagem, razões pelas quais os Policiais Militares decidem proceder à revista do veículo conduzido pelos réus.

Os Policiais Militares localizam um fundo falso de difícil acesso no assoalho da carreta tracionada pelo caminhão conduzido pelos acusados, dentro do qual encontram 200 tabletes de "crack", pesando 200,761 quilogramas.

Os acusados são detidos em flagrante.

Pois bem.

Condenação de rigor.

Assim, e de saída, pela **materialidade** constatada por ***(i)*** boletim de ocorrência, *f. 7/12*; ***(ii)*** auto de exibição e apreensão, *f. 15/17*; ***(iii)*** auto de depósito, *f. 18*; ***(iv)*** laudo de constatação, *f. 21/26*; e ***(v)*** laudo de exame químico-toxicológico, *f. 178/181*, a bem caracterizar a substância entorpecente *(cocaína)*.

A **autoria**, por seu turno, é incontestável.

A começar pelo **estado flagrancial.**

De efeito.

Esse fato, só por si, caracteriza por sem dúvidas e de pronto a autoria – *e o próprio tráfico* – uma vez que não há lógica capaz de fugir a essa interpretação.

Quem é apanhado em pleno *"iter criminis"*, como aqui, transportando, numa carreta tracionada por um caminhão, numa importante rodovia do interior do Estado, ***nada menos que 200 tabletes de "crack", com peso total de quase 200 quilogramas de entorpecentes***, simplesmente não tem como justificar a situação.

Fugir desta realidade é fechar os olhos ao óbvio e desprezar o bom-senso.

Só por aí e já seria – *e é verdadeiramente* – indisputável, nada obstante mais, e forte, também haver contra o acusado.

Acesso ao Sumário

Assim as narrativas dos **Policiais Militares** ***(i) Rodolfo*** e ***(ii) Luís Fernando***, *f. 2/3, 4 e SAJ*.

Estoriam exatamente a ação, em correspondência de detalhes, unicidade de entendimento e ação.

Destacam que, em operação de repressão ao narcotráfico numa rodovia, abordaram, numa praça de pedágio, um caminhão tracionando um semirreboque, com placas brasileiras, ocupado por duas pessoas bolivianas, que disseram ter saído de Presidente Prudente, com destino a Três Lagoas.

Afirmam que os acusados estavam completamente fora da rota, motivo pelo qual pediram para que eles desembarcassem do veículo, e então constataram que ambos estavam muito nervosos e apresentavam palavras desconexas.

Relatam que, na vistoria, localizaram um compartimento oculto no semirreboque, na junção da carreta – *que não seguia o padrão* – com o caminhão, e verificaram que havia um caixote, onde fizeram uma incisão de broca com furadeira e encontraram droga tipo *"crack"*.

Informam que deram voz de prisão em flagrante aos acusados e levaram o caminhão até a base da Polícia Rodoviária, onde, com o apoio dos bombeiros, retiraram 200 tabletes de crack, que pesaram 206,15 quilogramas, asseverando que os caixotes eram muito bem feitos, ocultos e bem soldados.

Esclarecem ainda que os acusados, bastante nervosos, começaram a gaguejar e disseram ter pego o caminhão num posto de combustíveis em Presidente Prudente, para levá-lo até Três Lagoas, afirmando que desconheciam a existência dos entorpecentes no veículo.

Pois bem.

Evidentemente autênticos os relatos.

E nada se alegue contra as palavras daqueles agentes da lei.

Porquanto não há suspeita sobre elas, mormente quando, exatamente como aqui, estão coerentes e consonantes ao demais do contexto probatório.

A jurisprudência pátria, a esta altura, tem constantemente acolhido a palavra policial como prova segura, firme e convincente, notadamente quando, como aqui, esteja coerente ao mais probatório colacionado e não discrepe do mais produzido, em sua essência.

Neste sentido, o C. Superior Tribunal de Justiça já decidiu que:

"(...) 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

Acesso ao Sumário

sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso. Precedentes" (AgRg no HC 718028/PA, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 15/2/2022, DJE 21/2/2022).

O que só pode levar à certeza do quadro.

Enfim e fugir de realidade tamanha é querer não enxergar o que os autos mostram com cristalinidade pura.

No vazio, portanto, as versões exculpatórias oferecidas pelos ***acusados***, verdadeiramente fantasiosa e perdida em si mesma, quando confrontada, não só face sua posição inverossímil, como e principalmente porque improvada.

Paulino afirma que veio ao Brasil em busca de emprego e foi contratado, com o seu amigo ***Roberto***, mas não sabia da existência dos entorpecentes, dos quais só tomou conhecimento através dos Policiais, acrescentando que apenas seu amigo foi pago e não sabe quando receberia, sendo que esta era a primeira vez que trabalhavam juntos no Brasil, embora se conhecessem na Bolívia.

Roberto diz que foi contratado para levar o caminhão de Presidente Prudente para Três Lagoas, e não sabia dos entorpecentes, pensando que o veículo poderia ser roubado, e estava apenas cumprindo a rota que lhe foi determinada, seguindo uma camionete que ia à frente.

Para além de fantasiosas, as narrativas dos réus estão isoladas e desacompanhadas de qualquer elemento probatório, porquanto, se o próprio acusado ***Roberto*** admite que auxiliou os Policiais a abrir a carreta, depreende-se que ele, no mínimo, tinha conhecimento da carga de entorpecentes e sabia onde estava escondida.

Nesses termos, portanto, aceitar-se as versões dos acusados, *"data venia"*, 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.

Dar-se crédito àqueles que são detidos em plena e objetiva ação delituosa, em detrimento das palavras dos agentes da lei, que cumpriam seu papel de proteger a sociedade, seria inverter de tal forma os valores que se deixaria em descrédito a própria Justiça.

Acesso ao Sumário

Tanto não é possível, na verdade, exatamente porque as escusas são para livrá-los da responsabilização, que é imperiosa, todavia.

Ou valem as palavras dos Policiais Militares ou se estará dando crédito maior a quem é transportando, numa carreta, centenas de quilogramas de "crack", uma das substâncias entorpecentes mais nocivas que se conhece, em plena ação delituosa.

Não há, enfim e nem de longe, fragilidade probatória.

Ela, ao reverso, é plena, categórica.

E nada foi feito ou produzido pela defesa, capaz de invalidar ou diminuir a força probante que os autos revelam.

Condenação por tráfico ilícito de entorpecentes, portanto, inevitável.

"Quantum satis".

Apenamento.

Que **comporta redimensionamento**, com o devido respeito ao entendimento do d. Juízo sentenciante.

Pois, como bem pondera o *'Parquet'*, é necessária a majoração da base.

Afinal, a gigantesca quantidade, além da natureza particularmente nociva da substância entorpecente localizada em poder dos acusados – ***200 quilogramas de crack, divididos em 200 tabletes*** – justifica plenamente a majoração da pena-base acima da fração imposta pelo d. Juízo de origem, nos exatos moldes do art. 42 da L. 11.343/2006, que determina a análise da **quantidade** e da natureza das substâncias entorpecentes apreendidas, inclusive com **preponderância** sobre o disposto pelo art. 59 do Código Penal, para a fixação da pena.

Assim, é inegável que a grande quantidade de entorpecentes apreendidos em poder dos acusados – *estima-se que os 200 quilogramas de crack seriam suficientes para serem fracionados em cerca de um milhão de porções individuais da substância* –, além da sua nocividade, constituem circunstâncias que **exigem severa exacerbação do juízo de reprovabilidade** da conduta perpetrada, para uma **justa e adequada individualização da reprimenda imposta**.

Portanto, a pena-base deve ser fixada no **dobro do mínimo legal**, ou seja, em 10 anos de reclusão, mais pagamento de 1.000 dias-multa, no piso, e assim tornada definitiva, pois ausentes circunstâncias modificadoras.

Pois não há como se beneficiar os acusados com a incidência da causa especial de redução de penas prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Tóxicos.

Isto porque, nada obstante tenha a Lei de Tóxicos criado **aparente** situação mais favorável aos traficantes primários, ***não é o caso*** de aqui considerá-la

Acesso ao Sumário

em favor dos réus, porque meramente ***facultativa*** a situação ("...as penas **poderão** ser reduzidas..." g.do a.), o que desabilita sua aplicabilidade para o caso concreto, **mais aqui, evidentemente**, face às circunstâncias em que surpreendidos os acusados e à grande **quantidade de drogas apreendidas** em seu poder, o que constituem elementos que caracterizam a profundo envolvimento com organizações criminosas dedicadas à prática do tráfico ilícito de entorpecentes.

Afinal, as **circunstâncias fáticas** descritas nos autos demonstram que os acusados foram surpreendidos tentando se deslocar entre Estados da Federação para realizar o transporte de grande quantidade de entorpecentes entre Municípios do interior paulista, utilizando, para tanto, uma carreta tracionada por um caminhão, comprovando assim seu ***grave envolvimento na traficância e na criminalidade.***

Afinal, a lógica indica que o verdadeiro proprietário dos narcóticos jamais confiaria tão valiosa carga – *o Policial* ***Luís Fernando*** *esclareceu que cada quilo de crack custa R$ 40.000,00, o que permite avaliar os entorpecentes transportados pelos acusados em R$ 8.000.000,00* – a pessoa absolutamente desconhecida e desprovida da sua confiança.

Conjunto de fatores que obliteram a possibilidade de aplicação da causa de redução de penas, *'in casu'*.

E, nesse passo, é importante ressaltar que não se está negando a incidência da causa especial de redução de penas pela quantidade dos entorpecentes, por si só, porquanto tal circunstância está sendo considerando como elemento de convicção acerca do envolvimento dos agentes com organizações criminosas.

Impossível a pretendida **substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos**, considerando, por si só, a quantidade de pena privativa de liberdade imposta aos acusados – *art. 44, I, do Código Penal*.

Quanto ao **regime**, outro não poderia ser que não o **fechado**, também considerando a quantidade de pena privativa de liberdade imposta aos acusados, após o redimensionamento operado por esta Instância, em estrita observância ao disposto pelo art. 33, § 2º, do Código Penal.

Também sem qualquer razão a defesa ao pleitear **isenção ou redução da pena de multa** imposta aos réus.

Dês que absolutamente inviável.

Afinal, a pecuniária – *já fixada no* ***valor unitário mínimo****, aqui* – é abstratamente cominada ao crime em causa, **cumulativamente** à pena corporal e devendo guardar respectiva **proporcionalidade** com esta.

De aplicação compulsória, dessarte, àqueles que incidem na referida figura penal.

Acesso ao Sumário

Assim, não há que se falar em redução, ou muito menos em exclusão, da pena de multa – *o que configuraria hipótese verdadeiramente "contra legem", se disse* –, quando ela, como aqui, possui caráter de pena principal e cumulada à pena privativa de liberdade, e não de pena substitutiva àquela corporal. Também não é possível deferir os benefícios da Justiça gratuita aos acusados, que não comprovaram a sua condição de hipossuficiência financeira e sequer são defendidos pela Defensoria Pública ou por advogados dativos, circunstância que permitiria, ao menos, a presunção de sua incapacidade econômica.

POSTO e mantido o mais decidido,

(i) rejeitam-se as preliminares e nega-se provimento ao apelo defensivo; e

(ii) dá-se provimento ao apelo **ministerial** para **adotar maior fração de aumento para a pena-base**, redimensionando-se as penas finais impostas aos acusados, pelo crime de **tráfico ilícito de entorpecentes**, para ***10 anos de reclusão***, mais ***pagamento de 1.000 dias-multa***, mínimo valor unitário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500234-17.2020.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante ANNA CAROLINA DA SILVA FERREIRA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "REJEITARAM as preliminares, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, mantendo a sentença impugnada. V.U. Sustentou oralmente o adv. dr. Jonas Pereira Alves. Usou da palavra o Exmo. Procurador de Justiça, dr. Walter Tebet Filho.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(VOTO nº 26.645)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FARTO SALLES (Presidente), EDUARDO ABDALLA e AIRTON VIEIRA.

São Paulo, 14 de setembro de 2023

FARTO SALLES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO. LAVAGEM DE VALORES PROVENIENTES DE INFRAÇÃO PENAL. REITE-

RAÇÃO DELITIVA. (artigo 1º, "caput" e § 4º, da Lei nº. 9.613/98). Preliminar. Nulidade da sentença por falta de fundamentação ou de enfrentamento de teses suscitadas. Inocorrência. Decisório bem fundamentado, sendo analisadas todas as alegações capazes de, em tese, infirmar a solução condenatória. Precedentes. Violação ao método "cross examination" previsto no artigo 212 do CPP não verificada. Número de testemunhas arroladas por ambas as partes superior ao limite previsto no artigo 401 do CPP. Mera irregularidade que em nada macula o procedimento, tampouco caracteriza cerceamento de Defesa. Impossibilidade de a parte alegar nulidade para a qual tenha concorrido (artigo 565 do CPP). Cabimento do acordo de não-persecução penal a ser aferido, exclusivamente, pelo Ministério Público, titular da ação penal. Alegação de incompetência relativa que, além de fulminada pela preclusão, não se sustenta. Conflito de competência dirimido por este E. TJESP, reconhecendo-se a jurisdição da 1ª Vara Criminal de Guarulhos. Preliminares tumultuárias e rejeitadas. Mérito. Materialidade e autoria demonstradas. Prova segura. Negativa da ré isolada e inverossímil. Inequívoca ocultação e movimentação, por ela e seu falecido marido, de valores oriundos de infração penal pretérita. "Teoria da cegueira deliberada". Precedente do PLENO DO EXCELSO PRETÓRIO. Prescindibilidade de condenação ou apuração da autoria da infração penal antecedente. Causa de aumento inequívoca. Prática de reiterados atos de lavagem. Condenação mantida. Pena-base no piso, desprezando-se circunstâncias judiciais adversas a beneficiar a apelante. Aumento intermediário pela majorante sem impugnação do Ministério Público. Regime inicial semiaberto mantido, anotada a imprescindibilidade do retiro pleno diante do quadro negativo reconhecido também incondizente com a substituição da carcerária por restritivas de direitos e a concessão de "sursis". Perdimento dos bens sequestrados bem determinado. Prequestionamento. Apelo improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO DO RELATOR

Pela sentença a fls. 927/946, cujo relatório se adota, ANNA CAROLINA DA SILVA FERREIRA, qualificada nos autos, foi condenada a cumprir pena de quatro (4) anos e seis (6) meses de reclusão em regime inicial semiaberto, bem como a proceder ao pagamento de multa no importe de quinze (15) diárias, unidade no piso, como incursa no artigo 1º, *caput* e § 4º, da Lei nº. 9.613/98, possibilitada a interposição de recurso em liberdade, com a perda *"dos imóveis e veículos sequestrados nos autos e registrados em nome de terceiros, mas adquiridos efetivamente pela acusada com recursos provenientes de atividades criminosas"*.

Inconformada, apela a Defesa (fls. 953), vindo as razões do recurso a fls. 984/1.004. Sustenta, preliminarmente, a nulidade (i) da sentença por carência de fundamentação, porquanto não apreciadas todas as teses defensivas, (ii) diante da violação ao método do *cross examination*, tendo a juíza iniciado a inquirição das testemunhas de acusação, (iii) por se *"permitir, de ofício, a oitiva de 11 (onze) testemunhas de acusação superior ao que rol de testemunha permite [sic], pleiteado no bojo da exordial acusatória e deferido tacitamente, com isso auxiliando a acusação"*, (iv) pelo não oferecimento de proposta de Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), mesmo diante de ré primária e sem antecedentes e (v) por violação ao princípio do juiz natural, *"sendo absolutamente incompetente a MM. Juíza sentenciante para julgado o feito, seja porque o fato principal tramitou na 6ª Vara Criminal de Guarulhos, ou que os supostos atos de lavagem foram cometidos na Capital de São Paulo"*. No mérito, requer a absolvição por fragilidade probatória, pois *"não ficou comprovado que a movimentação de valores da apelante adveio de ato ilícito anterior, não sendo suficiente imputação de participação de crime anterior do seu falecido companheiro"*. Subsidiariamente, propugna a redução da pena e do coeficiente de acréscimo diante da majorante, a mitigação do regime prisional e a reversão do perdimento de bens (*"um dos bens imóveis situado no município de Peruíbe foi adquirido anteriormente à prática do delito, sem contar que não transitada em julgado a Ação Penal"*). Ao final, "prequestiona" toda a matéria.

Regularmente processado o apelo, apresentaram-se as contrarrazões a fls. 1.019/1.026, tendo a ilustrada Procuradoria Geral de Justiça se manifestado pelo improvimento do recurso (fls. 1.038/1.059).

É o relatório.

Inicialmente, afastam-se as tumultuárias preliminares lançadas a esmo pela Defesa.

Num primeiro enfoque, a sentença se afigura suficientemente fundamentada, preenchendo todos os requisitos previstos na legislação penal e, ainda, em

Acesso ao Sumário

comandos constitucionais pertinentes (*especialmente aquele previsto no artigo 93, IX, da Constituição Federal*).

Aliás, mesmo diante de argumentação genérica e inespecífica de nulidade (*a Defesa sequer se deu ao trabalho de precisar qual tese, supostamente, teria sido ignorada no decisório*), importa anotar que todas as questões necessárias à resolução do mérito da demanda foram apreciadas em primeiro grau, nada denotando irregularidade.

A propósito, *"a resposta a todos os argumentos da defesa somente se pode afirmar desejável no plano ideal. Se o juiz afasta, em essência, as alegações da defesa, apresentando as razões que o levam a decidir por esta ou aquela forma, de modo a possibilitar às partes a apreciação crítica dos fundamentos oferecidos, não se há falar em nulidade da sentença"* (JTACrimSP 85/340).

Além disso, de acordo com iterativa jurisprudência, *"inocorre nulidade por falta de apreciação de tese defensiva quando a sentença acolhe, em sua fundamentação, posição oposta àquela apresentada pelo réu, que resta implicitamente rejeitada"* (RJDTACRIM, 33/298).

Igualmente, consoante artigo 315, § 2º, do Código de Processo Penal, somente se considera não fundamentada a sentença que *"não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador"*, algo a evidenciar, logicamente, a **desnecessidade de extensos fundamentos** quanto às teses **INCAPAZES DE INFIRMAR A CONCLUSÃO EXTERNADA PELO JULGADOR**.

De todo modo, para não ficar sem registro, mencione-se que o decisório não foi objeto de embargos declaratórios opostos por qualquer das partes, peculiaridade a corroborar o despropósito da tese defensiva.

Moderno julgado desta Colenda Câmara não destoa, anotando-se que *"A r. sentença está bem fundamentada e espelha o ponto de vista do julgador, que é o que a Lei exige. (...) Ressalte-se, ainda, que qualquer omissão na r. sentença, deveria ter sido objeto de embargos de declaração.* ***Tendo a Defesa permanecido inerte, não há que se falar em omissão, já que não procurou saná-la, em tempo hábil, como lhe competia"*** (TJESP, Apelação nº. 0000164-38.2015.8.26.0616, Relator Desembargador MACHADO DE ANDRADE, julgado 28-08-2020, grifei e destaquei).

Improcedente, ainda, a alegação de nulidade em virtude da "inversão" do método de inquirição das testemunhas de acusação, bastando observar que a magistrada, embora tenha iniciado a oitiva acerca dos fatos imputados à ré, nitidamente conferiu às partes a oportunidade de questionar os depoentes (mídia digital no SAJ), nada denotando prejuízo.

Acesso ao Sumário

É certo que, segundo o artigo 212 do Código de Processo Penal, com a redação trazida pela Lei nº. 11.690/08, *"as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida"*, disciplinando o respectivo parágrafo único que, *"sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição"*.

Vale dizer, o dispositivo legal em pauta **NÃO** retirou do julgador a possibilidade de formular perguntas às testemunhas (quer as de acusação como as de defesa) na busca da verdade real, algo que em nada influi em sua imparcialidade, mesmo porque lhe cabe apurar fatos narrados na denúncia, sem se ignorar, como antes ressaltado, que, às partes, possibilitou-se ativa participação nas inquirições, ficando clara a inexistência de nulidade.

Em tal sentir, não se pode ignorar que, no Direito Processual Penal, vigora o princípio da instrumentalidade das formas, daí a imprescindibilidade de indicação específica e comprovação de efetivo e concreto prejuízo à parte que invoca a suposta nulidade, algo não verificado *in casu*.

Pondo pá de cal a respeito do tema, registre-se que o advogado constituído **NÃO** apresentou qualquer objeção à adoção do método presidencialista durante a audiência, situação a indicar a **preclusão** (artigo 572 e incisos, combinado com os artigos 564, IV e 571, II, todos do Código de Processo Penal) – aliás, o imaginário vício somente foi arguido quando da apelação, algo também a evidenciar a manifesta improcedência das alegações.

Confira-se, sobre a matéria, remansosa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça segundo a qual *"Eventual inobservância à ordem estabelecida no artigo 212 do Código de Processo Penal caracteriza vício relativo, **devendo ser arguido no momento processual oportuno**, com a demonstração da ocorrência do dano sofrido pela parte, **sob pena de preclusão**. Precedentes do STJ e do STF. 2. No caso dos autos, tendo a defesa anuído com a manutenção do sistema presidencialista de inquirição, não arguido tempestivamente a matéria, e tampouco demonstrado eventual dano concreto acarretado ao paciente, não há que se falar em invalidação do ato, como requerido na impetração. Inteligência dos artigos 571 e 563 do Código de Processo Penal"* (STJ, HC 351325/RS, Relator Ministro JORGE MUSSI, DJe **29-8-2018**, sem grifo e destaque no original).

Quanto à terceira nulidade alegada, melhor sorte não assiste à Defesa.

Na hipótese, o artigo 401 do Código de Processo Penal prevê o limite de oito (8) testemunhas arroladas por cada parte e, de fato, o Ministério Público indicou onze (11) pessoas (fls. 583). No entanto, longe de suscitar qualquer irregularidade, a **Defesa arrolou as MESMAS onze (11) testemunhas** (fls. 670), o que também acabou acolhido pelo juízo.

Acesso ao Sumário

Evidente, portanto, que a irregularidade acabou suprida pela própria atuação da Defesa constituída, que simplesmente *"chancelou"* as testemunhas de acusação, algo a obstaculizar a nulidade aventada, nos estritos limites do artigo 565 do Código de Processo Penal ("Art. 565. ***Nenhuma das partes poderá arguir nulidade*** *a que haja dado causa, ou* ***para que tenha concorrido****, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse*).

Aliás, como a Defesa também arrolou testemunhas em número superior ao máximo previsto pela Lei Adjetiva Penal, não há se falar em "favoritismo" ou "favorecimento" da acusação como sustentado via razões de apelo, algo até mesmo lógico (*mesmo porque também não houve qualquer prejuízo concreto ao direito de defesa, o que tamb*ém prejudica o pedido defensivo – *artigo 563 do CPP, "pas de nullité sans grief"*).

Também sem sentido a aventada nulidade por ausência de proposta de acordo de não persecução penal (ANPP) em benefício da apelante, mesmo porque o instrumento de política criminal previsto no artigo 28-A do Código de Processo Penal não constitui direito subjetivo do réu, cabendo ao Ministério Público, titular da ação penal, analisar sobre a incidência da benesse.

Ademais, a Justiça Pública entendeu pelo descabimento do acordo de não persecução penal, deixando de oferecê-lo, *"uma vez que, diante da gravidade concreta do delito e da complexidade de sua execução, referido benefício não se mostra suficiente para a reprovação e prevenção do crime praticado, representando proteção deficitária do Bem Jurídico tutelado, estando inviabilizado, assim, o oferecimento da proposta, nos termos do art. 28-A, § 2º, inciso II, do CPP"* (fls. 573).

Julgado do Superior Tribunal de Justiça não destoa, decidindo-se que *"Inexiste nulidade na recusa do oferecimento de proposta de acordo de não persecução penal quando o representante do Ministério Público, de forma fundamentada, constata a ausência dos requisitos subjetivos legais necessários à elaboração do acordo, de modo que este não atenderia aos critérios de necessidade e suficiência em face do caso concreto"* (STJ, HC 612449/SP, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, julgado 22-09-2020).

Além disso, a Defesa, ao apresentar a resposta à acusação (fls. 659/671), não se insurgiu quanto ao posicionamento externado pela Justiça Pública, tudo a denotar a **preclusão**, na hipótese reforçada pelo silêncio das partes na fase do artigo 402 do Código de Processo Penal e, inclusive, nas alegações finais.

A situação, como decorre claro até mesmo por questão de lógica, indica a intempestividade do pedido formulado somente quando da apelação quanto à providência prevista no artigo 28, § 14, do Código de Processo Penal, a par de, como consabido, a relação processual segue "passos à frente".

Acesso ao Sumário

E, mesmo que assim não fosse, a d. Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se no parecer contra a concessão da benesse, algo a prejudicar qualquer alegação neste sentido, *in verbis*: *"Como bem pontuado pelo N. Promotor de Justiça oficiante, a recusa por parte do Ministério Pública em formular a proposta do referido benefício se deu de forma fundamentada, uma vez que, diante da gravidade concreta do delito e da complexidade de sua execução, referido benefício não se mostra suficiente para a reprovação e prevenção do crime praticado, representando proteção deficitária do Bem Jurídico tutelado, restando, assim, inviabilizado o oferecimento da proposta, nos termos do art. 28-A,§ 2º, inciso II, do CPP. Insta ressaltar o benefício não é um direito subjetivo do acusado, mas uma prerrogativa do Ministério Público em oferecer ou não a benesse. Nesse sentido, o Enunciado n. 21, PGJ – CGMP – Lei 13.964/19, estabelece que 'a proposta de acordo de não persecução penal tem natureza de instrumento de política criminal e sua avaliação é discricionária do Ministério Público no tocante à necessidade e suficiência para a reprova*ção e prevenção do crime. Trata-*se de prerrogativa institucional do Ministério Público e não direito subjetivo do investigado"* (fls. 1.041).

De qualquer forma, inadmissível a aplicação retroativa do ANPP diante do encerramento da prestação jurisdicional, com a condenação da denunciada, mostrando-se o momento processual *"... incompatível com o propósito do instituto do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) quando já recebida a denúncia e já encerrada a prestação jurisdicional na instância ordinária, com a condenação do acusado, cuja causa de diminuição do art. 33, §4º, da Lei de drogas fora reconhecida somente neste STJ, com a manutenção da condenação"* (STJ, EDcl no AgRg no AgRg no AREsp 1635787/SP, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, julgado 04-08-2020).

No mais, às claras, insubsistente a argumentação atinente à incompetência relativa do juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Guarulhos, sendo certo que, como consta da decisão a fls. 979/980 - nos autos da medida cautelar nº. 1500261-97.2020.8.26.0224 (pedido de "quebra" de sigilo bancário da apelante e de outras pessoas, cujo deferimento originou o feito em pauta) -, instaurou-se Conflito Negativo de Competência entre os juízos da 1ª e da 6ª Varas Criminais de Guarulhos, confirmando a **Câmara Especial deste E. TJSP a jurisdição da 1ª Vara Criminal da Comarca (feito nº. 0005873-83.2020.8.26.0000)**.

Acesso ao Sumário

Como salientado pelo Ministério Público via contrarrazões, *"infundado o pedido de incompetência territorial arguido pela Defesa, uma vez que a vinculação dos fatos com a cidade de Guarulhos, sendo este o local da prática do crime antecedente, no qual a colheita de provas se mostra mais adequada"* (fls. 1.023).

Importa acrescer que Defesa não suscitou a incompetência (relativa, vale

frisar, nos termos da Súmula 706 do STF) no primeiro momento que lhe cabia, inércia a evidenciar a preclusão e correlata prorrogação da competência do juízo sentenciante.

Aresto moderno cuidando da matéria não destoa, asseverando-se que, *"3. Quanto ao vício relativo à inobservância da competência territorial, verifica-se que a Corte de origem, ao analisar o pleito defensivo, aduziu que a defesa manteve-se silente durante todo o curso da instrução, levantando o vício apenas na apelação, o que resulta na preclusão do defeito alegado. 4. Além disso, o fato de não ter alegado o vício na primeira oportunidade caracteriza a chamada nulidade de algibeira. Esse procedimento é incompatível com o princípio da boa-fé, que norteia o sistema processual vigente, exigindo lealdade e cooperação de todos os sujeitos envolvidos na relação jurídico-processual"* (STJ, HC nº. 617.877/SP, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, julgado 01-12-2020).

De igual modo e ainda mais recente, julgado preconizando que *"'... a competência territorial é matéria que gera nulidade relativa, não devendo ser reconhecida de ofício, mas arguida em momento oportuno, sob pena de operar-se a preclusão' (AgRg no AREsp n. 240.812/SP, Relator Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 22/9/2015, DJe 15/10/2015)"* (STJ, AgInt no AREsp nº. 2.261.620/RJ, Relator Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, julgado **26-06-2023**).

Superadas as matérias prejudiciais, fácil notar que **o recurso não vinga** também diante do mérito.

Narra a denúncia, resumidamente, que, em datas diversas, a partir de 25 de julho de 2.019, ANNA CAROLINA DA SILVA FERREIRA, em concurso com seu marido *Marcelo José de Lima* (falecido em 20-06-2019 - fls. 114/115), vulgo *"Frebonho"*, de forma reiterada, ocultou a natureza, origem, localização, disposição e propriedade de bens e valores diretamente provenientes da prática de infração penal.

Segundo a acusação, *Marcelo José de Lima* e seus comparsas foram denunciados pela prática dos delitos de organização criminosa, adulteração de sinal identificador de veículos automotores (duas vezes) e roubos triplamente circunstanciados (por sete vezes) porque, no dia 25 de julho de 2.019, nas dependências do *Aeroporto Internacional de Guarulhos*, participou do roubo de trinta e um (31) malotes de ouro (peso total de **734kg**) pertencentes à empresa *Kinross Brasil Mineração S/A, Pilar de Goiás Desenvolvimento Mineral S/A, Mineração Riacho dos Machados Ltda., Fazenda Brasileiro Desenvolvimento Mineral Ltda. e RBM – Recuperadora Brasileira de Metais*, no valor aproximado de R$ 117.335.220,00, além de dezoito (18) relógios e um colar marca *LV-*

Acesso ao Sumário

MII Fashion Group Brasil (*Louis Vuitton*) avaliados em cerca de R$ 94.247,00 e **15,17kg** de esmeraldas da *Rara Gemas e Joias Eireli*, no importe de USD 26.567,00[1].

No dia 21 de novembro seguinte, policiais civis receberam informação dando conta de que um dos envolvidos na prática dos roubos estaria no estabelecimento *Graal Recanto Português*, onde se depararam com a apelante ANNA e com seu marido *Marcelo*, que se encontrava na condução do veículo *Jeep/Compass* placas *DCM-1571*, ambos acompanhados de duas crianças e de uma babá. Durante a abordagem, *Marcelo* apresentou documento de identidade falso, quando também se apurou que o automóvel estava em nome da babá (a testemunha Janete Marcelino de Azevedo), situação a evidenciar a ocultação de patrimônio por parte do casal de marginais.

Questionada a respeito, Janete disse que o automóvel figurava em seu nome a pedido de *Marcelo*, real proprietário do bem, bem como que havia notado uma mudança no perfil financeiro do casal. Constatou-se, outrossim, que a denunciada e *Marcelo*, sempre com o objeto de ocultar a natureza e a origem dos elevados valores na posse do casal, passaram a investir na aquisição de imóveis e reformas correlatas de alto padrão.

Durante as investigações, evidenciou-se que ANNA e *Marcelo*, além do *Jeep/Compass* em nome da babá, também eram proprietários de fato de um apartamento no bairro Morumbi na Capital, um sítio em Atibaia/SP, um imóvel em Peruíbe/SP e o veículo *Kia/Optima*, não conseguindo comprovar renda lícita apta a justificar o elevado patrimônio.

Após a prisão de *Marcelo*, os policiais civis se dirigiram ao imóvel residencial do casal, onde encontraram documentos e manuscritos com anotação de expressivos valores em dinheiro, bem como uma agenda trazendo contabilidade pertencente a apelante, cujo conteúdo indicava movimentação de diversos valores, incluídos gastos com o tratamento de quimioterapia realizado por *Marcelo* e, ainda, decorrentes da aquisição de apartamento e sua posterior quitação.

Chamaram especial atenção as anotações mencionadas a fls. 136 (*período referência 29-08-2019 e 11-09-2019 – datas posteriores ao roubo no Aeroporto*), constando do topo da página a cifra "1,79" e, na sequência, os valores de R$ 700.000,00 e R$ 1.591.000,00 – período em que o grama do ouro estava entre R$ 173,47 e R$ 180,22 (fls. 134/138) -, além de se localizar o veículo *Kia/Optima* placas *FAE-1755* também registrado em nome de terceiros "laranjas".

Conforme o apurado, o imóvel em São Paulo foi adquirido pela denunciada e seu marido pouco tempo depois dos roubos, situação idêntica àquela verificada diante do imóvel situado na rua José Carlos Piza (*adquirido por intermédio*

Acesso ao Sumário

1 Fatos apurados nos autos do processo nº. 1502033-69.2019.8.26.0535, o qual tramitou perante a 6ª Vara Criminal de Guarulhos.

de Moacir Santos da Conceição – contrato a fls. 16/20 – por R$ 430.000,00). O proprietário anterior/alienante desse último imóvel, Milton Cassiano Santanna e seu contador Denis Fernando Souza de Mendonça nunca se encontraram com Moacir, mero "laranja" de ANNA e *Marcelo*.

Adquiriram-se, ainda, imóveis em Atibaia/SP e Peruíbe/SP. Todos os bens móveis e imóveis foram comprados com o dinheiro em espécie advindo dos roubos e mediante depósitos diretos em conta-bancária, maior parte em nome de terceiros como a babá Janete, Moacir e a genitora de ANNA (*Izabel Cristina da Silva*) – denúncia a fls. 575/583.

Feito o breve escólio, a apelante, na Delegacia, ouvida inicialmente como informante, afirmou conviver maritalmente com *Marcelo* há cerca de dez anos, tendo dois filhos juntos. *Marcelo* é ourives e, desde que o conheceu, nunca soube ao certo sobre sua rotina de trabalho. Atuou como promotora de eventos e, mais recentemente, constituiu empresa de importação de bolsas e roupas com outras três sócias – que foi encerrada de fato. Toda sua renda advém de *"um dinheiro que juntou dos negócios da citada sociedade e acaba emprestando para conhecidos"*, costumando locar um imóvel em Atibaia/SP e arcaram com uma reforma de R$ 50.000,00 no local. Também são proprietários de um imóvel em Peruíbe/SP, enquanto seu carro foi *"trocado de um veículo anteriormente adquirido"*, tendo seu companheiro quitado a diferença de R$ 70.000,00. No final de 2.018, vendeu um automóvel por R$ 30.000,00 (*que não estava em seu nome*), montante emprestado a conhecidos a uma taxa de 5%. Já o *Jeep/Compass* estava em nome da babá Janete *"devido a imposto de renda"*, alegando que *Marcelo* está acometido de câncer e necessita de extensivos cuidados, submetendo-se a tratamentos hospitalares quatro dias por semana. Nada sabe sobre o carro localizado na vaga de seu apartamento, apenas que foi deixado no local por seu marido (fls. 12/13). Posteriormente, já como investigada, optou por permanecer em silêncio (fls. 522). Em pretório, negou as acusações. Alegou ter sido companheira de *Marcelo* por cerca de quatorze anos, até ele morrer de câncer, sendo prostituta antes do início do relacionamento. Asseverou ser proprietária de um terreno no Marsilac (R$ 70.000,00) e de uma casa em Peruíbe/SP, ambas pagas com o seu próprio dinheiro, acumulado desde os seus dezoitos anos, mas não guardava no banco *"por causa de imposto"* e por ser garota de programa. Sobre *Marcelo*, sabe dizer apenas que ele atuava como ourives, vindo ele a lhe dar um carro de R$ 170.000,00, mas nada pôde dizer sobre o pagamento ou sua origem, sendo o bem registrado no nome de sua genitora e, a pedido dela mesma, transferido, na sequência, à babá, para não pagar imposto de renda. Não participou das negociações dos imóveis de Atibaia/SP e do bairro Morumbi, na Capital. Aduziu que *Marcelo* foi um *"cliente"* que deu certo e, sobre o veículo *Kia/Optima*, alegou nunca ter obtido a respectiva posse, sendo guardado na vaga

Acesso ao Sumário

de seu apartamento pelo marido. Sobre as anotações apreendidas pelos policiais, confirmou a autoria, mas negou que tivessem qualquer relação com o roubo do aeroporto. Questionada novamente, disse que efetuou as anotações a pedido de *Marcelo*, mas que nada sabe sobre o que anotou. O pagamento do tratamento de câncer de *Marcelo* foi pago em dinheiro por amigos (*mais adiante, no interrogatório, disse que o tratamento foi pago pelo próprio Marcelo*). A babá Janete estava muito nervosa no momento da abordagem, alegando, por fim, manter três contas bancárias em três instituições financeiras (mídia digital no SAJ).

Todavia, a versão exculpatória, a par de inverossímil, acabou isolada.

Com efeito, Janete Marcelino de Azevedo, babá/diarista contratada por ANNA e *Marcelo*, proprietária formal do veículo *Jeep/Compass* apreendido, afirmou que trabalhava para o casal há cerca de dois anos e que ambos pediram para deixar o carro no seu nome até a apelante conseguir *"regularizar os documentos"*. Na Delegacia, categoricamente, disse que nenhum dos seus empregadores trabalhava e, poucos meses antes da abordagem, começou a notar movimentação financeira e gastos mais elevados. Porém, em juízo, contrariou-se e informou que ambos trabalhavam, enquanto ANNA tinha uma importadora, não notando a depoente um aumento nos aportes do casal. Confirmou a assinatura no termo de depoimento extrajudicial, mas negou tê-lo lido antes de firmá-lo. *Marcelo* permaneceu preso durante parte do tempo em que trabalhou para o casal, aduzindo, ao final, que recebia seus pagamentos em dinheiro, mensalmente (fls. 10 e mídia digital no SAJ).

Izabel Cristina da Silva – mãe da ré – afirmou, na Delegacia, manter uma conta corrente perante o *Banco Bradesco* usada para pequenos depósitos em dinheiro entregue por sua filha Gabriela. Asseverou que ANNA saiu de casa quando contava quatorze anos de idade e, em meados de 2.017, ela lhe pediu para cuidar de sua prole porque iria viajar *"para buscar alguém"* (*posteriormente, visualizou fotos de ANNA com Marcelo em Foz do Iguaçu/PR*). Em 2.018, conheceu a casa de Peruíbe/SP e, entre os dias 26 e 27 de julho de 2.019, recebeu uma ligação da filha pedindo que comparecesse em sua casa no bairro da Saúde, quando ela afirmou que *Marcelo* teria recebido uma herança e que iria ajudar a depoente com suas finanças. Quando voltou para casa, ANNA ligou novamente e disse *"aconteceu uma merda muito grande"*. Nesse mesmo ano, a apelante pediu seus documentos para lhe transferir a propriedade de um veículo, enquanto, em setembro de 2.019, conheceu o apartamento situado no bairro do Morumbi, que *Marcelo* afirmou ter comprado (fls. 235/237). Em juízo, disse que, em razão da suposta herança, *Marcelo* e ANNA lhe ofereceram R$ 70.000,00 para dar entrada num imóvel. Sobre os imóveis em Peruíbe e Atibaia, não sabe dizer quando foram adquiridos, mas afirmou que *Marcelo* ofereceu para que *"registrasse um imóvel em seu nome"*, desde que o transferisse aos netos no prazo de

Acesso ao Sumário

dois anos. Não sabe declinar a ocupação da apelante e de seu marido, afirmando ANNA que ele era *"ourives e sócio de um escritório de advocacia"*. ANNA também pediu à sua tia guardar em dinheiro para ela e, quanto aos bens do casal, asseverou que eles tinham um apartamento no Morumbi, uma casa em Peruíbe e outra no bairro da Saúde. A filha também comentou sobre transferir uma chácara para o seu nome, mas não sabe a localização do imóvel (mídia digital no SAJ).

Noutra banda, Denis Fernando de Souza Mendonça – contador de Milton Cassiano Santana (ex-proprietário do imóvel no bairro Morumbi) – contou que um prestador de serviço do condomínio lhe disse haver um interessado na compra do imóvel e, por meio de Milton, recebeu uma cópia do documento do comprador (Moacir) para elaborar o contrato de compra e venda. Ao final, disse que conheceu o comprador do imóvel ou *Marcelo* (fls. 24 e mídia digital no SAJ).

Milton Cassiano Santana, na Delegacia, informou ter vendido o imóvel do bairro Morumbi a Moacir Santos da Conceição, nunca mantendo contato com o comprador, já que toda a negociação e documentação foi elaborada por seu contador Denis. Contrataram o valor de R$ 290.000,00 pelo imóvel em três parcelas, mas recebeu apenas uma (fls. 15).

Adilson Marcon Júnior – ex-proprietário do terreno de Peruíbe/SP – destacou ter conhecido ANNA e *Marcelo* quando ambos foram fechar a compra do imóvel. A venda foi feita diretamente para a apelante pelo valor de R$ 170.000,00, com a importância de R$ 140.000,00 sendo paga em espécie, enquanto a quantia remanescente de R$ 30.000,00 em dez cheques, embora a venda tenha sido registrada em cartório por R$ 40.000,00 (fls. 238 e mídia digital no SAJ).

Alexandre Inácio de Souza, extrajudicialmente, contou trabalhar na concessionária Amazonas, onde ANNA e *Marcelo* compareceram com o intuito de trocar um *Jeep/Compass* usado por um novo, vindo aquele a pagar a diferença (R$69.000,00) em dinheiro (R$ 69.000,00). Durante a negociação do automóvel, *Marcelo* comentou que planejava adquirir um imóvel tranquilo para ficar com a família, porquanto acometido de câncer. Era conhecido de Gilson e sabia que ele estava vendendo sua chácara em Atibaia/SP, daí porque os apresentou e intermediou a venda do imóvel, elaborando-se um contrato, que não foi assinado (fls. 240/241). Sob o contraditório, confirmou ter indicado e intermediado a compra/locação da chácara, combinando-se o aluguel no valor de R$ 10.000,00, mas *Marcelo* não apresentou comprovação de renda e, por isso, acabou pagando R$ 125.000,00 em espécie de uma só vez. Não acompanhou a compra da chácara, mas sabe que o imóvel foi registrado em nome de ANNA e *Marcelo* (mídia digital no SAJ).

Acesso ao Sumário

Aqui, importante frisar que – muito ao reverso do aventado pela Defesa –

os depoimentos de Alexandre nas duas fases da *persecutio* não são contraditórios e nem divergem entre si, sendo certo que as questões suscitadas pela Defesa via razões trazem aspectos nitidamente secundários que em nada beneficiam ou prejudicam a acusada, algo até mesmo óbvio.

De seu lado, Gilson Adelmi disse que era proprietário de uma chácara em Atibaia/SP e, em 2.019, colocou o imóvel para alugar ou vender. Alexandre encontrou um interessado e o deixou com as chaves do imóvel para que pudesse mostrá-lo a *Marcelo*. Lavraram contrato de locação no valor de R$ 10.000,00 mensais, por quarenta e três meses, com a venda do imóvel pelo valor de R$ 550.000,00 ao final. Foram pagos R$ 120.000,00 em dinheiro a Alexandre, que lhe repassou o valor, sem nunca ter recebido o restante. A ocorreu no início de outubro de 2.019, não tendo conhecido a ré ou o seu marido, que utilizaram o imóvel por 30 ou 40 dias. *Marcelo* iniciou uma reforma no local, mas não a completou e deixou o imóvel parcialmente destruído (fls. 242 e mídia digital no SAJ).

Já Adelmo Alves de Freitas – construtor civil – mencionou ter sido contratado por *Marcelo* para executar uma obra na chácara em Atibaia/SP, totalizando R$ 160.000,00. *Marcelo* lhe fez um depósito de R$ 47.745,00 e, durante as obras, gostou do serviço e o contratou para uma outra na cidade de Peruíbe/SP, orçada em R$ 23.108,91. Posteriormente, *Marcelo* lhe entregou R$ 15.000,00 em dinheiro, vindo a obra em Atibaia/SP a totalizar R$ 250.000,00 e mais R$ 60.000,00, que lhe foram pagos por depósito em dinheiro. Não conheceu Gilson (proprietário da chácara em Atibaia/SP), acrescentando o depoente que o casal conduzia um *Jeep/Compass* branco (fls. 14 e mídia digital no SAJ).

E o policial civil Guilherme Jorge Sabee Antar narrou ter abordado ANNA e *Marcelo* no estacionamento do *Graal*, quando o segundo lhe apresentou um documento falso, enquanto o carro usado por ele figurava em nome da babá do casal, a par de adquirido poucos dias antes em dinheiro. Já na casa da apelante, localizou um *Kia/Optima* em nome de terceira pessoa, além de anotações e dinheiro. Também havia uma casa no litoral que havia sido reformada recentemente (fls. e mídia digital no SAJ).

Acesso ao Sumário

Frise-se que os esclarecimentos analisados se mostram harmônicos, coerentes, lógicos e livres de dúvidas, nada indicando animosidade ou intenção deliberada de prejudicar a recorrente, além do que a lei não faz ressalva alguma relativa ao valor de versão trazida por policial.

Aliás, este Egrégio Tribunal de Justiça tem seguidamente proclamado que a circunstância de ser a testemunha agente de segurança pública não afeta o valor probante de sua palavra (TJESP, Apelações Criminais nºs. 0002253-17.2014.8.26.0439, Relator Desembargador IVAN SARTORI, julgado 15-

12-2015, 0450599-29.2010.8.26.0000, Relator Desembargador PENTEADO NAVARRO, este com citação de vasta doutrina e decisões a respeito), sendo tranquila a jurisprudência em tal sentido (STF, HC nº. 74.608-0/SP, Relator Ministro CELSO DE MELLO; RT 816/548; TJESP, Apelação Criminal nº. 993.08.018758-4).

Por sua vez, Cristiano Luís Hartel, na Delegacia, disse trabalhar numa loja de carros e ter atendido ANNA, a qual possuía um *Jeep/Renegade* ano 2015/2016 e queria adquirir um *Jeep/Compass*. A apelante deu o veículo como entrada no valor de R$ 58.000,00, depositando R$ 50.000,00 em espécie na conta-bancária da empresa (comprovante a fls. 26, datado de 06-08-2019). Cerca de um mês depois, a ré retornou à concessionária e disse querer trocar o automóvel por uma *BMW/X4*, afirmando que pagaria R$ 200.000,00, mas acabou desistindo da compra (fls. 25).

Daniel André Parra Vargas, vendedor de outra concessionária e também ouvido somente na Delegacia, pontuou que ANNA – em 11-09-2019 (documentação a fls. 29/36) – adquiriu um *Jeep/Compass* pelo valor R$ 103.000,00, dando como entrada um veículo da mesma marca e modelo (adquirido de Cristiano um mês e cinco dias antes), pagando a diferença de R$ 68.700,00 em espécie (fls. 28).

Noutro enfoque, para não ficar sem registro, malgrado não reproduzidas as narrativas de Milton, Cristiano e Daniel em pretório, trata-se de versões seguras e coerentes a reforçar o convencimento do magistrado, porquanto em conformidade com o restante da prova produzida **sob a garantia do contraditório**, algo que – ao reverso do aventado pela Defesa – em nada contraria a regra consubstanciada no artigo 155 do Código de Processo Penal.

Aliás, nem é preciso dizer que o comportamento de ANNA em relação aos veículos é nitidamente estranha (para dizer o mínimo), porquanto trocou de carro duas vezes num exíguo período de um mês aproximadamente, pagando em ambas as operações R$ 110.000,00 em dinheiro, peculiaridade às claras apta a causar suspeitas em qualquer pessoa imbuída de bom-senso e boa-fé, soando até mesmo risível a alegação de que a apelante não sabia e nem poderia saber da origem espúria dos valores e dos bens por ela negociados.

Como se não bastasse, a prova oral dá conta de que ANNA tinha plena ciência das negociações espúrias e do 'branqueamento' de capitais levado a efeito por *Marcelo*, tendo aderido à sua conduta de forma inequívoca.

Neste sentido, basta lembrar que a apelante participou, no mínimo, das negociações envolvendo a chácara em Atibaia/SP e os veículos *Jeep/Compass*, tudo com pagamento de vultuosos valores em *"dinheiro vivo"*, a par de ter pedido à própria mãe seus documentos com o intuito de ocultar a verdadeira pro-

Acesso ao Sumário

priedade de um dos carros, transferindo-o àquela.

Ainda a respeito, confiram-se os sólidos fundamentos esposados na sentença condenatória asseverando que *"A versão fornecida pela ré não convence e, face ao robusto conjunto probatório, não deixa dúvidas quanto sua autoria no crime a ela imputado. Imperioso ressaltar que, ainda que se considerasse verossímil a versão de que a ré não tivesse ciência acerca da verdadeira ocupação do seu companheiro, tal fato não obsta sua responsabilidade na lavagem o dinheiro de origem espúria. Para a concretização da autoria deste delito, desnecessária sua demonstração cabal, quando os indícios convergem para imputação do crime. No caso, a investigação realizada e o conjunto probatório amealhado na fase processual denotam que ela tinha plena ciência de que os valores manuseados por ela após julho de 2019 não eram compatíveis com o padrão de vida até então gozado pelo casal.* ***Verifica-se dos autos que, de uma hora para outra, a família passou a realizar gastos vultosos sem qualquer lastro contábil da origem do numerário****. A alegação de que o valor adviria de uma suposta herança do seu esposo não veio acompanhada de qualquer documento. Da mesma forma, o imóvel situado no bairro de Marsilac. Nesse mesmo sentido, os gastos com as internações do esposo. Note-se à fl. 83 que a ré teria afirmado ao hospital, após ter ciência dos custos, que iria 'resolver' este problema no dia posterior. Ainda, ao confirmar que as anotações foram por ela feitas na sua agenda, sem explicar do que se tratavam, denota que tinha ciência dos vultosos valores ali apostos. Ora, se assim é, mais um indício que milita contra a ré.* É certo que a falta de justificativa a respeito da origem da quantia ou a apresentação de motivação inverossímil estão inseridas no direito da investigada e não produzir prova contra si, sem implicar qualquer modificação na aparência de ilicitude do dinheiro*. Contudo,* ***a magnitude das operações financeiras realizadas, a forma de realização ou a falta de fundamento econômico legal, não deixam outra conclusão senão sua plena ciência e participação quanto ao crime de lavagem de dinheiro. Os fatos que emergiram da investigação evidenciaram que toda a movimentação financeira se deu após a participação do seu esposo em crimes patrimoniais. Se se mostrou indiferente à origem dos bens, mas usufruiu e realizou diversas condutas visando a legalização dos valores outrora subtraídos, fica evidente que assumiu o risco de produzir o resultado de 'lavar' o produto de crimes pretéritos****. Assim, as provas documentais, somadas ao interrogatório da ré ANNA, comprovam que os imóveis acima descritos, situados nas cidades de São Paulo, Peruíbe e Atibaia, bem como os veículos Jeep/Compass, placas DCM-1571 e Kia/Optima, placas FAE-1755 foram* ***adquiridos efetivamente pela ré e seu marido com o produto da atividade criminosa do roubo, sendo alguns deles colocados em nome de 'laranja' tão somente com a finalidade de ocultar e dissimular a sua origem e real propriedade dos bens, tudo com anuência da acusada, que tenta convencer o Juízo***

Acesso ao Sumário

da propriedade legítima dos bens, sem sucesso. *Nunca comprovou recursos suficientes para tais aquisições. A ré não comprovou outras fontes, ou outros recursos que tenha empregado nas alegadas compras. Diante de todo o acima considerado, o que se extrai dos documentos vindos aos autos, tem-se por* ***inverossímil a alegação da acusada de obtenção de quantia com origem lícita para aquisição dos imóveis e veículos descritos nos autos***, *o que reforça a convicção de que os acusados eram os proprietários dos bens, sendo registrados em nomes de terceiros, com a finalidade de mera fraude para simular a real propriedade, obtendo recursos provenientes do crime de roubo praticado por Marcelo"* (fls. 943/945, grifei e destaquei).

Nítido, pois, que a ré, em concurso com o marido falecido, ocultou e dissimulou a natureza, origem, localização, disposição, movimentação e propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal, situação que se amolda com perfeição ao tipo penal do artigo 1º, *caput*, da Lei nº. 9.613/98.

De todo modo, como já se realçou, ainda que se admitisse não ter a acusada efetiva ciência da origem espúria do dinheiro, patente manter, às claras, **potencial para saber da proscrita proveniência do numerário** (*cuidando-se, em verdade, no mínimo, de modalidade de dolo eventual, nos termos do artigo 18, inciso I, do Código Penal*).

Importa ponderar que a questão sempre foi objeto de estudo doutrinário e jurisprudencial, tendo o EXCELSO PRETÓRIO, no julgamento da Ação Penal nº. 470 (*"mensalão"*), reconhecido o acerto de condenação por crime de lavagem de capitais com fundamento em dolo eventual, com lastro na denominada *"teoria da cegueira deliberada"* (*também conhecida como "teoria do avestruz" ou do "willful blindness doctrine"*).

"1) Direito penal. ***Crime de lavagem de dinheiro****. configuração do delito e presença dos requisitos para a condenação do embargante. 2) A lavagem de dinheiro é entendida como a prática de conversão dos proveitos do delito em bens que não podem ser rastreados pela sua origem criminosa. 3) A dissimulação ou ocultação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade dos proveitos criminosos desafia censura penal autônoma, para além daquela incidente sobre o delito antecedente. 4) O delito de lavagem de dinheiro, consoante assente na doutrina norte-americana (money laundering), caracteriza-se em três fases, a saber: a primeira é a da 'colocação' (placement) dos recursos derivados de uma atividade ilegal em um mecanismo de dissimulação da sua origem, que pode ser realizado por instituições financeiras, casas de câmbio, leilões de obras de arte, dentre outros negócios aparentemente lícitos. Após, inicia-se a segunda fase, de 'encobrimento', 'circulação' ou 'transformação' (layering), cujo objetivo é tornar mais difícil a detecção da manobra*

Acesso ao Sumário

dissimuladora e o descobrimento da lavagem. por fim, dá-se a 'integração' (integration) dos recursos a uma economia onde pareçam legítimos. 5) In casu, o acervo probatório dos autos revela que o embargante tinha pleno conhecimento da utilização das empresas bônus Banval e Natimar Negócios e Intermediações LTDA. para a prática do crime de lavagem de dinheiro. Ademais, o embargante recebeu, por meio de terceiros, repasses de saques efetuados no banco rural. 6) ***In casu, as condições materiais em que praticado o delito encerram motivos suficientes para se concluir que o agente desejava ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade do numerário, em relação ao qual, também pelas circunstâncias objetivas dos fatos provados, revelaram que o réu sabia que o numerário era proveniente, direta ou indiretamente, de crime****. 7) Embargos infringentes a que se nega provimento"* (**STF**, AP 470 EI-décimos segundos, Relator Ministro LUIZ FUX, **TRIBUNAL PLENO**, julgado 13-03-2014).

Veja-se, ainda a respeito, excerto extraído do voto condutor referente ao Acórdão mencionado, assentando-se que *"A admissão do dolo eventual decorre da previsão genérica do art. 18, I, do Código Penal, jamais tendo sido exigida previsão específica ao lado de cada tipo penal específico. O Direito Comparado favorece o reconhecimento do dolo eventual, merecendo ser citada a doutrina da cegueira deliberada construída pelo Direito anglo-saxão (willful-blindness-doctrine).* ***Para configuração da cegueira deliberada em crimes de lavagem de dinheiro****, as Cortes norte-americanas têm exigido,* ***em regra, (i) a ciência do agente quanto à elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos provenham de crime, (ii) o atuar de forma indiferente do agente a esse conhecimento, e (iii) a escolha deliberada do agente em permanecer ignorante***[2] *a respeito de todos os fatos, quando possível a alternativa"* (grifei e destaquei).

A doutrina pátria também não destoa, destacando estar *"configurado o delito, a título de dolo eventual, quando comprovado que o autor da lavagem de capitais tenha deliberado pela escolha de permanecer ignorante a respeito de todos os fatos quando tinha essa possibilidade. Em outras palavras,* ***conquanto tivesse condições de aprofundar seu conhecimento quanto à origem dos bens, direitos ou valores, preferiu permanecer alheio a esse conhecimento, daí porque deve responder pelo crime a título de dolo eventual.*** *Afinal, nos mesmos moldes que a actio libera in causa, positivada no art. 28, II, do CP, ninguém pode beneficiar-se de uma causa de exclusão da responsabilidade penal provocada por si próprio"* (LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação Criminal Especial Comentada. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 320).

Acesso ao Sumário

2 Aqui, sob pena de soar até mesmo redundante, relembra-se que a acusada, embora convivesse maritalmente com *Marcelo* há mais de uma década, inclusive com dois filhos advindos da relação, sustenta a afirmação de que não sabia sua ocupação ou atividade profissional.

No mais, igualmente, **não** se exige a apuração da autoria do crime precedente, tampouco que haja condenação (*provisória ou definitiva*), bastando estar a infração penal pretérita demonstrada nos autos.

"8. A persecução penal pelo crime de lavagem de dinheiro prescinde da condenação pelo delito anterior, bastando que a denúncia apresente um arcabouço fático-probatório que indique que os valores tenham se originado da prática de delitos" (STJ, APn 940/DF, Relator Ministro OG FERNANDES, julgado 06-05-2020).

Igualmente, inquestionável a causa de aumento do artigo 1º, § 4º, da Lei nº. 9.613/98 (*com a redação* anterior à Lei nº. 14.478/22 – *que, mantendo todas as hipóteses de aumento, acrescentou aquela atinente à lavagem de ativos virtuais*), mormente porque os atos de lavagem foram praticados de forma reiterada (*v.g. aquisição de cada um dos carros, transmissão da propriedade a terceiros de forma fraudulenta, compra de imóveis em nome de "laranjas" e realização de reformas de valor vultuoso pago em dinheiro "vivo" de origem lícita não comprovada*).

Assim, demonstrada a materialidade e apurada a autoria dos crimes à exaustão, a condenação é a providência que se impõe, tendo a julgadora singular fixado a pena-base no mínimo legal, vale dizer, três (3) anos de reclusão, mais dez (10) dias-multa.

A branda solução, agora mantida diante da ausência de impugnação do Ministério Público, desprezou os vultosos valores movimentados pela apelante em concurso com o marido falecido (estimados em mais de R$ 500.000,00), com o nome de pelo menos três "laranjas" (a genitora da ré, a babá e Moacir), peculiaridades que exigiam maior reprovação, consoante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

"5. A pena-base foi exasperada em face do montante dos ativos lavados (R$ 800 mil) e dos meios empregados para o delito, com a abertura e utilização fraudulenta de conta bancária em nome de terceiro. Houve indicação de dados concretos dos autos, não inerentes ao tipo penal, para justificar a mais severa individualização da pena" (STJ, HC n. 685.496/RS, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, julgado 09-11-2021).

Ausentes atenuantes e agravantes, na derradeira etapa do cálculo, em razão da majorante reconhecida, exasperou-se a reprimenda pelo coeficiente intermediário de metade (1/2), chegando-se ao patamar definitivo de **quatro (4) anos e seis (6) meses de reclusão, mais quinze (15) dias-multa**, unidade no piso, à míngua de outras causas modificadoras.

A fração de aumento adotada em primeiro grau também se mostrou demasiadamente benéfica, porquanto se verificaram vários atos de lavagem ao lon-

Acesso ao Sumário

go de considerável período a exigir a majoração máxima de dois terços (2/3), lamentada a resignação da Justiça Pública a impedir a revisão do julgado

De resto, mantém-se o regime semiaberto para início de cumprimento da corporal, ressaltando-se ser o retiro pleno o único adequado ao quadro adverso reportado, notadamente em razão das circunstâncias judiciais adversas e da majorante alinhavadas a desvendar dolo exacerbado colidente com tratamento carcerário menos severo, conforme artigos 33, §§ 2º e 3º, e 59, inciso III, do Código Penal.

Descabidas a substituição da carcerária por restritivas de direitos ou a concessão de *sursis*, benesses nitidamente incompatíveis com o montante da privativa de liberdade (superior a quatro anos de reclusão) e à situação negativa antes esmiuçada (CP, artigos 44, I e III, e 77, *caput* e II).

Acertado, outrossim, o perdimento dos bens móveis e imóveis alvos de sequestro, ainda que registrados em nome de terceiros, nos termos dos artigos 4º e 7º da Lei nº. 9.613/98 e 91 do Código Penal, a par do Decreto-lei nº. 3.240/41, porquanto adquiridos ou decorrentes, direta ou indiretamente, de recursos provenientes de infrações penais.

Nesse lume, quanto ao imóvel de Peruíbe/SP, ainda que adquirido em data anterior ao crime pretérito, realizaram-se obras e reformas com o dinheiro proveniente do ilícito, algo a justificar o perdimento.

Confira-se, a propósito, julgado parelho deste E. Tribunal de Justiça, *litteris: "PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO. LAVAGEM DE DINHEIRO. CONDENAÇÃO. [...] (v) Sequestro dos bens adquiridos antes de 2012. Tolhimento. Pleito defensivo não acolhido. Art. 91, §§ 1º e 2º. Comprovação da origem ilícita e* ***aformoseamento com recursos de procedência espúria****, ligadas ao lucro imobiliário. Antes do trânsito em julgado, os fundamentos da medida assecuratória ainda estão presentes. Precedentes do C. STJ. Parcial provimento aos apelos do MP e das Defesas, estes conhecidos em parte"* (TJESP, Apelação Criminal 1003221-44.2017.8.26.0562, Relator ALCIDES MALOSSI JUNIOR, julgado 25-11-2021).

Ainda que assim não fosse, *"Cumpre registrar, ainda, o sequestro previsto no Decreto-Lei 3.240/41, para satisfação de débito oriundo de crime contra a Fazenda Pública. Entre as particularidades da medida prevista no referido Decreto-Lei, tem-se a não exigência de tratar-se se bens decorrentes da prática criminosa para a obtenção da cautela, sendo, por isso, irrelevante a origem dos bens que sofrerão a constrição (ao contrário do sequestro previsto no art. 125 do CPP). Para a decretação da medida, basta a existência de prova ou indício de algum crime perpetrado contra a Fazenda Pública e que tenha resultado, em vista de seu cometimento, locupletamento (ilícito, por certo) para o acusado.*

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, ***não importa se tais bens foram adquiridos antes ou depois da prática criminosa; se são, ou não, produto do crime, bem como se foram, ou não, adquiridos com proventos da infração, e ainda, se são bens móveis ou imóveis"*** (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 11ª ed. Niterói: Lumen Juris, 2009. p. 281).

Para concluir, sem sentido o "prequestionamento" aventado, cabendo ao órgão colegiado analisar as matérias trazidas pelas partes de forma justificada, algo observado por exaustiva fundamentação aqui expressada às claras.

À vista do exposto, pelo meu voto, rejeitadas as preliminares, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO**, mantendo a sentença impugnada.

Comunique-se, expedindo-se o mandado de prisão oportunamente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0034394-95.2016.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante HUGO CONTATORE FRACASSO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Afastaram as preliminares, CONHECERAM e DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de apelação, para reformar a r. sentença, em parte, a fim de absolver o incriminado do delito inscrito no art. 306, da Lei nº 9.503/97, com fundamento no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal, ficando condenado, definitivamente, como incurso no art. 302, da Lei nº 9.503/97, à pena de 02 (dois) anos de detenção, em regime inicial aberto, além da suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, pelo prazo de 02 (dois) meses, substituída a pena corporal por duas restritivas de direitos, concernentes a prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, no importe de 10 (dez) salários mínimos, mantida a r. sentença, no mais, por seus próprios fundamentos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.953)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MENS DE MELLO (Presidente) e FREITAS FILHO.

São Paulo, 20 de setembro de 2023.

FERNANDO SIMÃO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Crimes de trânsito – Homicídio culposo e embriaguez na direção de veículo automotor – Recurso defensivo requerendo a nulidade processual por cerceamento de defesa e pelo fato de o depoimento da testemunha ter sido colhido de maneira diversa da determinada; e, quanto ao mérito, a absolvição por insuficiência de provas e a modificação da pena acessória para a fixação de somente uma pena restritiva de direitos concernente à prestação pecuniária, no montante de 01 (um) salário mínimo – Cerceamento de defesa não caracterizado – Magistrado que pode indeferir as provas que considerar irrelevantes, impertinentes ou protelatórias – Inteligência do § 1º do art. 400 do Código de Processo Penal – Oitiva da testemunha de maneira virtual já foi objeto de apreciação por esta C. Câmara, não cabendo, pois, rever sua própria decisão – Preliminares afastadas – No mérito, provas francamente incriminadoras em relação ao delito de homicídio culposo no trânsito, sustentando o decreto condenatório – Configuração da culpa na modalidade imprudência – Resultado que era previsível ao réu ao não se atentar para o tráfego no limite de velocidade – Absolvição em relação ao crime de embriaguez ao volante – Fato não constitui infração penal – Concentração inferior ao estabelecido em lei – Pena corporal modificada – Regime fixado com critério – Ajuste do período da pena de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, seguindo-se os parâmetros da pena corporal – Suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor pena principal, não estando ao alvedrio do magistrado o seu afastamento – Substituição da pena corporal por restritivas de direitos bem aplicada – Adequação do montante da prestação pecuniária – Possibilidade de regulamentação e de parcelamento em sede de execução penal – Dado parcial provimento.

Acesso ao Sumário

VOTO

Adotado o relatório da r. sentença de fls. 520/524, acrescenta-se que o

réu **HUGO CONTATORE FRACASSO** foi condenado como incurso no art. 302, *caput*, c.c. art. 306, *caput*, da Lei nº 9.503/97, à pena de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de detenção, no regime inicial aberto, e pagamento de 10 (dez) diárias de multa, à razão menor da lei, e suspensão da habilitação para dirigir por 06 (seis) meses, substituída por duas restritivas de direitos, concernentes a prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no montante de 20 (vinte) salários mínimos.

Inconformado, apela o réu, buscando, preliminarmente, a nulidade da r. sentença, por cerceamento de defesa ou pelo fato de a testemunha ter sido ouvida virtualmente; e, no mérito, a absolvição por insuficiência probatória e, subsidiariamente, a modificação da pena acessória, incluindo a suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor, para a fixação de somente uma pena restritiva de direitos concernente à prestação pecuniária, no montante de 01 (um) salário mínimo (fls. 548/588).

Devidamente contrarrazoado o recurso pelo órgão ministerial e assistente de acusação (fls. 591/600 e 607/613), a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo afastamento das preliminares e não provimento do apelo (fls. 632/643).

É o relatório.

Preliminarmente, não há se falar em cerceamento de defesa decorrente do indeferimento da realização de exame pericial complementar.

Como bem consta da r. decisão recorrida, o laudo apresentado foi conclusivo e atestou o politraumatismo como a causa da morte da vítima. Ressaltou, ainda, que "*Tal prova técnica é harmônica com os demais elementos probatórios produzidos, não havendo fatos novos a serem esclarecidos pelo perito*" (fls. 521).

Veja-se que a perícia realizada nos autos descreveu o local, levando em consideração os pontos necessários ao deslinde da causa, sendo que não havia marcas e vestígios que permitissem fosse pormenorizada a dinâmica dos fatos pelo *expert*.

Ademais, nos detalhes que não puderam ser elencados pelo perito oficial, a prova colhida sob o crivo do contraditório supriu integralmente, pelo que a perícia complementar era mesmo desnecessária.

Com efeito, não sendo evidente a imprescindibilidade da prova que se pretende produzir, ao magistrado é conferida a faculdade de, nos termos do § 1º do art. 400 do Código de Processo Penal, indeferir as provas que considerar irrelevantes, impertinentes ou protelatórias, como no caso dos autos.

Ainda em sede de preliminar, pela melhor técnica jurídica, deve ser aqui

Acesso ao Sumário

afastada a nulidade sob a alegação de que a testemunha foi ouvida por meio diverso daquele determinado pelo Juízo *a quo*, tendo em vista o enfrentamento do tema por esta C. Câmara, quando da análise e julgamento do *habeas corpus* impetrado pela defesa (fls. 448/452), não podendo, por certo, rever sua própria decisão.

Assim, ficam refutadas as matérias preliminares.

No mérito, a r. sentença foi proferida com parcial acerto, mesmo porque as provas carreadas aos autos demonstram satisfatoriamente a prática ilícita pelo recorrente, do delito de homicídio culposo, exatamente como narrado na peça incoativa.

A autoria e a materialidade estão demonstradas pelos boletins de ocorrência de fls. 04/10 e 18/21, pelo laudo de exame necroscópico de fls. 45/48, pelo laudo pericial do local de fls. 231/236 e pela prova oral colhida.

Aliás, a prova oral produzida sob o crivo do contraditório é isenta e incriminadora, emergindo absoluta certeza de que o réu, na condução de veículo automotor, praticou homicídio culposo.

Com efeito, a testemunha Fábio narrou que trafegava com seu veículo e, assim que entrou na rodovia, visualizou a moto caída sobre uma lona de caminhão, na faixa da direita, ao passo que a ofendida se encontrava igualmente ao solo, na faixa da esquerda. Diante da situação, parou seu veículo para socorrê-la. A vítima, consciente, lhe disse para não encostar nela, porque sentia muitas dores. Em determinada oportunidade, notou a aproximação do veículo pela luz, mas nada pôde fazer. Salientou que quando do primeiro abeiramento, a ofendida não apresentava nenhum ferimento visível, bem como que estava sem o capacete, mas, após o atropelamento, atestou alguns ferimentos, tal como um corte "*bem feio*" na virilha e uma fratura perceptível, a par do que ela gritava de dor. Minudenciou que o automóvel estava em alta velocidade, na faixa da esquerda, parando cerca de duzentos metros à frente do atropelamento. Disse que teria sido possível evitar o acidente, caso trafegasse em velocidade compatível com o local, pois teria visualizado a ofendida. O agente passou com seu carro sobre a vítima e a arrastou por alguns metros. Após o ocorrido, posicionou seu veículo na contramão, a fim de evitar nova vicissitude. Salientou que a ofendida permaneceu consciente, inserindo a senha para destravamento do celular, por onde contatou os familiares. Afirmou que o resgate demorou a chegar e que o agente, embora tenha se aproximado da vítima, nada fez, tampouco se apresentou como médico. Aduziu que seu depoimento foi prestado ao advogado da família da vítima, que apenas o digitou.

Acesso ao Sumário

Em complemento, o policial rodoviário Ivan relatou que, em atendimento a ocorrência de acidente de trânsito, deparou-se com a vítima caída ao solo e

um veículo estacionado no acostamento. O motorista, ora apelante, afirmou que a ofendida teria passado com a moto sobre a lona e, em função disso, caiu em frente ao carro, impossibilitando, pela inexistência de tempo hábil, que dela desviasse. Afirmou que o condutor estava normal, respondeu todas as perguntas e permaneceu no local até a chegada do resgate. Além disso, foi submetido ao teste do etilômetro, cujo resultado foi concentração de 0,18. Ressaltou que a visibilidade do condutor era boa, o local plaino, sem qualquer dificuldade, curva, declive ou aclive. Em relação à ofendida, ela estava viva e narrou que transitava pela rodovia quando caiu ao passar por uma lona. Ressaltou, por fim, que se o condutor viesse de uma longa distância, teria como desviar da vítima, mas o horário do acidente (noturno) talvez tenha dificultado a visão.

Nada existe para subtrair a credibilidade da prova oral colhida, considerando que ninguém tem interesse em acusar, injustamente, pessoa inocente.

E sobre o policial, importante frisar, ainda, que ele exerce função pública relevante e presumidamente cumpre a lei.

A propósito, assim já se posicionou o E. Supremo Tribunal Federal:

> "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" (H.C. 74.608-0/SP Rel. Min. Celso de Mello).

O laudo pericial de fls. 231/236 não pôde ditar a dinâmica dos fatos, por ter sido feito dias após os acontecimentos. Ainda assim, a prova técnica esclareceu que a via estava em bom estado de conservação, contando, inclusive, com ampla visibilidade. Ademais, no cotejo com a perícia veicular, inferiu que *"a via era dotada de duas pistas separada por um canteiro central, oferecendo interesse pericial a pista da direita que possuía duas faixas de rolamentos e uma alça de desaceleração à direita, as quais apresentam as seguintes características: - desenvolvimento topográfico em reta e passando de trecho praticamente em nível para suave declive* ***com amplo campo visual****; - seu leito carroçável era revestido de pavimento asfáltico que se encontrava em bom estado de conservação. Existia acostamento trafegável pavimentado na região do evento. O local não era servido de iluminação pública e a sinalização de trânsito de interesse pericial consistia em faixas longitudinais demarcando as faixas de rolamentos*

Acesso ao Sumário

e placa regulamentando a velocidade máxima em 90 km/h. Vestígios relacionáveis ao evento não eram visíveis, quando dos exames." (grifos nossos).

Em consonância com isso, o laudo necroscópico de fls. 45/48 atestou que *"a morte foi consequência de politraumatismo por ação de instrumento contundente"* (fls. 47).

Por outro lado, o incriminado apresentou versão exculpatória. De acordo com seu relato, durante o trajeto de retorno para casa, sentiu o impacto de algo, motivo pelo qual parou seu veículo e constatou que havia passado por cima da ofendida, que estava cosciente e orientada, permancendo ao seu lado até a chegada do socorro. Disse que trafegava no máximo a 90km/h, mas afirmou que não foi possível visualizar. A ofendida narrou que teria passado sobre a lona de um caminhão, o que ocasionou a sua queda. Detalhou ter feito a ingestão de bebida alcoólica no jantar, mas após ter dormido, passou a conduzir seu veículo, em direção à sua casa, durante a madrugada. Afirmou não ter visto a lona, a moto caída, o automóvel da testemunha Fábio, tendo somente sentido o impacto. Asseverou se recordar que estava escuro no local do acidente, bem como que a vítima apresentava marcas de pneus sobre as pernas. Aduziu que a visibilidade do local era boa, mas não visualizou nada, acreditando que a vítima estivesse deitada.

Contudo, sua versão ficou isolada e não convenceu, sendo nítida a sua intenção de tentar se eximir da responsabilidade penal que lhe recai.

Como se vê pelas provas nos autos, a vítima não contribuiu para a ocorrência do acidente e mesmo se tivesse concorrido, em Direito Penal não se admite compensação de culpas, *"pois infrações penais não são débitos que se compensem, sob pena de retornarmos ao regime do talião. Assim, se um motorista atropela um pedestre, ambos agindo sem cautela, responderá o condutor do veículo, ainda que se alegue ter incidido o passante em imprudência ao atravessar a rua"* (NUCCI, Guilherme de Souza, *Código Penal Comentado*, 20.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 173).

Acesso ao Sumário

Assim, o fato de a vítima se encontrar caída na rodovia, após sofrer o primeiro acidente, não tem o condão de suprimir ou mitigar a culpa do apelante, uma vez que conduziu veículo em velocidade superior à permitida, causando o atropelamento aqui tratado. Aliás, se assim não o fosse, de acordo com o relato das testemunhas, teria tido condições de visualizá-la caída ao solo. Ademais, de acordo com o laudo pericial, o atropelamento da vítima fatal foi, sem sombra de dúvidas, a causa determinante de sua morte.

De tudo isso, mostra-se inviável a absolvição, restando isolada nos autos a tese defensiva, não havendo motivo justificável para se alterar o já decidido em primeiro grau, neste ponto, posto que devidamente comprovadas autoria e

materialidade do delito, assim como a culpa com que agiu, não havendo nenhuma causa excludente de ilicitude, a condenação era mesmo de rigor.

Ainda que seja assim, de rigor é a absolvição em relação ao delito de embriaguez ao volante.

Como bem asseverado pela d. Promotora de Justiça, para a configuração do delito em questão (cf. art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro), necessário se faz que a concentração de álcool por litro alveolar seja superior ao percentual auferido em relação ao recorrente (0,18mg), vale dizer, igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar ou concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue, sendo certo que o laudo de exame toxicológico de dosagem alcóolica não identificou a presença de álcool no sangue do incriminado (fls. 51). Somado a isso, as testemunhas, em especial o policial rodoviário, não atestaram qualquer sinal de embriaguez apresentado pelo apelante.

Diante disso, necessário se faz o ajuste da reprimenda imposta.

A pena-base deve ser mantida no mínimo legal e, à míngua de outras causas modificativas, a pena deve ser convertida em definitiva em **02 (dois) anos de detenção.**

De outro lado, a pena acessória de suspensão ou proibição de se obter a permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor deve ser ajustada para que siga os mesmos parâmetros da sanção privativa de liberdade. Assim, partindo-se de **02 (dois) meses**, sem qualquer outra alteração, deve ser mantida neste patamar. Salienta-se, por oportuno, que a suspensão se trata de pena (não substituição) e, como tal, não está ao alvedrio do magistrado afastá-la.

O regime aberto foi estabelecido nos termos do art. 33, § 2º, *alínea c*, do Código Penal.

Ainda, a pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos, concernentes a prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, que agora se ajusta para 10 (dez) salários mínimos, as quais serão regulamentadas na fase de execução, de acordo com a especificidade da profissão do incriminado. Ademais, pelas informações constantes dos autos, o recorrente é médico, pelo que a pena, ao menos em tese, não se mostra inviável, até mesmo porque pode ser ajustada a forma de pagamento em sede de execução criminal, como referido.

Destarte, a r. sentença merece reparo no tocante à absolvição em relação ao crime de embriaguez ao volante, com fundamento no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal e, consequentemente, as penas ajustadas.

Ante o exposto, por meu voto, **afastadas as preliminares, CONHEÇO**

Acesso ao Sumário

e **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso de apelação, para reformar a r. sentença, em parte, a fim de absolver o incriminado do delito inscrito no art. 306, da Lei nº 9.503/97, com fundamento no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal, ficando condenado, definitivamente, como incurso no art. 302, da Lei nº 9.503/97, à pena de 02 (dois) anos de detenção, em regime inicial aberto, além da suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, pelo prazo de 02 (dois) meses, substituída a pena corporal por duas restritivas de direitos, concernentes a prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, no importe de 10 (dez) salários mínimos, mantida a r. sentença, no mais, por seus próprios fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1506869- 94.2023.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes TAUAN PASSOS DE JESUS e WANDERSON CARMO DE QUEIROZ, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram a preliminar e negaram provimento aos recursos. V.U. Sustentou oralmente a adva. Dra. Giulia Telles Jefelice. Usou da palavra a Exma. Procuradora de Justiça dra. Eliana Sanseverino.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 59.069)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FARTO SALLES (Presidente) e ZORZI ROCHA.

São Paulo, 28 de setembro de 2023

MACHADO DE ANDRADE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação Criminal – Artigos 157, §2º, incisos II e V, por três vezes, na forma do artigo 70, parte final, e 158, §§1º e 3º, por duas vezes, na forma do artigo 70, parte final, c.c. artigos 61, inciso II, alínea "c", na forma dos artigos 29, "caput" e 69, todos do Código Penal.

PRELIMINAR – Cerceamento de defesa – Inocorrência – Foi garantido ao réu o direito ao contraditório e

à ampla defesa. Se a D. Defensoria Pública entendesse nociva às garantias constitucionais processuais a realização da audiência no mesmo dia da citação, teria impugnado o ato instrutório naquela oportunidade. Defensora constituída que juntou procuração 15 dias antes da data da audiência, tempo hábil para que tomar ciência da acusação e se preparar para tal ato instrutório, mas não compareceu à audiência – Preliminar rejeitada.

MÉRITO – Autoria e materialidade delitiva demonstradas – Prova – Palavras das vítimas, da testemunha e dos policiais – Ausência de motivos para incriminarem os réus injustamente – Impossibilidade de reconhecimento da participação de menor importância do réu Wanderson – ou da Desclassificação do crime de extorsão para o de roubo tentado – Impossibilidade da condenação do réu Tauan apenas no crime de extorsão, pois não acolhida a tese de crime único. Trata-se de concurso material de delitos – Comprovado que os réus ingressaram na clínica passando-se por clientes e, no dia seguinte, retornaram com clara intenção de assaltar os pacientes, dentistas e patrimônio do estabelecimento, além de extorquir as pessoas ali presentes – Descabida, também, a pretensão de condenação em apenas um único crime de roubo – Configuração de concurso formal entre roubos – Violação de diversos patrimônios – Condenação mantida.

Penas corretamente fixadas – Embora reconhecidas as atenuantes, elas não podem reduzir a pena aquém do mínimo legal – Súm. 231/STJ – Impossibilidade de afastamento da dissimulação ou do concurso de agentes – Possibilidade de aplicação simultânea da restrição da liberdade das vítimas como qualificadora da extorsão e causa de aumento de pena do roubo. Precedentes – Impossibilidade do reconhecimento de concurso formal entre os crimes de extorsão e roubo, eis que decorrentes de desígnios autônomos.

Regime fechado adequadamente aplicado, em razão do "quantum" da pena, da gravidade concreta e a hediondez dos delitos.

Acesso ao Sumário

Detração – Eventual benefício referente ao regime de cumprimento de pena deverá ser requerido perante o Juiz da Execução, nos termos do art. 66, da Lei de Execução Penal, sob pena de supressão de um grau de jurisdição.

Rejeitada a preliminar, recursos desprovidos.

VOTO

Ao relatório da r. sentença de fls. 317/335, acrescenta-se que a ação penal foi julgada parcialmente procedente para condenar os réus **WANDERSON CARMO DE QUEIROZ e TAUAN PASSOS DE JESUS** às penas de 13 (treze) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 59 (cinquenta e nove) dias-multa, no mínimo legal, como incursos nos artigos 157, §2º, incisos II e V, por três vezes, na forma do artigo 70, parte final, e 158, §§1º e 3º, por duas vezes, na forma do artigo 70, parte final, c.c. artigos 61, inciso II, alínea "c", na forma dos artigos 29, "caput" e 69, todos do Código Penal e para absolver **BIANCA BEZERRA DE JESUS SILVA**, nos termos do art. 386, VII, do CPP das imputações que lhe foram feitas na denúncia.

Inconformados, os réus recorrem.

Wanderson pretende sua absolvição por insuficiência de provas. Subsidiariamente, pleiteia o reconhecimento da participação de menor importância ou a desclassificação do crime de extorsão para o crime de roubo majorado tentado, por não haver demonstração do dolo. Quanto às penas, pleiteia o reconhecimento das atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea, o afastamento da agravante da dissimulação e a imposição de regime inicial mais brando (fls. 421/427).

O corréu Tauan, preliminarmente, pleiteia o reconhecimento da nulidade por cerceamento de defesa. No mérito, pretende a absolvição quanto aos crimes de roubo praticados contra a clínica e contra a vítima Rauany, sob o argumento de que eles foram realizados apenas por Wanderson. Requer, subsidiariamente a condenação apenas no crime de extorsão em face de Aparecida, em razão do reconhecimento de crime único entre a extorsão e o roubo. Caso não reconhecido o crime único, pleiteia o reconhecimento de apenas um crime de roubo contra a clínica. Quanto às penas, pede o afastamento da causa de aumento do concurso de pessoas para os roubos, a não aplicação simultânea da restrição da liberdade das vítimas como qualificadora da extorsão e causa de aumento de pena do roubo, a aplicação do concurso formal entre o roubo e a extorsão e a imposição de regime inicial mais brando em face da detração (fl. 436/458).

Acesso ao Sumário

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 464/474).

Os recursos foram regularmente processados, e, nesta instância, a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela rejeição da preliminar e, no mérito, pelo desprovimento dos apelos (fls. 484/502).

É o relatório.

Inicialmente, não merece acolhida a tese de cerceamento de defesa suscitada pela defesa de Tauan, no sentido de não ter havido tempo hábil para a preparação da defesa por ter sido o apelante citado apenas um dia antes da audiência de instrução e julgamento.

Ora, a denúncia foi recebida no dia 09 de março de 2023 e foi determinada a citação dos acusados para responderem à acusação e designada audiência de instrução, debates e julgamento para o dia 20 de abril de 2023 (fls. 142/143).

Em 20 de março de 2023, foi expedida requisição de apresentação de réu preso (fls. 188/189 e 190/191) e, no dia 20 de abril de 2023, Tauan foi citado e informou não possuir defensor (fls. 300). Instaurada audiência de instrução, interrogatório, debates e julgamento virtual, Tauan compareceu juntamente com o D. Defensor Público, Eduardo Jacomo Teixeira, o qual protestou pelo reconhecimento da inocência do acusado, que seria provada no curso da instrução criminal. Além disso, informou que não havia testemunhas a serem arroladas (fls. 303/304).

Após apresentação de resposta à acusação, o D. Juízo de piso manteve o recebimento da denúncia e deu prosseguimento à instrução. As Defesas dos três acusados concordaram com a realização da audiência por meio de videoconferência e informaram que não havia nenhum prejuízo ou nulidade na inquirição das vítimas e testemunhas (fls. 304).

Finda a instrução, o Defensor de Tauan pleiteou sua absolvição por insuficiência de provas quanto aos delitos de roubo e ofertou teses subsidiárias quanto à pena imposta (306/307).

Assim, não houve efetiva demonstração de prejuízo pelo réu, eis que lhe foi garantido o direito ao contraditório e à ampla defesa. Ora, se a D. Defensoria Pública entendesse ser nociva às garantias processuais a realização da audiência no mesmo dia da citação, teria impugnado o ato instrutório naquela oportunidade.

Demais disso, não é de se reconhecer nulidade pelo fato de o apelante não possuir defesa constituída, eis que o próprio réu afirmou não ter advogado particular (fl. 300) e, por isso, foi-lhe nomeado defensor dativo, de forma a proteger as garantias constitucionais supramencionadas.

Não bastasse, conforme se extrai da procuração de fls. 339, a Defensora

Acesso ao Sumário

foi constituída em 05 de abril de 2023 e, portanto, 15 dias antes da data da audiência, tempo hábil para que tomar ciência da acusação, preparar-se para tal ato instrutório e arrolar testemunhas. Contudo, a advogada constituída sequer compareceu à audiência designada.

Assim, como a Defesa não demonstrou efetivo prejuízo, consoante o princípio do "pas de nullité sans grief", não há de se reconhecer nulidade sem que haja prejuízo.

Isto posto, rejeito a preliminar.

No mérito, os recursos não comportam provimento.

Restou devidamente demonstrado que, no dia, hora e local que constam da denúncia, os apelantes, com identidade de propósitos, previamente ajustados e com divisão de tarefas, mediante dissimulação, grave ameaça com um simulacro de arma de fogo e restrição de liberdade de Rauany Bernardo da Silva, Aparecida Maria Quini Conceição Destro, Shayane Santana Almeida da Silva, Larissa Cassiano de Albuquerque e Jose Weliton Feitosa Aleixo, subtraíram, para proveito comum, coisas alheias móveis, consistentes em um telefone avaliado em R$ 1.000,00 de Rauany, R$ 300,00 do consultório representado por Shayane e R$ 300,00 de Aparecida e ainda porque, nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar, os corréus, atuando previamente ajustados entre si e com outros indivíduos, com unidade de desígnios e divisão de tarefas, mediante dissimulação e grave ameaça com emprego simulacro de arma de fogo, restringiram a liberdade de Rauany Bernardo da Silva, Aparecida Maria Quini Conceição Destro, Shayane Santana Almeida da Silva, Larissa Cassiano de Albuquerque e Jose Weliton Feitosa Aleixo e constrangeram Rauany a fornecer senhas do seu celular e conta bancária, com o fim de obter, para proveito comum, indevida vantagem econômica, consistente em R$ 200,00 enviados para Bianca Bezerra de Jesus.

A materialidade delitiva está comprovada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 01/02 e 12/24), pelo boletim de ocorrência (fls. 03/11), pelas imagens (fls. 15), pelo auto de exibição e apreensão (fls. 45), pelo laudo pericial no simulacro (fls. 251/256), bem como pela prova oral colhida sob o crivo do contraditório.

A autoria é certa.

Tauan, tanto em solo policial quanto e em juízo, admitiu a autoria do crime de extorsão. Afirmou que pediu a chave pix de Bianca, disse que iria transferir a quantia de R$ 200,00 (duzentos reais) e solicitou que ela devolvesse o dinheiro a ele. Afirmou também, que, durante a ação delitiva, utilizando o telefone de uma das vítimas, realizou a transferência para a conta de Bianca. Esclareceu que ela era uma amiga e não tinha conhecimento dos delitos. Sobre o roubo, alegou que Wanderson foi o responsável pela subtração de R$ 200,00 (duzentos reais) de uma das dentistas (fls. 18/19 e 303/304).

Acesso ao Sumário

Interrogado nas duas fases da persecução penal, Wanderson confirmou que conhecia Bianca e disse que, antes do assalto, pegou o celular de Tauan e enviou uma mensagem de texto para ela, pedindo os dados de seu pix. Na data dos fatos, ele e o corréu ingressaram em uma clínica odontológica e o segundo portava um simulacro de arma de fogo. Disse, ainda, que ambos renderam os funcionários. Mencionou ter rendido uma das vítimas, acessado seu celular e realizado uma transferência no valor de R$ 200,00 (duzentos reais) para Bianca. Narrou que Tauan também objetivou fazer o mesmo contra outra vítima, antes da chegada da polícia. Acrescentou, ainda, que o simulacro foi escondido no forro do teto, mas os policiais o encontraram. Em audiência, o confirmou sua versão, exceto sobre conhecer Bianca, pois declarou que não a conhecia, mas que afirmou conhecê-la na Delegacia porque a esposa de Tauan ficaria sabendo (fls. 21/22 e 303/304).

As versões dos réus, no entanto, não encontraram respaldo no contexto probatório produzido nos autos.

Bianca, corré, na fase inquisitiva e em juízo, relatou que conhecia Tauan, que recebeu uma mensagem de áudio dele pedindo sua chave pix e a enviou. Disse que o rapaz falou que lhe iria realizar uma transferência e solicitou que depois ela devolvesse o dinheiro, não tendo desconfiado de nada. Por fim, afirmou que só soube que ele estava envolvido em um assalto quando os policiais chegaram em sua residência. Ao final da instrução, Bianca foi absolvida por insuficiência probatória (fls. 23/24 e 303/304).

A vítima Rauany Bernardo da Silva, declarou, nas duas fases da persecução penal, que estava sentada no consultório odontológico, aguardando ser atendida. Em dado momento, um homem moreno e alto levantou-se junto com ela e aproximou-se do balcão, onde estava. Disse, ainda, que, enquanto conversava com a atendente, sentiu-o esbarrar em si e notou que ele estava armado. Na sequência, afirmou que ele olhou para as duas e anunciou o assalto, apontando a arma de fogo. Logo em seguida, outro rapaz, branco, de estatura baixa, levantou-se do sofá e também anunciou o assalto. Esclareceu que ele a rendeu, exigiu a entrega de dinheiro, cartão e celular, enquanto o primeiro sujeito rendeu os demais clientes e funcionários e levou todos para os fundos do consultório. Acrescentou, ademais, ter sido a única a permanecer na recepção, sob o olhar do indivíduo mais baixo. Ele exigiu que acessasse o aplicativo de seu banco e colocasse a senha, o que foi feito. Além disso, realizou operações bancárias – transferiu R$ 200,00 (duzentos reais) para Bianca. Narrou ter ficado assustada, porque o rapaz que levou as outras vítimas para os fundos estava armado e gritava: "quero a senha, tá errada". Disse que a ação delitiva durou alguns minutos, até a chegada da polícia, que rendeu os dois indivíduos. Mencionou que seu celular, carteira e cartão de crédito foram recuperados na Delegacia (fls. 38/39

Acesso ao Sumário

e 303/304).

A vítima, Shayane Santana Almeida da Silva, funcionária da Clínica Odontológica "Só Sorriso", narrou que, no dia 22 de fevereiro de 2023, dois sujeitos ingressaram na clínica para serem atendidos, mas o expediente havia sido encerrado. Disse que ambos retornaram e ficaram aguardando na recepção e que desconfiou do comportamento dos dois, pois eles não sabiam fornecer as próprias qualificações. Preocupada, avisou o funcionário Tiago, que saiu do estabelecimento. Narrou que a paciente Rauany se aproximou do balcão para efetuar o pagamento, ocasião em que um deles aproximou-se. Ato contínuo, ele sacou uma arma de fogo e anunciou o assalto. O outro rapaz, de pele branca, também se levantou e seguiu ao balcão. Afirmou que eles subtraíram a quantia de R$ 200,00 (duzentos reais) da gaveta do consultório e que o indivíduo branco permaneceu na recepção, com Rauany, enquanto o moreno rendeu os demais funcionários e a dentista, Aparecida Maria. Narrou que ele levou todos para os fundos da clínica e os colocou em uma das salas. Na sequência, pegou o celular da dentista e exigiu que ela fizesse um pix. Como ela errou a senha, ele ficou nervoso e gritou com a arma apontada em sua cabeça: "é a última vez que você vai dar a senha, se errar vou te dar um tiro na sua cara". Nesse momento, ouviram gritos dos policiais militares e os rapazes tentaram fugir pelos fundos, sem sucesso. Afirmou, ainda, que o rapaz moreno escondeu a arma de fogo no forro do teto, mas os policiais a encontraram. Por fim, disse que os objetos foram recuperados na Delegacia (fls. 34/35 e 303/304).

A vítima Aparecida Maria Quini Conceição Destro, dentista, relatou que estava atendendo, quando um sujeito moreno, empunhando arma de fogo, entrou em sua sala, anunciou o assalto e a rendeu. Ela e outros funcionários foram levados inicialmente até a recepção, onde permaneceram deitados. Disse, também, que havia um segundo rapaz, branco e baixo, que auxiliava na conduta delitiva. Afirmou que, em seguida, foram levados para os fundos da clínica pelo indivíduo moreno e este exigiu que ela abrisse o aplicativo do banco. Respondeu que não o possuía, momento em que ele a ameaçou. Assustada, abriu o aplicativo, ele pegou o aparelho e solicitou a senha. Disse, ainda, que estava muito nervosa, pois ele dizia que a senha estava errada. Irritado, ele solicitou ao seu comparsa que pegasse a máquina de cartão, pois iria passa-lo. Nesse momento, os policiais chegaram e renderam ambos. Ao consultar seu aplicativo, notou que havia uma tentativa de transação frustrada em nome de Bianca. Por fim, esclareceu que houve a subtração da R$ 300,00 (trezentos reais), em espécie (fls. 36/37 e 303/304).

Acesso ao Sumário

No mesmo sentido foram as declarações da vítima Larissa Cassiano de Albuquerque. Ela narrou que também foi levada à sala dos fundos, mas esclareceu que a conduta do sujeito moreno se concentrou em tentar transferir dinheiro

do celular de Aparecida (fls. 31 e 303/304).

A vítima José Weliton Feitosa Aleixo, por sua vez, relatou que estava sendo atendido pela dentista, ocasião em que um rapaz moreno entrou no consultório, com uma arma de fogo, e anunciou o assalto. Esclareceu que eram dois assaltantes – um moreno, alto e o segundo branco e baixo. Narrou que o moreno ameaçou os clientes e funcionários e os levou até uma das salas da clínica. Disse, ainda, que o rapaz pegou o celular de Aparecida e começou a ameaçá-la, exigindo a senha bancária, dizendo que efetuaria um disparo de arma de fogo em direção à cabeça da dentista, caso a senha estivesse incorreta. Afirmou que, nesse momento, ouviram gritos da polícia, que ingressou no estabelecimento e rendeu os dois agentes. Informou, por fim, que nenhum objeto seu foi subtraído (fls. 30 e 303/304).

A testemunha Tiago Cruz, funcionário da clínica, declarou ter sido avisado pela recepcionista sobre a atitude suspeita dos rapazes. Decidiu, então, ligar para o proprietário – Domingos – e pediu que ele olhasse as câmeras de segurança. Domingos retornou a ligação dizendo que havia algo estranho e pediu que acionasse a polícia, o que foi feito. Afirmou que, em poucos minutos, os policiais militares chegaram ao local, detiveram os agentes e uma arma de fogo (fls. 33 e 303/304).

No mesmo sentido foram as declarações do proprietário da clínica, Domingos Antunes (fls. 32 e 303/304).

Os policiais militares Wagner Arcari do Nascimento e Gildásio Oliveira Alves, narraram que foram acionados para atenderem ocorrência de roubo a consultório odontológico. Chegando lá, gritaram para que os agentes se rendessem, mas eles disseram que não conseguiam abrir o portão. Esclareceram, ainda, que, ao notarem que eles estavam tentando fugir pelos fundos, cercaram o imóvel e os abordaram, oportunidade em que apreenderam um simulacro de arma de fogo e ouviram as declarações dos ofendidos, que estavam muito assustados. Além disso, disseram que todos os objetos subtraídos foram deixados na clínica, no momento da abordagem. Por fim, mencionaram que as transferências foram feitas para a conta de Bianca (fls. 25/26 e 303/304).

Ressalte-se, ainda, que o laudo pericial de fls. 251/256 concluiu que a arma é uma pistola de pressão, que pode ser confundida com uma arma de fogo verdadeira e pode causar lesões e até a morte de uma pessoa.

Assim sendo, como se vê, as palavras ditas pelas vítimas, pela testemunha e pelos policiais são harmônicas e coesas, não se vislumbrando qualquer razão para que quisessem incriminar pessoas inocentes, e, tal qual o nobre Juiz sentenciante, entende-se que a autoria está suficientemente comprovada, pois somados e sopesados os indícios e elementos probatórios, verifica-se que os réus são os

Acesso ao Sumário

autores dos delitos descritos na exordial acusatória.

Impossível de se acolher a tese de participação de menor importância de Wanderson. Isso porque ele foi um dos executores do crime. Juntamente com Tauan, ingressou no estabelecimento comercial (o segundo na posse de simulacro de arma de fogo) e, após subjugar as vítimas, exigiu a entrega de dinheiro e bens, bem como restringiu a liberdade dos funcionários e pacientes da clínica odontológica e constrangeu Rauany a fornecer senhas do celular e de sua conta bancária, com o fim de obterem, em proveito comum, indevida vantagem econômica.

Assim, não há de se falar em menor participação pelo fato de Wanderson não ter empunhado o simulacro de arma de fogo ou não ter anunciado o assalto, pois restou amplamente provado que ambos os réus atuaram com prévio ajuste de vontades e tarefas e, portanto, concorreram para a perpetração do delito.

Incabível, ainda, a desclassificação do crime de extorsão para a forma tentada do delito de roubo, pretendida pela defesa de Wanderson. A uma, porque provado à exaustão nos autos o intuito do réu em extorquir as vítimas. A duas, porque, ainda que se admitisse a desclassificação para o crime de roubo majorado, este estaria consumado, já que houve a real inversão da posse da res. Outrossim, o roubo consuma-se com o emprego da violência ou grave ameaça somada à tomada da res para si, ainda que detido em momento posterior.

Demais disso, descabe a alegação de absolvição do réu Tauan pelo crime de roubo majorado por ausência de dolo, isto é, por atipicidade subjetiva. Não encontra respaldo nos autos prova de que a finalidade de Tauan era tão somente realizar o crime de extorsão por meio de transferências bancárias, e não subtrair quaisquer objetos ou dinheiro. Ao contrário, restou provado à exaustão que ambos os réus ingressaram na clínica passando-se por clientes e, no dia seguinte, retornaram com clara intenção de assaltar os pacientes, dentistas e patrimônio do estabelecimento, além de extorquir as pessoas ali presentes (fl. 15).

Tampouco merece prosperar a argumentação subsidiária da defesa de Tauan em vê-lo condenado apenas pelo crime de extorsão, a pretexto do reconhecimento de crime único, eis que as condutas decorreram de desígnios autônomos.

Impossível, ainda, o reconhecimento de um único delito de roubo, cometido contra a clínica. É forçoso reconhecer o concurso formal de crimes de roubo, haja vista que a violação de diferentes patrimônios era de conhecimento dos acusados. Se optaram por roubar três patrimônios, é evidente que não podem responder por apenas um deles.

O crime de roubo se consuma com a inversão da posse da "res", mediante violência ou grave ameaça, pouco importando se, após, os bens foram recupera-

Acesso ao Sumário

dos. Desta feita, é cristalina a consumação dos crimes de roubo contra Rauany e Aparecida, ao contrário do que assevera a defesa de Tauan.

Descabe, também, abarcar a tese defensiva de reconhecimento de concurso formal entre os crimes de roubo e extorsão, pois, repise-se, as condutas decorreram de desígnios autônomos. Isto é, não foi perpetrada uma única conduta por meio da qual praticou-se dois crimes.

Ainda, ao revés do asseverado pela Defesa de Tauan, foi feita de forma adequada a aplicação simultânea da restrição da liberdade das vítimas como qualificadora da extorsão e causa de aumento de pena do roubo, eis que, embora praticados no mesmo contexto fático, os crimes de roubo e extorsão decorreram de condutas distintas e desígnios autônomos e foram praticadas contra vítimas diversas.

Desta feita, como são crimes autônomos, inexiste óbice no reconhecimento de qualificadoras ou causas de aumento de pena em cada um dos delitos.

Outra não é a jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça:

*APELAÇÕES CRIMINAIS – **Roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo, concurso de pessoas e com restrição da liberdade da vítima e Extorsão qualificada pela restrição da liberdade da vítima, em concurso material** – Artigo 157, § 2º, incisos I, II e V, com redação anterior à Lei 13.654/2018, e artigo 158, §§ 1º e 3º, na forma do artigo 69, todos do Código Penal. 1. RECURSO DEFENSIVO Absolvição por insuficiência probatória – Não cabimento – Acervo probatório que justifica a procedência da ação penal – Autoria e materialidade comprovadas – Palavra da v*ítima e dos policiais militares – Validade – Precedentes – Condenação mantida – Regime inicial fechado – Adequado à espécie – *RECURSO NÃO PROVIDO. 2. RECURSO MINISTERIAL – Condenação nos exatos termos da exordial acusatória – Cabimento – Necessidade – **Não há que se falar em absorção do delito de roubo pela extorsão – Pena – Dosimetria – Reprimenda fixada para os delitos de roubo qualificado e extorsão qualificada, em concurso material** – Regime prisional fechado mantido – RECURSO PROVIDO. (TJ -SP - APR: 0013180-7420168260050 SP 0013180-74.2016.8.26.0050, Relator: Silmar Fernandes, Data de Julgamento: 17/10/2019, 9ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 21/10/2019).*

O concurso de agentes é mais do que evidente em todas as condutas praticadas, pois, embora Wanderson tenha ficado na recepção com Rauany e Tauan levado os demais para outro local, eles se auxiliavam mutuamente.

Portanto, caracterizadas autoria e a materialidade dos crimes de roubo majorado pelo concurso de pessoas e restrição da liberdade das vítimas e de extorsão em concurso de agentes e restrição da liberdade, a condenação era mesmo de rigor.

As penas foram corretamente fixadas.

Acesso ao Sumário

Quanto aos crimes de roubo:

Na primeira fase, a reprimenda dos dois réus foi fixada no mínimo legal.

Na segunda fase, foi devidamente reconhecida a agravante da dissimulação, eis que os acusados foram ao consultório no dia anterior e retornaram na data dos fatos, fingindo serem pacientes (fls. 15).

No entanto, o D. Juízo de piso compensou a agravante com a atenuante da confissão para ambos os agentes e da menoridade em relação ao acusado Wanderson. Ante o conformismo ministerial, nada há de se manifestar a respeito.

Na terceira fase, presentes duas causas de aumento de pena do concurso de pessoas e da restrição da liberdade das vítimas, as sanções foram corretamente elevadas em 1/3.

Por fim, em razão do concurso formal dos delitos de roubo, a pena foi devidamente exasperada em 1/5.

Quanto aos crimes de extorsão:

Na primeira etapa da dosimetria da pena, as reprimendas foram fixadas no piso.

Na segunda fase, embora reconhecida, não foi calculada a agravante da dissimulação e as atenuantes não puderam reduzir a pena aquém do piso, nos termos da Súmula 231, do Superior Tribunal de Justiça.

Na terceira fase, não foi aplicada a causa de aumento do concurso de agentes, embora reconhecida na sentença. Ante o conformismo ministerial, não há o que se falar, portanto.

Reconhecido o concurso formal entre as duas extorsões, a sanção foi elevada em 1/6 e, aplicado o concurso material entre os roubos e extorsões, as penas foram corretamente somadas, nos moldes do artigo 69, "caput", do Estatuto Repressivo.

Acesso ao Sumário

Considero adequadamente fixado o regime inicial fechado, uma vez que, além da reprimenda final ser superior a oito anos (o que, por si só, impede a fixação de regime mais brando), foram levadas em conta a gravidade concreta e a hediondez dos delitos.

Por fim, o, não há que se falar em detração para fins de fixação de regime prisional mais brando.

No meu entendimento, deixar de apreciar o requisito subjetivo quando do abatimento da prisão provisória na pena final, significa dizer que aquele agente que respondeu preso será beneficiado com relação àquele que teve a sua liberdade concedida, posto que, este, para progredir de regime, deverá preencher não

só o requisito temporal, mas também o requisito subjetivo.

Assim, eventual benefício referente ao regime de cumprimento de pena deverá ser requerido perante o Juiz da Execução, nos termos do art. 66, da Lei de Execução Penal, sob pena de supressão de um grau de jurisdição.

Ante o exposto, rejeitada a preliminar, nega-se provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0005283-84.2018.8.26.0127, da Comarca de Carapicuíba, em que são apelantes O. S. e R. K. O. B., é apelado M. P. DO E. DE S. P..

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitada a preliminar de nulidade do processo arguida por O., deram parcial provimento aos recursos para, mantidos os demais tópicos das condenações, declarar extinta a punibilidade dos Réus quanto ao crime de fotografar ou publicar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança e adolescente (artigo 241-A, "caput", do Estatuto da Criança e do Adolescente), com base no artigo 107, inciso IV, primeira figura, do Código Penal. V.U. Sustentou oralmente o advogado dr. Daniel Alberto Casagrande. Usou da palavra a Exma. Procuradora de Justiça dra. Eliana Sanseverino. Esteve presente o adv. Dr. Guilherme Moretti Pinto de Lemos.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.415)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FARTO SALLES (Presidente) e EDUARDO ABDALLA.

São Paulo, 28 de setembro de 2023.

ZORZI ROCHA, Relator

Ementa: Apelação. Crimes de adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente, e de fotografar ou publicar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança e adolescente. Recurso do Réu O.. Preliminares - de nulidade do processo por irregularidade no recebimento

Acesso ao Sumário

da denúncia, e de prescrição. Rejeição da nulidade e reconhecimento parcial da prescrição. Absolvição, ou por fragilidade probatória, ou por atipicidade da conduta. Não cabimento. Autoria, materialidade e dolo demonstrados. Aplicação do princípio da consunção. Não cabimento. Reconhecimento da semi-imputabilidade. Não cabimento. Atenuação das penas. Não cabimento. Recurso do Réu R.. Preliminar de prescrição. Reconhecimento parcial. Absolvição por fragilidade probatória. Não cabimento. Autoria e materialidade demonstradas. Atenuação das penas. Não cabimento. Parcial provimento aos recursos.

VOTO

Adotado o relatório já existente (fls.981/983), acrescenta-se que se trata agora de apelações dos Réus da sentença de fls.981/986, integrada a fls.995, na qual, em relação a ambos: ***1.*** foi julgada extinta a punibilidade em relação ao crime de adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente (artigo 241-B, *"caput"*, do Estatuto da Criança do Adolescente), em razão da prescrição da pretensão punitiva, nos termos do artigo 109, inciso IV, primeira figura, do Código Penal; ***2.*** foram condenados, cada um, em concurso material (artigo 69, *"caput"*, do Código Penal) e em regime inicial fechado, às penas de: ***a.*** 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão, e 11 dias-multa, calculados no mínimo legal, pela acusação do crime de produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente (artigo 240, *"caput"*, do Estatuto da Criança e do Adolescente); ***b.*** 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, e 11 (onze) dias-multa, calculados no mínimo legal, pela acusação do crime de fotografar ou publicar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança e adolescente (artigo 241-A, *"caput"*, do Estatuto da Criança e do Adolescente). Pretendem: ***1.*** O., em preliminar, a nulidade do processo por irregularidade no recebimento da denúncia, e o reconhecimento da prescrição, e, no mérito, sua absolvição, ou por fragilidade probatória, ou por atipicidade da conduta, a aplicação do princípio da consunção, o reconhecimento da semi-imputabilidade, e a atenuação das penas (fls.1046/1074); ***2.*** R., em preliminar, o reconhecimento da prescrição, e, no mérito, sua absolvição por fragilidade probatória, e subsidiariamente, a atenuação das penas (fls.1002/1017).

Os recursos foram regularmente processados, com resposta do Ministério Público por seus não provimentos (fls.1079/1098).

Acesso ao Sumário

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não provimento dos recursos (fls.1108/1122).

É o relatório.

Rejeita-se a preliminar de nulidade arguida por O. quanto à nulidade do processo por irregularidade no recebimento da denúncia.

O processo teve início perante a Justiça Federal, mas depois, por declaração de incompetência, foi remetido à Justiça Estadual que deu regular continuidade à ação penal.

Aqui houve correta aplicação do artigo 567 do Código de Processo Penal, lembrando que tanto a Justiça Federal quanto a Justiça Estadual são justiça comum (sabido que justiças especiais, com atribuição de matéria própria, são a Justiça Eleitoral e a Justiça Militar, ambas com atribuição penal, e a Justiça do Trabalho tem apenas âmbito extrapenal, distinguindo a Federal não pela matéria, mas porque um dos pólos processuais é específico – interesse da União), daí porque, em não havendo alteração de Justiça (o deslocamento foi de justiça comum para justiça comum e não para uma especial!), não se há falar em nulidade do processo. Aliás, sendo isso ocorrente, a doutrina processual fala em inexistência do ato (e não sua nulidade), já que, pela regra do artigo 5°, inciso LIV, da Constituição Federal, o devido processo legal implica em todo o processo ser tramitado pela justiça correta. Além disso, e como é cediço, o recebimento da denúncia não é tido como ato decisório, mas sim decisão interlocutória simples, concernente ao juízo de admissibilidade, não se exigindo motivação detalhada (implicando, pois, em desnecessidade de eventual ratificação de seus atos), como - e corretamente - já decidiram: ***1.*** esta Câmara (Ap. n° 0000198-96.2015.8.26.0556, rel. Des. Marcos Corrêa, j. em 27.10.2016): **"O despacho que recebe a denúncia, simples despacho de deliberação em que o juiz verifica a existência de justa causa para persecução criminal, é decisão interlocutória simples, e, portanto, dispensa qualquer motivação, não incidindo a regra do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal"**; ***2.*** o Superior Tribunal de Justiça (HC n° 354.250-SC, rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., j. em 07.06.2016): **"2. O Superior Tribunal de Justiça, na esteira do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, consagrou o entendimento de inexigibilidade de fundamentação complexa no despacho de recebimento da denúncia, em virtude de sua natureza interlocutória, não se equiparando à decisão judicial a que se refere o art. 93, IX, da Constituição Federal"; *3.*** o Supremo Tribunal Federal (Recurso Ordinário em Habeas Corpus n° 87.005-8/RJ, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª T., j. em 16.05.2006): **"À luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o despacho de recebimento da denúncia não se enquadra no conceito de decisão contida no art. 93, IX, CRFB, sendo-lhe dispensada a fundamentação".**

Acolhe-se em parte a preliminar de ambos em relação à extinção da puni-

Acesso ao Sumário

bilidade pela prescrição do crime relativo ao artigo 241-A, *"caput"*, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por este crime, os Réus foram condenados, cada um, às penas de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, e 11 (onze) dias-multa.

Não houve interposição de recurso pelo Ministério Público, razão pela qual o prazo prescricional passa a ser contado com base na pena em concreto (artigo 110, § 1º, do Código Penal).

Conforme previsão do artigo 109, inciso IV, do Código Penal, o prazo prescricional é estipulado em 08 (oito) anos.

Entre os marcos interruptivos do recebimento da denúncia (em 06.09.2013 - fls.352/353) e da publicação da Sentença (em 22.03.2023 - fls.988) houve o transcurso de 09 (nove) anos e 06 (seis) meses.

Desse modo, é de se declarar extinta a punibilidade dos Réus pela incidência da prescrição especificamente quanto ao crime do artigo 241-A, *"caput"*, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Quanto ao mérito, inconsistentes os recursos, analisados em conjunto.

A materialidade ficou comprovada: ***1.*** pelo auto circunstanciado de busca e apreensão do HD marca Western Digital (fls.192/195); ***2.*** pelo auto de apreensão (fls.228); ***3.*** pelos laudos periciais (fls.255/265 e fls.272/278); ***4.*** pelos descritivos de Informação Técnica (fls.323/328 e fls.470/471); ***5.*** pelo relatório de pesquisa (fls.350/351).

A prova oral produzida está contida em mídias digitais constantes e inseridas no processo digital.

Na fase extrajudicial: ***1.*** O. disse que: ***a.*** havia em seu computador imagens eróticas de pessoas jovens do sexo masculino baixadas do site (...), não sendo permitido pelo site a troca de conteúdo que viole as leis locais e americanas, tais como fotos de menores e adolescentes, de ódio racial, e de violência contra animais; ***b.*** nunca compartilhou, comercializou ou divulgou tais imagens, utilizando apenas para entretenimento pessoal; ***c.*** um mês antes da busca, deletou as imagens que estavam arquivadas; ***2.*** R. (fls.296) disse que: ***a.*** conheceu O. por um amigo, com ele desenvolvendo afinidade em razão de interesse por pessoas do mesmo sexo; ***b.*** à época morava com M., de 20 anos, o qual manteve contato e trocou mensagens e imagens com um menino de 13 ou 14 anos; ***c.*** o site (...) é fórum de compartilhamento anônimo de mensagens; ***d.*** recebeu de O. um vídeo de "C.", não sabendo quem era à época, constando, em seu perfil do Facebook, data de nascimento em 10.03.1993. Em Juízo: ***1.*** O. disse que: ***a.*** tinha Síndrome de Asperger e fez tratamento com hormônio, desenvolvendo a puberdade tardiamente; ***b.*** por ser recluso, usava a internet para momentos de intimidade;

Acesso ao Sumário

c. acessava sites pornográficos, geralmente hospedados nos Estados Unidos, e baixava pacotes de fotos "zipadas"; ***d.*** almejava pessoas parecidas consigo, entre 22 e 25 anos; ***e.*** não tinha interesse por conteúdo com menores e deletava; ***f.*** não se recordava das imagens de vídeo que tinha gravado; ***g.*** não compartilhava os vídeos; ***h.*** não conhecia pessoalmente R., apenas pela internet; ***2.*** R. disse que: ***a.*** não armazenou ou compartilhou imagens de pornografia infantil, apenas visualizava imagens, mas nunca de menores; ***b.*** conhecia O. apenas da internet, e com ele trocava imagens, mas não eram de pessoas menores; ***c.*** soube que lhe foi enviado um vídeo com imagens de menores, mas não chegou a receber.

A testemunha de defesa R. disse que: ***1.*** atuou como psicólogo de O. de 2011 a 2019, sendo ele diagnosticado com Síndrome de Asperger; ***2.*** ele era amável e até ingênuo; ***3.*** não tinha problemas mentais ou sexuais, mas fez tratamento psiquiátrico em razão de depressão.

A prova produzida demonstrou, em síntese, que se iniciaram investigações após captura de imagens de pornografia infantil em uma comunidade na antiga rede social *"Orkut"*. Depois da regular quebra do sigilo de dados telemáticos (fls.39), apurou-se que a comunidade estava vinculada ao e-mail de O. (fls.51, 66 e 98). Durante o cumprimento de mandado de busca e apreensão em sua residência, foi encontrado vasto material relacionado à pornografia infanto-juvenil. Conforme se vê nos laudos periciais de fls.255/265, 272/278 e 323/324: *"entre as imagens selecionadas estão imagens que se relacionam com pornografia infantojuvenil, como as imagens 01, 02 e 03. E há imagens pornográficas que podem conter adolescentes, como as imagens 04, 05 e 06"*. Além disso, as imagens contidas nos envelopes de fls.472 e fls.893 demonstram se tratar de menores, o que afasta as alegações de ausência de dolo e ausência de conhecimento sobre a idade das pessoas retratadas, por óbvio.

E mais, a demonstrar a produção da imagem, na conversa de fls.258, O. diz a R. que se trata de *"um vídeo novo"*, *"fresquinho"*, que havia gravado havia menos de 15 (quinze) minutos, no dia 26 de novembro de 2010, às 16h29min (fls.470/471), sendo enviado para R. na mesma data, às 16h35min, conforme histórico de conversas. Além disso, ficou demonstrado que o menor C., ali filmado, nasceu em 10.03.1993, com 17 (dezessete) anos à época, portanto, conforme Relatório de Pesquisa de fls.349/351 (dando, como fonte indireta, mas oficial, a Receita Federal e o Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo). Além disso, o documento de fls.327 concluiu que *"os históricos de mensagens, juntamente com seu caminho de localização indicam que os vídeos (...) e (...) foram produzidos pelo usuário (...) com auxílio do programa (...)"*. Verifica-se, ainda, pelo conteúdo das conversas mantidas entre os Réus nos dias 06.10.2010, que R. fez a gravação e o registro de vídeo, contendo pornografia de um adolescente de 13 (treze) anos.

Acesso ao Sumário

Ficou demonstrado que O. e R. produziram, reproduziram, fotografaram e registraram imagens de pornografia infantil: O., de um adolescente de 17 (dezessete) anos, e R., de um com 13 (treze) anos. Demonstrou-se também que compartilharam arquivos com conteúdo pornográfico de crianças e adolescentes.

Os Réus possuíam e armazenavam uma quantidade imensa de vídeos e fotografias de pornografia infantil. Os vídeos por eles produzidos não foram os únicos encontrados em seus computadores e compartilhados pela internet, embora apenas parte desse material tenha sido compartilhado e enviado pelo *"Orkut"*.

E essas circunstâncias ficaram bem delineadas pelo laudo pericial de fls.323/328 e o histórico de diálogos mantidos entre os acusados, comprovando o compartilhamento de imagens de cunho sexual de crianças e adolescentes, em especial em uma das conversas na qual R. diz a O. *"que ele era muito fofo com 14 anos"*, tudo a demonstrar conhecimento sobre a idade dos menores envolvidos na pornografia compartilhada.

Frise-se, em repetição necessária, aqui não haver dúvida sobre a menoridade das vítimas, daí porque desnecessária eventual aplicação do artigo 92 do Código de Processo Penal para apuração sobre questão de estado, sem se olvidar que o artigo 155 do mesmo Código trata de limitação de prova na persecução penal, situação aqui não incidente.

O laudo pericial do específico incidente de insanidade mental (fls.676/681) concluiu pela plena capacidade de O. de entender o caráter ilícito da sua conduta: *"A possibilidade de ser portador de síndrome de Asperger, como sugerido na avaliação neuropsicológica, entretanto, não foi evidenciada na perícia médica psiquiátrica, não acarreta ou acarretou perturbação da saúde mental ou comprometimento das capacidades de discernimento, entendimento do caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com o entendimento"* (fls.679), não havendo que se falar em reconhecimento da semi-imputabilidade, portanto.

Acesso ao Sumário

Não há que se falar também em consunção, meio pelo qual a norma definidora de um crime constitui meio necessário ou fase normal de preparação ou execução de outro crime. Em termos bem esquemáticos, há consunção quando o fato previsto em determinada norma é compreendido em outra, mais abrangente, aplicando-se somente esta.

O crime de produzir, reproduzir, fotografar e registrar de material pornográfico envolvendo menor não foi determinante para a prática do crime de publicação de pornografia envolvendo criança e adolescente, considerados os inúmeros registros encontrados. E, ainda que se considerasse como espécie de trampolim em ocasiões pontuais, nada sugere que as condutas mistas estivessem

atreladas. Ao contrário! Trata-se de fatos independentes, passíveis de ocorrência simultânea, mas que poderiam ocorrer – como de fato ocorreram – separadamente.

Além de irreversíveis, os atos praticados não são puníveis pela justiça humana, são aqui apenas compensados com o sancionamento penal, e as condutas criminosas do Réu têm previsão legal.

Note-se, mais uma vez, que o mérito do recurso já foi exaustivamente analisado e afastado pela Sentença, não passando de repetição, já que nada de novo foi trazido de forma a beneficiar as defesas dos Réus, permanecendo suas simplórias negativas isoladas, sendo o conjunto probatório, portanto, prova convincente para dar o lastro necessário, não autorizando as teses defensivas de absolvição.

As sanções penais não merecem reparos.

Observa-se que ao Magistrado cabe fixar entre o mínimo e o máximo da pena cominada, considerando circunstâncias e consequências do crime, nada sugerindo que o patamar de base seja o obrigatório; contudo, aqui as penas-bases para ambos se afastaram moderadamente do patamar mínimo em 1/6 (sexto), considerando com acerto as graves consequências, pois difundiram a prática de pedofilia, incentivando cometimento de crimes ainda mais graves contra crianças e adolescentes, além da motivação negativa visando à satisfação da lascívia, a revelar ausência de empatia e cuidado com crianças e adolescentes. Além disso, a desconfiguração das noções de relacionamento, confiança, e sexo, e as indeléveis consequências suportadas pelos menores envolvidos, são prejudiciais na formação de suas personalidades, justificando o aumento em primeira fase de quantificação, em harmonia com os termos do artigo 59 do Código Penal, sendo assim mantido.

Não há circunstâncias atenuantes ou agravantes a serem consideradas em segunda etapa, ou causas de diminuição ou aumento em terceira etapa.

A mantença do regime inicial fechado (imposto não só pelo fator objetivo - quantidade da pena, mas também pelo fator subjetivo - artigo 33, § 3°, do Código Penal) é imperiosa, sobretudo por coerência ao posicionamento majoritário da jurisprudência deste Tribunal de Justiça, já ratificado, aliás, pelo Superior Tribunal de Justiça (AgRg no Agravo em Recurso Especial n° 805.150-RJ, rel. Min. Félix Fischer, 5ª T., j. em 08.03.2016):

> **"I - De acordo com o artigo 33, § 3º, do Código Penal, quando as circunstâncias judiciais do artigo 59 do referido diploma legal forem desfavoráveis, é possível estabelecer regime prisional mais gravoso, ainda que o quantum da pena aplicada autorize o regime semiaberto. (Precedentes).**
>
> **II - Revela-se adequado na hipótese, consoante o disposto no art. 33,**

Acesso ao Sumário

§§ 2º e 3º, do Código Penal, a imposição do regime inicial fechado aos réus, não reincidentes, condenados a pena superior a 4 (quatro) anos, mas que, não obstante, ostentam circunstâncias judiciais desfavoráveis. (Precedentes)".

Ante o exposto, rejeitada a preliminar de nulidade do processo arguida por O., dá-se parcial provimento aos recursos para, mantidos os demais tópicos das condenações, declarar extinta a punibilidade dos Réus quanto ao crime de fotografar ou publicar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança e adolescente (artigo 241-A, *"caput"*, do Estatuto da Criança e do Adolescente), com base no artigo 107, inciso IV, primeira figura, do Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0070665-61.2018.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante M. P. DO E. DE S. P., são apelados D. S. I., T. A. I.[3], T. DE S. C., J. C. A. I., H. L. O. R., L. A. I.[1], L. A. I.[2], M. S. S. e S. P. G..

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso ministerial, apenas para alterar o fundamento da absolvição para o art. 386, VII, do CPP, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 511)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO MAZINA MARTINS (Presidente sem voto), VICO MAÑAS e PAULO ROSSI.

São Paulo, 26 de setembro de 2023

NOGUEIRA NASCIMENTO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: LAVAGEM DE DINHEIRO. INFRAÇÃO PENAL ANTECEDENTE. EXPLORAÇÃO DE JOGOS DE AZAR. ATIPICIDADE. NÃO RECEPÇÃO PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. TEMA PENDENTE DE JULGAMENTO PELO STF. NÃO SOBESTAMENTO DOS FEITOS CORRELATOS. INFRAÇÃO PENAL VIGENTE. PROVA. INSUFICIÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE. RECURSO MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVI-

DO.

1. Pendente a análise pela Corte Constitucional a respeito da recepção ou não da contravenção penal de jogo de azar (RE 966.177), inviável reconhecer como atípica a conduta, presumindo-se que o tipo continua vigendo.

2. O quadro probatório se mostra frágil, sendo insuficiente para a condenação, quando apoiado apenas em elementos informativos colhidos em fase pré-processual, sem prova produzida sob o crivo do contraditório que conduza a um juízo de certeza.

3. Recurso ministerial provido parcialmente, apenas para alterar o fundamento da absolvição para o art. 387, VII, do CPP.

VOTO

Vistos.

1. Ao relatório da r. sentença, o qual se adota, acrescenta-se que, no Juízo de Direito da 2ª Vara de Crimes Tributários, Organização Criminosa e Lavagem de Bens e Valores da Comarca de São Paulo, T. de S. C., D. S. I., J. C. A. I., T. A. I. [3], H. L. O. R., L. A. I. [1], L. A. I. [2], M. S. S. e S. P. G. foram absolvidos das imputações feitas nestes autos com fundamento no art. 386, III, do CPP (fls. 1569/1584).

Inconformado, recorreu o Ministério Público requerendo a condenação dos acusados, nos exatos termos da denúncia (fls. 1595/1626).

Processado e contrariado o recurso, o parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça é pelo seu provimento (fls. 1766/1782).

É o relatório.

2. Consta da denúncia que:

I – DA IMPUTAÇÃO JURÍDICA

1 – CONSTA dos autos do incluso Procedimento Investigatório Criminal que, a partir de 17 de maio de 2016 a 05 de julho de 2017, no interior do Bingo Carrão, situado na Rua Monte Serrat n° 95, 105 e 115, nesta Capital, D. S. I. e T. A. I.[3], por intermédio de T. S. C., dissimularam a natureza, origem e movimentação de valores provenientes, direta ou indiretamente, da contravenção penal de jogo de azar, por no mínimo 4.168 vezes, na atividade econômica da

Acesso ao Sumário

empresa T. DE S. C. PRODUÇÕES E EVENTOS, no valor de aproximadamente R$ 1.045.176,14 (um milhão, quarenta e cinco mil, cento e setenta e seis reais e catorze centavos).

2 – CONSTA, ainda, do mesmo procedimento investigatório criminal, nas mesmas circunstâncias de tempo e local, J. C. A. I., H. L. O. R., L. A. I. [1], L. A. I. [2], M. S. S. e S. P. G. concorreram com T. A. I.[3] e D. S. I. na dissimulação da natureza e movimentação de valores provenientes, direta ou indiretamente, da contravenção penal de jogo de azar, na atividade econômica da empresa T. DE S. C. PRODUÇÕES E EVENTOS, com o recebimento das quantias transacionadas pela máquina de cartão GETNET, Terminal V001W.9173.

II – DOS FATOS

a. Contextualização da Investigação

A partir das investigações encetadas pela Polícia Federal, por meio do Grupo Especial de Investigações Sensíveis, verificou-se que D. S. I. explorava juntamente com outras pessoas até então desconhecidas, grandes casas ilegais de jogos de azar. Para tanto, a referida organização criminosa se socorria de recorrente e sistêmica corrupção de policiais civis, militares, peritos e servidores municipais. Com respaldo em decisão judicial que deferiu um compartilhamento de prova, a Polícia Federal encaminhou a este Núcleo em janeiro de 2017, material probatório que indicava a exploração de grandes casas de jogos ilegais, com a efetiva corrupção de inúmeros agentes público em São Paulo.

No referido material foram descritas as diligências realizadas pela Polícia Federal, notadamente o monitoramento dos telefones utilizados por D., que mostram conversas que comprovam a transição dos bingos de seu tio J. C. A. I. para D. e sua prima T. A. I.[3].

Desse modo, no âmbito estadual, o Ministério Público instaurou o Procedimento Investigatório Criminal nº 01/2017-GAECO ("Operação Jericó") para aprofundar as investigações da organização criminosa nos bingos de São Paulo e Guarulhos, que culminou no ajuizamento da Ação Penal n° 0047395-42.2017.8.26.0050[1]. Na referida ação, foram imputados aos denunciados os delitos de integrar organização criminosa voltada para a prática de crimes de corrupção ativa de agentes públicos (Polícias Civil e Militar), liderada por J. C. I. e família.

No dia 05 de julho de 2017, foram cumpridos os mandados de busca e prisão temporária dos investigados no PIC n° 01/20172 (Operação Jericó), bem como foram fechadas as 08 (oito) casas de jogos clandestinos, incluindo o BINGO CARRÃO, situado na Rua Monte Serrat n° 95, 105 e 115, nesta Capital.

Da investigação em tela:

1 Mídia com a denúncia, decisão de recebimento e de compartilhamento de provas às fls. 147.

Acesso ao Sumário

Assim, no interior do BINGO CARRÃO, foram encontrados diversos comprovantes de pagamento de cartão em cima do balcão do salão de jogos, conforme Auto de Descrição Fotográfico de fls. 21/34.

Os canhotos se tratam de comprovantes da operadora GETNET, do Terminal 04245127, em nome da empresa T. DE S. C. PRODUÇÕES E EVENTOS, localizada em Santo André/SP (auto de conferência de fls. 57/67), pertencente ao denunciado T. DE S. C., do ramo alimentício.

Diante disso, para o prosseguimento das investigações em relação do delito de lavagem de dinheiro, por intermédio do uso de máquina de cartão para a realização das apostas ilegais, foi instaurado o presente Procedimento Investigatório Criminal n° 18/18.

Em seguida, a administradora GETNET informou (fls. 191/193) que a T. DE S. C. foi credenciada em 08 de abril de 2016, no ramo de atividade de "venda ingressos", e os dados do domicílio bancário seriam do Banco (...), Agência (...), Conta Corrente n° (...).

Com base nos dados fornecidos pela GETNET, foi obtida a quebra dos sigilos bancário e fiscal da empresa T. DE S. C. e do denunciado T., por meio da Medida Cautelar n° 0070666-46.2018.8.26.0050.

A administradora de cartão GETNET apresentou as transações do terminal V001W.9173, no período de 1º de novembro de 2016 a 05 de julho de 2017 (fls. 194/344), no total de R$ 76.992,02 (na modalidade crédito) e R$ 968.184,12 (na modalidade débito), perfazendo o montante de R$ 1.045.176,14 de movimentação financeira.

Apesar de T. alegar que a máquina GETNET era de uso exclusivo da lanchonete dentro do BINGO CARRÃO, é incontroverso pela análise das movimentações de fls. 195/344 que a máquina de cartão registrada em nome da empresa T. DE S. C. era usada para as apostas do bingo, seja pela diferença de valores que eram transacionados diariamente variação diária entre R$ 5,00 a R$ 2.200,00, bem como da frequente repetição de valores acima de R$ 100 que era movimentado por dia.

Outrossim, a T. DE S. C. já havia sido alvo de pesquisa pelo GAECO, em agosto de 2017, quando da análise dos objetos apreendidos na residência de J. C. e de suas filhas L. [2], L. [1] e T. I. [3] e de sua companheira S. (fls. 77/141): (a) comprovante de pagamento da conta de luz da T.DE S. C., de abril de 2017; (b) extrato eletrônico da empresa do Banco (...), Ag. (...), C/C (...), do período de 24/05/2016 a 07/06/2016, com destaque em amarelo feito manualmente com linha sublinhada para indicar as movimentações da máquina de cartão CIELO; e (c) dois cheques emitidos pela T. DE S. C., datados de 28/02/17 e 06/04/17, nos valores de R$ 3 mil e R$ 4.500,00, respectivamente.

Acesso ao Sumário

Com a vinda das informações bancárias da empresa de T. e com o acesso aos emails de T. I. [3] (Medida Cautelar n° 0006513-38.2017.8.26.0050 decisão às fls. 357/365), foi possivel estabelecer o vínculo entre os denunciados, conforme se detalhará no item subsequente.

Importa salientar que a administração do BINGO CARRÃO passou de J. C. à sua filha T. [3] e ao sobrinho D., conforme se conclui dos balanços contábeis encontrados nos emails destes (fl. 412/466), nos quais T. aparece como detentora de 90% dos lucros do jogo de azar, enquanto seu primo D. com 10%.

Desse modo, configura-se a posição de comando de T. e D., na administração do bingo e na administração dos lucros, circunstância capaz de agravar a pena-base, nos moldes do artigo 62, I, do Código Penal.

DA LAVAGEM DE DINHEIRO

[imagem fls. 483]

Como forma de modernizar o sistema de apostas, os proprietários do BINGO CARRÃO – T. (90%) e D. (10%) adotaram o pagamento das cartelas via cartão de crédito/débito. Desse modo, eles usavam o Terminal GETNET da empresa lícita de T. para introduzir os valores auferidos no jogo no sistema financeiro.

Logo que as apostas eram pagas na máquina de cartão, T. [3] e D. tinham a certeza que tais valores já seriam a eles encaminhados por T.. Tamanha a confiança no esquema da máquina de cartão que os balanços semanais que eles se encaminhavam por email[2] já havia expressa contabilização do faturamento da máquina e o seu desconto da taxa de administração (de 6% ou 8%).

Em seguida, o branqueamento do dinheiro ilícito das apostas se dava com o crédito das movimentações do Terminal GETNET n° V001W.9173, na conta bancária da empresa de produções de eventos, sem levantar qualquer suspeita.

Uma vez que os valores provenientes do BINGO CARRÃO eram pagos à T DE S. C. pela GETNET, T. reintegrava parte desses valores, por meio de transferências eletrônicas aos demais denunciados, a título de pagamento a fornecedores.

De acordo com o Banco (...), o início das transações entre a T. DE S. C. e os denunciados se deu em 17 de maio de 2016, data em que J. C., S. P. G. e H. R. recebem grandes montantes, R$ 4.100,00, R$ 4 mil e R$ 30.235,00, respectivamente.

Notou-se, que T.[3][3] e D.[4] foram beneficiados de poucas transferência

Acesso ao Sumário

2 Medida Cautelar n° 0006513-38.2017.8.26.0050 - fls. 412/468.

3 Apenas três TED (“Pagamento Fornecedores), em 14 de outubro de 2016, 17 de janeiro e 07 de março de 2017, nos valores de R$ 1.8600,00, R$ 3 mil e R$ 1.500,00, respectivamente.

4 Apenas uma TED, no dia 25 de abril de 2017, no valor de R$ 4.367,00.

bancárias em comparação aos outros seis codenunciados que trabalham nos negócios escusos da FAMÍLIA I..

Apesar de J. C. não figurar mais no comando do Bingo Carrão, ele recebeu da conta bancária da empresa T. DE S. C. os seguintes créditos:

1) Data: 17 de maio de 2016 Pagamento a Fornecedores DOC E R$ 4.100,00;

2) Data: 24 de maio de 2016 Pagamento a Fornecedores DOC E R$ 4.100,00;

3) Data: 31 de maio de 2016 - TED Pagamento Fornecedores CIP R$ 14.100,00;

4) Data: 07 de junho de 2016 - TED Pagamento Fornecedores CIP R$ 6.100,00;

5) Data: 14 de junho de 2016 - TED Pagamento Fornecedores CIP R$ 11.000,00;

6) Data: 21 de junho de 2016 - TED Pagamento Fornecedores CIP R$ 5.200,00;

7) Data: 28 de junho de 2016 - TED Pagamento Fornecedores CIP R$ 4 mil;

8) Data: 05 de julho de 2016 - TED Pagamento Fornecedores CIP R$ 2.800,00;

9) Data: 12 de julho de 2016 - TED Pagamento Fornecedores CIP R$ 6.700,00;

10) Data: 09 de agosto de 2016 - TED Pagamento Fornecedores CIP R$ 4.250,00;

11) Data: 30 de agosto de 2016 - TED Pagamento Fornecedores CIP R$ 6 mil;

12) Data: 05 de outubro de 2016 - TED Pagamento Fornecedores CIP R$ 50 mil;

13) Data: 06 de outubro de 2016 - TED Pagamento Fornecedores CIP R$ 10mil; e

14) Data: 20 de dezembro de 2017 - TED Pagamento Fornecedores CIP R$ 50 mil.

Já H. R., noivo de T. [3], assumiu o papel de destaque na organização criminosa como intermediador das propinas policiais e responsável pelo investimento e procura de novos bingos. A ligação financeira entre H. R. e T.[3] fi-

Acesso ao Sumário

cou estabelecida nas inúmeras transações eletrônicas realizadas tanto para a sua pessoa física (23 transferências), quanto na conta de sua empresa HUGOLEO Serviços de Estacionamento Ltda. (48 transferências), entre 17 de maio de 2016 a 04 de julho de 2017, perfazendo o montante de R$ 1.050.363,00.

[imagem fls. 486]

A denunciada L. A. I. [1] foi alvo da investigação promovida no PIC n° 01/2017, no entanto, ela não foi denunciada na Ação Penal n°0047395-42.2017, em razão de sua conduta não ter ficado clara no contexto daquela organização criminosa voltada à corrupção policial para exploração de jogos de azar.

Não obstante L. [1] não ter sido processada, ela recebeu duas transferências bancárias de T., nos meses de abril e maio de 2017, nos valores de R$ 2.380,00 e R$ 3.500,00.

[imagem fls. 487]

No tocante à terceira filha I., L.[2], além de auxiliar seus parentes na administração nos bingos, também ocupava a gerência dos estacionamentos próximos aos locais de jogo. No caso do BINGO CARRÃO, o TSL Park fica a poucos metros de distância, de modo a propiciar toda estrutura aos apostadores. É por essa razão que L.[2] (R$ 20.294,00) e o TSL Park (R$ 188.698,00) também constam da lista de transações com T., pela ligação direta entre as atividades.

[imagem fls. 487]

Segundo restou comprovado na ação penal que envolve a organização criminosa da Família I., M. é secretária pessoal de J. C. e também figura como titular dos bingos, nas contas de água, luz, telefone dos imóveis utilizados para o jogo ilegal. M. aparece como beneficiária das transações eletrônicas "aos fornecedores" da empresa T. DE S. C., no montante de R$ 376.910,00, entre 20 de setembro de 2016 a 13 de junho de 2017.

[imagem fls. 488]

Acesso ao Sumário

Por fim, S., mãe de T.[3], L.[2] e L.[1], surge como credora de 27 operações financeiras com T., entre 17 de maio de 2016 a 09 de maio de 2017, no valor global de R$ 541.298,00.

[imagem fls. 489]

Conforme a contabilidade que era realizada por T.[3], o valor das apostas que eram pagas através da máquina de cartão, após ingressar na conta bancária da empresa de produções de eventos, era repassada por T. aos denunciados J. C. A. I., H. L. O. R., L. A. I. [1], L. A. I. [2], M. S. S., S. P. G., os quais, reintroduziam os valores limpos no mercado através do repasse dos valores a T.[3] e D., a fim de que estes utilizassem os valores no próprio negócio ilícito e em

benefício próprio.

Logo, conclui-se sem sombra de dúvidas que a utilização de máquina para pagamento com cartões de crédito/débito em nome de terceiros "laranjas", viabiliza a obtenção dos proveitos da exploração dos jogos de azar, ou seja, de permitir que o dinheiro do bingo fosse dissimulado em sua origem e natureza, sendo ainda convertido em ativos lícitos por meio da pessoa jurídica interposta (T. DE S. C. PRODUÇÕES), cuja reintrodução no mercado se deu através de depósitos bancários em contas de terceiros, em autêntica conduta de lavagem de dinheiro, capitulada na Lei nº 9.613/1998, em seu artigo 1º, "caput" e § 1º, I, II e § 4º.

II – DA CAPITULAÇÃO JURÍDICA

Ante o exposto, DENUNCIO a Vossa Excelência:

1 – T. DE S. C. como incurso no artigo 1º, § 1º, inciso I (conversão em ativos lícitos), §4º (por intermédio de organização criminosa), da Lei nº 9.613/1998;

2 – D. S. I. como incurso no artigo 1º, "caput", §4º (por intermédio de organização criminosa), da Lei nº 9.613/1998, c.c. artigo 29 e artigo 62, I (dirige a atividade dos demais agentes), ambos do Código Penal;

3 – J. C. A. I., vulgo "Big Boy", como incurso no artigo 1º, §1º, II (recebe e transfere), §4º (por intermédio de organização criminosa), da Lei nº 9.613/1998, c.c. artigo 29, do Código Penal;

4 – T. A. I. [3] como incursa no artigo 1º, "caput", §4º (por intermédio de organização criminosa), da Lei nº 9.613/1998, c.c. artigo 29 e artigo 62, I (dirige a atividade dos demais agentes), ambos do Código Penal;

5 – H. L. O. R. como incurso no artigo 1º, §1º, II (recebe e transfere), §4º (por intermédio de organização criminosa), da Lei nº 9.613/1998, c.c. artigo 29, do Código Penal;

6 – L. A. I. [1] como incursa no artigo 1º, §1º, II (recebe e transfere), §4º (por intermédio de organização criminosa), da Lei nº 9.613/1998, c.c. artigo 29, do Código Penal;

7 – L. A. I. [2] como incursa no artigo 1º, §1º, II (recebe e transfere), §4º (por intermédio de organização criminosa), da Lei nº 9.613/1998, c.c. artigo 29, do Código Penal;

8 – M. S. S. como incursa no artigo 1º, "§1º, II (recebe e transfere), §4º (por intermédio de organização criminosa), da Lei nº 9.613/1998, c.c. artigo 29, do Código Penal; e

9 – S. P. G., como incursa no artigo 1º, §1º, II (recebe e transfere), §4º

Acesso ao Sumário

(por intermédio de organização criminosa), da Lei nº 9.613/1998, c.c. artigo 29, do Código Penal.

Apesar do empenho ministerial, entendo inviável a condenação dos acusados nos termos pleiteados.

Inicialmente, consignou a MM. Juíza *a quo* que o art. 50 do Decreto-lei 3.688/1941 não foi recepcionado pela atual ordem constitucional, quer seja por não se vislumbrar a proteção de um verdadeiro bem jurídico-penal, quer seja por densificar um indevido paternalismo penal.

Nesse ponto, razão assiste ao Ministério Público.

De fato, sobre o assunto está pendente de julgamento desde 2016 pelo Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário 966.177, interposto pelo MP-RS em face de acórdão proferido pela Turma Recursal dos Juizados Especiais Criminais do Estado do Rio Grande do Sul, que entendeu que a conduta deste tipo penal é atípica, vez que inserida no âmbito das liberdades individuais, enquanto direito constitucional intocável. Concluiu a Turma Recursal, em suma, que há ofensa ao princípio da proporcionalidade e da lesividade, que veda tanto a proteção insuficiente como a criminalização sem ofensividade, entendendo, ainda, ser legítima a opção estatal, no plano administrativo, de não tornar legal a atividade, sem que tal opção alcance a esfera penal. Ao reconhecer a repercussão geral do tema, o e. min. Luiz Fux assim consignou:

> Destaco, por oportuno, que a recepção de dispositivos da Lei de Contravenções Penais tem sido objeto de análise por esta Corte, sob a sistemática da repercussão geral, a exemplo do que se observa no RE 583.523 (Tema 113) e no RE 901.623 (Tema 857).
>
> Discute-se, *in casu*, a recepção ou não pela Constituição Federal do artigo 50 do Decreto-Lei 3.688/1941, que prevê a contravenção penal do jogo de azar, reconhecida como conduta atípica pelo Tribunal *a quo*.
>
> Ressalte-se que a questão controvertida nestes autos encerra análise de tema constitucional relevante do ponto de vista econômico, político, social e jurídico, ultrapassando os interesses subjetivos da causa, a merecer reflexão desta Corte. A depender da admissibilidade constitucional da punição da conduta em testilha, haverá significativo reflexo no *status libertatis* dos agentes cujas condutas a ela se subsumem.
>
> A questão posta à apreciação deste Supremo Tribunal Federal é eminentemente constitucional, uma vez que o Tribunal *a quo* afastou a tipicidade do jogo de azar lastreado em preceitos constitucionais relativos à livre iniciativa e às liberdades fundamentais, previstos nos artigos 1º, IV, 5º, XLI, e 170 da Constituição Federal.
>
> Ademais, releva notar que todas as Turmas Recursais Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul têm entendido

Acesso ao Sumário

pela atipicidade da conduta prevista no artigo 50 da Lei das Contravenções Penais, alicerçados em fundamentos constitucionais (artigos 1º, IV, 5º, XLI, e 170 da Carta Magna), o que vem a demonstrar que, naquela unidade federativa, a prática do jogo de azar não é mais considerada contravenção penal. Assim, entendo por incontestável a relevância do tema a exigir o reconhecimento de sua repercussão geral.

No entanto, como bem destacou o apelante, referido julgamento ainda não ocorreu, não tendo sido determinada pelo c. Supremo Tribunal Federal a suspensão dos feitos correlatos, os quais devem ser julgados de acordo com a ordem jurídica atual, que entende como constitucional a contravenção penal de exploração de jogos de azar.

Não se desconhece a celeuma em torno do assunto, como apontou a MM. Juíza *a quo* na r. sentença. Contudo, inexistindo decisão suspendendo a aplicação da lei, presume-se que ela está vigendo, devendo, portanto, ser aplicada.

Trata-se, evidentemente, de questão polêmica, como diversos outros assuntos que aguardam análise constitucional da nossa Suprema Corte, no entanto, ausente a sua palavra final, inviável a absolvição com o fundamento da atipicidade.

Todavia, malgrado típica a conduta de exploração de jogos de azar, tem-se que, no presente caso, inviável a condenação dos acusados pelos crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, tal como pretende o Ministério Público.

Como é cediço, a lavagem de dinheiro é o método pelo qual o agente processa os ganhos obtidos em atividades ilícitas, objetivando que tais ganhos tenham aspecto de licitude.

Em outras palavras, é o conjunto de operações, comerciais ou financeiras, que tenta ocultar o caráter ilícito de bens, direitos ou valores, conseguidos através do cometimento de crimes, reinserindo-os no mercado de forma a parecer que sejam advindos de atividade lícita[5].

Como bem asseverado pelos promotores oficiantes em 1º Grau, em suas judiciosas razões de apelação, a lavagem de dinheiro é composta, em regra, de três fases. Tomo a descrição de Bottini e Badaró[6]:

Acesso ao Sumário

5 GONÇALVES, Fernando Moreira. Breve histórico da evolução do combate à lavagem de dinheiro. São Paulo. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jan-12/segunda-leitura-evolucao-combate-lavagem-dinheiro-mundo> Acessado em: 14 set. 2019, APUD FENELON, Bernardo e PENA, Mariana Zopelar Almeida de Oliveira. Considerações sobre o crime de lavagem de dinheiro e seu bem jurídico tutelado. Disponível em https://www.migalhas.com.br/depeso/313036/consideracoes-sobre-o-crime-de-lavagem-de-dinheiro-e-seu-bem-juridico- tutelado. Acessado em 18 out. 2023.

6 BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2016. p. 81.

> A primeira fase da lavagem de dinheiro é a ocultação (*placement*/colocação/conversão). Trata-se do movimento inicial para distanciar o valor de sua origem criminosa, como a alteração qualitativa dos bens, seu afastamento do local da prática da infração antecedente, ou outras condutas similares. É a fase de maior proximidade entre o produto da lavagem e a infração penal que o origina.

Aqui, o dinheiro ilegal é aplicado no sistema financeiro, com a intenção de dissimular ou ocultar a sua origem. Geralmente o dinheiro é movimentado em pequenas quantias (*structuring* ou *smurfing*), tentando mascarar grandes somas e o dinheiro ilícito é separado de sua fonte ilegal.

No caso em concreto, afirma o Ministério Público que as apostas no Bingo Carrão, comandada pelos apelados T.[3] e D., eram realizadas por intermédio de máquina de cartão pertencente à empresa T. de S. C., empresa de fachada, constituída pelo apelado T.. Diz a acusação:

> Classifica-se a T. DE S. C. como "de fachada" por ser entidade legalmente constituída que participa ou aparenta participar de atividade lícita - no presente caso, "participando" do ramo alimentício por meio de restaurante localizado dentro do BINGO CARRÃO -, mas que, no entanto, presta-se na realidade a apenas utilizar seu nome empresarial como forma de viabilizar a abertura de contas bancárias, aquisição de máquinas de cartão ou realizar transferências bancárias. Portanto, com o uso da máquina de cartão pertencente à empresa de fachada, tem-se efetivada a 1ª fase da lavagem de dinheiro praticada pela organização criminosa; ou seja, tem-se a desvinculação do dinheiro das apostas de sua origem, pois tais valores passam a aparentar ter origem nas atividades alimentícias praticadas pela empresa de T." (fls. 1604).

E aqui temos a primeira dúvida sobre o esquema criminoso narrado pelo órgão acusador.

A existência do restaurante no interior do Bingo Carrão é inegável. Há o registro fotográfico dele às fls. 48. Somado a isso, T., quando ouvido em fase pré-processual, afirmou que era proprietário do mencionado restaurante, destacando que explorou o local por mais de um ano e que mantinha apenas uma máquina de cartão no local e que ela era utilizada exclusivamente para a compra de alimentos e de bebida alcóolica em seu restaurante. Descreveu seu relacionamento com o acusado D. e como eram os negócios entre eles, bem como com outros membros da família I. (fls. 161).

O extrato de operações desta máquina está encartado nos autos às fls. 195/344 e às fls. 413/469 está acostada a "contabilidade" do bingo, da qual é possível aferir os valores recebidos pela atividade ilegal de exploração de jogos via máquina de cartão.

Acesso ao Sumário

Este relator não é perito contábil - também não requisitou o órgão acusador perícia nesse sentido - mas, analisando-se as informações constantes dos documentos acima mencionados, é possível concluir que a máquina apreendida e alegadamente utilizada por T. em seu restaurante não era utilizada exclusivamente para o bingo para o pagamento de apostas, havendo dúvidas, inclusive, se seria essa a máquina de cartão apontada na contabilidade dos administradores do bingo.

De fato, analisando-se tais documentos por amostragem, do período de 07.11.2016 a 13.11.2016 (fls. 416/418), T.[3] informa a D. que os recebíveis em cartão nesse período foram R$ 51.880,00. Consultando o extrato do mesmo período (fls. 195/197) da máquina, constata-se que a movimentação total de recebíveis do período foi de R$ 2.642,00[7]. Além disso, verifica-se que muitas operações são de pequeno valor, compatíveis com um restaurante de pequeno porte.

Já os comprovantes apreendidos às fls. 64/67 são de valores e datas variadas e, ao contrário do asseverado pela acusação, não seguem um padrão de valor do qual é possível concluir tratar-se de pagamento de apostas. Aliás, nenhuma das pessoas que efetuaram aqueles pagamentos foi ouvida para esclarecer a que eles se referiam.

Assim, há dúvida razoável de que a lavagem de capitais ocorria pela empresa de T., mais parecendo que a máquina de cartão apreendida operava apenas para o restaurante, cuja existência é inegável.

A etapa seguinte, de acordo com Bottini e Badaró[8], é o mascaramento ou dissimulação do capital (*layering*), caracterizado pelo uso de transações comerciais ou financeiras posteriores à ocultação que, pelo número ou qualidade, contribuem para afastar os valores de sua origem ilícita. Geralmente, o dinheiro é movimentado de forma eletrônica ou depositado em empresas-fantasma, ou misturado com dinheiro lícito.

No caso concreto, afirma o Ministério Público que:

> A fim de afastar mais ainda os valores ilícitos de sua origem, T., ao receber os valores da empresa de cartão de crédito GETNET, fazia a movimentação deles transferindo-os aos demais codenunciados, realizando a técnica doutrinariamente chamada de "smurfing", que consiste basicamente na ação do agente de dividir o total dos valores em diversas quantias menores de dinheiro e transferi-los para contas distintas, a fim de escapar do controle administrativo imposto às instituições financeiras.
>
> Cabe ressaltar, ainda, que para justificar as diversas transferên-

Acesso ao Sumário

7 Dia 07/11/2016 = R$ 1.067,00; Dia 08/11/2016 = R$ 884,00; Dia 09/11/2016 = R$ 151,00; Dia 10/11/2016 = 282,00; dia 12/11/2016 = R$ 18,00 e Dia 13/11/2016 = R$ 142,00.

8 Ibidem.

> cias feitas, T. as fez sob a denominação “pagamento fornecedores”, camuflando, assim, mais ainda, a origem ilícita de tais valores.
>
> [...]
>
> Esses agentes que emprestam suas contas correntes para transferência de fundos para fins de lavagem são comumente chamados de “laranjas”, meros intermediários que recebem e repassam os valores depositados.

Aqui, apesar de mencionar na denúncia que tais operações estão juntadas na Medida Cautelar nº 0006513-38.2017.8.26.0050 - fls. 412/468 (fls. 484), tal prova não foi trazida a estes autos. Somado a isso, quando ouvido em sede pré-processual, T. afirmou que tinha dívidas com J. C. e assim justificou as transferências feitas a ele e seus familiares, bem como disse que pagava aluguel pelo ponto do restaurante no interior do bingo, assim justificando eventuais transferências para D..

Como é cediço, incumbe ao Ministério Público demonstrar em juízo - e não apenas com elementos informativos colhidos em sede pré-processual - a transformação de recursos financeiros obtidos de forma ilícita em lícitos, ocultando a origem desses bens.

De fato, incumbe à acusação o ônus de demonstrar que os valores objeto de transações financeiras apontadas na inicial foram usados para branquear numerários supostamente obtidos mediante atividades criminosas, no caso a exploração de jogos de azar.

Neste ponto, os acusados, dentre outras alegações, afirmam que não há comprovação de que os valores mencionados pela acusação decorreram de apostas, bem como afirmam que atos dissimulados empregados no recebimento de valores ilícitos não constituem crime autônomo de lavagem.

Essas alegações não foram rechaçadas pelos documentos acostados nos autos, como também não foi rechaçada a afirmação de que as transferências eram relativas a outros negócios, conforme alegado por T..

Acesso ao Sumário

Data venia, não foram produzidas provas sob o crivo do contraditório aptas a confirmar que tais transações possuíam vinculações com a exploração de jogos de azar e que as operações objetivavam o branqueamento dos valores, não havendo certeza quanto ao afirmado pela acusação.

Diz, ainda, o Ministério Público que:

> Na presente ação penal, a origem ilícita do montante transacionada em máquina de cartão e, após, nas contas bancárias dos denunciados está evidenciada pelo fato dos recorridos serem membros de organização criminosa que é objeto de Ação Penal própria também iniciada por este Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado.

A ação penal apontada pela acusação ainda está em curso e não serve para justificar o envolvimento dos apelados com o crime organizado e com a exploração de jogos de azar. Esta é a interpretação que melhor se coaduna com o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição Federal), serve, apenas, como indício da ocorrência de infração penal anterior indispensável à existência de justa causa para a persecução penal em relação à crime de lavagem de dinheiro.

Por fim, de acordo com Botini e Badaró[9], a última fase da lavagem, "a integração se caracteriza pelo ato final da lavagem: a introdução dos valores na economia formal com aparência de licitude. Os ativos de origem criminosa - já misturados a valores obtidos em atividades legítimas e lavados nas complexas operações de dissimulação - são reciclados em simulações de negócios lícitos, como transações de importação/exportação simuladas, com preços excedentes ou subfaturados, compra e venda de imóveis com valores diferentes daqueles de mercado, ou em empréstimo de regresso (*loanback*), o pagamento de protesto de dívida simulada via cartório, dentre outras práticas".

No caso concreto, afirma o Ministério Público que:

> 3ª etapa - integração: Por fim, na última etapa do esquema criminoso perpetrado pela organização criminosa para lavagem dos valores derivados dos jogos realizados, tem-se a reintegração do numerário aos negócios.
>
> O montante transferido aos apelados J. C., H., L.[1], L.[2], M. e S., além daquele transferido para as pessoas jurídicas TSL Park e HUGOLEO Serviços de Estacionamento Ltda., é, então, repassado, já com aparência lícita, aos líderes responsáveis pelo BINGO CARRÃO, T.[3] e D., a fim de que possa ser por eles usado de forma livre, tanto para fins lícitos (em benefício próprio), como para fins ilícitos (investir na casa de exploração de jogos).

Aqui, o repasse do dinheiro com aparência lícita para as contas dos supostos líderes responsáveis pelo bingo sequer foi apontado, quiçá juntadas e analisadas as respectivas transações sob o crivo do contraditório.

Conclui o Ministério Público que:

> A necessidade de lavagem dos valores derivados da exploração de jogos de azar se apresenta pelo fato de não haver transferência direta para T.[3] e D.. O dinheiro circula pela empresa de T., na primeira fase da ocultação, a fim de se afastar de sua origem ilícita; depois é repassado para variadas contas bancárias, na segunda fase da lavagem, para ganhar aparência de licitude; e só depois retorna para seus proprietários. Mostrando, assim, que é interesse dos dois receber o dinheiro limpo.

Acesso ao Sumário

9 Ibidem.

No entanto, pelas provas careadas aos autos, não é possível chegar à conclusão apontada pelo Ministério Público.

Há de se consignar que a existência de movimentações atípicas, por si só, não configura o delito de lavagem de capitais. Para a caracterização deste delito exige-se a presença de, ao menos, indícios de perpetração de qualquer infração penal antecedente ou primária e, no presente caso, malgrado indícios suficientes de infração penal antecedente - exploração de jogos de azar por meio do bingo - não há provas de que o caminho percorrido pelo dinheiro ilícito foi aquele narrado na inicial, ou seja, que as transações efetuadas na máquina apreendida no restaurante de T. tinham vinculação direta com as apostas realizadas no bingo, não restando nítida a participação dos acusados na lavagem de valores indevidos, como asseverado pelo órgão acusador.

Em resumo, o crime de lavagem se dá em três fases, de acordo com o modelo do GAFI - Grupo de Atuação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro: (a) colocação, na qual há a separação física do dinheiro dos autores do crime e é antecedida pela captação e concentração do dinheiro; (b) dissimulação, na qual se multiplicam as transações anteriores através de muitas empresas e contas, de modo que se perca a trilha do dinheiro, constituindo-se a lavagem propriamente dita, que tem por objetivo fazer com que não se possa identificar a origem dos valores ou bens e (c) integração, na qual o dinheiro é empregado em negócio lícitos ou compras de bens, dificultando ainda mais a investigação, já que o criminoso parece investidor atuando conforme as regras do sistema[10].

Bem verdade que não se exige para a consumação do delito de lavagem de dinheiro a ocorrência das três fases, o tipo penal sequer requer a comprovação de que os valores ocultados retornem ao seu proprietário. E o depósito em contas de terceiros para ocultar dinheiro proveniente de crime tem sido reconhecido como suficiente para caracterizar a lavagem, não se exigindo sofisticação na ocultação ou dissimulação.

No entanto, as afirmações feitas pela acusação não se confirmaram de maneira inequívoca ao longo da instrução, não havendo certeza de que as transações apontadas se referem a essa ocultação e posterior branqueamento de valores.

Não houve esclarecimento seguro de como se deram as transações de T. para os demais acusados, sobre se o dinheiro que T. transferia realmente tinha como origem a exploração de jogos de azar e de que os supostos líderes do esquema criminoso tinham controle sobre tais contas, valores e transações. Também não se provou que os acusados não dispunham de renda ou patrimônio suficiente para a prática das movimentações financeiras identificadas na inicial.

Acesso ao Sumário

10 TRF4, RCSE º 5008054-29.2012.404.4200/SC, Rel. José Paulo Baltazar Junior.

Também não se olvida que possível a autolavagem, isto é, a imputação simultânea, ao mesmo réu, de delito antecedente e do crime de lavagem, desde que sejam demonstrados atos diversos e autônomos daquele que compõe a realização do primeiro crime. Como bem consignado pela e. min. Nancy Andrighi, em brilhante voto proferido na AP nº 923/DF[11]:

> Isso porque o crime de lavagem de dinheiro *"corresponde a uma conduta criminosa adicional, que se caracteriza* ***mediante nova ação dolosa, distinta daquela que é própria do exaurimento de crime do qual provém o capital sujo****"* (BARROS, Marco Antônio de Lavagem de Capitais, Crimes, investigação, procedimento penal e medidas preventivas. Curitiba: Juruá, 2017, p. 44, sem destaque no original).
>
> A jurisprudência do STF corrobora esse entendimento, como se pode inferir do voto proferido pelo o e. Min. Cezar Peluso, no qual afirma que é *"possível a hipótese da chamada autolavagem, se, por exemplo, alguém recebe um dinheiro ilicitamente,* ***ao invés de usá-lo por si, incumbe outrem de, em nome deste, adquirir-lhe bem ou bens****, caso em que pratica duas ações típicas distintas, a do primeiro crime, consistente em receber licitamente, e* ***a do segundo, que é a ocultação do produto do primeiro crime****"* (STF, AP 470, Tribunal Pleno, DJe 19/04/2013, sem destaque no original).
>
> Assim, a autolavagem é possível se houver uma ação autônoma e suficiente na qual esteja presente a intenção de encobertar a origem ilícita do dinheiro, dando-lhe a aparência da licitude. Como afirma o Min. Marco Aurélio, *"é preciso que se dê, de alguma forma, ao valor aparência - daí cogitar-se de branqueamento - de numerário legítimo"* (STF, AP 470 EI-sextos, Tribunal Pleno, DJe 20/08/2014).
>
> O STJ também já se pronunciou sobre o tema, afirmando que *"estabelece-se, assim, uma distinção entre (a) os atos de aquisição, recebimento, depósito ou outros negócios jurídicos que representem o próprio aproveitamento (pelo agente ou terceiros), o desfrute em si, da vantagem patrimonial obtida no delito dito 'antecedente', e (b) aquelas ações de receber, adquirir, ter em depósito, as quais se encontrem integradas como etapas de um processo de lavagem ou, ainda, representem um modo autônomo de realizar tal processo, não constituindo, por conseguinte, a mera utilização do produto do crime, mas* ***um subterfúgio para distanciar tal produto de sua origem ilícita****"* (APn 472/ES, Corte Especial, DJe 08/09/2011, sem destaque no original).
>
> Assim, de fato, haverá crime de lavagem de dinheiro nas hipóteses em que as condutas subsequentes ao crime antecedente sejam praticadas com o objetivo de dar aparência de licitude ao proveito do delito, não havendo de se cogitar de consunção, nessa hipótese, em razão de nova lesão a bem jurídico autônomo.

11 j. em 23.09.2019, publ. in DJe 26.09.2019.

Acesso ao Sumário

No caso concreto, não restou comprovado, com a segurança necessária, que as transações apontadas na denúncia objetivavam dar aparência de licitude ao dinheiro proveniente da exploração de jogos de azar, sequer há certeza de que o dinheiro tinha essa origem. A acusação não demonstrou que os atos praticados objetivavam o branqueamento de tais valores ilícitos, transformando-os em "dinheiro limpo", sem o que não se pode considerá-los mais do que mero exaurimento do crime antecedente.

Não se nega que há elementos indiciários, suficientes para o recebimento da denúncia e caracterizadores da justa causa para o prosseguimento da ação, mas não há prova segura para a prolação de juízo condenatório, embasado em necessário juízo de certeza, como expressão da regra de julgamento do *in dubio pro reo*, uma das densificações do princípio da presunção de inocência, a teor do art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

Por fim, não se pode descurar da regra contida no art. 155 do CPP, segundo a qual "o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação".

Assim, embora os elementos informativos trazidos pelo Ministério Público possam integrar o conjunto probatório e colaborar na formação da convicção do magistrado, no caso em tela, não são suficientes para conduzir a um juízo de certeza, em especial porque nenhum elemento probatório capaz de sedimentar a tese defendida pelo Ministério Público foi produzido em juízo, de modo a afastar as dúvidas suscitadas pelas defesas dos apelados e aquelas decorrentes da análise dos documentos acostados nos autos.

Portanto, tem-se que o quadro probatório é frágil para conduzir à condenação dos apelados, razão pela qual a absolvição destes era mesmo a medida mais acertada e deve ser mantida, porém com fundamento na falta de provas e não na atipicidade.

3. Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso ministerial, apenas para alterar o fundamento da absolvição para o art. 386, VII, do CPP.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1506869- 94.2023.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes TAUAN PASSOS DE JESUS e WANDERSON CARMO DE QUEIROZ, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram a preliminar e negaram provimento aos recursos. V.U. Sustentou oralmente a adva. Dra. Giulia Telles Jefelice. Usou da palavra a Exma. Procuradora de Justiça dra. Eliana Sanseverino.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 59.069)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FARTO SALLES (Presidente) e ZORZI ROCHA.

São Paulo, 28 de setembro de 2023

MACHADO DE ANDRADE, Relator

Ementa: Apelação Criminal – Artigos 157, §2º, incisos II e V, por três vezes, na forma do artigo 70, parte final, e 158, §§1º e 3º, por duas vezes, na forma do artigo 70, parte final, c.c. artigos 61, inciso II, alínea "c", na forma dos artigos 29, "caput" e 69, todos do Código Penal.

PRELIMINAR – Cerceamento de defesa – Inocorrência – Foi garantido ao réu o direito ao contraditório e à ampla defesa. Se a D. Defensoria Pública entendesse nociva às garantias constitucionais processuais a realização da audiência no mesmo dia da citação, teria impugnado o ato instrutório naquela oportunidade. Defensora constituída que juntou procuração 15 dias antes da data da audiência, tempo hábil para que tomar ciência da acusação e se preparar para tal ato instrutório, mas não compareceu à audiência – Preliminar rejeitada.

MÉRITO – Autoria e materialidade delitiva demonstradas – Prova – Palavras das vítimas, da testemunha e dos policiais – Ausência de motivos para incriminarem os réus injustamente – Impossibilidade de reconhecimento da participação de menor importância do réu Wanderson – ou da Desclassificação do crime de extorsão para o de roubo tentado – Impossibilidade da condenação do réu Tauan apenas no crime de extorsão, pois não acolhida a tese de crime único. Trata-se de concurso material de delitos – Comprovado que os réus ingressaram na clínica passando-se por

Acesso ao Sumário

clientes e, no dia seguinte, retornaram com clara intenção de assaltar os pacientes, dentistas e patrimônio do estabelecimento, além de extorquir as pessoas ali presentes – Descabida, também, a pretensão de condenação em apenas um único crime de roubo – Configuração de concurso formal entre roubos – Violação de diversos patrimônios – Condenação mantida.

Penas corretamente fixadas – Embora reconhecidas as atenuantes, elas não podem reduzir a pena aquém do mínimo legal – Súm. 231/STJ – Impossibilidade de afastamento da dissimulação ou do concurso de agentes – Possibilidade de aplicação simultânea da restrição da liberdade das vítimas como qualificadora da extorsão e causa de aumento de pena do roubo. Precedentes – Impossibilidade do reconhecimento de concurso formal entre os crimes de extorsão e roubo, eis que decorrentes de desígnios autônomos.

Regime fechado adequadamente aplicado, em razão do "quantum" da pena, da gravidade concreta e a hediondez dos delitos.

Detração – Eventual benefício referente ao regime de cumprimento de pena deverá ser requerido perante o Juiz da Execução, nos termos do art. 66, da Lei de Execução Penal, sob pena de supressão de um grau de jurisdição.

Rejeitada a preliminar, recursos desprovidos.

VOTO

Acesso ao Sumário

Ao relatório da r. sentença de fls. 317/335, acrescenta-se que a ação penal foi julgada parcialmente procedente para condenar os réus **WANDERSON CARMO DE QUEIROZ e TAUAN PASSOS DE JESUS** às penas de 13 (treze) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 59 (cinquenta e nove) dias-multa, no mínimo legal, como incursos nos artigos 157, §2º, incisos II e V, por três vezes, na forma do artigo 70, parte final, e 158, §§1º e 3º, por duas vezes, na forma do artigo 70, parte final, c.c. artigos 61, inciso II, alínea "c", na forma dos artigos 29, "caput" e 69, todos do Código Penal e para absolver **BIANCA BEZERRA DE JESUS SILVA**, nos termos do art. 386, VII, do CPP das imputações que lhe foram feitas na denúncia.

Inconformados, os réus recorrem.

Wanderson pretende sua absolvição por insuficiência de provas. Subsidiariamente, pleiteia o reconhecimento da participação de menor importância ou a desclassificação do crime de extorsão para o crime de roubo majorado tentado, por não haver demonstração do dolo. Quanto às penas, pleiteia o reconhecimento das atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea, o afastamento da agravante da dissimulação e a imposição de regime inicial mais brando (fls. 421/427).

O corréu Tauan, preliminarmente, pleiteia o reconhecimento da nulidade por cerceamento de defesa. No mérito, pretende a absolvição quanto aos crimes de roubo praticados contra a clínica e contra a vítima Rauany, sob o argumento de que eles foram realizados apenas por Wanderson. Requer, subsidiariamente a condenação apenas no crime de extorsão em face de Aparecida, em razão do reconhecimento de crime único entre a extorsão e o roubo. Caso não reconhecido o crime único, pleiteia o reconhecimento de apenas um crime de roubo contra a clínica. Quanto às penas, pede o afastamento da causa de aumento do concurso de pessoas para os roubos, a não aplicação simultânea da restrição da liberdade das vítimas como qualificadora da extorsão e causa de aumento de pena do roubo, a aplicação do concurso formal entre o roubo e a extorsão e a imposição de regime inicial mais brando em face da detração (fl. 436/458).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 464/474).

Os recursos foram regularmente processados, e, nesta instância, a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela rejeição da preliminar e, no mérito, pelo desprovimento dos apelos (fls. 484/502).

É o relatório.

Inicialmente, não merece acolhida a tese de cerceamento de defesa suscitada pela defesa de Tauan, no sentido de não ter havido tempo hábil para a preparação da defesa por ter sido o apelante citado apenas um dia antes da audiência de instrução e julgamento.

Ora, a denúncia foi recebida no dia 09 de março de 2023 e foi determinada a citação dos acusados para responderem à acusação e designada audiência de instrução, debates e julgamento para o dia 20 de abril de 2023 (fls. 142/143).

Em 20 de março de 2023, foi expedida requisição de apresentação de réu preso (fls. 188/189 e 190/191) e, no dia 20 de abril de 2023, Tauan foi citado e informou não possuir defensor (fls. 300). Instaurada audiência de instrução, interrogatório, debates e julgamento virtual, Tauan compareceu juntamente com o D. Defensor Público, Eduardo Jacomo Teixeira, o qual protestou pelo reconhecimento da inocência do acusado, que seria provada no curso da instrução

Acesso ao Sumário

criminal. Além disso, informou que não havia testemunhas a serem arroladas (fls. 303/304).

Após apresentação de resposta à acusação, o D. Juízo de piso manteve o recebimento da denúncia e deu prosseguimento à instrução. As Defesas dos três acusados concordaram com a realização da audiência por meio de videoconferência e informaram que não havia nenhum prejuízo ou nulidade na inquirição das vítimas e testemunhas (fls. 304).

Finda a instrução, o Defensor de Tauan pleiteou sua absolvição por insuficiência de provas quanto aos delitos de roubo e ofertou teses subsidiárias quanto à pena imposta (306/307).

Assim, não houve efetiva demonstração de prejuízo pelo réu, eis que lhe foi garantido o direito ao contraditório e à ampla defesa. Ora, se a D. Defensoria Pública entendesse ser nociva às garantias processuais a realização da audiência no mesmo dia da citação, teria impugnado o ato instrutório naquela oportunidade.

Demais disso, não é de se reconhecer nulidade pelo fato de o apelante não possuir defesa constituída, eis que o próprio réu afirmou não ter advogado particular (fl. 300) e, por isso, foi-lhe nomeado defensor dativo, de forma a proteger as garantias constitucionais supramencionadas.

Não bastasse, conforme se extrai da procuração de fls. 339, a Defensora foi constituída em 05 de abril de 2023 e, portanto, 15 dias antes da data da audiência, tempo hábil para que tomar ciência da acusação, preparar-se para tal ato instrutório e arrolar testemunhas. Contudo, a advogada constituída sequer compareceu à audiência designada.

Assim, como a Defesa não demonstrou efetivo prejuízo, consoante o princípio do "pas de nullité sans grief", não há de se reconhecer nulidade sem que haja prejuízo.

Isto posto, rejeito a preliminar.

No mérito, os recursos não comportam provimento.

Restou devidamente demonstrado que, no dia, hora e local que constam da denúncia, os apelantes, com identidade de propósitos, previamente ajustados e com divisão de tarefas, mediante dissimulação, grave ameaça com um simulacro de arma de fogo e restrição de liberdade de Rauany Bernardo da Silva, Aparecida Maria Quini Conceição Destro, Shayane Santana Almeida da Silva, Larissa Cassiano de Albuquerque e Jose Weliton Feitosa Aleixo, subtraíram, para proveito comum, coisas alheias móveis, consistentes em um telefone avaliado em R$ 1.000,00 de Rauany, R$ 300,00 do consultório representado por Shayane e R$ 300,00 de Aparecida e ainda porque, nas mesmas circunstâncias de tempo

Acesso ao Sumário

e lugar, os corréus, atuando previamente ajustados entre si e com outros indivíduos, com unidade de desígnios e divisão de tarefas, mediante dissimulação e grave ameaça com emprego simulacro de arma de fogo, restringiram a liberdade de Rauany Bernardo da Silva, Aparecida Maria Quini Conceição Destro, Shayane Santana Almeida da Silva, Larissa Cassiano de Albuquerque e Jose Weliton Feitosa Aleixo e constrangeram Rauany a fornecer senhas do seu celular e conta bancária, com o fim de obter, para proveito comum, indevida vantagem econômica, consistente em R$ 200,00 enviados para Bianca Bezerra de Jesus.

A materialidade delitiva está comprovada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 01/02 e 12/24), pelo boletim de ocorrência (fls. 03/11), pelas imagens (fls. 15), pelo auto de exibição e apreensão (fls. 45), pelo laudo pericial no simulacro (fls. 251/256), bem como pela prova oral colhida sob o crivo do contraditório.

A autoria é certa.

Tauan, tanto em solo policial quanto e em juízo, admitiu a autoria do crime de extorsão. Afirmou que pediu a chave pix de Bianca, disse que iria transferir a quantia de R$ 200,00 (duzentos reais) e solicitou que ela devolvesse o dinheiro a ele. Afirmou também, que, durante a ação delitiva, utilizando o telefone de uma das vítimas, realizou a transferência para a conta de Bianca. Esclareceu que ela era uma amiga e não tinha conhecimento dos delitos. Sobre o roubo, alegou que Wanderson foi o responsável pela subtração de R$ 200,00 (duzentos reais) de uma das dentistas (fls. 18/19 e 303/304).

Interrogado nas duas fases da persecução penal, Wanderson confirmou que conhecia Bianca e disse que, antes do assalto, pegou o celular de Tauan e enviou uma mensagem de texto para ela, pedindo os dados de seu pix. Na data dos fatos, ele e o corréu ingressaram em uma clínica odontológica e o segundo portava um simulacro de arma de fogo. Disse, ainda, que ambos renderam os funcionários. Mencionou ter rendido uma das vítimas, acessado seu celular e realizado uma transferência no valor de R$ 200,00 (duzentos reais) para Bianca. Narrou que Tauan também objetivou fazer o mesmo contra outra vítima, antes da chegada da polícia. Acrescentou, ainda, que o simulacro foi escondido no forro do teto, mas os policiais o encontraram. Em audiência, o confirmou sua versão, exceto sobre conhecer Bianca, pois declarou que não a conhecia, mas que afirmou conhecê-la na Delegacia porque a esposa de Tauan ficaria sabendo (fls. 21/22 e 303/304).

As versões dos réus, no entanto, não encontraram respaldo no contexto probatório produzido nos autos.

Bianca, corré, na fase inquisitiva e em juízo, relatou que conhecia Tauan, que recebeu uma mensagem de áudio dele pedindo sua chave pix e a enviou. Disse que o rapaz falou que lhe iria realizar uma transferência e solicitou que

Acesso ao Sumário

depois ela devolvesse o dinheiro, não tendo desconfiado de nada. Por fim, afirmou que só soube que ele estava envolvido em um assalto quando os policiais chegaram em sua residência. Ao final da instrução, Bianca foi absolvida por insuficiência probatória (fls. 23/24 e 303/304).

A vítima Rauany Bernardo da Silva, declarou, nas duas fases da persecução penal, que estava sentada no consultório odontológico, aguardando ser atendida. Em dado momento, um homem moreno e alto levantou-se junto com ela e aproximou-se do balcão, onde estava. Disse, ainda, que, enquanto conversava com a atendente, sentiu-o esbarrar em si e notou que ele estava armado. Na sequência, afirmou que ele olhou para as duas e anunciou o assalto, apontando a arma de fogo. Logo em seguida, outro rapaz, branco, de estatura baixa, levantou-se do sofá e também anunciou o assalto. Esclareceu que ele a rendeu, exigiu a entrega de dinheiro, cartão e celular, enquanto o primeiro sujeito rendeu os demais clientes e funcionários e levou todos para os fundos do consultório. Acrescentou, ademais, ter sido a única a permanecer na recepção, sob o olhar do indivíduo mais baixo. Ele exigiu que acessasse o aplicativo de seu banco e colocasse a senha, o que foi feito. Além disso, realizou operações bancárias – transferiu R$ 200,00 (duzentos reais) para Bianca. Narrou ter ficado assustada, porque o rapaz que levou as outras vítimas para os fundos estava armado e gritava: "quero a senha, tá errada". Disse que a ação delitiva durou alguns minutos, até a chegada da polícia, que rendeu os dois indivíduos. Mencionou que seu celular, carteira e cartão de crédito foram recuperados na Delegacia (fls. 38/39 e 303/304).

A vítima, Shayane Santana Almeida da Silva, funcionária da Clínica Odontológica "Só Sorriso", narrou que, no dia 22 de fevereiro de 2023, dois sujeitos ingressaram na clínica para serem atendidos, mas o expediente havia sido encerrado. Disse que ambos retornaram e ficaram aguardando na recepção e que desconfiou do comportamento dos dois, pois eles não sabiam fornecer as próprias qualificações. Preocupada, avisou o funcionário Tiago, que saiu do estabelecimento. Narrou que a paciente Rauany se aproximou do balcão para efetuar o pagamento, ocasião em que um deles aproximou-se. Ato contínuo, ele sacou uma arma de fogo e anunciou o assalto. O outro rapaz, de pele branca, também se levantou e seguiu ao balcão. Afirmou que eles subtraíram a quantia de R$ 200,00 (duzentos reais) da gaveta do consultório e que o indivíduo branco permaneceu na recepção, com Rauany, enquanto o moreno rendeu os demais funcionários e a dentista, Aparecida Maria. Narrou que ele levou todos para os fundos da clínica e os colocou em uma das salas. Na sequência, pegou o celular da dentista e exigiu que ela fizesse um pix. Como ela errou a senha, ele ficou nervoso e gritou com a arma apontada em sua cabeça: "é a última vez que você vai dar a senha, se errar vou te dar um tiro na sua cara". Nesse momento, ouvi-

Acesso ao Sumário

ram gritos dos policiais militares e os rapazes tentaram fugir pelos fundos, sem sucesso. Afirmou, ainda, que o rapaz moreno escondeu a arma de fogo no forro do teto, mas os policiais a encontraram. Por fim, disse que os objetos foram recuperados na Delegacia (fls. 34/35 e 303/304).

A vítima Aparecida Maria Quini Conceição Destro, dentista, relatou que estava atendendo, quando um sujeito moreno, empunhando arma de fogo, entrou em sua sala, anunciou o assalto e a rendeu. Ela e outros funcionários foram levados inicialmente até a recepção, onde permaneceram deitados. Disse, também, que havia um segundo rapaz, branco e baixo, que auxiliava na conduta delitiva. Afirmou que, em seguida, foram levados para os fundos da clínica pelo indivíduo moreno e este exigiu que ela abrisse o aplicativo do banco. Respondeu que não o possuía, momento em que ele a ameaçou. Assustada, abriu o aplicativo, ele pegou o aparelho e solicitou a senha. Disse, ainda, que estava muito nervosa, pois ele dizia que a senha estava errada. Irritado, ele solicitou ao seu comparsa que pegasse a máquina de cartão, pois iria passa-lo. Nesse momento, os policiais chegaram e renderam ambos. Ao consultar seu aplicativo, notou que havia uma tentativa de transação frustrada em nome de Bianca. Por fim, esclareceu que houve a subtração da R$ 300,00 (trezentos reais), em espécie (fls. 36/37 e 303/304).

No mesmo sentido foram as declarações da vítima Larissa Cassiano de Albuquerque. Ela narrou que também foi levada à sala dos fundos, mas esclareceu que a conduta do sujeito moreno se concentrou em tentar transferir dinheiro do celular de Aparecida (fls. 31 e 303/304).

A vítima José Weliton Feitosa Aleixo, por sua vez, relatou que estava sendo atendido pela dentista, ocasião em que um rapaz moreno entrou no consultório, com uma arma de fogo, e anunciou o assalto. Esclareceu que eram dois assaltantes – um moreno, alto e o segundo branco e baixo. Narrou que o moreno ameaçou os clientes e funcionários e os levou até uma das salas da clínica. Disse, ainda, que o rapaz pegou o celular de Aparecida e começou a ameaçá-la, exigindo a senha bancária, dizendo que efetuaria um disparo de arma de fogo em direção à cabeça da dentista, caso a senha estivesse incorreta. Afirmou que, nesse momento, ouviram gritos da polícia, que ingressou no estabelecimento e rendeu os dois agentes. Informou, por fim, que nenhum objeto seu foi subtraído (fls. 30 e 303/304).

A testemunha Tiago Cruz, funcionário da clínica, declarou ter sido avisado pela recepcionista sobre a atitude suspeita dos rapazes. Decidiu, então, ligar para o proprietário – Domingos – e pediu que ele olhasse as câmeras de segurança. Domingos retornou a ligação dizendo que havia algo estranho e pediu que acionasse a polícia, o que foi feito. Afirmou que, em poucos minutos, os policiais militares chegaram ao local, detiveram os agentes e uma arma de fogo

Acesso ao Sumário

(fls. 33 e 303/304).

No mesmo sentido foram as declarações do proprietário da clínica, Domingos Antunes (fls. 32 e 303/304).

Os policiais militares Wagner Arcari do Nascimento e Gildásio Oliveira Alves, narraram que foram acionados para atenderem ocorrência de roubo a consultório odontológico. Chegando lá, gritaram para que os agentes se rendessem, mas eles disseram que não conseguiam abrir o portão. Esclareceram, ainda, que, ao notarem que eles estavam tentando fugir pelos fundos, cercaram o imóvel e os abordaram, oportunidade em que apreenderam um simulacro de arma de fogo e ouviram as declarações dos ofendidos, que estavam muito assustados. Além disso, disseram que todos os objetos subtraídos foram deixados na clínica, no momento da abordagem. Por fim, mencionaram que as transferências foram feitas para a conta de Bianca (fls. 25/26 e 303/304).

Ressalte-se, ainda, que o laudo pericial de fls. 251/256 concluiu que a arma é uma pistola de pressão, que pode ser confundida com uma arma de fogo verdadeira e pode causar lesões e até a morte de uma pessoa.

Assim sendo, como se vê, as palavras ditas pelas vítimas, pela testemunha e pelos policiais são harmônicas e coesas, não se vislumbrando qualquer razão para que quisessem incriminar pessoas inocentes, e, tal qual o nobre Juiz sentenciante, entende-se que a autoria está suficientemente comprovada, pois somados e sopesados os indícios e elementos probatórios, verifica-se que os réus são os autores dos delitos descritos na exordial acusatória.

Impossível de se acolher a tese de participação de menor importância de Wanderson. Isso porque ele foi um dos executores do crime. Juntamente com Tauan, ingressou no estabelecimento comercial (o segundo na posse de simulacro de arma de fogo) e, após subjugar as vítimas, exigiu a entrega de dinheiro e bens, bem como restringiu a liberdade dos funcionários e pacientes da clínica odontológica e constrangeu Rauany a fornecer senhas do celular e de sua conta bancária, com o fim de obterem, em proveito comum, indevida vantagem econômica.

Assim, não há de se falar em menor participação pelo fato de Wanderson não ter empunhado o simulacro de arma de fogo ou não ter anunciado o assalto, pois restou amplamente provado que ambos os réus atuaram com prévio ajuste de vontades e tarefas e, portanto, concorreram para a perpetração do delito.

Incabível, ainda, a desclassificação do crime de extorsão para a forma tentada do delito de roubo, pretendida pela defesa de Wanderson. A uma, porque provado à exaustão nos autos o intuito do réu em extorquir as vítimas. A duas, porque, ainda que se admitisse a desclassificação para o crime de roubo majorado, este estaria consumado, já que houve a real inversão da posse da res.

Acesso ao Sumário

Outrossim, o roubo consuma-se com o emprego da violência ou grave ameaça somada à tomada da res para si, ainda que detido em momento posterior.

Demais disso, descabe a alegação de absolvição do réu Tauan pelo crime de roubo majorado por ausência de dolo, isto é, por atipicidade subjetiva. Não encontra respaldo nos autos prova de que a finalidade de Tauan era tão somente realizar o crime de extorsão por meio de transferências bancárias, e não subtrair quaisquer objetos ou dinheiro. Ao contrário, restou provado à exaustão que ambos os réus ingressaram na clínica passando-se por clientes e, no dia seguinte, retornaram com clara intenção de assaltar os pacientes, dentistas e patrimônio do estabelecimento, além de extorquir as pessoas ali presentes (fl. 15).

Tampouco merece prosperar a argumentação subsidiária da defesa de Tauan em vê-lo condenado apenas pelo crime de extorsão, a pretexto do reconhecimento de crime único, eis que as condutas decorreram de desígnios autônomos.

Impossível, ainda, o reconhecimento de um único delito de roubo, cometido contra a clínica. É forçoso reconhecer o concurso formal de crimes de roubo, haja vista que a violação de diferentes patrimônios era de conhecimento dos acusados. Se optaram por roubar três patrimônios, é evidente que não podem responder por apenas um deles.

O crime de roubo se consuma com a inversão da posse da "res", mediante violência ou grave ameaça, pouco importando se, após, os bens foram recuperados. Desta feita, é cristalina a consumação dos crimes de roubo contra Rauany e Aparecida, ao contrário do que assevera a defesa de Tauan.

Descabe, também, abarcar a tese defensiva de reconhecimento de concurso formal entre os crimes de roubo e extorsão, pois, repise-se, as condutas decorreram de desígnios autônomos. Isto é, não foi perpetrada uma única conduta por meio da qual praticou-se dois crimes.

Ainda, ao revés do asseverado pela Defesa de Tauan, foi feita de forma adequada a aplicação simultânea da restrição da liberdade das vítimas como qualificadora da extorsão e causa de aumento de pena do roubo, eis que, embora praticados no mesmo contexto fático, os crimes de roubo e extorsão decorreram de condutas distintas e desígnios autônomos e foram praticadas contra vítimas diversas.

Desta feita, como são crimes autônomos, inexiste óbice no reconhecimento de qualificadoras ou causas de aumento de pena em cada um dos delitos.

Outra não é a jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça:

*APELAÇÕES CRIMINAIS – **Roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo, concurso de pessoas e com restrição da liberdade da vítima e Extorsão qualificada***

Acesso ao Sumário

pela restrição da liberdade da vítima, em concurso material *– Artigo 157, § 2º, incisos I, II e V, com redação anterior à Lei 13.654/2018, e artigo 158, §§ 1º e 3º, na forma do artigo 69, todos do Código Penal. 1. RECURSO DEFENSIVO Absolvição por insuficiência probatória – Não cabimento – Acervo probatório que justifica a procedência da ação penal – Autoria e materialidade comprovadas – Palavra da v*ítima e dos policiais militares – Validade – Precedentes – Condenação mantida – Regime inicial fechado – Adequado à espécie – *RECURSO NÃO PROVIDO. 2. RECURSO MINISTERIAL – Condenação nos exatos termos da exordial acusatória – Cabimento – Necessidade –* ***Não há que se falar em absorção do delito de roubo pela extorsão – Pena – Dosimetria – Reprimenda fixada para os delitos de roubo qualificado e extorsão qualificada, em concurso material*** *– Regime prisional fechado mantido – RECURSO PROVIDO. (TJ -SP - APR: 0013180-7420168260050 SP 0013180-74.2016.8.26.0050, Relator: Silmar Fernandes, Data de Julgamento: 17/10/2019, 9ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 21/10/2019).*

O concurso de agentes é mais do que evidente em todas as condutas praticadas, pois, embora Wanderson tenha ficado na recepção com Rauany e Tauan levado os demais para outro local, eles se auxiliavam mutuamente.

Portanto, caracterizadas autoria e a materialidade dos crimes de roubo majorado pelo concurso de pessoas e restrição da liberdade das vítimas e de extorsão em concurso de agentes e restrição da liberdade, a condenação era mesmo de rigor.

As penas foram corretamente fixadas.

Quanto aos crimes de roubo:

Na primeira fase, a reprimenda dos dois réus foi fixada no mínimo legal.

Na segunda fase, foi devidamente reconhecida a agravante da dissimulação, eis que os acusados foram ao consultório no dia anterior e retornaram na data dos fatos, fingindo serem pacientes (fls. 15).

No entanto, o D. Juízo de piso compensou a agravante com a atenuante da confissão para ambos os agentes e da menoridade em relação ao acusado Wanderson. Ante o conformismo ministerial, nada há de se manifestar a respeito.

Acesso ao Sumário

Na terceira fase, presentes duas causas de aumento de pena do concurso de pessoas e da restrição da liberdade das vítimas, as sanções foram corretamente elevadas em 1/3.

Por fim, em razão do concurso formal dos delitos de roubo, a pena foi devidamente exasperada em 1/5.

Quanto aos crimes de extorsão:

Na primeira etapa da dosimetria da pena, as reprimendas foram fixadas no piso.

Na segunda fase, embora reconhecida, não foi calculada a agravante da dissimulação e as atenuantes não puderam reduzir a pena aquém do piso, nos termos da Súmula 231, do Superior Tribunal de Justiça.

Na terceira fase, não foi aplicada a causa de aumento do concurso de agentes, embora reconhecida na sentença. Ante o conformismo ministerial, não há o que se falar, portanto.

Reconhecido o concurso formal entre as duas extorsões, a sanção foi elevada em 1/6 e, aplicado o concurso material entre os roubos e extorsões, as penas foram corretamente somadas, nos moldes do artigo 69, "caput", do Estatuto Repressivo.

Considero adequadamente fixado o regime inicial fechado, uma vez que, além da reprimenda final ser superior a oito anos (o que, por si só, impede a fixação de regime mais brando), foram levadas em conta a gravidade concreta e a hediondez dos delitos.

Por fim, o, não há que se falar em detração para fins de fixação de regime prisional mais brando.

No meu entendimento, deixar de apreciar o requisito subjetivo quando do abatimento da prisão provisória na pena final, significa dizer que aquele agente que respondeu preso será beneficiado com relação àquele que teve a sua liberdade concedida, posto que, este, para progredir de regime, deverá preencher não só o requisito temporal, mas também o requisito subjetivo.

Assim, eventual benefício referente ao regime de cumprimento de pena deverá ser requerido perante o Juiz da Execução, nos termos do art. 66, da Lei de Execução Penal, sob pena de supressão de um grau de jurisdição.

Ante o exposto, rejeitada a preliminar, nega-se provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0005283-84.2018.8.26.0127, da Comarca de Carapicuíba, em que são apelantes O. S. e R. K. O. B., é apelado M. P. DO E. DE S. P..

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitada a preliminar de nulidade do processo arguida por O., deram parcial provimento aos recursos para, mantidos os demais tópicos das condenações, declarar extinta a punibilidade

dos Réus quanto ao crime de fotografar ou publicar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança e adolescente (artigo 241-A, "caput", do Estatuto da Criança e do Adolescente), com base no artigo 107, inciso IV, primeira figura, do Código Penal. V.U. Sustentou oralmente o advogado dr. Daniel Alberto Casagrande. Usou da palavra a Exma. Procuradora de Justiça dra. Eliana Sanseverino. Esteve presente o adv. Dr. Guilherme Moretti Pinto de Lemos.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.415)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FARTO SALLES (Presidente) e EDUARDO ABDALLA.

São Paulo, 28 de setembro de 2023.

ZORZI ROCHA, Relator

Ementa: Apelação. Crimes de adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente, e de fotografar ou publicar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança e adolescente. Recurso do Réu O.. Preliminares - de nulidade do processo por irregularidade no recebimento da denúncia, e de prescrição. Rejeição da nulidade e reconhecimento parcial da prescrição. Absolvição, ou por fragilidade probatória, ou por atipicidade da conduta. Não cabimento. Autoria, materialidade e dolo demonstrados. Aplicação do princípio da consunção. Não cabimento. Reconhecimento da semi-imputabilidade. Não cabimento. Atenuação das penas. Não cabimento. Recurso do Réu R.. Preliminar de prescrição. Reconhecimento parcial. Absolvição por fragilidade probatória. Não cabimento. Autoria e materialidade demonstradas. Atenuação das penas. Não cabimento. Parcial provimento aos recursos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Adotado o relatório já existente (fls.981/983), acrescenta-se que se trata agora de apelações dos Réus da sentença de fls.981/986, integrada a fls.995, na qual, em relação a ambos: ***I.*** foi julgada extinta a punibilidade em relação ao crime de adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou

outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente (artigo 241-B, *"caput"*, do Estatuto da Criança do Adolescente), em razão da prescrição da pretensão punitiva, nos termos do artigo 109, inciso IV, primeira figura, do Código Penal; ***2.*** foram condenados, cada um, em concurso material (artigo 69, *"caput"*, do Código Penal) e em regime inicial fechado, às penas de: ***a.*** 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão, e 11 dias-multa, calculados no mínimo legal, pela acusação do crime de produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente (artigo 240, *"caput"*, do Estatuto da Criança e do Adolescente); ***b.*** 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, e 11 (onze) dias-multa, calculados no mínimo legal, pela acusação do crime de fotografar ou publicar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança e adolescente (artigo 241-A, *"caput"*, do Estatuto da Criança e do Adolescente). Pretendem: ***1.*** O., em preliminar, a nulidade do processo por irregularidade no recebimento da denúncia, e o reconhecimento da prescrição, e, no mérito, sua absolvição, ou por fragilidade probatória, ou por atipicidade da conduta, a aplicação do princípio da consunção, o reconhecimento da semi-imputabilidade, e a atenuação das penas (fls.1046/1074); ***2.*** R., em preliminar, o reconhecimento da prescrição, e, no mérito, sua absolvição por fragilidade probatória, e subsidiariamente, a atenuação das penas (fls.1002/1017).

Os recursos foram regularmente processados, com resposta do Ministério Público por seus não provimentos (fls.1079/1098).

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não provimento dos recursos (fls.1108/1122).

É o relatório.

Rejeita-se a preliminar de nulidade arguida por O. quanto à nulidade do processo por irregularidade no recebimento da denúncia.

O processo teve início perante a Justiça Federal, mas depois, por declaração de incompetência, foi remetido à Justiça Estadual que deu regular continuidade à ação penal.

Aqui houve correta aplicação do artigo 567 do Código de Processo Penal, lembrando que tanto a Justiça Federal quanto a Justiça Estadual são justiça comum (sabido que justiças especiais, com atribuição de matéria própria, são a Justiça Eleitoral e a Justiça Militar, ambas com atribuição penal, e a Justiça do Trabalho tem apenas âmbito extrapenal, distinguindo a Federal não pela matéria, mas porque um dos pólos processuais é específico – interesse da União), daí porque, em não havendo alteração de Justiça (o deslocamento foi de justiça comum para justiça comum e não para uma especial!), não se há falar em nulidade do processo. Aliás, sendo isso ocorrente, a doutrina processual fala em

Acesso ao Sumário

inexistência do ato (e não sua nulidade), já que, pela regra do artigo 5°, inciso LIV, da Constituição Federal, o devido processo legal implica em todo o processo ser tramitado pela justiça correta. Além disso, e como é cediço, o recebimento da denúncia não é tido como ato decisório, mas sim decisão interlocutória simples, concernente ao juízo de admissibilidade, não se exigindo motivação detalhada (implicando, pois, em desnecessidade de eventual ratificação de seus atos), como - e corretamente - já decidiram: ***1.*** esta Câmara (Ap. n° 0000198-96.2015.8.26.0556, rel. Des. Marcos Corrêa, j. em 27.10.2016): **"O despacho que recebe a denúncia, simples despacho de deliberação em que o juiz verifica a existência de justa causa para persecução criminal, é decisão interlocutória simples, e, portanto, dispensa qualquer motivação, não incidindo a regra do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal"**; ***2.*** o Superior Tribunal de Justiça (HC n° 354.250-SC, rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., j. em 07.06.2016): **"2. O Superior Tribunal de Justiça, na esteira do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, consagrou o entendimento de inexigibilidade de fundamentação complexa no despacho de recebimento da denúncia, em virtude de sua natureza interlocutória, não se equiparando à decisão judicial a que se refere o art. 93, IX, da Constituição Federal"; *3.*** o Supremo Tribunal Federal (Recurso Ordinário em Habeas Corpus n° 87.005-8/RJ, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª T., j. em 16.05.2006): **"À luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o despacho de recebimento da denúncia não se enquadra no conceito de decisão contida no art. 93, IX, CRFB, sendo-lhe dispensada a fundamentação".**

Acolhe-se em parte a preliminar de ambos em relação à extinção da punibilidade pela prescrição do crime relativo ao artigo 241-A, *"caput"*, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por este crime, os Réus foram condenados, cada um, às penas de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, e 11 (onze) dias-multa.

Não houve interposição de recurso pelo Ministério Público, razão pela qual o prazo prescricional passa a ser contado com base na pena em concreto (artigo 110, § 1º, do Código Penal).

Acesso ao Sumário

Conforme previsão do artigo 109, inciso IV, do Código Penal, o prazo prescricional é estipulado em 08 (oito) anos.

Entre os marcos interruptivos do recebimento da denúncia (em 06.09.2013 - fls.352/353) e da publicação da Sentença (em 22.03.2023 - fls.988) houve o transcurso de 09 (nove) anos e 06 (seis) meses.

Desse modo, é de se declarar extinta a punibilidade dos Réus pela incidência da prescrição especificamente quanto ao crime do artigo 241-A, *"caput"*, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Quanto ao mérito, inconsistentes os recursos, analisados em conjunto.

A materialidade ficou comprovada: ***1.*** pelo auto circunstanciado de busca e apreensão do HD marca Western Digital (fls.192/195); ***2.*** pelo auto de apreensão (fls.228); ***3.*** pelos laudos periciais (fls.255/265 e fls.272/278); ***4.*** pelos descritivos de Informação Técnica (fls.323/328 e fls.470/471); ***5.*** pelo relatório de pesquisa (fls.350/351).

A prova oral produzida está contida em mídias digitais constantes e inseridas no processo digital.

Na fase extrajudicial: ***1.*** O. disse que: ***a.*** havia em seu computador imagens eróticas de pessoas jovens do sexo masculino baixadas do site (...), não sendo permitido pelo site a troca de conteúdo que viole as leis locais e americanas, tais como fotos de menores e adolescentes, de ódio racial, e de violência contra animais; ***b.*** nunca compartilhou, comercializou ou divulgou tais imagens, utilizando apenas para entretenimento pessoal; ***c.*** um mês antes da busca, deletou as imagens que estavam arquivadas; ***2.*** R. (fls.296) disse que: ***a.*** conheceu O. por um amigo, com ele desenvolvendo afinidade em razão de interesse por pessoas do mesmo sexo; ***b.*** à época morava com M., de 20 anos, o qual manteve contato e trocou mensagens e imagens com um menino de 13 ou 14 anos; ***c.*** o site (...) é fórum de compartilhamento anônimo de mensagens; ***d.*** recebeu de O. um vídeo de "C.", não sabendo quem era à época, constando, em seu perfil do Facebook, data de nascimento em 10.03.1993. Em Juízo: ***1.*** O. disse que: ***a.*** tinha Síndrome de Asperger e fez tratamento com hormônio, desenvolvendo a puberdade tardiamente; ***b.*** por ser recluso, usava a internet para momentos de intimidade; ***c.*** acessava sites pornográficos, geralmente hospedados nos Estados Unidos, e baixava pacotes de fotos "zipadas"; ***d.*** almejava pessoas parecidas consigo, entre 22 e 25 anos; ***e.*** não tinha interesse por conteúdo com menores e deletava; ***f.*** não se recordava das imagens de vídeo que tinha gravado; ***g.*** não compartilhava os vídeos; ***h.*** não conhecia pessoalmente R., apenas pela internet; ***2.*** R. disse que: ***a.*** não armazenou ou compartilhou imagens de pornografia infantil, apenas visualizava imagens, mas nunca de menores; ***b.*** conhecia O. apenas da internet, e com ele trocava imagens, mas não eram de pessoas menores; ***c.*** soube que lhe foi enviado um vídeo com imagens de menores, mas não chegou a receber.

A testemunha de defesa R. disse que: ***1.*** atuou como psicólogo de O. de 2011 a 2019, sendo ele diagnosticado com Síndrome de Asperger; ***2.*** ele era amável e até ingênuo; ***3.*** não tinha problemas mentais ou sexuais, mas fez tratamento psiquiátrico em razão de depressão.

A prova produzida demonstrou, em síntese, que se iniciaram investigações após captura de imagens de pornografia infantil em uma comunidade na antiga rede social *"Orkut"*. Depois da regular quebra do sigilo de dados telemáticos (fls.39), apurou-se que a comunidade estava vinculada ao e-mail de O. (fls.51, 66 e 98). Durante o cumprimento de mandado de busca e apreensão em

Acesso ao Sumário

sua residência, foi encontrado vasto material relacionado à pornografia infanto-juvenil. Conforme se vê nos laudos periciais de fls.255/265, 272/278 e 323/324: *"entre as imagens selecionadas estão imagens que se relacionam com pornografia infantojuvenil, como as imagens 01, 02 e 03. E há imagens pornográficas que podem conter adolescentes, como as imagens 04, 05 e 06"*. Além disso, as imagens contidas nos envelopes de fls.472 e fls.893 demonstram se tratar de menores, o que afasta as alegações de ausência de dolo e ausência de conhecimento sobre a idade das pessoas retratadas, por óbvio.

E mais, a demonstrar a produção da imagem, na conversa de fls.258, O. diz a R. que se trata de *"um vídeo novo"*, *"fresquinho"*, que havia gravado havia menos de 15 (quinze) minutos, no dia 26 de novembro de 2010, às 16h29min (fls.470/471), sendo enviado para R. na mesma data, às 16h35min, conforme histórico de conversas. Além disso, ficou demonstrado que o menor C., ali filmado, nasceu em 10.03.1993, com 17 (dezessete) anos à época, portanto, conforme Relatório de Pesquisa de fls.349/351 (dando, como fonte indireta, mas oficial, a Receita Federal e o Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo). Além disso, o documento de fls.327 concluiu que *"os históricos de mensagens, juntamente com seu caminho de localização indicam que os vídeos (...) e (...) foram produzidos pelo usuário (...) com auxílio do programa (...)"*. Verifica-se, ainda, pelo conteúdo das conversas mantidas entre os Réus nos dias 06.10.2010, que R. fez a gravação e o registro de vídeo, contendo pornografia de um adolescente de 13 (treze) anos.

Ficou demonstrado que O. e R. produziram, reproduziram, fotografaram e registraram imagens de pornografia infantil: O., de um adolescente de 17 (dezessete) anos, e R., de um com 13 (treze) anos. Demonstrou-se também que compartilharam arquivos com conteúdo pornográfico de crianças e adolescentes.

Os Réus possuíam e armazenavam uma quantidade imensa de vídeos e fotografias de pornografia infantil. Os vídeos por eles produzidos não foram os únicos encontrados em seus computadores e compartilhados pela internet, embora apenas parte desse material tenha sido compartilhado e enviado pelo *"Orkut"*.

Acesso ao Sumário

E essas circunstâncias ficaram bem delineadas pelo laudo pericial de fls.323/328 e o histórico de diálogos mantidos entre os acusados, comprovando o compartilhamento de imagens de cunho sexual de crianças e adolescentes, em especial em uma das conversas na qual R. diz a O. *"que ele era muito fofo com 14 anos"*, tudo a demonstrar conhecimento sobre a idade dos menores envolvidos na pornografia compartilhada.

Frise-se, em repetição necessária, aqui não haver dúvida sobre a menori-

dade das vítimas, daí porque desnecessária eventual aplicação do artigo 92 do Código de Processo Penal para apuração sobre questão de estado, sem se olvidar que o artigo 155 do mesmo Código trata de limitação de prova na persecução penal, situação aqui não incidente.

O laudo pericial do específico incidente de insanidade mental (fls.676/681) concluiu pela plena capacidade de O. de entender o caráter ilícito da sua conduta: *"A possibilidade de ser portador de síndrome de Asperger, como sugerido na avaliação neuropsicológica, entretanto, não foi evidenciada na perícia médica psiquiátrica, não acarreta ou acarretou perturbação da saúde mental ou comprometimento das capacidades de discernimento, entendimento do caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com o entendimento"* (fls.679), não havendo que se falar em reconhecimento da semi-imputabilidade, portanto.

Não há que se falar também em consunção, meio pelo qual a norma definidora de um crime constitui meio necessário ou fase normal de preparação ou execução de outro crime. Em termos bem esquemáticos, há consunção quando o fato previsto em determinada norma é compreendido em outra, mais abrangente, aplicando-se somente esta.

O crime de produzir, reproduzir, fotografar e registrar de material pornográfico envolvendo menor não foi determinante para a prática do crime de publicação de pornografia envolvendo criança e adolescente, considerados os inúmeros registros encontrados. E, ainda que se considerasse como espécie de trampolim em ocasiões pontuais, nada sugere que as condutas mistas estivessem atreladas. Ao contrário! Trata-se de fatos independentes, passíveis de ocorrência simultânea, mas que poderiam ocorrer – como de fato ocorreram – separadamente.

Além de irreversíveis, os atos praticados não são puníveis pela justiça humana, são aqui apenas compensados com o sancionamento penal, e as condutas criminosas do Réu têm previsão legal.

Note-se, mais uma vez, que o mérito do recurso já foi exaustivamente analisado e afastado pela Sentença, não passando de repetição, já que nada de novo foi trazido de forma a beneficiar as defesas dos Réus, permanecendo suas simplórias negativas isoladas, sendo o conjunto probatório, portanto, prova convincente para dar o lastro necessário, não autorizando as teses defensivas de absolvição.

As sanções penais não merecem reparos.

Observa-se que ao Magistrado cabe fixar entre o mínimo e o máximo da pena cominada, considerando circunstâncias e consequências do crime, nada sugerindo que o patamar de base seja o obrigatório; contudo, aqui as penas-bases para ambos se afastaram moderadamente do patamar mínimo em 1/6

Acesso ao Sumário

(sexto), considerando com acerto as graves consequências, pois difundiram a prática de pedofilia, incentivando cometimento de crimes ainda mais graves contra crianças e adolescentes, além da motivação negativa visando à satisfação da lascívia, a revelar ausência de empatia e cuidado com crianças e adolescentes. Além disso, a desconfiguração das noções de relacionamento, confiança, e sexo, e as indeléveis consequências suportadas pelos menores envolvidos, são prejudiciais na formação de suas personalidades, justificando o aumento em primeira fase de quantificação, em harmonia com os termos do artigo 59 do Código Penal, sendo assim mantido.

Não há circunstâncias atenuantes ou agravantes a serem consideradas em segunda etapa, ou causas de diminuição ou aumento em terceira etapa.

A mantença do regime inicial fechado (imposto não só pelo fator objetivo - quantidade da pena, mas também pelo fator subjetivo - artigo 33, § 3°, do Código Penal) é imperiosa, sobretudo por coerência ao posicionamento majoritário da jurisprudência deste Tribunal de Justiça, já ratificado, aliás, pelo Superior Tribunal de Justiça (AgRg no Agravo em Recurso Especial n° 805.150-RJ, rel. Min. Félix Fischer, 5ª T., j. em 08.03.2016):

> **"I - De acordo com o artigo 33, § 3º, do Código Penal, quando as circunstâncias judiciais do artigo 59 do referido diploma legal forem desfavoráveis, é possível estabelecer regime prisional mais gravoso, ainda que o quantum da pena aplicada autorize o regime semiaberto. (Precedentes).**
>
> **II - Revela-se adequado na hipótese, consoante o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, a imposição do regime inicial fechado aos réus, não reincidentes, condenados a pena superior a 4 (quatro) anos, mas que, não obstante, ostentam circunstâncias judiciais desfavoráveis. (Precedentes)".**

Ante o exposto, rejeitada a preliminar de nulidade do processo arguida por O., dá-se parcial provimento aos recursos para, mantidos os demais tópicos das condenações, declarar extinta a punibilidade dos Réus quanto ao crime de fotografar ou publicar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança e adolescente (artigo 241-A, *"caput"*, do Estatuto da Criança e do Adolescente), com base no artigo 107, inciso IV, primeira figura, do Código Penal.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0070665-61.2018.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante M.

P. DO E. DE S. P., são apelados D. S. I., T. A. I.[3], T. DE S. C., J. C. A. I., H. L. O. R., L. A. I.[1], L. A. I.[2], M. S. S. e S. P. G..

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso ministerial, apenas para alterar o fundamento da absolvição para o art. 386, VII, do CPP, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 511)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO MAZINA MARTINS (Presidente sem voto), VICO MAÑAS e PAULO ROSSI.

São Paulo, 26 de setembro de 2023

NOGUEIRA NASCIMENTO, Relator

Ementa: LAVAGEM DE DINHEIRO. INFRAÇÃO PENAL ANTECEDENTE. EXPLORAÇÃO DE JOGOS DE AZAR. ATIPICIDADE. NÃO RECEPÇÃO PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. TEMA PENDENTE DE JULGAMENTO PELO STF. NÃO SOBESTAMENTO DOS FEITOS CORRELATOS. INFRAÇÃO PENAL VIGENTE. PROVA. INSUFICIÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE. RECURSO MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Pendente a análise pela Corte Constitucional a respeito da recepção ou não da contravenção penal de jogo de azar (RE 966.177), inviável reconhecer como atípica a conduta, presumindo-se que o tipo continua vigendo.

2. O quadro probatório se mostra frágil, sendo insuficiente para a condenação, quando apoiado apenas em elementos informativos colhidos em fase pré-processual, sem prova produzida sob o crivo do contraditório que conduza a um juízo de certeza.

3. Recurso ministerial provido parcialmente, apenas para alterar o fundamento da absolvição para o art. 387, VII, do CPP.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

1. Ao relatório da r. sentença, o qual se adota, acrescenta-se que, no Juízo de Direito da 2ª Vara de Crimes Tributários, Organização Criminosa e Lavagem de Bens e Valores da Comarca de São Paulo, T. de S. C., D. S. I., J. C. A. I., T. A. I. [3], H. L. O. R., L. A. I. [1], L. A. I. [2], M. S. S. e S. P. G. foram absolvidos das imputações feitas nestes autos com fundamento no art. 386, III, do CPP (fls. 1569/1584).

Inconformado, recorreu o Ministério Público requerendo a condenação dos acusados, nos exatos termos da denúncia (fls. 1595/1626).

Processado e contrariado o recurso, o parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça é pelo seu provimento (fls. 1766/1782).

É o relatório.

2. Consta da denúncia que:

I – DA IMPUTAÇÃO JURÍDICA

1 – CONSTA dos autos do incluso Procedimento Investigatório Criminal que, a partir de 17 de maio de 2016 a 05 de julho de 2017, no interior do Bingo Carrão, situado na Rua Monte Serrat n° 95, 105 e 115, nesta Capital, D. S. I. e T. A. I.[3], por intermédio de T. S. C., dissimularam a natureza, origem e movimentação de valores provenientes, direta ou indiretamente, da contravenção penal de jogo de azar, por no mínimo 4.168 vezes, na atividade econômica da empresa T. DE S. C. PRODUÇÕES E EVENTOS, no valor de aproximadamente R$ 1.045.176,14 (um milhão, quarenta e cinco mil, cento e setenta e seis reais e catorze centavos).

2 – CONSTA, ainda, do mesmo procedimento investigatório criminal, nas mesmas circunstâncias de tempo e local, J. C. A. I., H. L. O. R., L. A. I. [1], L. A. I. [2], M. S. S. e S. P. G. concorreram com T. A. I.[3] e D. S. I. na dissimulação da natureza e movimentação de valores provenientes, direta ou indiretamente, da contravenção penal de jogo de azar, na atividade econômica da empresa T. DE S. C. PRODUÇÕES E EVENTOS, com o recebimento das quantias transacionadas pela máquina de cartão GETNET, Terminal V001W.9173.

II – DOS FATOS

a. Contextualização da Investigação

A partir das investigações encetadas pela Polícia Federal, por meio do Grupo Especial de Investigações Sensíveis, verificou-se que D. S. I. explorava juntamente com outras pessoas até então desconhecidas, grandes casas ilegais de jogos de azar. Para tanto, a referida organização criminosa se socorria de re-

Acesso ao Sumário

corrente e sistêmica corrupção de policiais civis, militares, peritos e servidores municipais. Com respaldo em decisão judicial que deferiu um compartilhamento de prova, a Polícia Federal encaminhou a este Núcleo em janeiro de 2017, material probatório que indicava a exploração de grandes casas de jogos ilegais, com a efetiva corrupção de inúmeros agentes público em São Paulo.

No referido material foram descritas as diligências realizadas pela Polícia Federal, notadamente o monitoramento dos telefones utilizados por D., que mostram conversas que comprovam a transição dos bingos de seu tio J. C. A. I. para D. e sua prima T. A. I.[3].

Desse modo, no âmbito estadual, o Ministério Público instaurou o Procedimento Investigatório Criminal nº 01/2017-GAECO ("Operação Jericó") para aprofundar as investigações da organização criminosa nos bingos de São Paulo e Guarulhos, que culminou no ajuizamento da Ação Penal n° 0047395-42.2017.8.26.0050[1]. Na referida ação, foram imputados aos denunciados os delitos de integrar organização criminosa voltada para a prática de crimes de corrupção ativa de agentes públicos (Polícias Civil e Militar), liderada por J. C. I. e família.

No dia 05 de julho de 2017, foram cumpridos os mandados de busca e prisão temporária dos investigados no PIC n° 01/20172 (Operação Jericó), bem como foram fechadas as 08 (oito) casas de jogos clandestinos, incluindo o BINGO CARRÃO, situado na Rua Monte Serrat n° 95, 105 e 115, nesta Capital.

Da investigação em tela:

Assim, no interior do BINGO CARRÃO, foram encontrados diversos comprovantes de pagamento de cartão em cima do balcão do salão de jogos, conforme Auto de Descrição Fotográfico de fls. 21/34.

Os canhotos se tratam de comprovantes da operadora GETNET, do Terminal 04245127, em nome da empresa T. DE S. C. PRODUÇÕES E EVENTOS, localizada em Santo André/SP (auto de conferência de fls. 57/67), pertencente ao denunciado T. DE S. C., do ramo alimentício.

Diante disso, para o prosseguimento das investigações em relação do delito de lavagem de dinheiro, por intermédio do uso de máquina de cartão para a realização das apostas ilegais, foi instaurado o presente Procedimento Investigatório Criminal n° 18/18.

Em seguida, a administradora GETNET informou (fls. 191/193) que a T. DE S. C. foi credenciada em 08 de abril de 2016, no ramo de atividade de "venda ingressos", e os dados do domicílio bancário seriam do Banco (...), Agência (...), Conta Corrente n° (...).

Acesso ao Sumário

1 Mídia com a denúncia, decisão de recebimento e de compartilhamento de provas às fls. 147.

Com base nos dados fornecidos pela GETNET, foi obtida a quebra dos sigilos bancário e fiscal da empresa T. DE S. C. e do denunciado T., por meio da Medida Cautelar n° 0070666-46.2018.8.26.0050.

A administradora de cartão GETNET apresentou as transações do terminal V001W.9173, no período de 1º de novembro de 2016 a 05 de julho de 2017 (fls. 194/344), no total de R$ 76.992,02 (na modalidade crédito) e R$ 968.184,12 (na modalidade débito), perfazendo o montante de R$ 1.045.176,14 de movimentação financeira.

Apesar de T. alegar que a máquina GETNET era de uso exclusivo da lanchonete dentro do BINGO CARRÃO, é incontroverso pela análise das movimentações de fls. 195/344 que a máquina de cartão registrada em nome da empresa T. DE S. C. era usada para as apostas do bingo, seja pela diferença de valores que eram transacionados diariamente variação diária entre R$ 5,00 a R$ 2.200,00, bem como da frequente repetição de valores acima de R$ 100 que era movimentado por dia.

Outrossim, a T. DE S. C. já havia sido alvo de pesquisa pelo GAECO, em agosto de 2017, quando da análise dos objetos apreendidos na residência de J. C. e de suas filhas L. [2], L. [1] e T. I. [3] e de sua companheira S. (fls. 77/141): (a) comprovante de pagamento da conta de luz da T.DE S. C., de abril de 2017; (b) extrato eletrônico da empresa do Banco (...), Ag. (...), C/C (...), do período de 24/05/2016 a 07/06/2016, com destaque em amarelo feito manualmente com linha sublinhada para indicar as movimentações da máquina de cartão CIELO; e (c) dois cheques emitidos pela T. DE S. C., datados de 28/02/17 e 06/04/17, nos valores de R$ 3 mil e R$ 4.500,00, respectivamente.

Com a vinda das informações bancárias da empresa de T. e com o acesso aos emails de T. I. [3] (Medida Cautelar n° 0006513-38.2017.8.26.0050 decisão às fls. 357/365), foi possivel estabelecer o vínculo entre os denunciados, conforme se detalhará no item subsequente.

Importa salientar que a administração do BINGO CARRÃO passou de J. C. à sua filha T. [3] e ao sobrinho D., conforme se conclui dos balanços contábeis encontrados nos emails destes (fl. 412/466), nos quais T. aparece como detentora de 90% dos lucros do jogo de azar, enquanto seu primo D. com 10%.

Desse modo, configura-se a posição de comando de T. e D., na administração do bingo e na administração dos lucros, circunstância capaz de agravar a pena-base, nos moldes do artigo 62, I, do Código Penal.

DA LAVAGEM DE DINHEIRO

[imagem fls. 483]

Como forma de modernizar o sistema de apostas, os proprietários do

Acesso ao Sumário

BINGO CARRÃO – T. (90%) e D. (10%) adotaram o pagamento das cartelas via cartão de crédito/débito. Desse modo, eles usavam o Terminal GETNET da empresa lícita de T. para introduzir os valores auferidos no jogo no sistema financeiro.

Logo que as apostas eram pagas na máquina de cartão, T. [3] e D. tinham a certeza que tais valores já seriam a eles encaminhados por T.. Tamanha a confiança no esquema da máquina de cartão que os balanços semanais que eles se encaminhavam por email[2] já havia expressa contabilização do faturamento da máquina e o seu desconto da taxa de administração (de 6% ou 8%).

Em seguida, o branqueamento do dinheiro ilícito das apostas se dava com o crédito das movimentações do Terminal GETNET n° V001W.9173, na conta bancária da empresa de produções de eventos, sem levantar qualquer suspeita.

Uma vez que os valores provenientes do BINGO CARRÃO eram pagos à T DE S. C. pela GETNET, T. reintegrava parte desses valores, por meio de transferências eletrônicas aos demais denunciados, a título de pagamento a fornecedores.

De acordo com o Banco (...), o início das transações entre a T. DE S. C. e os denunciados se deu em 17 de maio de 2016, data em que J. C., S. P. G. e H. R. recebem grandes montantes, R$ 4.100,00, R$ 4 mil e R$ 30.235,00, respectivamente.

Notou-se, que T.[3][3] e D.[4] foram beneficiados de poucas transferência bancárias em comparação aos outros seis codenunciados que trabalham nos negócios escusos da FAMÍLIA I..

Apesar de J. C. não figurar mais no comando do Bingo Carrão, ele recebeu da conta bancária da empresa T. DE S. C. os seguintes créditos:

1) Data: 17 de maio de 2016 Pagamento a Fornecedores DOC E R$ 4.100,00;

2) Data: 24 de maio de 2016 Pagamento a Fornecedores DOC E R$ 4.100,00;

3) Data: 31 de maio de 2016 - TED Pagamento Fornecedores CIP R$ 14.100,00;

4) Data: 07 de junho de 2016 - TED Pagamento Fornecedores CIP R$ 6.100,00;

5) Data: 14 de junho de 2016 - TED Pagamento Fornecedores CIP R$

Acesso ao Sumário

2 Medida Cautelar n° 0006513-38.2017.8.26.0050 - fls. 412/468.

3 Apenas três TED (“Pagamento Fornecedores), em 14 de outubro de 2016, 17 de janeiro e 07 de março de 2017, nos valores de R$ 1.8600,00, R$ 3 mil e R$ 1.500,00, respectivamente.

4 Apenas uma TED, no dia 25 de abril de 2017, no valor de R$ 4.367,00.

11.000,00;

6) Data: 21 de junho de 2016 - TED Pagamento Fornecedores CIP R$ 5.200,00;

7) Data: 28 de junho de 2016 - TED Pagamento Fornecedores CIP R$ 4 mil;

8) Data: 05 de julho de 2016 - TED Pagamento Fornecedores CIP R$ 2.800,00;

9) Data: 12 de julho de 2016 - TED Pagamento Fornecedores CIP R$ 6.700,00;

10) Data: 09 de agosto de 2016 - TED Pagamento Fornecedores CIP R$ 4.250,00;

11) Data: 30 de agosto de 2016 - TED Pagamento Fornecedores CIP R$ 6 mil;

12) Data: 05 de outubro de 2016 - TED Pagamento Fornecedores CIP R$ 50 mil;

13) Data: 06 de outubro de 2016 - TED Pagamento Fornecedores CIP R$ 10mil; e

14) Data: 20 de dezembro de 2017 - TED Pagamento Fornecedores CIP R$ 50 mil.

Já H. R., noivo de T. [3], assumiu o papel de destaque na organização criminosa como intermediador das propinas policiais e responsável pelo investimento e procura de novos bingos. A ligação financeira entre H. R. e T.[3] ficou estabelecida nas inúmeras transações eletrônicas realizadas tanto para a sua pessoa física (23 transferências), quanto na conta de sua empresa HUGOLEO Serviços de Estacionamento Ltda. (48 transferências), entre 17 de maio de 2016 a 04 de julho de 2017, perfazendo o montante de R$ 1.050.363,00.

[imagem fls. 486]

A denunciada L. A. I. [1] foi alvo da investigação promovida no PIC n° 01/2017, no entanto, ela não foi denunciada na Ação Penal n°0047395-42.2017, em razão de sua conduta não ter ficado clara no contexto daquela organização criminosa voltada à corrupção policial para exploração de jogos de azar.

Não obstante L. [1] não ter sido processada, ela recebeu duas transferências bancárias de T., nos meses de abril e maio de 2017, nos valores de R$ 2.380,00 e R$ 3.500,00.

[imagem fls. 487]

No tocante à terceira filha I., L.[2], além de auxiliar seus parentes na ad-

Acesso ao Sumário

ministração nos bingos, também ocupava a gerência dos estacionamentos próximos aos locais de jogo. No caso do BINGO CARRÃO, o TSL Park fica a poucos metros de distância, de modo a propiciar toda estrutura aos apostadores. É por essa razão que L.[2] (R$ 20.294,00) e o TSL Park (R$ 188.698,00) também constam da lista de transações com T., pela ligação direta entre as atividades.

[imagem fls. 487]

Segundo restou comprovado na ação penal que envolve a organização criminosa da Família I., M. é secretária pessoal de J. C. e também figura como titular dos bingos, nas contas de água, luz, telefone dos imóveis utilizados para o jogo ilegal. M. aparece como beneficiária das transações eletrônicas "aos fornecedores" da empresa T. DE S. C., no montante de R$ 376.910,00, entre 20 de setembro de 2016 a 13 de junho de 2017.

[imagem fls. 488]

Por fim, S., mãe de T.[3], L.[2] e L.[1], surge como credora de 27 operações financeiras com T., entre 17 de maio de 2016 a 09 de maio de 2017, no valor global de R$ 541.298,00.

[imagem fls. 489]

Conforme a contabilidade que era realizada por T.[3], o valor das apostas que eram pagas através da máquina de cartão, após ingressar na conta bancária da empresa de produções de eventos, era repassada por T. aos denunciados J. C. A. I., H. L. O. R., L. A. I. [1], L. A. I. [2], M. S. S., S. P. G., os quais, reintroduziam os valores limpos no mercado através do repasse dos valores a T.[3] e D., a fim de que estes utilizassem os valores no próprio negócio ilícito e em benefício próprio.

Logo, conclui-se sem sombra de dúvidas que a utilização de máquina para pagamento com cartões de crédito/débito em nome de terceiros "laranjas", viabiliza a obtenção dos proveitos da exploração dos jogos de azar, ou seja, de permitir que o dinheiro do bingo fosse dissimulado em sua origem e natureza, sendo ainda convertido em ativos lícitos por meio da pessoa jurídica interposta (T. DE S. C. PRODUÇÕES), cuja reintrodução no mercado se deu através de depósitos bancários em contas de terceiros, em autêntica conduta de lavagem de dinheiro, capitulada na Lei nº 9.613/1998, em seu artigo 1º, "caput" e § 1º, I, II e § 4º.

II – DA CAPITULAÇÃO JURÍDICA

Ante o exposto, DENUNCIO a Vossa Excelência:

1 – T. DE S. C. como incurso no artigo 1º, § 1º, inciso I (conversão em ativos lícitos), §4º (por intermédio de organização criminosa), da Lei nº 9.613/1998;

Acesso ao Sumário

2 – D. S. I. como incurso no artigo 1º, "caput", §4º (por intermédio de organização criminosa), da Lei nº 9.613/1998, c.c. artigo 29 e artigo 62, I (dirige a atividade dos demais agentes), ambos do Código Penal;

3 – J. C. A. I., vulgo "Big Boy", como incurso no artigo 1º, §1º, II (recebe e transfere), §4º (por intermédio de organização criminosa), da Lei nº 9.613/1998, c.c. artigo 29, do Código Penal;

4 – T. A. I. [3] como incursa no artigo 1º, "caput", §4º (por intermédio de organização criminosa), da Lei nº 9.613/1998, c.c. artigo 29 e artigo 62, I (dirige a atividade dos demais agentes), ambos do Código Penal;

5 – H. L. O. R. como incurso no artigo 1º, §1º, II (recebe e transfere), §4º (por intermédio de organização criminosa), da Lei nº 9.613/1998, c.c. artigo 29, do Código Penal;

6 – L. A. I. [1] como incursa no artigo 1º, §1º, II (recebe e transfere), §4º (por intermédio de organização criminosa), da Lei nº 9.613/1998, c.c. artigo 29, do Código Penal;

7 – L. A. I. [2] como incursa no artigo 1º, §1º, II (recebe e transfere), §4º (por intermédio de organização criminosa), da Lei nº 9.613/1998, c.c. artigo 29, do Código Penal;

8 – M. S. S. como incursa no artigo 1º, "§1º, II (recebe e transfere), §4º (por intermédio de organização criminosa), da Lei nº 9.613/1998, c.c. artigo 29, do Código Penal; e

9 – S. P. G., como incursa no artigo 1º, §1º, II (recebe e transfere), §4º (por intermédio de organização criminosa), da Lei nº 9.613/1998, c.c. artigo 29, do Código Penal.

Apesar do empenho ministerial, entendo inviável a condenação dos acusados nos termos pleiteados.

Inicialmente, consignou a MM. Juíza *a quo* que o art. 50 do Decreto-lei 3.688/1941 não foi recepcionado pela atual ordem constitucional, quer seja por não se vislumbrar a proteção de um verdadeiro bem jurídico-penal, quer seja por densificar um indevido paternalismo penal.

Nesse ponto, razão assiste ao Ministério Público.

De fato, sobre o assunto está pendente de julgamento desde 2016 pelo Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário 966.177, interposto pelo MP-RS em face de acórdão proferido pela Turma Recursal dos Juizados Especiais Criminais do Estado do Rio Grande do Sul, que entendeu que a conduta deste tipo penal é atípica, vez que inserida no âmbito das liberdades individuais, enquanto direito constitucional intocável. Concluiu a Turma Recursal, em suma,

Acesso ao Sumário

que há ofensa ao princípio da proporcionalidade e da lesividade, que veda tanto a proteção insuficiente como a criminalização sem ofensividade, entendendo, ainda, ser legítima a opção estatal, no plano administrativo, de não tornar legal a atividade, sem que tal opção alcance a esfera penal. Ao reconhecer a repercussão geral do tema, o e. min. Luiz Fux assim consignou:

> Destaco, por oportuno, que a recepção de dispositivos da Lei de Contravenções Penais tem sido objeto de análise por esta Corte, sob a sistemática da repercussão geral, a exemplo do que se observa no RE 583.523 (Tema 113) e no RE 901.623 (Tema 857).
>
> Discute-se, *in casu*, a recepção ou não pela Constituição Federal do artigo 50 do Decreto-Lei 3.688/1941, que prevê a contravenção penal do jogo de azar, reconhecida como conduta atípica pelo Tribunal ***a quo***.
>
> Ressalte-se que a questão controvertida nestes autos encerra análise de tema constitucional relevante do ponto de vista econômico, político, social e jurídico, ultrapassando os interesses subjetivos da causa, a merecer reflexão desta Corte. A depender da admissibilidade constitucional da punição da conduta em testilha, haverá significativo reflexo no *status libertatis* dos agentes cujas condutas a ela se subsumem.
>
> A questão posta à apreciação deste Supremo Tribunal Federal é eminentemente constitucional, uma vez que o Tribunal ***a quo*** afastou a tipicidade do jogo de azar lastreado em preceitos constitucionais relativos à livre iniciativa e às liberdades fundamentais, previstos nos artigos 1º, IV, 5º, XLI, e 170 da Constituição Federal.
>
> Ademais, releva notar que todas as Turmas Recursais Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul têm entendido pela atipicidade da conduta prevista no artigo 50 da Lei das Contravenções Penais, alicerçados em fundamentos constitucionais (artigos 1º, IV, 5º, XLI, e 170 da Carta Magna), o que vem a demonstrar que, naquela unidade federativa, a prática do jogo de azar não é mais considerada contravenção penal. Assim, entendo por incontestável a relevância do tema a exigir o reconhecimento de sua repercussão geral.

No entanto, como bem destacou o apelante, referido julgamento ainda não ocorreu, não tendo sido determinada pelo c. Supremo Tribunal Federal a suspensão dos feitos correlatos, os quais devem ser julgados de acordo com a ordem jurídica atual, que entende como constitucional a contravenção penal de exploração de jogos de azar.

Não se desconhece a celeuma em torno do assunto, como apontou a MM. Juíza *a quo* na r. sentença. Contudo, inexistindo decisão suspendendo a aplicação da lei, presume-se que ela está vigendo, devendo, portanto, ser aplicada.

Trata-se, evidentemente, de questão polêmica, como diversos outros assuntos que aguardam análise constitucional da nossa Suprema Corte, no en-

Acesso ao Sumário

tanto, ausente a sua palavra final, inviável a absolvição com o fundamento da atipicidade.

Todavia, malgrado típica a conduta de exploração de jogos de azar, tem-se que, no presente caso, inviável a condenação dos acusados pelos crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, tal como pretende o Ministério Público.

Como é cediço, a lavagem de dinheiro é o método pelo qual o agente processa os ganhos obtidos em atividades ilícitas, objetivando que tais ganhos tenham aspecto de licitude.

Em outras palavras, é o conjunto de operações, comerciais ou financeiras, que tenta ocultar o caráter ilícito de bens, direitos ou valores, conseguidos através do cometimento de crimes, reinserindo-os no mercado de forma a parecer que sejam advindos de atividade lícita[5].

Como bem asseverado pelos promotores oficiantes em 1º Grau, em suas judiciosas razões de apelação, a lavagem de dinheiro é composta, em regra, de três fases. Tomo a descrição de Bottini e Badaró[6]:

> A primeira fase da lavagem de dinheiro é a ocultação (*placement*/ colocação/conversão). Trata-se do movimento inicial para distanciar o valor de sua origem criminosa, como a alteração qualitativa dos bens, seu afastamento do local da prática da infração antecedente, ou outras condutas similares. É a fase de maior proximidade entre o produto da lavagem e a infração penal que o origina.

Aqui, o dinheiro ilegal é aplicado no sistema financeiro, com a intenção de dissimular ou ocultar a sua origem. Geralmente o dinheiro é movimentado em pequenas quantias (*structuring* ou *smurfing*), tentando mascarar grandes somas e o dinheiro ilícito é separado de sua fonte ilegal.

No caso em concreto, afirma o Ministério Público que as apostas no Bingo Carrão, comandada pelos apelados T.[3] e D., eram realizadas por intermédio de máquina de cartão pertencente à empresa T. de S. C., empresa de fachada, constituída pelo apelado T.. Diz a acusação:

> Classifica-se a T. DE S. C. como "de fachada" por ser entidade legalmente constituída que participa ou aparenta participar de atividade lícita - no presente caso, "participando" do ramo alimentício por meio

Acesso ao Sumário

5 GONÇALVES, Fernando Moreira. Breve histórico da evolução do combate à lavagem de dinheiro. São Paulo. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jan-12/segunda-leitura-evolucao-combate-lavagem-dinheiro-mundo> Acessado em: 14 set. 2019, APUD FENELON, Bernardo e PENA, Mariana Zopelar Almeida de Oliveira. Considerações sobre o crime de lavagem de dinheiro e seu bem jurídico tutelado. Disponível em https://www.migalhas.com.br/depeso/313036/consideracoes-sobre-o-crime-de-lavagem-de-dinheiro-e-seu-bem-juridico- tutelado. Acessado em 18 out. 2023.

6 BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2016. p. 81.

> de restaurante localizado dentro do BINGO CARRÃO -, mas que, no entanto, presta-se na realidade a apenas utilizar seu nome empresarial como forma de viabilizar a abertura de contas bancárias, aquisição de máquinas de cartão ou realizar transferências bancárias. Portanto, com o uso da máquina de cartão pertencente à empresa de fachada, tem-se efetivada a 1ª fase da lavagem de dinheiro praticada pela organização criminosa; ou seja, tem-se a desvinculação do dinheiro das apostas de sua origem, pois tais valores passam a aparentar ter origem nas atividades alimentícias praticadas pela empresa de T." (fls. 1604).

E aqui temos a primeira dúvida sobre o esquema criminoso narrado pelo órgão acusador.

A existência do restaurante no interior do Bingo Carrão é inegável. Há o registro fotográfico dele às fls. 48. Somado a isso, T., quando ouvido em fase pré-processual, afirmou que era proprietário do mencionado restaurante, destacando que explorou o local por mais de um ano e que mantinha apenas uma máquina de cartão no local e que ela era utilizada exclusivamente para a compra de alimentos e de bebida alcóolica em seu restaurante. Descreveu seu relacionamento com o acusado D. e como eram os negócios entre eles, bem como com outros membros da família I. (fls. 161).

O extrato de operações desta máquina está encartado nos autos às fls. 195/344 e às fls. 413/469 está acostada a "contabilidade" do bingo, da qual é possível aferir os valores recebidos pela atividade ilegal de exploração de jogos via máquina de cartão.

Este relator não é perito contábil - também não requisitou o órgão acusador perícia nesse sentido - mas, analisando-se as informações constantes dos documentos acima mencionados, é possível concluir que a máquina apreendida e alegadamente utilizada por T. em seu restaurante não era utilizada exclusivamente para o bingo para o pagamento de apostas, havendo dúvidas, inclusive, se seria essa a máquina de cartão apontada na contabilidade dos administradores do bingo.

De fato, analisando-se tais documentos por amostragem, do período de 07.11.2016 a 13.11.2016 (fls. 416/418), T.[3] informa a D. que os recebíveis em cartão nesse período foram R$ 51.880,00. Consultando o extrato do mesmo período (fls. 195/197) da máquina, constata-se que a movimentação total de recebíveis do período foi de R$ 2.642,00[7]. Além disso, verifica-se que muitas operações são de pequeno valor, compatíveis com um restaurante de pequeno porte.

Acesso ao Sumário

7 Dia 07/11/2016 = R$ 1.067,00; Dia 08/11/2016 = R$ 884,00; Dia 09/11/2016 = R$ 151,00; Dia 10/11/2016 = 282,00; dia 12/11/2016 = R$ 18,00 e Dia 13/11/2016 = R$ 142,00.

Já os comprovantes apreendidos às fls. 64/67 são de valores e datas variadas e, ao contrário do asseverado pela acusação, não seguem um padrão de valor do qual é possível concluir tratar-se de pagamento de apostas. Aliás, nenhuma das pessoas que efetuaram aqueles pagamentos foi ouvida para esclarecer a que eles se referiam.

Assim, há dúvida razoável de que a lavagem de capitais ocorria pela empresa de T., mais parecendo que a máquina de cartão apreendida operava apenas para o restaurante, cuja existência é inegável.

A etapa seguinte, de acordo com Bottini e Badaró[8], é o mascaramento ou dissimulação do capital (*layering*), caracterizado pelo uso de transações comerciais ou financeiras posteriores à ocultação que, pelo número ou qualidade, contribuem para afastar os valores de sua origem ilícita. Geralmente, o dinheiro é movimentado de forma eletrônica ou depositado em empresas-fantasma, ou misturado com dinheiro lícito.

No caso concreto, afirma o Ministério Público que:

> A fim de afastar mais ainda os valores ilícitos de sua origem, T., ao receber os valores da empresa de cartão de crédito GETNET, fazia a movimentação deles transferindo-os aos demais codenunciados, realizando a técnica doutrinariamente chamada de "smurfing", que consiste basicamente na ação do agente de dividir o total dos valores em diversas quantias menores de dinheiro e transferi-los para contas distintas, a fim de escapar do controle administrativo imposto às instituições financeiras.
>
> Cabe ressaltar, ainda, que para justificar as diversas transferências feitas, T. as fez sob a denominação "pagamento fornecedores", camuflando, assim, mais ainda, a origem ilícita de tais valores.
>
> [...]
>
> Esses agentes que emprestam suas contas correntes para transferência de fundos para fins de lavagem são comumente chamados de "laranjas", meros intermediários que recebem e repassam os valores depositados.

Aqui, apesar de mencionar na denúncia que tais operações estão juntadas na Medida Cautelar nº 0006513-38.2017.8.26.0050 - fls. 412/468 (fls. 484), tal prova não foi trazida a estes autos. Somado a isso, quando ouvido em sede pré-processual, T. afirmou que tinha dívidas com J. C. e assim justificou as transferências feitas a ele e seus familiares, bem como disse que pagava aluguel pelo ponto do restaurante no interior do bingo, assim justificando eventuais transferências para D..

Como é cediço, incumbe ao Ministério Público demonstrar em juízo - e não apenas com elementos informativos colhidos em sede pré-processual - a

Acesso ao Sumário

8 Ibidem.

transformação de recursos financeiros obtidos de forma ilícita em lícitos, ocultando a origem desses bens.

De fato, incumbe à acusação o ônus de demonstrar que os valores objeto de transações financeiras apontadas na inicial foram usados para branquear numerários supostamente obtidos mediante atividades criminosas, no caso a exploração de jogos de azar.

Neste ponto, os acusados, dentre outras alegações, afirmam que não há comprovação de que os valores mencionados pela acusação decorreram de apostas, bem como afirmam que atos dissimulados empregados no recebimento de valores ilícitos não constituem crime autônomo de lavagem.

Essas alegações não foram rechaçadas pelos documentos acostados nos autos, como também não foi rechaçada a afirmação de que as transferências eram relativas a outros negócios, conforme alegado por T..

Data venia, não foram produzidas provas sob o crivo do contraditório aptas a confirmar que tais transações possuíam vinculações com a exploração de jogos de azar e que as operações objetivavam o branqueamento dos valores, não havendo certeza quanto ao afirmado pela acusação.

Diz, ainda, o Ministério Público que:

> Na presente ação penal, a origem ilícita do montante transacionada em máquina de cartão e, após, nas contas bancárias dos denunciados está evidenciada pelo fato dos recorridos serem membros de organização criminosa que é objeto de Ação Penal própria também iniciada por este Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado.

A ação penal apontada pela acusação ainda está em curso e não serve para justificar o envolvimento dos apelados com o crime organizado e com a exploração de jogos de azar. Esta é a interpretação que melhor se coaduna com o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição Federal), serve, apenas, como indício da ocorrência de infração penal anterior indispensável à existência de justa causa para a persecução penal em relação à crime de lavagem de dinheiro.

Por fim, de acordo com Botini e Badaró[9], a última fase da lavagem, "a integração se caracteriza pelo ato final da lavagem: a introdução dos valores na economia formal com aparência de licitude. Os ativos de origem criminosa - já misturados a valores obtidos em atividades legítimas e lavados nas complexas operações de dissimulação - são reciclados em simulações de negócios lícitos, como transações de importação/exportação simuladas, com preços excedentes ou subfaturados, compra e venda de imóveis com valores diferentes daqueles de mercado, ou em empréstimo de regresso (*loanback*), o pagamento de protesto

9 Ibidem.

Acesso ao Sumário

de dívida simulada via cartório, dentre outras práticas".

No caso concreto, afirma o Ministério Público que:

> 3ª etapa - integração: Por fim, na última etapa do esquema criminoso perpetrado pela organização criminosa para lavagem dos valores derivados dos jogos realizados, tem-se a reintegração do numerário aos negócios.
>
> O montante transferido aos apelados J. C., H., L.[1], L.[2], M. e S., além daquele transferido para as pessoas jurídicas TSL Park e HUGOLEO Serviços de Estacionamento Ltda., é, então, repassado, já com aparência lícita, aos líderes responsáveis pelo BINGO CARRÃO, T.[3] e D., a fim de que possa ser por eles usado de forma livre, tanto para fins lícitos (em benefício próprio), como para fins ilícitos (investir na casa de exploração de jogos).

Aqui, o repasse do dinheiro com aparência lícita para as contas dos supostos líderes responsáveis pelo bingo sequer foi apontado, quiçá juntadas e analisadas as respectivas transações sob o crivo do contraditório.

Conclui o Ministério Público que:

> A necessidade de lavagem dos valores derivados da exploração de jogos de azar se apresenta pelo fato de não haver transferência direta para T.[3] e D.. O dinheiro circula pela empresa de T., na primeira fase da ocultação, a fim de se afastar de sua origem ilícita; depois é repassado para variadas contas bancárias, na segunda fase da lavagem, para ganhar aparência de licitude; e só depois retorna para seus proprietários. Mostrando, assim, que é interesse dos dois receber o dinheiro limpo.

No entanto, pelas provas careadas aos autos, não é possível chegar à conclusão apontada pelo Ministério Público.

Há de se consignar que a existência de movimentações atípicas, por si só, não configura o delito de lavagem de capitais. Para a caracterização deste delito exige-se a presença de, ao menos, indícios de perpetração de qualquer infração penal antecedente ou primária e, no presente caso, malgrado indícios suficientes de infração penal antecedente - exploração de jogos de azar por meio do bingo - não há provas de que o caminho percorrido pelo dinheiro ilícito foi aquele narrado na inicial, ou seja, que as transações efetuadas na máquina apreendida no restaurante de T. tinham vinculação direta com as apostas realizadas no bingo, não restando nítida a participação dos acusados na lavagem de valores indevidos, como asseverado pelo órgão acusador.

Acesso ao Sumário

Em resumo, o crime de lavagem se dá em três fases, de acordo com o modelo do GAFI - Grupo de Atuação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro: (a) colocação, na qual há a separação física do dinheiro dos autores do crime e é antecedida pela captação e concentração do dinheiro; (b) dissimulação, na qual

se multiplicam as transações anteriores através de muitas empresas e contas, de modo que se perca a trilha do dinheiro, constituindo-se a lavagem propriamente dita, que tem por objetivo fazer com que não se possa identificar a origem dos valores ou bens e (c) integração, na qual o dinheiro é empregado em negócio lícitos ou compras de bens, dificultando ainda mais a investigação, já que o criminoso parece investidor atuando conforme as regras do sistema[10].

Bem verdade que não se exige para a consumação do delito de lavagem de dinheiro a ocorrência das três fases, o tipo penal sequer requer a comprovação de que os valores ocultados retornem ao seu proprietário. E o depósito em contas de terceiros para ocultar dinheiro proveniente de crime tem sido reconhecido como suficiente para caracterizar a lavagem, não se exigindo sofisticação na ocultação ou dissimulação.

No entanto, as afirmações feitas pela acusação não se confirmaram de maneira inequívoca ao longo da instrução, não havendo certeza de que as transações apontadas se referem a essa ocultação e posterior branqueamento de valores.

Não houve esclarecimento seguro de como se deram as transações de T. para os demais acusados, sobre se o dinheiro que T. transferia realmente tinha como origem a exploração de jogos de azar e de que os supostos líderes do esquema criminoso tinham controle sobre tais contas, valores e transações. Também não se provou que os acusados não dispunham de renda ou patrimônio suficiente para a prática das movimentações financeiras identificadas na inicial.

Também não se olvida que possível a autolavagem, isto é, a imputação simultânea, ao mesmo réu, de delito antecedente e do crime de lavagem, desde que sejam demonstrados atos diversos e autônomos daquele que compõe a realização do primeiro crime. Como bem consignado pela e. min. Nancy Andrighi, em brilhante voto proferido na AP nº 923/DF[11]:

> Isso porque o crime de lavagem de dinheiro *"corresponde a uma conduta criminosa adicional, que se caracteriza* ***mediante nova ação dolosa, distinta daquela que é própria do exaurimento de crime do qual provém o capital sujo****"* (BARROS, Marco Antônio de Lavagem de Capitais, Crimes, investigação, procedimento penal e medidas preventivas. Curitiba: Juruá, 2017, p. 44, sem destaque no original).
>
> A jurisprudência do STF corrobora esse entendimento, como se pode inferir do voto proferido pelo o e. Min. Cezar Peluso, no qual afirma que é *"possível a hipótese da chamada autolavagem, se, por exemplo, alguém recebe um dinheiro ilicitamente,* ***ao invés de usá-lo por si, incumbe outrem de, em nome deste, adquirir-lhe bem ou bens****, caso em que pratica duas ações típicas distintas, a do primeiro crime,*

10 TRF4, RCSE º 5008054-29.2012.404.4200/SC, Rel. José Paulo Baltazar Junior.

11 j. em 23.09.2019, publ. in DJe 26.09.2019.

Acesso ao Sumário

consistente em receber licitamente, e ***a do segundo, que é a ocultação do produto do primeiro crime****"* (STF, AP 470, Tribunal Pleno, DJe 19/04/2013, sem destaque no original).

Assim, a autolavagem é possível se houver uma ação autônoma e suficiente na qual esteja presente a intenção de encobertar a origem ilícita do dinheiro, dando-lhe a aparência da licitude. Como afirma o Min. Marco Aurélio, *"é preciso que se dê, de alguma forma, ao valor aparência - daí cogitar-se de branqueamento - de numerário legítimo"* (STF, AP 470 EI-sextos, Tribunal Pleno, DJe 20/08/2014).

O STJ também já se pronunciou sobre o tema, afirmando que *"estabelece-se, assim, uma distinção entre (a) os atos de aquisição, recebimento, depósito ou outros negócios jurídicos que representem o próprio aproveitamento (pelo agente ou terceiros), o desfrute em si, da vantagem patrimonial obtida no delito dito 'antecedente', e (b) aquelas ações de receber, adquirir, ter em depósito, as quais se encontrem integradas como etapas de um processo de lavagem ou, ainda, representem um modo autônomo de realizar tal processo, não constituindo, por conseguinte, a mera utilização do produto do crime, mas* ***um subterfúgio para distanciar tal produto de sua origem ilícita****"* (APn 472/ES, Corte Especial, DJe 08/09/2011, sem destaque no original).

Assim, de fato, haverá crime de lavagem de dinheiro nas hipóteses em que as condutas subsequentes ao crime antecedente sejam praticadas com o objetivo de dar aparência de licitude ao proveito do delito, não havendo de se cogitar de consunção, nessa hipótese, em razão de nova lesão a bem jurídico autônomo.

No caso concreto, não restou comprovado, com a segurança necessária, que as transações apontadas na denúncia objetivavam dar aparência de licitude ao dinheiro proveniente da exploração de jogos de azar, sequer há certeza de que o dinheiro tinha essa origem. A acusação não demonstrou que os atos praticados objetivavam o branqueamento de tais valores ilícitos, transformando-os em "dinheiro limpo", sem o que não se pode considerá-los mais do que mero exaurimento do crime antecedente.

Acesso ao Sumário

Não se nega que há elementos indiciários, suficientes para o recebimento da denúncia e caracterizadores da justa causa para o prosseguimento da ação, mas não há prova segura para a prolação de juízo condenatório, embasado em necessário juízo de certeza, como expressão da regra de julgamento do *in dubio pro reo*, uma das densificações do princípio da presunção de inocência, a teor do art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

Por fim, não se pode descurar da regra contida no art. 155 do CPP, segundo a qual "o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusiva-

mente nos elementos informativos colhidos na investigação".

Assim, embora os elementos informativos trazidos pelo Ministério Público possam integrar o conjunto probatório e colaborar na formação da convicção do magistrado, no caso em tela, não são suficientes para conduzir a um juízo de certeza, em especial porque nenhum elemento probatório capaz de sedimentar a tese defendida pelo Ministério Público foi produzido em juízo, de modo a afastar as dúvidas suscitadas pelas defesas dos apelados e aquelas decorrentes da análise dos documentos acostados nos autos.

Portanto, tem-se que o quadro probatório é frágil para conduzir à condenação dos apelados, razão pela qual a absolvição destes era mesmo a medida mais acertada e deve ser mantida, porém com fundamento na falta de provas e não na atipicidade.

3. Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso ministerial, apenas para alterar o fundamento da absolvição para o art. 386, VII, do CPP.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500194-72.2022.8.26.0189, da Comarca de Fernandópolis, em que é apelante KIM LEMOS TAVARES, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U. Sustentou oralmente o Exmo. Advogado dr. Ary Floriano de Athayde Júnior; fez uso da palavra o Exmo. Procurador de Justiça Dr. Norberto Joia.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.682)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WILLIAN CAMPOS (Presidente sem voto), BUENO DE CAMARGO e CHRISTIANO JORGE.

São Paulo, 18 de outubro de 2023.

GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI, Relatora

Ementa: CRIME AMBIENTAL. DESTRUIÇÃO/ DANO DE FLORESTA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE E IMPEDIR/DIFICULTAR REGENE-

Acesso ao Sumário

RAÇÃO NATURAL DE FLORESTAS E DEMAIS FORMAS DE VEGETAÇÃO. ARTIGOS 38 E 48 DA LEI Nº 9.605/98. Configuração. Materialidade e autoria bem demonstradas nos autos, pelos boletins de ocorrência ambiental, laudo pericial da área e pela prova oral. Acusado admitiu a realização de vala para enterro de animais e a violação de área de preservação ambiental, ainda que a pretexto de combate a incêndio no local. ATIPICIDADE DA CONDUTA QUANTO AO DELITO DO ARTIGO 38, POR NÃO SE TRATAR DE ÁREA DE FLORESTA. Inocorrência. Auto de infração ambiental e laudo pericial a apontarem danos em área de preservação permanente. Boletim de ocorrência ambiental que aponta a presença de "astronium concinnum" e "alchornea triplinervia", espécimes arbóreos da flora local que podem alcançar mais de cinco metros de altura, sendo irrelevante que ainda não tenham alcançado sua maturidade. ABSOLVIÇÃO PLENA, AO ARGUMENTO DE QUE INVIÁVEL A RESPONSABILIZAÇÃO DO ACUSADO POR SER O DONO DA FAZENDA. IMPOSSIBILIDADE. Acusado que desde a autuação ambiental demonstrou conhecer a prática de se cavar valas e enterrar animais mortos, bem como a queima de lixo e descarte de entulhos na fazenda de sua propriedade, bem como gestão de negócios. Inverossímil, ademais, sua alegação de que desconhecia a prática de tais infrações ambientais por seus empregados e subordinados no manejo do gado de corte, em se cuidando de sua atividade produtiva e fonte de rendimentos. Condenação mantida.

PENA, REGIME e BENEFÍCIOS. Penas-bases nos mínimos legais, tornadas definitivas à mingua de modificadores em 6 meses de detenção e 20 dias-multa arbitrados à razão de cinco salários-mínimos cada, substituída a corporal por única restritiva de direitos, consistente em prestação pecuniária no importe de um salário-mínimo, fixado o regime aberto em caso de descumprimento. Manutenção. Pedido de mitigação do valor unitário do dia multa ao argumento de que se cuida de alto valor, incompatível com a capacidade

Acesso ao Sumário

financeira do réu. Descabimento. Pena fundada em elementos dos autos a indicarem capacidade econômica do acusado compatível com a sanção pecuniária.

Recurso desprovido.

VOTO

A r. sentença de fls. 455/457 julgou parcialmente procedente a ação penal para absolver **KIM LEMOS TAVARES** da imputação relativa ao delito do artigo 32 da Lei nº 9.605/98, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do código de Processo Penal e condená-lo, por incursão nos artigos 38 e 48, ambos da Lei nº 9.605/98, às penas de 6 (seis) meses de detenção, em regime inicial aberto, com o pagamento de 20 dias multa, fixados em cinco salários-mínimos cada. A corporal foi substituída por única restritiva de direito, consistente em prestação pecuniária no importe de um salário-mínimo.

Inconformado, apela o réu buscando sua absolvição plena por insuficiência de provas quanto à autoria dos delitos, dês que sua condenação se deu por presunção de que contribuíra para as práticas denunciadas por ser o proprietário da fazenda local dos fatos; quanto ao delito do artigo 38, aduz, também, atipicidade de conduta, porquanto inexistente floresta (conjunto de árvores de grande porte) no local. Alternativamente quer a mitigação do valor unitário do dia multa ao mínimo legal, ao argumento de que despropositada e desproporcional a fixação no máximo legal (fls. 481/500).

Recurso bem processado e com resposta (fls. 505/510), subiram os autos a este Tribunal de Justiça. A Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do apelo, em respeitável parecer de fls. 520/527.

É o relatório.

Pelo que consta dos autos, o apelante foi condenado pelos crimes dos artigos 38 e 48, ambos da Lei nº 9.605/98, porque, em dia e hora incertos, mas em data anterior a 16.09.2021, na Fazenda Santa Izabel, Zona Rural, Município de Pedranópolis, comarca de Fernandópolis/SP, destruiu floresta considerada de preservação permanente, consistente em 0,0214 hectares de vegetação nativa em estágio inicial de regeneração, do Córrego das Pedras, bem como, nas mesmas circunstâncias de tempo e local, dificultou a regeneração natural de floresta, em área comum, correspondente a aproximadamente a 0.010 hectares de floresta considerada de preservação permanente.

Narra a denúncia (fls. 240/241) que o acusado, na condição de proprietário da Fazenda Santa Isabel *"danificou 0,10 hectares de vegetação nativa existente, em área considerada de preservação permanente, próximo ao Córrego*

Acesso ao Sumário

das Pedras, mediante a abertura de cova para enterro dos animais (oriundos de sua criação comercial de bovinos para abate), *dificultando assim a regeneração natural de demais formas de vegetação nativa.*

O denunciado também destruiu vegetação nativa em estágio inicial de regeneração (remanescente de Mata Atlântica) em área correspondente a 0,00025 hectares, por depositar entulhos de materiais de construção.

Ainda, foi localizada, nas dependências da fazenda, a degradação de 0,010 hectares de vegetação nativa em estágio inicial de regeneração, em área comum, mediante uso de máquina pá-carregadeira.

Com efeito, policiais, em razão de notícia anônima, estiveram na Fazenda Santa Izabel, e verificaram a ocorrência dos danos ambientais acima descritos."

Daí esse processo.

Demonstrada a **materialidade** do ilícito penal, vista da portaria de instauração de inquérito (fls. 2/3), do boletim de ocorrência (fls. 4/6), do b.o. da PM ambiental (fls. 7/23 - b.o. de fls. 24/33 diz respeito ao delito pelo qual absolvido), autos de infração ambiental (fls. 34/48 - o de fls. 49/51 diz respeito à imputação pela qual se deu a absolvição), fotografias de fl. 54, laudo do IC (fls. 62/67) e, ainda, da prova oral colacionada aos autos.

De igual modo, **a autoria** restou comprovada, ao que exsurge do quadro probatório.

Nas duas vezes em que ouvido, **Kim**, embora admitisse ter ciência dos fatos em sua propriedade, tentou justificar o proceder adotado por seus funcionários com sua anuência.

Em solo policial, asseverou que adquire gado de todas as partes do Brasil, por intermédio de corretores e estes são transportados em carretas, sendo que às vezes "algumas cabeças já chegam debilitadas" à fazenda, mas são separados dos sadios para serem tratados. Disse que quando algum dos bovinos morre, é aberta uma vala e enterrado, pra que não fique exposto. Afirmou que a vala aberta naquela ocasião não estava em área de preservação permanente. Sobre a queimada, asseverou que o fogo foi um acidente cuja origem ainda é desconhecida e que apenas foram tomadas todas as providência e o uso de todos os meios (maquinário da fazenda, inclusive) para apagá-lo. Sobre o descarte de entulho, disse que realmente estava em área de preservação permanente, mas que foi um engano de um funcionário (cujo nome não foi declinado, nem foi trazido para confirmar essa versão), que não sabia que não poderia ter descartado o material naquele local (ouvido por carta precatória - fls. 93/94).

Em Juízo, relatou que compra gado de uma raça "mais frágil que Nelore",

Acesso ao Sumário

por ser mais barato e por vezes há animais debilitados que são separados e tratados, pois seu interesse é a engorda e abate, de modo que cada cabeça que morre significa prejuízo ao negócio, o que é evitado. Sobre a degradação vegetal, afirmou que desconhecia a presença de entulhos na APP e que eram apenas alguns tijolos, como um dos funcionários disse em seu depoimento. Tais tijolos foram removidos, tal como solicitado pela fiscalização. Sobre a queimada, disse que houve "um fogo" e os funcionários trataram de apagar da melhor forma e o mais rapidamente possível e acabaram danificando área de APP, mas apenas para evitar um maior estrago caso o fogo se alastrasse. Foram usados dois tanques de água e um trator no combate ao incêndio (nada disse sobre a origem do fogo). Sobre o enterro de animais mortos, sabia que assim era feito, mas desconhecia que a cova estava em área de APP (gravação de audiência - link a fl. 457).

Miguel Piva Fioravante Júnior, assistente agropecuário da Secretaria de Agricultura do Estado de São Paulo, disse em solo policial que compareceu ao local para averiguar a questão de maus tratos a animais apenas, tendo tomado as providências administrativas cabíveis (fls. 73/74). Não foi ouvido em Juízo.

O policial militar ambiental oficiante, Almir Marcelo de Oliveira, nas duas vezes em que ouvido, relatou ter ido ao local para averiguar denúncia de maus tratos a animais e descartes indevidos em área de preservação permanente. Vistoriou o local com o gerente do local, de nome João Vitor, e constatou animais em mau estado e com discrepâncias na documentação, bem como movimentação de terra em área de preservação permanente para o enterro de animais, realizada mediante o uso de máquina do tipo pá-carregadeira. Também constatou um depósito de entulho de construção e queima de lixo doméstico em APP, tendo tomado conhecimento de que uma dessas queimas saiu do controle dos funcionários e no incêndio houve danos à área de preservação (fls. 76 - delegacia e audiência gravada - link a fl. 457).

João Vitor Ribeiro Tavares narrou, nas duas vezes em que ouvido, que era o gerente na Fazenda Santa Izabel e que atendeu aos policiais ambientais durante a fiscalização. Sobre os animais, disse que eram comprados bois de terceiros, por intermédio de corretores, e muitas vezes os animais vinham de outros estados e alguns chegavam debilitados, mas sempre eram separados e tratados. Nunca houve maus tratos. Sobre a movimentação de terra em área de APP ou a queima de lixo, disse não ter maiores conhecimentos porque não trabalhava com tais coisas; soube dizer apenas que tinha uma cova aberta para enterrar animais, mas não sabe se era em APP (fl. 102 - delegacia e gravação de audiência - link de fl. 457).

Daniel Vieira da Silva, tanto na delegacia como em Juízo, narrou ser funcionário do local e responsável pelo cuidado das reses. Tratavam os animais doentes ou debilitados seguindo as orientações de veterinário. Não havia maus

Acesso ao Sumário

tratos. Sobre a movimentação de terra em área de APP, soube que havia ocorrido um incêndio próximo ao local, de autoria desconhecida e para fazer o controle do fogo foi necessário pegar terra naquele local, com o uso de uma pá- carregadeira, para ajudar no controle do fogo. Havia uma cova para enterrar animais mortos, a fim de não ficarem expostos, que era perto do local do fogo (fl. 103 e audiência gravada - link a fl. 457).

Maurício Lerro Rodrigues narrou em solo policial que é zootecnista e prestava serviços no local. Como os demais ouvidos, disse que por vezes, em razão de longas viagens, os animais chegam ao destino debilitados. Os que assim chegavam à fazenda eram separados e tratados. Nada sabe sobre danos em APP, pois só lidava com o gado (fl. 213). Não foi ouvido em Juízo.

Milton Júnior Villas Boas, motorista e corretor de compra de gado do acusado, informou nas duas vezes em que ouvido, que comprou o gado em municípios de Minas Gerais, para entrega direta na Fazenda do Kim, sendo que na carreta tinham 50 animais, ressaltando que no momento que descarregava os animais, dois deles precisaram de ajuda para descer do caminhão, sendo separados dos demais para tratamento. Nunca houve maus tratos; o que acontece é que eventualmente um animal "manhoso" se deita durante o transporte e acaba pisoteado pelos outros, necessitando de cuidados quando chegam ao destino. Nada disse sobre os danos na APP (fls. 452/453 - inquérito e gravação de audiência - link a fl. 457).

Luis Sebastião Trigolo, ouvido apenas em Juízo, relatou que é tratador de gado da fazenda há seis anos e que animais que chegam de viagem debilitados são cuidados, mas infelizmente alguns não respondem aos cuidados e morrem. Nada sabe sobre a degradação ambiental, pois só cuidava do gado dentro da área de confinamento (audiência - link a fl. 457).

João Fernando Dias, também ouvido apenas em Juízo, disse ser funcionário da fazenda há vinte anos e, embora seja registrado como tratorista, faz de tudo e trabalha "na parte do maquinário". Não sabe dos animais, pois não mexe com o gado, só viu quando os animais chegaram, nada mais. Sobre a degradação ambiental, informou que foi ele quem cavou a vala com o uso de máquina para o enterro de animais mortos, que foi o gerente da fazenda quem escolheu o local e desconhece se o proprietário sabia onde foi feita a cova. Também foi ele quem fez uso da pá-carregadeira e "acudiu" o fogo. Foi obrigado a danificar parte da APP sim, porque o fogo era em parte dela e precisou contorná-lo por dentro da APP para apagar, danificando o local. Também confirmou o descarte de entulho no local, ainda que tentando minimizar ao dizer que "era meia dúzia de tijolo" (gravação de audiência - link a fl. 457).

Acesso ao Sumário

O laudo de perícia técnica do IC concluiu que: *"De acordo com os ele-*

mentos materiais encontrados no local foi possível constatar o ato de dificultar a regeneração natural de demais formas de vegetação nativa e a degradação de vegetação nativa em estágio inicial de regeneração" (fl. 66).

Nesse contexto, inconteste que o acusado destruiu/danificou floresta de preservação permanente, ainda que em estágio de formação, bem como impediu/dificultou a regeneração de florestas e demais formas de vegetação, incidindo nas condutas descritas pelos artigos 38 e 48, ambos da Lei nº 9.605/1998.

Isso porque, por primeiro, no que toca à alegada atipicidade de conduta quanto ao delito do artigo 38 da lei de regência, embora não se mostre de todo descabida a tese defensória de que uma floresta é área composta de árvores, em uma interpretação de dicionário, literal e restritiva da palavra floresta presente no dispositivo legal em questão, evidente que o escopo do legislador é a proteção de *vegetação nativa em área de APP* e foi constatado no laudo pericial que vilipendiado esse tipo de área. Mas, ainda que se considere a interpretação literal e restritiva, com vistas a não se prejudicar o acusado, ainda sim típica a conduta, porquanto os boletins de ocorrência ambientais deixam claro que a vegetação de tais locais consistiam em "astronium concinnum"(fls. 13, 14 e 16 - áreas 2, 3 e 5 - conhecida popularmente como aroeira-rajada, guarubu-violeta, itapicuru-ferreiro ou mucuri[1]) e "alchornea triplinervia" (fls. 12 e 15 - áreas 1 e 4 - conhecida popularmente como tapiá, tapiá-guaçu ou tinteiro[2]), espécimes arbóreos do bioma local, ou seja árvores, sendo irrelevante que ainda não tenha alcançado sua maturidade, já que o artigo 38 protege não só as árvores adultas, mas também aquelas "em formação". Ademais, as fotografias constantes do laudo do IC revelam a presença de floresta (e árvores) à margem do local em que constatados os danos ambientais. (fls. 64/66).

Ao depois, inviável a absolvição plena ao argumento de que ausente prova de autoria, porque não se pode imputar as condutas ao acusado apenas por ser ele o proprietário do local, dês que, desde a ação policial, ele admitiu ciência do que acontecia na fazenda sim, ainda que tentando apresentar escusas e justificativas, conforme se vê no b. o. da PM ambiental (fl. 10), *verbis*: *"Quanto a movimentação de terra constatadas nas margens do Córrego das Pedras, alegou que os funcionários da Fazenda são orientados a abrirem covas para enterrar os animais que morrem, mas se equivocaram em fazer uma das covas na APP do manancial; - Informou ainda que existe um local destinado para queima de lixo doméstico e cremação carcaças de animais que morrem acometidos por doenças, sendo que os funcionários perderam o controle dessa queima, vindo a atingir a pastagem adjacente, bem como ameaçar a mata ciliar, sendo necessário a utilização de 'máquina pá-carregadeira' para conter o incêndio, mas que acabou destruindo parte da vegetação em APP."*

1 Consultas aos Portais: https://www.webambiente.cnptia.embrapa.br e https://snif.florestal.gov.br/

2 Consultas aos Portais: https://www.webambiente.cnptia.embrapa.br e https://snif.florestal.gov.br/

Acesso ao Sumário

E como muito bem asseverado na instância precedente, *"(...) não pode o réu buscar imputar a terceiros o repetido uso de cova em APP, porque, tal como se salva da imputação dos maus tratos por padronizar a atuação dos empregados e, assim, revelar que os instruía a seguir as regras, deve suportar as consequências de padronizar o descarte das carcaças em cova lesiva à APP. O réu alegou que desconhecia que as covas eram feitas em APP, mas conhecia bem como correto tratamento do gado, embora tenha confessado que não tinha veterinário. Como asseverado, o réu busca, a um só tempo, mostrar-se ciente do que lhe beneficia e ignorante do que lhe prejudica, mas essa seletividade do dolo não convence o Juízo, nem pode ser imposta para a isenção de responsabilidade. O réu se mostrou muito próximo da administração de seu negócio, de modo que tinha o conhecimento de tudo, além do dever legal de conduzir a gestão da pecuária de acordo com a lei, de modo que deve suportar as penas do artigo 38 c.c. artigo 48, caput, da Lei nº 9.605/98 c.c. artigo 69 do CP."* (fl. 456).

Aliás, mesmo que se considerasse que ele, mesmo na condição de proprietário da fazenda em que exercia atividade pecuarista como sua fonte de renda, desconhecesse o que lá acontecia, ter-se-ia situação em que *"perfeitamente aplicável a teoria da cegueira deliberada (willfull blindness doctrine), também conhecida como doutrina das instruções do avestruz (ostrich instructions), ou, ainda, doutrina da evitação da consciência (conscious avoidance doctrine), segundo a qual o agente, voluntariamente, se coloca em uma situação de desconhecimento para, com isto, tentar furtar-se de sua responsabilidade penal, optando, deliberadamente, por não enxergar determinada conduta, assentindo, porém, com o resultado desta, a evidenciar, assim, modalidade de dolo eventual."* (TJSP - Apelação nº 0004620-06.2015.8.26.0495, 15ª Câmara de Direito Criminal, Relator Ricardo Sale Júnior, j. 09.08.2018, v.u.).

Assim, diante do conjunto probatório coligido aos autos, à míngua de justificativa plausível a elidir a configuração do dolo do apelante e a demonstração de que a conduta ensejou efetivo dano ambiental, era mesmo de rigor a condenação, não havendo que se falar em fragilidade probatória.

Acesso ao Sumário

Passo à análise da reprimenda imposta, que não comporta qualquer reparo.

Na primeira fase da dosimetria penal, as penas vieram fixadas nos mínimos legais, em 6 meses de detenção com o pagamento de 10 dias multa para o crime do artigo 38 e pena exclusiva de multa, no importe de 10 dias para o delito outro, tornadas definitivas nesses patamares, à mingua de modificadores.

Somadas as penas por força do concurso material de infrações, chegou-se ao apenamento definitivo **de 6 meses de detenção com o pagamento de 20**

dias multa.

Preenchidos os requisitos legais (CP, art. 44, incisos I, II e III), deu-se a substituição da corporal por única restritiva de direitos, consistente em prestação pecuniária no importe de um salário-mínimo, estabelecido o regime aberto em caso de descumprimento (CP, art. 33, §2º, alínea "c").

Por fim, tem-se que a pena de multa foi bem dosada em primeiro grau e, ao contrário do sustentado pela douta defesa, não há motivos para sua redução. Com efeito, o valor unitário do dia-multa veio fixado no máximo legal (cinco salários-mínimos), nos termos do artigo 49, § 1º, do Código Penal, considerado *"a capacidade financeira do réu é grande, bastando ver o tipo de pecuária explorada, de gado nobre,"* (fl. 456), o que bem se sustenta.

Isso porque, no arbitramento do valor do dia multa há que se considerar que pretendida a prevenção e repressão da conduta, com o cuidado de que não seja inócua, tampouco se converta em fonte de enriquecimento sem causa da administração pública ou empobrecimento do acusado. Em suma, deve guardar proporcionalidade com as consequências da conduta e a capacidade financeira e situação social do réu, dissuadindo-o de cometer novas violações, com suficiência para prevenção e repressão da conduta.

E consoante bem anotado no lúcido parecer da PGJ, *"Além de proprietário de considerável imóvel rural, o réu lá confinava 2600 bovinos (fls. 32), arregimentando empregados e máquinas pesadas (alude-se ao emprego de pá-carregadeira para cavar as covas em áreas de preservação permanente). Ele reside em condomínio de padrão elevado em São José do Rio Preto (fls. 34) e com o abate de pouco mais de 350 bovinos, obteve, ao tempo dos fatos, receita de R$ 1.109.275,30 (fl. 136)."* (fl. 526).

Desta feita, não há que se falar em ilegalidade ou rigor excessivo, tampouco em violação aos princípios da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI), proporcionalidade ou razoabilidade. Mantenho, pois, o dia multa acima fixado. Sem prejuízo, consigno que eventuais questões referentes à impossibilidade de cumprimento da sanção pecuniária devem ser formuladas perante o Juízo das Execuções, nos termos do artigo 168 e seguintes da Lei nº 7.210/84.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO AO APELO**, mantida a r. sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Acesso ao Sumário

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2223846-28.2023.8.26.0000, da Comarca de Franca, em que são pacientes VANESSA FERNANDES SILVA e ADREN HENRIQUE CRUZ SILVA.

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U. Sustentou oralmente o advogado, dr. Paulo Sérgio Severiano, e usou da palavra o Exmo. Sr. Procurador de Justiça, dr. Valter Foletto Santin.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.409)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente), COSTABILE E SOLIMENE e LUIZ FERNANDO VAGGIONE.

São Paulo, 11 de setembro de 2023

ALEX ZILENOVSKI, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* – LIBERDADE PROVISÓRIA – Inadmissibilidade – Hipótese na qual não restou provada a ilegalidade do claustro cautelar – A conduta em tese atribuída aos pacientes possibilita razoável juízo acerca da manutenção da prisão preventiva – Ordem denegada.

VOTO

Vistos.

Impetra-se a presente ordem de habeas corpus, com pedido liminar, em favor de ADREN HENRIQUE CRUZ SILVA e VANESSA FERNANDES SILVA, sob alegação de estarem eles sofrendo constrangimento ilegal, partido do MM. Juízo da 3ª Vara criminal da Comarca de Franca.

Segundo consta da impetração, os pacientes estão sendo processados infração, em tese, aos artigos 157, § 2º, incisos II e VII e artigo 157, § 3º, inciso II, ambos do Código Penal.

Houve decretação da prisão preventiva.

Acesso ao Sumário

Insurgem-se contra a r. decisão.

Alega o n. impetrante, em síntese, que não estão presentes os requisitos do claustro cautelar, e que a decisão guerreada carece de fundamentação idônea, estando pautada na gravidade em abstrato do delito.

Afirma que os pacientes se apresentaram espontaneamente para cumprimento da prisão temporária.

Aponta para o princípio da presunção de inocência.

Aduz que os pacientes são primários e possuem trabalho lícito e residência fixa.

Acena para a suficiência das medidas cautelares diversas do claustro.

Sustenta, ainda, que a paciente VANESSA é genitora de duas crianças menores de 12 anos.

Diante disso, requer, liminarmente, seja revogada a prisão preventiva dos pacientes, com a expedição de alvará de soltura. Subsidiariamente, requer que a prisão preventiva seja convertida em prisão domiciliar com fundamento no artigo 318, inciso V, do Código de Processo Penal; no mérito, pleiteia a convalidação do pedido liminar.

Indeferida a liminar (fls. 119/122), prestadas as informações de estilo, pela denegação da ordem, foi o parecer ministerial de fls. 132/143.

É o relatório.

A d. Autoridade, apontada como coatora, informou que os pacientes Vanessa Fernandes Silva e Adren Henrique Cruz Silva tiveram suas prisões temporárias decretadas em 14 de julho de 2023.

Consta dos autos, em tese, que entre os dias 04 e 05 de abril de 2023, em horário incerto, durante a madrugada, na Avenida Presidente Vargas, 2900, nesta cidade e comarca de Franca, VANESSA FERNANDES SILVA, SUELLEN PREDA DA SILVA, ADREN HENRIQUE CRUZ SILVA e MATEUS ALEX RODRIGUES, previamente conluiados com um quinto elemento não identificado, apelidado de "Zoio", agindo em concurso e unidade de desígnios, tentaram subtrair, para eles, mediante grave ameaça exercida com o emprego de faca e violência contra a vítima Carlos Henrique Miras, coisa alheia móvel, consistente na importância em dinheiro de R$ 794,00 (setecentos e noventa e quatro reais), sendo que, da extrema violência impingida resultou a morte da vítima.

Segundo apurado em inquérito policial, SUELLEN, que já conhecia a vítima há quase dois anos, e sua amiga VANESSA já tinham conhecimento que a vítima tinha o hábito de ter dinheiro em espécie em sua posse e resolveram combinar um roubo. Para tanto, pediram o auxílio de ADREN, MATEUS e um

Acesso ao Sumário

terceiro indivíduo não identificado, tendo combinado que SUELLEN atrairia a vítima, marcando um programa sexual e assim que estivesse no local marcado sozinha na companhia da vítima, avisaria MATEUS e ADREN, que realizariam o assalto, munidos com faca. Contudo, no decorrer do crime, a vítima foi ferida com faca (17 golpes) e acabou vindo a óbito em decorrência dos ferimentos, sem que nada fosse subtraído. Inicialmente, Suellen indicou que realmente estava na companhia de Carlos e que tinham realizado um programa sexual em um motel e depois disso pararam em uma lanchonete. Ao irem embora, Carlos parou o carro no início da Rodovia Tancredo Neves, quase na entrada da Avenida Presidente Vargas, e trocaram alguns beijos, sendo abordados por três indivíduos que anunciaram o assalto. Suellen declarou que correu e deixou a vítima no local, tendo pedido ajuda para um guarda noturno do bairro. O vigilante do bairro foi identificado e localizado, tendo ele desmentido a versão de Suellen, afirmando que na noite dos fatos trabalhou normalmente e nenhuma pessoa o procurou para pedir socorro.

Conforme relatório de investigações de fls. 45/51, foi realizada a bilhetagem do celular de SUELLEN junto à operadora Claro e apurou-se que na noite do crime ela recebeu uma ligação do celular de MATEUS e se falaram por 180 segundos. Após dar sua versão, SUELLEN mudou de residência, na companhia da amiga VANESSA e posteriormente, em novas declarações, ela mudou seu depoimento e confessou participação no latrocínio, indicando que tinha agido na companhia e com unidade de desígnios com VANESSA FERNANDES SILVA, ADREN HENRIQUE CRUZ SILVA e MATEUS ALEX RODRIGUES.

Foi deferido o pedido da representação da autoridade policial para a prisão temporária dos demais investigados, bem como para a prisão preventiva de Suellen, eis que se trata de crime gravíssimo e hediondo. Ainda, entendi que a medida é necessária para assegurar a futura aplicação da lei penal, tendo em vista que Suellen se mudou de residência após dar sua primeira versão dos fatos, em clara demonstração de que deseja se eximir da responsabilização penal.

Acesso ao Sumário

Pacientes e corréus foram denunciados como incursos no art. 157, §2º, incisos II e VII e §3º, inciso II, do Código Penal, na forma do artigo 29, do Código Penal.

Nesta data, aguarda-se citação e oferta de resposta à acusação.

Não há constrangimento ilegal a ser sanado por esta via.

A prisão cautelar dos pacientes é legítima, e vem amparada pelo artigo 312 do Código de Processo Penal.

Provados a existência do crime, indícios de autoria, bem como a necessidade de garantia da ordem pública, não se vislumbra qualquer constrangimento na prisão processual em tela.

Os pacientes estão sendo processados pela prática, em tese, de latrocínio, delito cuja conduta, em concreto, recomenda o cárcere *ad custodiam*.

Crimes dessa natureza devem ser tratados com maior rigor, sobretudo por implicarem danos à ordem pública, haja vista os enormes malefícios à Sociedade que se viu desorganizada, desassossegada e impotente para lidar com tal sorte de transgressão à normalidade e à lei.

Assevere-se, ainda, que a periculosidade dos pacientes tem como melhor sensor o n. Magistrado *a quo*, pois ligado diretamente à causa.

Neste sentido o julgado do Extinto Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo:

> *"Em matéria de conveniência de decretação da prisão preventiva, deve ser considerado o princípio da confiança nos Juízes próximos dos fatos e das pessoas envolvidas no episódio" (JTACRESP 46/86-7).*

Há a considerar, ainda, que a via estreita do writ não serve para se analisar o arcabouço probatório que, certamente, passará pelo acurado exame do MM. Juízo Monocrático.

Frise-se que a prisão dos pacientes foi devidamente fundamentada, posto que o MM, Juiz *a quo* entendeu presentes os requisitos dos artigos 312 e 313, do Código de Processo Penal, sendo, desta forma, inadequadas quaisquer das medidas cautelares previstas no artigo 319, do mesmo diploma.

Ressalta-se que a prisão preventiva não fere qualquer princípio constitucional, especialmente o da presunção de inocência, porque também está prevista na Lei Maior, visando proteger a sociedade em situações excepcionais.

Quanto ao pedido de substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, em razão de ter a paciente Vanessa filhos menores de 12 anos, tem-se que, como já mencionado quando da análise do pedido liminar, no julgamento do Habeas Corpus 143.641/SP, o Supremo Tribunal Federal fez constar ressalva expressa, a fim de permitir a avaliação de casos específicos em que inviável a concessão da benesse.

Assim, por esta decisão da Suprema Corte, houve a concessão da ordem para se "determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 11.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, **excetuados os casos de crimes praticados por elas me-**

Acesso ao Sumário

diante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício" (HC 143.641/SP; Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI; j. 20/02/2018)

Também o Superior Tribunal de Justiça, em decisão proferida após o advento da redação do art. 318-A do CPP, pontuou que devem ser ressalvadas as situações excepcionalíssimas:

"(...) 2. O entendimento do Supremo Tribunal Federal - STF que concedeu habeas corpus coletivo às presas preventivamente, mães de crianças, nos termos do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, comporta três situações de exceção à sua abrangência, quais sejam: a) crimes cometidos mediante violência ou grave ameaça, b) delitos perpetrados contra os descendentes ou c) em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas. 3. Da situação evidenciada nos autos verifica-se a excepcionalidade prevista no mencionado julgado, tendo em vista que, conforme fundamentado pelas instâncias ordinárias, a paciente é apontada como líder do tráfico de entorpecentes na região, exercia suas atividades mediante utilização de arma de fogo, e foi apreendida grande quantidade de drogas sob sua responsabilidade (470g de maconha e 857g de cocaína). Saliente-se que a agravante mantinha o funcionamento de "boca de fumo" ligada ao Comando Vermelho. Tais fatos justificam o afastamento da incidência da benesse. 4. Agravo regimental desprovido" (AgRg no HC 426.526/RJ, Rel. Min. JOEL ILAN PACIORNIK; QUINTA TURMA; j. 12/02/2019).

No caso concreto a paciente Vanessa está sendo investigada pela prática, em tese, de um latrocínio, portanto, daqueles cometidos com violência à pessoa, o que afasta a aplicação da jurisprudência mencionada, inclusive por força de disposição expressa do art. 318-A, I, do CPP.

Pelo exposto, denega-se a ordem.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Habeas Corpus Criminal nº 2184189-79.2023.8.26.0000, da Comarca de São Bento do Sapucaí, em que é impetrante CLAUDEMIR JOSE DA COSTA JUNIOR e Paciente ELTON LUIZ RIBEIRO DOS SANTOS.

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 I. Defensor, Dr. Claudemir José da Costa Júnior, e usou da palavra o Exmo. Procurador de Justiça, Dr. Márcio Sérgio Christino.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 48.431)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente) e ROBERTO PORTO.

São Paulo, 19 de setembro de 2023.

EDISON BRANDÃO, Relator

Ementa: HABEAS CORPUS – Alegado excesso de prazo para conclusão do inquérito policial – Pleito de relaxamento da prisão preventiva – Não acolhimento – Paciente que se encontra foragido, o que afasta o reconhecimento de ilegalidade por excesso de prazo – Precedentes do C. STJ – Inexistência de constrangimento ilegal – Ordem denegada.

VOTO

Cuida-se de *Habeas Corpus*, com pedido liminar, impetrado pelo advogado Claudemir José da Costa Júnior, em favor de **ELTON LUIZ RIBEIRO DOS SANTOS**, alegando, em síntese, que estaria sofrendo constrangimento ilegal por parte do MM. Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de São Bento de Sapucaí.

Sustenta, em síntese, a necessidade de relaxamento da prisão preventiva do paciente, esclarecendo que, em sede de *habeas corpus* impetrado perante esta C. Câmara, foi denegada a ordem, por maioria, sendo que o voto vencido foi pela concessão da ordem, considerando que a denúncia ainda não havia sido ofertada. Até o momento, não foi ofertada denúncia.

Neste contexto, aponta a existência de excesso de prazo, alegando que o retorno dos autos à Delegacia para realização de diligências somente deve ocorrer quando o investigado se encontra solto. Requer, assim, o relaxamento da prisão (fls. 01/05).

Indeferida a liminar (fls. 97/98), foram prestadas as informações de estilo (fls. 101/104) e a Douta Procuradoria Geral de Justiça se manifestou pela denegação da ordem (fls. 107/110).

É o relatório.

Decido.

Acesso ao Sumário

O presente *habeas corpus* deve ser denegado.

Primeiramente, registra-se que esta C. Câmara, por maioria, denegou a ordem de *habeas corpus*, cassando liminar anteriormente deferida e determinando a expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente (vencido o Exmo. Relator Sorteado, Adilson Paukoski Simoni, que concedia a ordem, acórdão com o Exmo. 2º Juiz, Roberto Porto; *habeas corpus* 2034806-61.2022.8.26.0000 – fls. 288/292).

No mais, a alegação de excesso de prazo para oferecimento da denúncia também já foi analisada, nos autos do *habeas corpus* 2296653-80.2022.8.26.0000.

E, neste momento, não se verifica a existência de alteração fática a ensejar a concessão da ordem.

A autoridade apontada como coatora informou *"(...) Elton Luiz Ribeiro dos Santos, está sendo investigado, em tese, por ter pratica do crime doloso contra a vida, pois conforme apurado, Elton era credor de dívida de droga em relação à vítima Leonardo José Aparecido da Silva e que após ingressar em seu veículo, não mais foi visto, sendo encontrado morto e em decomposição. Consta do BO nº 425/2021 e 451/2021 (fls. 3/5, 6/7), desta Delegacia de Polícia local, que no dia 22 de agosto de 2021, a vítima LEONARDO JOSÉ APARECIDO DA SILVA foi encontrado sem vida, e o cadáver já estava em estado de decomposição, nas dependências do bairro do Toldi, nesta urbe. Segundo relatado em laudo necroscópico (fls. 25/28), a vítima apresenta ferimento de projetil de arma de fogo no crânio, sendo esta a causa do óbito. Foi representado (fl.31) e deferido judicialmente (fl. 37) autorização para acesso ao conteúdo do telefone celular da vítima sendo o mesmo objeto periciado e extraída suas últimas ligações e mensagens de SMS, já acostadas aos autos. Em diligência (f. 40), apurou-se que a vítima desapareceu em 03/08/2021, tendo saído às pressas de sua casa, em Paraisópolis MG, logo após ter recebido um telefonema de pessoa ainda desconhecida, por volta das 07h. Consta também que a vítima teria deixado sua residência na companhia de um desconhecido a bordo de um veículo VW Saveiro de cor vermelha, placas ignoradas. Foi obtido informações do veículo que teria sido utilizado por "FF" na data em que Leonardo desapareceu, tratando-se de uma VW Saveiro, cor vermelha, placasETM-3173, registrada na cidade de Tremembé-SP e em nome de Luiz Antônio dos Santos, o qual, por sua vez, é genitor de ELTON LUIZ RIBEIRO DOS SANTOS, pessoa conhecida como "FF" e, por ora, principal suspeito do homicídio de Leonardo. Às fls.132/136 consta representação de prisão temporária de 30 dias de Elton Luiz Ribeiro dos Santos, por estarem presentes os pressupostos da medida cautelar restritiva de liberdade, consubstanciados no "fumus commissi delicti" e no "periculum libertatis", visando que a produção probatória possa ser sem a ingerência do investigado. Foi decretada a prisão temporária do investigado em 09/11/2021 (fl. 144), sen-*

Acesso ao Sumário

do o mandado cumprido em 11/11/2021 (fls. 151/153). Em audiência de custódia realizada em 12/11/2021, nos autos de Comunicação de cumprimento de mandado de prisão de nº 0000614-62.2021.8.26.0618, em apenso, foi reconhecida a higidez do cumprimento da prisão temporária e assegurada a sua manutenção. Foi deferido conversão da prisão temporária em prisão preventiva em 10/12/2021 (fl. 230), sendo o mandado cumprido em 10/12/2021 (fls. 236/239). Em 18/02/2022, no habeas corpus nº 2034806-61.2022.8.26.0000, foi concedida liminar para relaxar a prisão preventiva do paciente (fls. 276/280), sendo o alvará de soltura cumprido em 22/02/2022 (fls. 289/290). Em 13/05/2022, foi proferido Acórdão no HC 2034806-61.2022.8.26.0000 denegando a ordem, com determinação de expedição de mandado de prisão de Elton (fl. 317). ***Mandado de prisão expedido em 01/06/2022, o qual não foi cumprido até a presente data****. Foi deferida representação da autoridade policial para determinar às operadoras de telefonia Vivo e Claro para fornecimento de dados imprescindíveis à investigação, bem como foi deferido pedido de busca e apreensão com finalidade de localizar a arma utilizada para eventual prática do crime (fl. 335/337). Em 08/11/2022 foi protocolado pedido de liberdade provisória, alegando inúmeros pedidos de dilação de prazo, com o qual manifestou-se desfavorável o Ministério Público. Em 06/12/2022 foi proferida decisão pela manutenção da decisão que decretou a prisão preventiva (fls. 427/431), bem como determinando que se cobre, com urgência, a realização da perícia técnica referente ao aparelho celular apreendido. Em 28/06/2023 o setor de extrações do Departamento de Inteligência Policial comunicou que os trabalhos técnicos de extração de dados do celular apreendido, foram finalizados (fl. 488), tendo a Autoridade Policial comunicado em 29/06/2023, que estão sendo adotadas as providências quanto ao deslocamento de equipe para a retirada do aparelho e do relatório de extração para a juntada nos autos (fl. 487). O Ministério Público em 10/07/2023, requereu se aguarde o prazo de trinta dias e, após, cobre-se a juntada do relatório e a conclusão da investigação (fl. 492), tendo os autos retornados à Delegacia de Polícia para complementação das diligências. (fl. 495). O feito encontra-se aguardando o prazo de trinta dias para a juntada de relatório e a conclusão da investigação* (g. n. - fls. 508/510).

Diante de tais informações, não há que se falar em constrangimento ilegal por excesso de prazo.

Como destacado, o mandado de prisão, até o momento, não foi cumprido, estando o paciente foragido. Diante disso, não prospera referida alegação.

Confira-se, a propósito, jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. INDÍCIOS DE AUTORIA. VIA IM-

Acesso ao Sumário

PRÓPRIA. EXCESSO DE PRAZO NA CONCLUSÃO DO INQUÉRITO POLICIAL. AGRAVANTE FORAGIDO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, desde que presentes prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. 2. No caso, a custódia cautelar está suficientemente fundamentada na necessidade de garantia da ordem pública, diante da gravidade concreta da conduta delituosa, pois o crime de roubo teria sido praticado em concurso de agentes, mediante emprego de arma de fogo e com restrição de liberdade da vítima - motorista de caminhão -, que teria sido levada para a zona rural, mantida até o dia seguinte presa e deixada na rodovia. 3. É inviável a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, porquanto a gravidade concreta da conduta delituosa indica que a ordem pública não estaria acautelada com a soltura do agravante. 4. O fato de o agravante possuir condições pessoais favoráveis, por si só, não impede a decretação de sua prisão preventiva. 5. É incabível, na estreita via do habeas corpus, a análise acerca da existência, assentada pelas instâncias ordinárias, de indícios de autoria suficientes para a decretação da segregação preventiva, por demandar detido e profundo revolvimento fático-probatório dos autos. 6. A condição de foragido do agravante afasta a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo. Precedentes. 7. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 737.815/GO, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 20/6/2022.)

*HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. RÉU FORAGIDO. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO PARA CONCLUSÃO DO INQUÉRITO POLICIAL. VERBETE SUMULAR N.º 64 DO STJ. PRAZO IMPRÓPRIO. INVIABILIDADE DE RECONHECIMENTO DO EXCESSO DE PRAZO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA. 1. Nos termos do Verbete Sumular n.º 64 desta Corte, "[n]*ão *constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa", como no caso, em que o Paciente está foragido, dando causa ao prolongamento das fases da persecução penal. Além do mais, o prazo de conclusão do inquérito policial, em caso de investigado que não esteja preso, é impróprio. 2. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não há reconhecimento de excesso de prazo da custódia cautelar quando o Paciente encontra-se foragido. 3. Ordem de habeas corpus denegada.*

Acesso ao Sumário

(HC n. 523.155/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 4/2/2020, DJe de 17/2/2020.)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO PARA A CONCLUSÃO DO INQUÉRITO POLICIAL. PACIENTE QUE ESTÁ FORAGIDO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. I – A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício. II - O prazo para a conclusão da instrução criminal não tem as características de fatalidade e de improrrogabilidade, fazendo-se imprescindível raciocinar com o juízo de razoabilidade para definir o excesso de prazo, não se ponderando a mera soma aritmética dos prazos para os atos processuais. Precedentes. III - A Jurisprudência dessa Corte Superior se firmou no sentido de que a devida caracterização da fuga do distrito da culpa enseja motivo suficiente a embasar a manutenção da constrição cautelar decretada, bem como afasta a possibilidade da ocorrência de excesso de prazo, não havendo que se falar em qualquer constrangimento ilegal na hipótese. Precedentes. IV - Inviável a aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão, in casu, haja vista estarem presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva, consoante determina o art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal. Habeas corpus não conhecido. (HC n. 533.690/DF, relator Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado do TJ/PE), Quinta Turma, julgado em 8/10/2019, DJe de 21/10/2019.)

Destarte, não se vislumbra a presença de constrangimento ilegal que autorize a concessão da ordem.

Isto posto, **DENEGO** a ordem de *habeas corpus*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2223707-76.2023.8.26.0000, da Comarca de Laranjal Paulista, em que é im-

Acesso ao Sumário

petrante WANDER LUIZ COSTA PORTO e Paciente FLAVIA FERNANDA SANCHES DA SILVA.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram parcialmente da impetração, denegando a ordem na parte conhecida. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 56.545)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente), GRASSI NETO e ALCIDES MALOSSI JUNIOR.

São Paulo, 19 de outubro de 2023.

SÉRGIO COELHO, Relator

Ementa: Habeas Corpus. Impetração que busca, a um só tempo, o trancamento de duas ações penais distintas, bem como a concessão da liberdade provisória, ou da prisão domiciliar.

Ação penal nº 1500101-85.2023.8.26.0315: Tráfico de drogas. Sentença condenatória proferida antes mesmo da impetração do *writ*. Não conhecimento do pleito de trancamento. *Writ* que não se presta ao cotejo aprofundado dos fatos necessários para, eventualmente, reverter a conclusão do édito condenatório de que há prova válida da autoria e materialidade do delito. Exegese da súmula 648 do C. STJ.

Liberdade provisória ou prisão domiciliar. Impossibilidade. Manutenção da custódia cautelar suficientemente justificada na r. sentença condenatória (art. 387, § 1º, CPP). Presença dos requisitos legais autorizadores da manutenção da custódia que se reforça com a prolação de sentença condenatória. Prisão preventiva que se justifica para garantia da ordem pública, face a periculosidade da paciente e a gravidade concreta do delito. Efetivo risco de reiteração delitiva, já que a acusada tornou à traficância após ser beneficiada com a prisão domiciliar. Descabimento da benesse do art. 318, V, c.c. art. 318-A, ambos do CPP, conforme, aliás, já foi ressaltado por esta C. 9ª Câmara Criminal no HC nº 2067192-13.2023.8.26.0000 (meu voto 55536).

Acesso ao Sumário

Constrangimento ilegal não caracterizado.

Ação penal nº 1500045-86.2022.8.26.0315: Tráfico de drogas. Trancamento da persecução sob alegação de ilicitude das provas colhidas após denúncias anônimas, que levaram à invasão de domicílio, em diligência que contou com a atuação de guarda civil. Inocorrência. Validade da denúncia anônima para deflagrar diligências preliminares, como ocorreu *in casu*. Ademais, havia prévia e fundada suspeita da ocorrência de crime, em situação flagrancial, que autorizava a entrada forçada na residência. Precedentes. Investigação conduzida pela Polícia Civil, tendo o GCM apenas auxiliado nas diligências, pois presta serviços naquela Delegacia, face o reduzido quadro de pessoal. Ademais, é certo que, nos termos da jurisprudência da Suprema Corte e da Lei nº 13.675/2018, a Guarda Municipal integra o sistema de segurança pública. Assim, a atuação do GCM, em conjunto com policial civil, nas diligências investigativas não reflete qualquer ilegalidade, enquadrando-se, ao contrário, no seu mister em prol da segurança pública por meio da prevenção de delitos. Presença de justa causa válida para a persecução penal. Constrangimento ilegal não caracterizado.

Impetração parcialmente conhecida e, nesta parte, denegada a ordem.

VOTO

O Dr. Wander Luiz Costa Porto, Advogado, impetra a presente ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de **FLÁVIA FERNANDA SANCHES DA SILVA**, apontando como autoridade coatora o MM. Juízo de Direito da 1ª Vara da Comarca de Laranjal Paulista.

Sustenta, em resumo, que a paciente sofre constrangimento ilegal, porquanto responde a duas ações (autos nº 1500045-86.2022.8.26.0315 e 1500101-85.2023.8.26.0315) que, igualmente, lastreiam-se em acervo probatório ilícito, pois decorrentes da atuação de um guarda municipal em diligências de natureza investigativa, as quais foram alicerçadas em meras denúncias anônimas que, em ambos os casos, evoluíram para a invasão do domicílio da acusada, sem autorização dela ou mandado judicial, inexistindo, também, fundadas suspeitas da

Acesso ao Sumário

ocorrência de crime. Argumenta, de outro lado, que a paciente faz jus à prisão domiciliar, eis que é primária e mãe de crianças menores de 12 anos, para cujos cuidados é imprescindível. Neste sentido, argumenta que o caso dos autos atrai a incidência do art. 318-A do Código de Processo Penal e do entendimento firmado pela. C. Suprema Corte no HC coletivo nº 143.641, ressaltando que a quantidade de droga apreendida, por si só, não justifica a inviabilidade da benesse.

Pleiteia, liminarmente, a concessão da liberdade provisória à paciente, ou, quando não, a prisão domiciliar, expedindo-se alvará de soltura. No mérito, pugna pelo trancamento de ambas as ações penais.

O *writ* veio instruído com os documentos de fls. 44/433.

Indeferida a liminar (fls. 435/436), opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça pela denegação da ordem (fls. 440/445).

É o relatório, em síntese.

O *writ* comporta parcial conhecimento.

Com efeito, pela presente impetração a combativa Defesa busca, em síntese, o trancamento das ações penais nº 1500045-86.2022.8.26.0315 e nº 1500101-85.2023.8.26.0315, bem como a concessão da liberdade provisória à acusada, que se encontra presa preventivamente somente por este último feito.

Ocorre, todavia, que, nos autos do proc. nº 1500101-85.2023.8.26.0315, a paciente **FLÁVIA FERNANDA SANCHES DA SILVA** restou condenada à pena de 08 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 510 dias-multa, por incursa no art. 33, *caput*, Lei 11.343/2006 e no art. 16, § 1º, IV, da Lei nº 10.826/2006, vedado o recurso em liberdade (fls. 90/93 e 231/232 daqueles autos).

Dessa forma, é impossível enfrentar a alegação de falta de justa causa para a ação penal, sobretudo porque, após regular instrução sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, em sede de juízo exauriente sobre os fatos denunciados, foi prolatada sentença condenatória, em que se concluiu pela existência de prova válida da materialidade do crime e de sua autoria, apta a sustentar a condenação imposta. Ora, tais conclusões não são passíveis de revisão pela estreita via do *Habeas Corpus*, pois, para tanto, demandar-se-ia profundo cotejo de provas e formação de juízo de valor sobre os fatos narrados na exordial, providência sabidamente impossível na via eleita.

Nesse sentido, é o entendimento consolidado pelo C. Superior Tribunal de Justiça: *PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. ARGUMENTAÇÃO ACERCA DA FALTA DE CORRELAÇÃO ENTRE DENÚNCIA E SENTENÇA E DE ATIPICIDADE. FALTA DE JUSTA CAUSA.*

Acesso ao Sumário

TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. DESCABIMENTO. 1. Ilações acerca da falta de correlação entre denúncia e sentença condenatória, bem como a possível atipicidade da conduta, demandam revolvimento fático-probatório, não condizente com o restrito veio de conhecimento do habeas corpus. 2. Descabimento do writ e acerto do acórdão do Tribunal de origem que dele não conheceu para trancar a ação penal, por falta de justa causa, com o consequente afastamento da condenação, pois, quando da impetração já havia sentença condenatória, confirmada por acórdão de apelação e de revisão criminal. 3. Recurso ordinário não provido. (RHC nº 45.619/SP - Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 02/03/2015, g.n.); *AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. SUPERVENIENTE SENTENÇA CONDENATÓRIA. PEDIDO PREJUDICADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Com análise aprofundada do tema, por meio de cognição exauriente no primeiro grau de jurisdição, a pretensão de trancamento da ação penal, causa de pedir originária do habeas corpus, está prejudicada. 2. Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça manifestar-se sobre matéria que deve ser analisada pela instância ordinária na via recursal própria, sob pena de indevida supressão de instância. 3. Assim, "independentemente da causa de pedir - se por inépcia da denúncia, ausência de justa causa, ou atipicidade da conduta -, o pedido do presente writ é o trancamento da ação penal, o que se encontra superado, pois vigora novo título jurídico (sentença condenatória), que deve ser impugnado pela via processual adequada, e na Corte de origem" (AgRg no RHC n. 103.769/RJ, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (Desembargador convocado do TRF 1ª região), SEXTA TURMA, DJe 15/02/2022). 4. Agravo regimental desprovido.* (AgRg no HC nº 714.294/SP - Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 18/08/2022).

Não por menos, aliás, a Corte Especial sumulou o verbete nº 648: *A superveniência da sentença condenatória prejudica o pedido de trancamento da ação penal por falta de justa causa feito em habeas corpus.*

Assim, embora não se possa julgar prejudicado o pedido de trancamento da ação penal nº 1500101-85.2023.8.26.0315, pois a r. sentença não sobreveio à impetração - em verdade, o *writ* foi impetrado em 23/08/2023, após a prolação do édito condenatório, que ocorreu em 02/08/2023 (fls. 90/93) -, impõe-se o não conhecimento do pleito de trancamento.

Disso, ademais, não importará qualquer prejuízo à Defesa, tanto mais porque a insinuada ilicitude das provas poderá ser objeto do apelo, recurso, aliás, já interposto (fls. 222/223 da origem). Portanto, somente quando do julgamento da apelação defensiva - a via adequada, vale dizer -, é que se poderá avaliar a fundo a legalidade dos elementos probatórios colhidos durante a prisão em flagrante da paciente. Do contrário, haverá clara antecipação da discussão

Acesso ao Sumário

sobre tema do recurso, pela via inadequada, e sem respeitar o direito ao contraditório ministerial, o que não se admite.

De outro lado, conheço do pedido de liberdade provisória, mas deixo de acolhê-lo, pois presentes os requisitos legais autorizadores da manutenção da custódia cautelar (art. 312 e 313, CPP).

Com efeito, verifica-se da r. sentença monocrática (fls. 90/93 e 231/232 do proc. nº 1500101-85.2023.8.26.0315) que o d. Juízo *a quo* justificou, suficientemente - tal como exige o artigo 387, § 1º, do CPP -, a impossibilidade do recurso em liberdade, face a persistência dos requisitos legais autorizadores da medida extrema, ressaltando que **FLÁVIA** *"Uma vez presa em flagrante anteriormente, nas mesmas condições (guardar entorpecentes no interior da residência) voltou a delinquir e, com isso, se mais uma vez solta, poderia retornar à atividade ilícita."* (fls. 93).

Vale anotar, ainda, que o trecho referente à eventual necessidade da custódia cautelar não se encontra divorciado do restante da r. sentença, mas, pelo contrário, é parte integrante desta, e, portanto, as circunstâncias fáticas valoradas no édito condenatório influem, por óbvio, na verificação dos requisitos legais que autorizam a manutenção da prisão preventiva, sendo desnecessária - e até mesmo contraproducente - a repetição, noutro ponto de uma mesma decisão, de fatos e circunstâncias já devidamente analisados anteriormente. Logo, não há que se falar em manutenção da custódia cautelar com base apenas na gravidade abstrata dos delitos, pois as circunstâncias concretas dos crimes foram devidamente valoradas no édito condenatório, de modo a refletir a periculosidade da paciente e a necessidade de manutenção da medida extrema.

De fato, seria um contrassenso libertar a ré depois da sentença condenatória, se ele estava preso antes dela, em razão da presença dos requisitos mencionados no artigo 312, do Código de Processo Penal. Note-se que não se trata de manutenção automática da custódia cautelar tão somente porque a paciente respondeu presa ao processo; ocorre *in casu* a persistência dos pressupostos legais da prisão preventiva, notadamente a necessidade de garantia da ordem pública, vez que ela tornou à mesma espécie de traficância, após ser beneficiada com a prisão domiciliar, tendo homiziado em sua residência enorme quantidade de drogas - 833 "pinos" com *cocaína* (225,20 gramas), 01 tijolo de *cocaína* (251,94 gramas), 18 porções de *maconha* (156,22 gramas), mais um tijolo e outra porção menor da mesma droga (978,67 gramas), além de outros 55 "pinos" e 01 porção de *cocaína* (58,03 gramas), 01 saco plástico com *cocaína* (515,20 gramas), e 1.854 "pinos" com *crack* (251,00 gramas) -, além de uma arma de fogo com numeração suprimida, o que bem evidencia a periculosidade da acusada e recomenda a continuidade da custódia.

Acesso ao Sumário

Nesse passo, ressalto que a legalidade e a necessidade da prisão preventiva da paciente, bem como o descabimento da prisão domiciliar, já foram objeto de detida análise por esta C. 9ª Câmara Criminal, por oportunidade do julgamento do HC nº 2067192-13.2023.8.26.0000 (meu voto 55536), cuja ordem restou denegada, ante a presença dos pressupostos autorizadores da medida extrema, contexto que não se alterou desde aquela impetração, permanecendo, portanto, hígidos os fundamentos lá esposados, dos quais, por pertinentes, destaco:

"Com efeito, são inegáveis a gravidade concreta dos delitos e a periculosidade da paciente, de modo que a sua liberdade inquestionavelmente expõe a risco a ordem pública, sendo, por isso mesmo, clara a excepcionalidade da situação tratada nos autos, enquadrando-se perfeitamente na ressalva expressa feita no HC Coletivo nº 143.641, julgado pelo C. STF.

Nesse contexto, nem mesmo o art. 318-A, do CPP, autoriza a concessão indiscriminada da benesse, pois devem ser sopesados o direito à liberdade da paciente, em conjunto com os benefícios que possam advir dessa condição aos seus filhos menores (fls. 76/78) - que, aliás, estavam na residência enquanto ela armazenava drogas e a arma de fogo -, em confronto com a necessidade de manutenção da prisão processual, frente aos riscos que a sua liberação pode representar à sociedade.

Nesse sentido, já decidiu este E. Sodalício que os artigos 318 e 318-A do Código de Processo Penal "... viabilizam a prisão domiciliar à vista de nova ponderação (do sopesamento dos valores atinentes ao amparo do nascituro e da criança, ou necessitado, e aos riscos decorrentes da cessação da clausura), não como decorrência automática de fato objetivo." (HC nº 2003850-67.2019.8.26.0000, Relator Desembargador José Raul Gavião de Almeida, j. 14/02/2019).

Na oportunidade, aliás, o culto Desembargador citou elucidativo precedente advindo do julgamento do Habeas Corpus nº 2060758-52.2016.8.26.0000, também de sua relatoria, segundo o qual "... o julgador deverá confrontar o bem jurídico que se tutela pela retirada do acusado do cárcere (as razões humanitárias da medida no caso concreto) com os motivos da prisão processual (os fatos que revelam a necessidade da privação da liberdade). Deve-se, portanto, averiguar se o direito tutelado é proporcional ao risco decorrente da redução do controle à liberdade do preso. Em outras palavras, ao acusado de crime grave concretamente considerado e que por suas especificidades revela periculosidade) exige-se maior rigor na concessão da forma domiciliar da prisão que ao preso para o qual se imputa infração leve, o mesmo ocorrendo quando as condições para a fuga são maiores ou a interferência na instrução processual é mais incisiva e atinge parcela relevante da prova. Acresça-se que o exame do artigo 318 do Código de Processo Penal conduz à conclusão de que as hipóte-

Acesso ao Sumário

ses de prisão cautelar domiciliar são, com rigor exacerbado, assemelhadas às estabelecidas para a prisão penal domiciliar (regime aberto domiciliar), previstas no artigo 117 da Lei nº 7210/841. Assim, se a idade de 70 anos é suficiente para ensejar o cumprimento de pena domiciliar, só os 80 anos autorizam a prisão processual caseira; enquanto esse benefício é permitido ao condenado acometido de doença grave, ao acusado exige-se também que esteja extremamente debilitado; embora para a condenada basta ter filho menor ou deficiente físico ou mental) à ré impõe-se a imprescindibilidade de seus cuidados para pessoa com menos de 6 anos de idade ou com a deficiência, ou prole com menos de 12 anos de idade. Dentro desse espírito restritivo é que deve o artigo 318 ser interpretado. Por isso o só afastamento, que o encarceramento da mãe proporciona ao filho, não justifica a prisão domiciliar cautelar.".

Nessa linha de conta, a meu sentir não é o caso de interpretar-se literalmente o disposto nos artigos 318-A e 318-B, incluídos no Código de Processo Penal após o advento da Lei nº 13.769/2018.

Realmente, é necessária a manutenção da custódia processual da paciente ante o risco que ela oferecerá para a sociedade e, também, para sua prole, caso seja posta em prisão domiciliar, condição em que certamente voltará à senda criminosa. Ademais, o simples fato de possuir filhos menores não pode servir de "licença" para permanecer no seio da sociedade e delinquir ao seu livre talante, já que, à toda evidência, a maternidade não foi suficiente para conter seu ímpeto criminoso. Nesse ponto, cuida ressaltar que tanto a sociedade ordeira, quanto os filhos da acusada, merecem e precisam da almejada paz social para o seu sadio desenvolvimento, escopo para o qual nada contribui a colocação da paciente em prisão domiciliar, donde tornará a delinquir, incrementando os riscos tanto para a ordem pública, e, principalmente, para seus descendentes, que serão obrigados a se desenvolver em meio à marginalidade desmoralizada e prejudicial causada pela paciente.

Rememore-se, por oportuno, que a acusada, em tese, traficava do seio de sua própria residência, na presença de sua prole, e essa, aliás, não foi a primeira vez, já que constou da exordial que ela "... era conhecida nos meios policiais, eis que existe uma outra ocorrência semelhante a esta, quando também fora surpreendida armazenando drogas dentro de sua residência" (fls. 118 da ação penal). Não bastasse, a acusada ainda possuía uma arma de fogo na residência, a despeito da presença das crianças, tudo a indicar a absoluta impossibilidade - quiçá incoerência - da concessão da prisão domiciliar sob o fundamento de que ela é imprescindível aos cuidados de sua prole.

Acesso ao Sumário

Ademais, a impetração carece de prova pré-constituída sobre a suposta situação de desamparo das crianças, as quais, pelo que consta, encontram-se sob os cuidados do genitor, que foi acionado no dia da prisão em flagrante e ali

compareceu para cuidar dos menores (fls. 15).

De mais a mais, se os infantes não puderem contar com o auxílio de outros parentes, é certo que o Estado, por meios de seus muitos órgãos de assistência social, é capaz de acudi-los, garantindo-lhes o desenvolvimento longe da criminalidade e do mundo desvirtuado, no qual sua genitora os inseriria, caso fosse posta em prisão domiciliar.

A corroborar as conclusões esposadas, confira-se o julgamento da Corte Superior, exarado no AgRg no HC n.º 426.526, "De fato e que faço propositadamente uma redução ao absurdo da novidade legal a demonstrar a inevitabilidade de sua interpretação no sentido de que houve omissão legislativa -, a leitura do disposto em termos literais forçaria a concessão da prisão domiciliar a mãe que sequer convive ou criou os filhos, unicamente porque o crime não envolveu violência ou grave ameaça ou dirigiu-se contra a prole. Nesse sentido, temos muitos precedentes apontando como situações excepcionalíssimas, dentre as quais se destacam: ***(i) praticar o tráfico de drogas na residência, com a presença ou mesmo participação das crianças;*** *(II) reincidir em crimes graves, onde mesmo após prisões anteriores ou cumprimento de penas, não abandonaram o mundo do crime;* ***(III) integrar perigosas organizações criminosas, profundamente envolvidas com a criminalidade,*** *notadamente quando exercem papel relevante, com ligações com facções criminosas, criando um ambiente de constante risco e insegurança que afeta toda a família, apenas para exemplificar. Nessas hipóteses, percebe-se que a presença física da mãe ou responsável pode caracterizar violação de direitos que atinge diretamente as crianças menores ou dependentes. (...) Assim, o propósito da Lei não é conferir um salvo-conduto às mulheres que cometem crime sem violência ou grave ameaça, independente do risco que a sua liberdade possa oferecer aos filhos, à pessoa com deficiência pela qual é responsável, ou mesmo à sociedade. Ao contrário, "o principal objetivo da novel lei, editada após a decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu às custodiadas mães de filhos menores de 12 anos de idade o direito à prisão domiciliar, é a proteção da criança", como declarou o e. Ministro Presidente desta Corte, no período de férias forense, em decisão liminar em que examinou a aplicação do novo art. 318-A do CPP (HABEAS CORPUS N.º 491.003) PB, DE 30.01.2019, MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, publicado em 4/2/2019)." (cf. voto-vista do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, j. 12/02/2019).*

Assim, afigura-se de todo inviável a concessão da prisão domiciliar à paciente, que, portanto, deve seguir encarcerada a bem da ordem pública."

De mais a mais, é certo que o princípio do estado de inocência (CF, art. 5º, LVII) apenas proíbe que aos acusados sejam aplicados os efeitos penais decorrentes da sentença condenatória transitada em julgado, mas não proíbe qualquer

Acesso ao Sumário

tipo de prisão provisória, desde que emanada de órgão competente e devidamente fundamentada, como no presente caso. Nesse sentido, a propósito, o disposto na Súmula 9, do C. Superior Tribunal de Justiça: *"A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência."*.

Em idêntico sentido, aliás, o posicionamento do C. Supremo Tribunal Federal: "1 - *É pacífica a jurisprudência desta Suprema Corte de que não há lógica em permitir que o réu, preso preventivamente durante toda a instrução criminal, aguarde em liberdade o trânsito em julgado da causa, se mantidos os motivos da segregação cautelar. Precedentes. 2 - Ordem denegada"* (STF - HC 89.824-6/MS, 1ª Turma, Rel. Min. Carlos Britto, v.u., j. em 11/3/08, DJ 28/8/08).

Em suma, a vedação ao direito de recorrer em liberdade encontra-se suficientemente fundamentada e deve ser mantida, até porque ausente comprovação de fatos novos capazes de alterar esse panorama.

Por outro vértice, no tocante à ação penal nº 1500045-86.2022.8.26.0315, não vislumbro o insinuado constrangimento ilegal.

Ora, naqueles autos, **FLÁVIA** foi denunciada como incursa no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 (fls. 108/109), porque, em tese, dia 11/02/2022, por volta das 16h50, na Rua Antônio Tristão, nº 2052, na Comarca de Laranjal Paulista, guardava e tinha em depósito drogas, para fins de tráfico, 326 "pinos" com *cocaína* (46,17 gramas), 02 porções de *cocaína* (125,04 gramas), 291 porções de *crack* (4,75 gramas), e 261 porções de *maconha* (575,12 gramas), sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Conforme narra a denúncia, o policial civil Luciano e o guarda civil municipal Marcelo, que presta serviços na Delegacia de Polícia, investigavam **FLÁVIA** havia cerca de duas semanas, quando receberam nova denúncia anônima dando conta de que ela, naquele dia, guardava certa quantidade de drogas em sua residência, pronta para a distribuição.

Acesso ao Sumário

Diante disso, o policial civil e o guarda municipal diligenciaram no local, deparando-se com **FLÁVIA** nos fundos do corredor da residência. Ao notar a chegada dos agentes da lei, a paciente pulou o muro da casa e se evadiu correndo.

O portão estava aberto, pelo que os agentes adentraram o corredor, porém não conseguiram alcançar a acusada. Na área da residência havia uma sacola plástica contendo sacos plásticos para acondicionamento de entorpecentes, e mais 02 porções de *cocaína*.

Então, os agentes sentiram um forte odor de droga e olharam pela janela

do quarto, que fica no referido corredor, oportunidade em que visualizaram uma caixa grande em cima da cama contendo diversos "pinos" vazios, bem como alguns petrechos ao lado para embalagem de drogas. Havia também 02 telefones celulares, 326 "pinos" com *cocaína*, 291 porções de *crack* e 261 porções de *maconha*, além da cédula de identidade da acusada. Como a residência estava aberta, os agentes adentraram para apreender os objetos e os entorpecentes.

Recebida a denúncia (fls. 113/114), e já iniciada a instrução contraditória, a combativa Defesa insurge-se, agora, em busca do trancamento da ação penal nº 1500045-86.2022.8.26.0315.

Sem razão, contudo.

Com efeito, como venho reiteradamente decidindo, o trancamento da ação penal (ou afastamento de imputação), por meio de *habeas corpus*, somente tem cabimento em situações excepcionais, quando ficar bem evidenciado, desde logo, sem necessidade de exame mais profundo de provas que já se encontram nos autos, que há ausência de justa causa para a tramitação do inquérito ou da ação penal.

De fato, somente se justifica a concessão do *habeas corpus* por falta de justa causa para a ação penal, quando ela é patente, ou seja, quando a ilegalidade é evidenciada pela simples exposição dos acontecimentos, com reconhecimento de que os fatos alegados estão ao completo desamparo de qualquer indício de autoria, de que há imputação de fato atípico ou da ausência de qualquer elemento indiciário que fundamente a acusação, situações que não se verificam na hipótese dos autos, em que os fatos narrados apresentam plausibilidade - e, portanto, devem ser devidamente apurados.

Realmente, a apreensão de grande quantidade e variedade de entorpecentes - 326 "pinos" com *cocaína* (46,17 gramas), 02 porções de *cocaína* (125,04 gramas), 291 porções de *crack* (4,75 gramas), e 261 porções de *maconha* (575,12 gramas) -, aliada aos depoimentos dos agentes que realizaram a diligência (fls. 103/104), laudo toxicológico (fls. 32/38 da origem) e boletim de ocorrência respectivo (fls. 98/102), evidenciam a materialidade do delito e constituem elementos indiciários suficientes para a persecução penal (justa causa).

Nesse passo, ao revés do que quer fazer crer a Defesa, não há falar em ilicitude das provas colhidas durante a apreensão das drogas, ao argumento de que as denúncias anônimas não justificariam a diligência policial.

Ora, na rotina judiciária são constantes os depoimentos dando conta de que a prisão de infratores e o desbaratamento de organizações criminosas só foi possível porque os policiais tiveram informações e notícias anônimas do envolvimento dos agentes nos crimes. O caso dos autos não foge à regra, não podendo o Juiz criminal ignorar esse aspecto, nem perder de vista que a atua-

Acesso ao Sumário

ção de traficantes e indivíduos ligados a esquemas criminosos é quase sempre sigilosa, e que, bem por isso, a repressão a tais delitos depende muito de informações anônimas, provindas de pessoas que têm fundado receio de se envolver. Aliás, não raras vezes, o informante chega a ser identificado, porém, por razões mais do que óbvias, solicita ao agente da lei que sua identidade permaneça no anonimato.

Não se olvide, ainda, que o art. 5º, § 3º, do CPP, estabelece que *"Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial"*. E que a denúncia anônima é a base de serviços públicos como o Disque-Denúncia.

Realmente, a denúncia anônima pode ser usada para dar início a diligências preliminares com o objetivo de apurar os fatos nela referidos a fim de, posteriormente, servir de base para a persecução penal, exatamente como ocorreu na espécie, em que os agentes de segurança foram averiguar a procedência de inúmeras notícias de tráfico, deparando com **FLÁVIA** na área externa da residência, em posse de entorpecentes e outros petrechos próprios para a traficância. Nesse sentido a jurisprudência: *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.* ***ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DENÚNCIA ANÔNIMA IMPUTANDO A PRÁTICA DE ILÍCITOS. REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PRELIMINARES PARA A APURAÇÃO DA VERACIDADE DAS INFORMAÇÕES. NULIDADE INEXISTENTE.*** *ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DESTA CORTE SUPERIOR. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N.º 83 DA SÚMULA DO STJ. 1.* ***Este Sodalício, com supedâneo em entendimento adotado por maioria pelo Plenário do Pretório Excelso nos autos do Inquérito 1957/PR, tem entendido que a notícia anônima sobre eventual prática criminosa, por si só, não é idônea para a instauração de inquérito policial ou deflagração da ação penal, prestando-se, contudo, a embasar procedimentos investigativos preliminares em busca de indícios que corroborem as informações, os quais tornam legítima a persecução criminal estatal.*** *2. O Tribunal de origem, ao reconhecer a licitude da prova aludida, consignou que no caso em análise foram realizadas diligências para averiguar os fatos noticiados outrora sob o anonimato. (...) 3. Agravo regimental a que se nega provimento.* (STJ - AgRg no AREsp 729.277/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 09/08/2016, DJe 26/08/2016). Na mesma linha: STJ - RHC 49.496/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 15/09/2016, DJe 23/09/2016; STF - HC 133148, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 21/02/2017, Processo Eletrônico DJe-289 Divulg. 14-12-2017 Public. 15-12-2017).

Acesso ao Sumário

Assim, no caso dos autos, as denúncias anônimas recebidas eram plenamente capazes de ensejar as diligências preliminares tomadas na origem, que permitiram a apreensão de grande quantidade de drogas, em situação flagrancial (flagrante perfeito, art. 302, I, CPP). Destarte, não há como negar que as denúncias anônimas tinham foro de verdade, tanto que os policiais, embora não tenham logrado prender em flagrante a paciente - que fugiu, pulando o muro de sua própria casa -, encontraram entorpecentes no quintal da residência, bem como em seu interior.

Note-se, outrossim, que os crimes relacionados a drogas são permanentes, ou seja, exaurem-se com o simples ato de portar, trazer consigo, guardar, possuir, etc., a substância entorpecente que cause dependência física ou psíquica. Assim, no caso dos autos, sob qualquer prisma que se observe a questão, é certo que a paciente, embora tenha logrado fugir da captura, encontrava-se em flagrante delito desde o momento em que passou a guardar e ter em depósito os entorpecentes referidos, contexto apto a ensejar, licitamente, a busca domiciliar realizada.

De fato, os agentes de segurança, que já vinham investigando a paciente havia algum tempo, receberam nova denúncia anônima dando conta de que, naquele dia, **FLÁVIA** teria em depósito mais entorpecentes prontos para a comercialização. Diante disso, se dirigiram para o local indicado e lá depararam com a paciente nos fundos do corredor da residência, a qual, ao notar a presença da guarnição, pulou o muro da própria casa e se evadiu correndo. Então, diante das fundadas suspeitas, os policiais entraram pelo corredor, mas não conseguiram alcançar **FLÁVIA**, notando, por outro lado, que na área da residência havia uma sacola com *eppendorfs* vazios (comumente usados para embalar drogas), bem como 02 porções de *cocaína*. Os agentes ainda sentiram um forte odor de entorpecentes, pelo que divisaram pela janela do quarto (situada naquele mesmo corredor) uma caixa grande que continha mais pinos vazios, alguns petrechos para embalar drogas, além de 02 celulares e as inúmeras porções de drogas já prontas para a comercialização (326 "pinos" com *cocaína*, 291 porções de *crack* e 261 porções de *maconha*), pelo que adentraram no imóvel para apreender tais produtos.

Esse contexto é, a meu aviso, suficiente para fundar suspeitas concretas de que a residência era palco de um delito em situação flagrancial, pois, rememore-se, pesavam contra a acusada diversas denúncias a respeito do comércio espúrio, tendo ela fugido de sua própria casa ao notar a mera presença policial, comportamento que, força convir, não se vê nos cidadãos pautados pela legalidade. E, para espancar qualquer dúvida, ainda no corredor da residência foram encontrados entorpecentes, sendo visualizado, pela janela do quarto, que no interior do imóvel havia mais drogas e embalagens vazias para armazenar os

Acesso ao Sumário

estupefacientes.

Portanto, havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para que os agentes da lei ingressassem no imóvel sem mandado de judicial.

Desse modo, independentemente de dispor ou não a polícia de mandado de busca e apreensão, havendo fundadas suspeitas da ocorrência de crime permanente nas dependências da casa, como no caso em questão, pode a diligência ser feita a qualquer hora, sem que isso signifique violação à garantia constitucional de inviolabilidade do domicílio (art. 5º, inc. XI, da CF) e, por conseguinte, se constitua em prova ilícita, inadmissível no processo por força do artigo 5º, inciso LVI, da Carta Magna.

Importante anotar, a propósito, que o Col. Supremo Tribunal Federal fixou, em repercussão geral (Tema 280), a seguinte tese:

"Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protrai no tempo. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos flagrante delito, desastre ou para prestar socorro a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4. Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. 6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em

Acesso ao Sumário

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. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso" (RE n. 603.616, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Plenário, DJe 10.5.2016).

Portanto, havendo fundadas suspeitas da ocorrência de flagrante delito de natureza permanente, é perfeitamente legítimo o ingresso de policiais na residência, sem mandado judicial, a qualquer hora, inclusive no período noturno.

Nesse sentido a jurisprudência majoritária e atual da Corte Suprema:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSUAL PENAL. INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO: INC. XI DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ***BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR SEM MANDADO JUDICIAL EM CASO DE CRIME PERMANENTE. POSSIBILIDADE.*** *TEMA 280 DA REPERCUSSÃO GERAL.* ***AFRONTA À INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO NÃO EVIDENCIADA.*** *RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO"* (STF - RE 1.447.939/SP - Rel. Min. Cármen Lúcia, julg. 16/08/2023, g.n.).

"A posse de drogas para fins de tráfico constitui crime permanente e autoriza, devido ao estado de flagrância, o ingresso no domicílio independentemente de mandado" (STF - RHC 213852 AgR, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 30/05/2022, publicado em 01/06/2022)).

"DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ***TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. INVASÃO DE DOMICÍLIO. INOCORRÊNCIA. FUNDADAS RAZÕES. DENÚNCIA ANÔNIMA.*** *ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL PERTINENTE E REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 279/STF. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.*

1. O acórdão proferido pelo Tribunal estadual está alinhado com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ao julgar o RE 603.616-RG (Tema 280), Rel. Min. Gilmar Mendes.

2. ***Esta Corte fixou entendimento no sentido de que é possível 'a deflagração da persecução penal pela chamada denúncia anônima, desde que esta seja seguida de diligências realizadas para averiguar os fatos nela noticiados antes da instauração do inquérito policial'*** *(HC 108.147, Relª. Minª. Cármen Lúcia, Segunda Turma). Precedente.*

Acesso ao Sumário

3. Para chegar à conclusão diversa do acórdão recorrido, imprescindíveis seriam a análise da legislação infraconstitucional pertinente e uma nova apreciação dos fatos e do material probatório constante dos autos (Súmula 279/STF), o que é inviável em recurso extraordinário.

4. Agravo regimental a que se nega provimento" (RE n. 1.428.792-AgR, Relator Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 3.5.2023, g.n.).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ***TRÁFICO DE DROGAS. PRESENÇA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS MÍNIMOS A INDICAR FUNDADAS RAZÕES DA OCORRÊNCIA DE FLAGRANTE DELITO DE NATUREZA PERMANENTE. LICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS DURANTE A ENTRADA EM DOMICÍLIO****. ACÓRDÃO RECORRIDO EM DESCONFORMIDADE COM AS DIRETRIZES ESTABELECIDAS POR ESTA SUPREMA CORTE NO RE 603.616-RG, TEMA 280, REL. MIN. GILMAR MENDES, DJE DE 10/5/2016. AGRAVO E RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDOS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO"* (ARE n. 1.411.272-AgR, Relator Ministro Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe 17.2.2023, g.n.).

"AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECIFICADA. ALEGADA VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM A TESE FIXADA NO RE 603.616 (TEMA N. 280/RG). NECESSÁRIO REEXAME DO CONJUNTO FÁTICOPROBATÓRIO. ENUNCIADO N. 279 DA SÚMULA DO SUPREMO. (...)

2. ***Nos crimes de natureza permanente - tráfico de entorpecentes, na espécie -, cuja situação de flagrância se protrai no tempo, é dispensável a apresentação de mandado judicial para o ingresso forçado na residência do acusado desde que a medida esteja amparada em fundadas razões*** *(Tema n. 280/RG).*

3. Dissentir da conclusão alcançada pelo Colegiado de origem - ausência de desrespeito à inviolabilidade de domicílio - demandaria revolvimento dos elementos fático-probatórios. Incidência do enunciado n. 279 da Súmula do Supremo.

4. Agravo interno parcialmente conhecido e, na parte conhecida, desprovido" (RE n. 1.382.780-AgR, Relator Ministro Nunes Marques, Segunda Turma, DJe 11.11.2022).

Nessa mesma linha também as decisões monocráticas transitadas em julgado proferidas no Recurso Extraordinário n. 1.246.146, Relator o e. Ministro Roberto Barroso, DJe 19.12.2019; no Recurso Extraordinário n. 1.305.690, Relator o e. Ministro Roberto Barroso, DJe 2.12.2020; e no Recurso Ordinário em

Acesso ao Sumário

Habeas Corpus n. 209.688, Relatora a e. Min. Cármen Lúcia, DJe 9.12.2021.

É necessário ter em mente, ainda, como bem enfatizado pelo e. Ministro Alexandre de Moraes no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.430.436, que *"o entendimento adotado pelo STF impõe que os agentes estatais devem nortear suas ações, em tais casos, motivadamente e com base em elementos probatórios mínimos que indiquem a ocorrência de situação flagrante.* ***A justa causa, portanto, não exige a certeza da ocorrência de delito, mas, sim, fundadas razões a respeito****"* (DJe 6.6.2023, g.n.).

Em suma, como visto acima, o C. Supremo Tribunal Federal, em hipóteses idênticas à dos autos, tem afastado a alegação de ilicitude de provas quando há justa causa para o ingresso na residência.

E, no caso em análise, como já se acentuou, o contexto fático anterior ao ingresso dos policiais no imóvel no qual foram apreendidas as drogas indicava, para além da dúvida razoável, que o local estava sendo palco de um delito.

Dessa forma, não há que se falar que a apreensão das drogas decorreu do ingresso ilícito na residência da ré, tanto mais porque as "fundadas suspeitas" acabaram por se revelar verdadeiras, já que os agentes de segurança entraram no imóvel e localizaram grande quantidade de drogas e apetrechos comumente utilizados para o preparo de entorpecentes, o que, na linha do exposto acima, não ofende a garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio.

E nem se alegue que há ilegalidade decorrente da atuação de guarda municipal nas diligências investigativas.

Ora, a investigação foi conduzida pela Polícia Civil, no efetivo exercício de sua função precípua, contando com a atuação do policial civil Luciano Cleber Nunes. Logo, as diligências investigativas reclamadas não foram executadas unicamente pelo guarda civil Marcelo Ghiraldi, que, segundo consta da inicial, presta seus serviços junto à Delegacia de Polícia em razão do reduzido quadro funcional daquele órgão.

Isso, por si só, já bastaria para afastar a insinuada ilegalidade decorrente da atuação do referido GCM, mas, para espancar qualquer dúvida, importa lembrar que o C. Supremo Tribunal Federal assentou recentemente, com o julgamento da ADPF 995, que as Guardas Municipais integram, efetivamente, o sistema de segurança pública, de modo que a sua atuação na prevenção e repressão da prática de crimes não pode ser tida por ilícita, mas, em verdade, reflete o exercício do seu dever funcional em prol da tutela de um bem maior, a segurança coletiva.

De fato, assim constou da súmula do referido julgamento, concluído em 28/08/2023, conforme consulta ao sítio eletrônico da Corte Suprema: *" Tribunal,*

Acesso ao Sumário

por maioria, conheceu da arguição, convolou o julgamento da medida cautelar em julgamento definitivo da ADPF e, no mérito, julgou procedente a presente ADPF, para, nos termos do artigo 144, § 8º, da CF, conceder interpretação conforme à Constituição ao artigo 4º da Lei 13.022/14 e ao artigo 9º da 13.675/18 ***declarando inconstitucional todas as interpretações judiciais que excluem as Guardas Municipais, devidamente criadas e instituídas, como integrantes do Sistema de Segurança Pública****, tudo nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber (Presidente), que não conheciam da arguição, e os Ministros André Mendonça, Cármen Lúcia e Nunes Marques, que não conheciam da arguição e, vencidos, divergiam do Relator para, no mérito, julgar procedentes, em parte, os pedidos, nos termos de seus votos."* (Plenário, Sessão Virtual de 18.8.2023 a 25.8.2023 - acórdão ainda pendente de publicação).

Esse entendimento, aliás, não é novo, e apenas reforça a ótica do Pretório Excelso sobre a natureza da atuação das Guardas Municipais, tanto que, quando do julgamento do RE 846854 (Tema 544), aquela Corte já deixou assentado que *"[...] As Guardas Municipais executam atividade de segurança pública (art. 144, § 8º, da CF), essencial ao atendimento de necessidades inadiáveis da comunidade [...]"* (Tribunal Pleno, Redator do Acórdão: Min. Alexandre de Moraes, j. 01/08/2017, DJe 07/02/2018).

Assim, a jurisprudência do Col. Supremo Tribunal Federal, aliada aos expressos termos do art. 9º, VII, da Lei nº 13.675/2018 (que instituiu o Sistema Único de Segurança Pública), não deixa dúvida de que a Guarda Municipal integra o sistema de segurança, podendo, portanto, *"colaborar, de forma integrada com os órgãos de segurança pública, em ações conjuntas que contribuam com a paz social;"* (art. 5º, IV, da Lei nº 13.022/2014, que estabelece o estatuto geral das Guardas Municipais).

Nesta linha de conta, é evidente, no caso dos autos, que as diligências investigativas tomadas pelo guarda municipal em conjunto com o policial civil não extrapolaram os limites da competência do primeiro, não resultando, portanto, em qualquer ilegalidade. Em verdade, a atuação conjunta do GCM e do policial civil se deu no estrito cumprimento do mister legal deles, que visa garantir a segurança pública por meio da prevenção da prática de crimes, contribuindo, assim, para a paz social.

Assentada, assim, a legalidade da atuação funcional do guarda civil na persecução do crime em comento, convém destacar que a existência de outras ocorrências policiais com circunstâncias semelhantes, ao revés do que quer fazer crer a Defesa, não causa qualquer estranheza, nem indica a atuação ilegal do GCM. Com efeito, a prática forense revela que o *modus operandi* dos criminosos é muitas vezes semelhante, especialmente em crimes da mesma natureza

Acesso ao Sumário

e, por vezes, a atuação policial também se repete, o que, por si só, não desperta qualquer desconfiança sobre a probidade da persecução. Assim, não tendo a Defesa demonstrado concretamente, por meio de prova pré-constituída, que o GCM agiu de maneira ilegal na diligência dos autos, é irrelevante que haja similitude entre as investigações da ação penal de origem com outras ocorrências, que também cuidam de tráfico de drogas (fls. 116/235).

Diante desse quadro, não há que se falar em prova ilícita, não se vislumbrando, ademais, qualquer prejuízo à paciente ou à sua Defesa, sem o que, como é cediço, torna-se impossível declarar qualquer nulidade (*pas de nullité sans grief*), conforme as diretrizes expostas nos artigos 563 e 566, ambos do Código de Processo Penal. Neste sentido, é o entendimento do Excelso Pretório: *"A posição firme desta Corte é no sentido de que as nulidades alegadas, para serem reconhecidas, pressupõem a comprovação do prejuízo, nos termos do artigo 563 do Código de Processo Penal, não podendo esse ser presumido, a fim de se evitar um excessivo formalismo em prejuízo da adequada prestação jurisdicional. Cuida-se de aplicação do princípio cognominado de "pas de nullité sans grief", aplicável tanto a nulidades absolutas quanto relativas.* (STF - RHC 159.674 - Rel. Min. Luiz Fux, DJU 26/09/2018). *"O Supremo Tribunal Federal tem uma jurisprudência consolidada no sentido de que não se proclama nulidade sem a comprovação de prejuízo. Isso porque "O princípio do pas de nullité sans grief exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, podendo ser ela tanto a nulidade absoluta quanto a relativa, pois não se decreta nulidade processual por mera presunção" (HC 132.149-AgR, Rel. Min. Luiz Fux)."* (STF - AgR no HC 154.830 - Rel. Min. Roberto Barroso, DJU 06/08/2018).

Sendo assim, a ação deverá prosseguir para apuração devida dos fatos, pois, de uma simples leitura dos autos, não se vislumbra o apontado constrangimento ilegal. Somente durante a instrução do feito se poderá obter um juízo de valor quanto às questões deduzidas na peça acusatória. De fato, o Juízo do feito, ante o contato direto com as partes envolvidas, é quem terá melhores condições de analisar a situação ora posta sob exame, não se podendo na via sumária do remédio heroico proceder a uma análise profunda da questão. Além disso, no curso da demanda a paciente terá assegurado amplo direito de defesa e eventual inconformismo sempre contará com a via recursal apropriada.

À luz do exposto, conheço parcialmente da impetração, denegando a ordem na parte conhecida.

Acesso ao Sumário

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Mandado de Segurança Criminal nº 2138811-03.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante PATRICIA HELENA RODRIGUES SALAMA, é impetrado COLENDA 3ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL.

ACORDAM, em 2º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a segurança. V. U. Sustentou oralmente o Ilmo. Defensor, Dr. Rodrigo Campos Hasson Sayeg e usou a palavra o Exmo. Procurador de Justiça, Dr. Marco Antonio Marcondes Pereira", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 59.138)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente), CAMILO LÉLLIS, EDISON BRANDÃO, ROBERTO PORTO, PINHEIRO FRANCO e FARTO SALLES.

São Paulo, 29 de agosto de 2023.

EUVALDO CHAIB, Relator

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA – CRIMES DE RESPONSABILIDADE E DE FRAUDE À LICITAÇÃO ENVOLVENDO O PREFEITO DO MUNICÍPIO DE TAQUARITINGA – PRETENDIDO O DESBLOQUEIO PARCIAL OU TOTAL DE VALORES SEQUESTRADOS A PEDIDO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – INCIDÊNCIA DA SÚMULA 267 DO E. STF – PRETENSÃO AINDA PENDENTE DE ANÁLISE NO FEITO ORIGINÁRIO – PRUDENTE AGUARDAR A MANIFESTAÇÃO DO EMINENTE RELATOR SORTEADO – VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO DEMONSTRADA – SEGURANÇA DENEGADA.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por PATRÍCIA HELENA RODRIGUES SALAMA, contra ato do Meritíssimo Juízo da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Comarca de SÃO PAULO, nos autos de Processo nº 0025679-07.2020.8.26.0000.

Em breve síntese, objetiva o desbloqueio total ou parcial dos valores de sua conta corrente, decorrente de deferimento de medida cautelar de sequestro pleiteada pelo Ministério Público no oferecimento da denúncia, imputando-lhe a suposta prática do crime previsto no artigo 90 da Lei nº 8.666/93. Alega não haver provas de enriquecimento ilícito, enaltecendo o desfecho da Ação Civil Pública nº 1001693-90.2020.8.26.0619 que, categoricamente, concluiu pela inexistência de dolo e de dano ao erário público. Ressalta, também, que num primeiro momento, muito embora a C. Turma Julgadora tenha recebido a inicial acusatória, por votação unânime, afastou a medida cautelar objetivada pelo órgão acusatório. Contudo, após a oposição de aclaratórios que acarretou a anulação do julgado, foi proferida nova decisão, dessa vez, por maioria de votos, em que o Desembargador RUI ALBERTO LEME CAVALHEIRO, então 4º Juiz, acolheu a pretensão ministerial *in totum*. Destaca que a modificação do entendimento anterior importa em clara *reformatio in pejus*, além de violar o princípio da presunção de inocência. Enaltece, ainda, não existir nos autos qualquer elemento mínimo a indicar que os denunciados na ação principal irão se furtar a eventual aplicação da lei penal. Aduz, outrossim, que é empresária e, antes mesmo da ocorrência do trânsito em julgado, está sendo absurdamente tratada como criminosa, quando, na verdade, seu único envolvimento nos fatos é ser casada com o corréu SÉRGIO. Por fim, afirma que os valores bloqueados em sua conta corrente extrapolam os limites do que foi postulado na peça vestibular, bem como a providência está prejudicando o sustento de sua família, até mesmo diante do quadro de saúde debilitado de seu esposo. Requer, assim, a concessão da segurança para que a r. decisão atacada seja cassada.

A liminar foi indeferida pelo eminente Desembargador CAMILO LÉLLIS, no impedimento ocasional desta Relatoria (fls. 1.141/1.145).

Prestadas as informações pelo eminente Desembargador Relator ÁLVARO CASTELLO (fls. 1.156/1.161), o douto Procurador de Justiça Dr. Mário Antônio de Campos Tebet, opina pelo não conhecimento da impetração e, se conhecida, pela denegação da ordem (fls. 1.164/1.169).

É o relatório.

A pretensão deduzida não comporta acolhimento.

Conforme noticiado pelo eminente Desembargador ÁLVARO CASTELLO, Relator da Ação Penal originária (processo nº 0025679-07.2020.8.26.0000),

Acesso ao Sumário

em 25/11/2020, o Ministério Público ofereceu denúncia contra VANDERLEI JOSÉ MÁRSICO, MÁRIO MANOEL FERREIRA SANTOS JUNIOR, ADAUTO LUIS MALAGUTTI, ANDRÉA JUNQUEIRA, DENIS GONÇALVES BORGES, SÉRGIO PETRO SALAMA JÚNIOR, PATRÍCIA HELENA RODRIGUES SALAMA E ORLANDO DA SILVA JÚNIOR.

Especificamente em relação à PATRÍCIA HELENA, foi imputada a suposta prática do crime previsto no artigo 90 da Lei nº 8.666/93.

No bojo da peça vestibular, ainda, o parquet pleiteou o sequestro de bens e valores dos acusados, no montante de R$ 186.293,19 (cento e oitenta e seis mil, duzentos e noventa e três reais e dezenove centavos).

O feito foi distribuído em 13/08/2020, sendo determinada a juntada de certidão de objeto e pé dos autos nº 1001693-90.2020.8.26.0619, a fim de que o pedido fosse adequadamente apreciado.

Em 18/03/2021, considerando que os requisitos para a concessão da medida cautelar já haviam sido analisados na Ação Civil Pública nº 1001693-90.2020.8.26.0619, o eminente Juiz Substituto em Segundo Grau GILBERTO FERREIRA DA CRUZ, que auxiliava a C. 3ª Câmara de Direito Criminal, entendeu ser necessária a formação do contraditório, determinando que os denunciados apresentassem resposta, no prazo de 15 (quinze) dias.

Com a vinda das respectivas defesas prévias, a douta Procuradoria de Justiça se manifestou no sentido de que a inicial acusatória fosse recebida, afastando-se, por conseguinte, as teses levantadas pelos denunciados.

Em Sessão de Julgamento Permanente e Virtual realizada aos 09/12/2022, a C. 3ª Câmara de Direito Criminal, por votação unânime, recebeu a denúncia e indeferiu a medida cautelar objetivada pelo Ministério Público.

Ocorre que, ao julgar os aclaratórios opostos pelas defesas, o julgamento foi declarado nulo, sendo determinada a realização de outro, dessa vez pelo sistema telepresencial, a fim de que fosse possibilitada sustentação oral pelos patronos dos denunciados.

Acesso ao Sumário

Nesse novo julgamento, realizado em 18/04/2023, a C. 3ª Câmara de Direito Criminal, por votação unânime, indeferiu o pedido de desmembramento do feito no tocante aos coinvestigados e recebeu e denúncia, bem como, por maioria de votos, deferiu a medida cautelar de sequestro de bens e valores formulada pelo Ministério Público, com voto vencedor da lavra do eminente Desembargador RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO (4º Juiz).

Esta é a r. decisão ora impugnada.

Sem razão a impetrante, todavia.

Como cediço, o mandado de segurança não se presta ao fim pretendido, uma vez que existe recurso próprio para atacar o r. *"decisum"* impugnado, sendo a legislação aplicável, aliás, expressa a respeito (artigo 5º, inciso II, da Lei nº 12.016/2009).

Veja-se também o enunciado da Súmula nº 267 do Excelso Pretório: *"Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição"*.

Nesse sentido, oportuno destacar fortes precedentes desta C. Câmara Criminal: *"MANDADO DE SEGURANÇA Restituição de valores apreendidos Alegação de que o impetrante não tinha ciência do "esquema criminoso" - Via inadequada do presente mandamus Necessidade de dilação probatória - Impugnação a ser feita por meio de apelação (art. 593, II, do CPP) Ademais, antes de transitar em julgado a sentença final, não poderão ser restituídos bens que interessam ao processo (art. 118 do CPP) - Segurança Denegada"* (MS nº 2004156-94.2023.8.26.0000, Des. EDSON BRANDÃO, jg. 07/03/2023).

"MANDADO DE SEGURANÇA - Pleito de restituição de veículos apreendidos em crime de tráfico de drogas. Decisão passível de ser atacada por meio da apelação criminal, sendo inadequada a via eleita. Inteligência da Súmula 267 do STF. Decisão revestida de acerto, pois não demonstrada cabalmente a licitude dos bens apreendidos. Segurança denegada" (TJSP, MS nº 2200012-69.2018.8.26.0000, Des. CAMILO LÉLLIS, jg. 23/10/2018).

Confira-se, também: *"É incabível o manejo de mandado de segurança nos casos em que há recurso próprio previsto na legislação processual, apto a resguardar a pretensão da parte, consoante o disposto no art. 5º, II, da Lei 12.016/2009 c/c art. 593, II, do CPP. Súmula 267/STF. 2. "O recurso adequado contra a decisão que julga o pedido de restituição de bens é apelação, sendo incabível a utilização de mandado de segurança como sucedâneo do recurso legalmente previsto"* (STJ, AgRg no REsp nº 1.885.595/PE, jg. 22/06/2021).

E a despeito do alegado, como bem pontuado pelo douto Procurador de Justiça em seu parecer, a pretensão de se vincular o resultado da ação civil pública ao processo penal, na espécie, carece de razoabilidade e de fundamento legal, a uma em razão da independência das esferas e da diversidade do conteúdo probatório, conforme se extrai do v. Acórdão proferido em 12/12/2022 pela C. 5ª Câmara de Direito Público desta E. Corte Bandeirante, a r. sentença invocada foi anulada para produção de nova prova pericial.

Impossível, ademais, a detida análise dos argumentos ora apresentados, ao passo que a via escolhida não permite dilação probatória.

E ainda que assim não fosse, é certo que a defesa de PATRÍCIA HELENA protocolou nos autos principais petição com pedido idêntico ao aqui formulado,

Acesso ao Sumário

inclusive, há manifestação do Ministério Público concordando com a constrição apenas dos valores, anuindo com o levantamento do sequestro dos demais bens.

Nessa quadratura, portanto, a prudência recomenda se aguardar a manifestação prévia do eminente Desembargador Relator acerca do pleito rogado.

Com efeito, não se constata, de toda a sorte, nenhuma arbitrariedade ou teratologia na r. decisão vergastada que, pelo contrário, fez valer a disposição expressa da legislação vigente.

Como sê vê, não restou demonstrada violação a direito líquido e certo a ser tutelada pela presente ação mandamental.

Diante do exposto, pelo meu voto, denega-se a segurança.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Criminal nº 2114472-77.2023.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é impetrante ITAÚ UNIBANCO S/A, é impetrado MM. JUIZ DE DIREITO 4 VARA CRIMINAL DE GUARULHOS.

ACORDAM, em 7º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NÃO CONHECERAM do presente mandamus que, ainda que conhecido, deveria levar à DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10.932)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARCELO SEMER (Presidente), AUGUSTO DE SIQUEIRA, HERMANN HERSCHANDER, WALTER DA SILVA, MARCO DE LORENZI, MOREIRA DA SILVA, MIGUEL MARQUES E SILVA e MARCELO GORDO.

São Paulo, 3 de outubro de 2023.

XISTO RANGEL, Relator

Ementa: Mandado de Segurança Criminal. Estelionato. Pretendida anulação de v. acórdão que determinou o trancamento do Inquérito Policial. Hipótese de não conhecimento. Incompetência deste órgão fracionário do TJSP para sua apreciação. Prevalece, no caso, a norma de competência da Constituição Fede-

Acesso ao Sumário

ral, qual seja, o art. 105, II, "a". Ato impugnado que cabe ser questionado na instância superior, no STJ. Tanto a regra do art. 74, III, da Constituição Estadual, como a do art. 37, §1º, do Regimento Interno do TJSP dizem respeito à apreciação de matéria de cunho administrativo. Precedentes. No mérito, a decisão impugnada está de acordo com a jurisprudência sobre o tema. Extinção da punibilidade que faz coisa julgada formal e material, de modo que não pode ser revista, independentemente do motivo. Precedentes. Mandado de segurança não conhecido e, ainda que conhecido, seria caso de denegação.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança criminal impetrado pelo Itaú Unibanco S/A, contra ato da C. 14ª Câmara de Direito Criminal do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, nos autos de n. 2124262-22.2022.8.26.0000, trancou o Inquérito Policial de n. 1623570-29.2018.8.26.0224.

Narra, o impetrante, que a pessoa de Anderson Alves, cliente do banco, foi vítima de operações fraudulentas em sua conta praticadas pela pessoa de Gleicy Janne Fernandes da Silva, em 16.10.2018, que efetuou compras via internet.

Ciente da fraude perpetrada, o Banco Itaú comunicou a autoridade policial, que designou agente público para acompanhar a entrega das mercadorias ao fraudador, juntamente com o funcionário dos Correios, para que assim fosse possível identificá-lo.

Conforme consta no histórico do boletim de ocorrência de fls. 02/05 dos autos 1623570-29.2018.8.26.0224: *(...) Informa o policial condutor que nesta manhã recebeu determinação superior para se dirigir até o imóvel situado junto ao local dos fatos, onde lá acompanharia a entrega de algumas mercadorias que seriam realizadas pelo funcionário do correio, sendo que tais mercadorias teriam sido compradas mediante pagamento de boleto do mercadopago.com, cuja origem dos valores seriam ilícitas haja vista que o banco Itaú teria ressarcido o cliente vítima e subrogado no direito de pleitear em juízo ação penal, para o banco Itaú teria feito o rastreamentos dos beneficiários das operações fraudulentas realizadas na conta do cliente ressarcido, onde apurou que um dos favorecidos teria sido o site MercadoLivre que intermediou a venda de três aparelhos celulares marca Apple, mercadorias essas que iriam ser entregues pelo correio no local dos fatos. Ao acompanharem o funcionário do correio junto ao*

Acesso ao Sumário

local dos fatos, o policial condutor abordou a indiciado Gleicy logo após ter se apresentado ao funcionário do correio como responsável pelo recebimento das mercadorias, para tanto a indiciado preencheu a lista do correio com seu numero de RG e sua assinatura, nesse momento o policial condutor indagou a indiciado Gleicy para quem estaria recebendo tais mercadorias, se residia no local dos fatos e se conhecia o destinatário Anderson Alves, quando a mesma afirmou aos policiais que residia no local, que estava recebendo tais mercadorias a pedido de seu irmão preso no Estado do Paraná, mas não conhecia o destinatário. Diante dos fatos o policial condutor deu voz de prisão à ora indiciada, conduzindo-a a esta delegacia, onde a autoridade policial tomando conhecimento dos fatos, ratificou a voz de prisão anteriormente dada, determinando a lavratura do auto flagrancial, recolhendo-a à disposição da justiça. Nada mais.

Ocorre que apresentada a ocorrência na delegacia de polícia, a autoridade capitulou a conduta como sendo crime de estelionato.

A investigação prosseguiu até a data de 12 de fevereiro de 2021, oportunidade na qual o *parquet* se manifestou da seguinte forma (fls. 174/175 dos autos 1623570-29.2018.8.26.0224: *(...) Embora verifique que as diligências requisitadas nos itens 4 e 5 da manifestação de fls. 56/57 não tenham sido cumpridas integralmente, registro que a partir da alteração trazida pela Lei 13.964/2019, que inseriu o § 5º ao artigo 171 do Código Penal, a natureza da ação penal passou a ser condicionada à representação do ofendido. Assim, tendo decorrido lapso temporal superior ao período de 06 (seis) meses, contado a partir da data de vigência da Lei nº. 13.964/2019, 23 de janeiro de 2020, sem que a vítima tenha oferecido representação, forçoso reconhecer que a punibilidade da investigada está extinta por força da decadência, com fundamento no artigo 107, inciso IV do Código Penal. Quanto ao valor da fiança (fls. 48 e 55), verifico que a investigada Gleicy Janne Fernandes da Silva, durante o cumprimento das medidas cautelares diversas da prisão, descumpriu, injustificadamente, uma das condições legais1,mudando de residência sem informar a este E. Juízo (cf. relatório de fls. 107), assim requeiro seja declarada a quebra da fiança, nos termos do artigo 343 do Código de Processo Penal. Quanto ao valor remanescente da fiança, requeiro a aplicação do artigo 347 do Código de Processo Penal.*

A tese de ausência de representação foi acolhida pelo Juízo de primeira instância, que na data de 15 de fevereiro de 2021 **julgou extinta a punibilidade de Gleicy Janne Fernandes da Silva**, com fundamento no artigo 107, inciso IV do Código Penal (fls. 177/178 dos autos 1623570-29.2018.8.26.0224).

Referida decisão transitou em julgado, conforme certidão de fls. 184 dos autos de origem.

Contra tal ato, o Banco impetrante insurgiu-se somente na data de 13 de

Acesso ao Sumário

dezembro de 2021, alegando, em apertada síntese, (i) que apesar da classificação da autoridade policial, a conduta praticada se amoldaria ao crime de furto qualificado mediante fraude e, portanto, não necessitaria de representação ou, (ii) ainda que se entendesse pelo estelionato, o banco vítima não foi intimado para ofertar sua representação, diante da alteração promovida pela Lei 13.964/2019, de modo que indevida a extinção da punibilidade da investigada (fls. 228/232 dos autos 1623570-29.2018.8.26.0224).

Sobre os pleitos, assim se manifestou o Ministério Público na data de 14 de dezembro de 2021 (fls. 235/236): *(...) A despeito das judiciosas manifestações lançadas pelo Banco requerente, é certo que já houve manifestação do titular da ação penal quanto à tipificação penal, de modo que, neste momento, descabe revisitar tal questão. Finalmente, nota-se que houve sentença penal extintiva da punibilidade, a qual não foi objeto de recurso no prazo legal. Assim, data vênia, operou-se trânsito em julgado, nada mais havendo a se deliberar a respeito. Portanto, manifesto-me pelo indeferimento dos pedidos formulados pela Instituição Financeira e, se nada mais houver a se deliberar, pugno pelo retorno dos autos ao arquivo.*

Ocorre que o Juízo de primeira instância, apesar da manifestação ministerial, entendeu que a conduta praticada pela investigada de fato se enquadraria com maior perfeição no crime de furto mediante fraude e, ainda que mantida a classificação como delito de estelionato, anotou que não houve nenhuma intimação pessoal para eventual representação do ofendido (fls. 238/241 dos autos 1623570-29.2018.8.26.0224): *(...) Como se percebe, é possível que a conduta ora apurada se enquadre na tipificação prevista no artigo 155, § 4º, incisos II do Código Penal. Ainda que assim não fosse, tratando-se de crime de estelionato, nesta sede perfunctória de intelecção, observa-se que não houve nenhuma intimação pessoal para eventual representação do ofendido. Destarte, embora se trate de sentença, observo nulidade absoluta passível de reconhecimento, na medida em que não poderia ter decorrido prazo de decadência, sem oportunidade para representação após a inovação legislativa. Ademais, a preclusão não permitiria nenhum recurso contra a sentença, impondo-se o reconhecimento da nulidade nessa sede. Ante o exposto, declaro nula a extinção de punibilidade, bem assim os atos posteriores, e determino nova vista ao MP para que, se entender cabível, manifeste-se pela intimação da vítima, pelo oferecimento da denúncia ou realização de demais diligências que entender pertinente. Se houver recusa, tornem-se os autos conclusos para análise de eventual aplicação do art. 28 do CPP.*

Acesso ao Sumário

Ciente de referida decisão, o Ministério Público apenas se manifestou pelo prosseguimento das investigações, conforme cota de fls. 246.

Sucede que **contra a decisão que revogou a extinção de sua punibili-**

dade, a defesa da investigada Gleycy Janne Fernandes da Silva impetrou *habeas corpus* perante este e. Tribunal de Justiça, distribuído ao ilustre Desembargador Walter da Silva, integrante da C. 14ª Câmara de Direito Criminal, sob o número 2124262-22.2022.8.26.0000.

O julgamento pelo colegiado se deu em 20 de outubro de 2022, oportunidade na qual foi **concedida a ordem para determinar o trancamento do inquérito policial em relação à paciente Gleycy Janne Fernandes da Silva, por votação unânime.**

Considerando que é contra referida decisão que se insurge o Banco Impetrante, tenho por importante transcrever neste momento os argumentos pelos quais a ordem foi concedida pelo Relator:

(...) Incabível a reversão da decisão que extinguiu a punibilidade da paciente.

Desde logo, registre-se que a sentença que declarou extinta a punibilidade da paciente foi proferida em 15 de fevereiro de 2021, fls. 153/154, e transitou em 22/02/2021 para a acusação, fls. 157, sendo que a petição do Banco Itaú requerendo a reversão da decisão de extinção de punibilidade foi protocolada apenas em 03/11/2021, fls. 162, apesar de ter a ciência e ter acompanhado o inquérito desde a lavratura do flagrante, fls. 11.

Destaque-se que a decisão de arquivamento do inquérito policial, só pode ser revertida em casos de arquivamento por insuficiência probatória, desde que novas provas surjam, conforme a inteligência do artigo 18 do Código de Processo Penal e a Súmula 524 do Supremo Tribunal Federal, tais situações geram apenas coisa julgada formal.

Contudo, há situações, que ensejam o arquivamento do inquérito policial, que são alcançadas pela coisa julgada material, como no caso do reconhecimento de causas extintivas da punibilidade.

Destarte, in casu, a reversão da decisão de extinção da punibilidade ofende a coisa julgada material e, consequentemente, a segurança jurídica, bem como traz em seu bojo natureza de revisão pro societate não autorizada no ordenamento jurídico pátrio.

Não bastasse isso, deve-se acrescentar que a capitulação da conduta é mister atribuído ao Ministério Público, como dominus litis, assim sendo, não há cogitar de alteração da decisão com base na capitulação da conduta atribuída pelos patronos do ofendido.

Restou claramente evidenciado da manifestação de fls. 150/151 que o Ministério Público entendeu tratar-se de crime de estelionato e como tal, passível de declaração da extinção da punibilidade em virtude da decadência, diante

Acesso ao Sumário

do não oferecimento de representação pelo ofendido no prazo legal (a contar da vigência da Lei nº 13964/19, que transformou o delito de estelionato em crime de ação penal pública condicionada à representação).

Ademais, mesmo o MM. Juízo a quo não discordou do entendimento da Promotoria Pública, pois, ao invés de remeter os autos à d. Procuradoria Geral de Justiça (nos termos do artigo 28 do Código de Processo Penal), decidiu por declarar a extinção da punibilidade.

Acrescente-se que a alegação de que o Banco Itaú não foi intimado para o oferecimento da representação não o socorre, pois tal situação não se sobrepõe à coisa julgada material e à vedação de revisão pro societate do ordenamento processual penal pátrio.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO. 1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes. 2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal. TENTATIVA DE HOMICÍDIO SIMPLES. ARQUIVAMENTO DO PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO EM QUE SE APUROU A PRÁTICA DE LESÕES CORPORAIS RECÍPROCAS EM RAZÃO DA PRESENÇA DE CAUSA EXTINTIVA DA PUNIBILIDADE. REQUERIMENTO DE REABERTURA DO INQUÉRITO DEFERIDO PELO MAGISTRADO SINGULAR. OFENSA Á COISA JULGADA MATERIAL, COAÇÃO ILEGAL CARACTERIZADA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. 1. Nos termos do artigo 18 do Código de Processo Penal e do verbete 524 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, a decisão de arquivamento do inquérito por insuficiência probatória não gera coisa julgada material, sendo possível a reabertura das investigações se surgirem novos elementos de convicção. 2. No caso dos autos, o que ensejou o arquivamento do inquérito policial não foi a ausência de provas, mas sim a presença de uma causa extintiva da punibilidade, tratando-se de decisão que faz coisa julgada material e impede a reabertura do procedimento apuratório. Doutrina. Precedentes do STJ e do STF. 3. Havendo decisão que extinguiu a punibilidade do paciente e determinou o arquivamento dos autos, não se pode admitir que, posteriormente, o magistrado acolha requerimento do outro envolvido na ocorrência em que apurou a prática de lesões corporais recíprocas, argumentando que não tinha conhecimento do significado do termo representação, e determine a reabertura das investigações, sob pena de violação à coisa julgada material.

Acesso ao Sumário

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar o trancamento da ação penal instaurada contra o paciente. (HC 307.562/RS, Min. JORGE MUSSI, 5ª Turma, julgado em 07/03/2017) grifo nosso.

Nessas condições, de rigor o trancamento do inquérito policial em relação à paciente GLEYCY JANNE FERNANDES DA SILVA, para preservação da coisa julgada, ***respeito à proibição de revisão pro societate*** *e manutenção da estabilidade e segurança jurídica. Assim, CONCEDO A ORDEM para determinar o trancamento do inquérito policial em relação à paciente GLEYCY JANNE FERNANDES DA SILVA.*

Como dito, é contra referido julgado que o Banco Itaú impetrou o presente mandado de segurança. Argumenta, em apertada síntese, que a ordem de trancamento do procedimento jamais poderia ter sido concedida, pois caberia à investigada se socorrer do recurso em sentido estrito, previsto para os casos em que se indefere o pedido de reconhecimento da prescrição ou de outra causa extintiva da punibilidade. Sustenta ainda que tanto o Juízo de primeira instância quanto o *parquet* anuíram à nova classificação da conduta ofertada pelo Banco vítima, pois, enquanto o magistrado reverteu a decisão de extinção da punibilidade, o órgão ministerial não se insurgiu a respeito, requisitando, inclusive, o prosseguimento das investigações. E, ainda que se mantenha o entendimento que se trata de crime de estelionato, o impetrante afirma que foi devidamente reconhecido pelo Juízo de primeira instância que a vítima não foi efetivamente intimada para oferecer representação. De forma subsidiária, argumenta que a representação dispensa maiores formalidades, sendo certo que foi o próprio banco quem comunicou os fatos à autoridade policial e solicitou sua intervenção, de modo que, ainda que inexistente nova representação após o advento da *novatio legis*, seu comportamento durante as investigações já se mostraria suficiente para extrair o interesse no prosseguimento do feito.

Assim, ao final, pugna *(...) (i) seja reconhecida a nulidade do Acórdão ora impugnado, vez que decidiu sobre impetração quando cabível recurso próprio e que não foi interposto pela Defesa técnica da investigada; (ii) seja reformado o Acórdão, pois (ii.i) o foi fundado em premissa divorciada da realidade (especial destaque aqui para a anuência expressa do i. Representante do Ministério Público com o entendimento do d. Juízo de 1º Grau, o que tornou desnecessária a remessa do feito ao i. Procurador-Geral de Justiça) e, ainda por cima, negou a correta vigência ao quanto disposto no art. 28 do Código de Processo Penal (notadamente porque tudo que fez o d. Juízo de 1º Grau foi, justamente, zelar por referido dispositivo); (ii.ii) não há que se falar em trânsito em julgado, posto que não há certidão que aponte a intimação do Paciente para que tomasse de nenhuma das decisões contrárias ao seu pleito (isto é, do Acórdão ora impugnado, da decisão do d. Juízo de 1º Grau que reconheceu a decadência e,*

Acesso ao Sumário

menos ainda, da r. Decisão que deu cumprimento àquele Acórdão); (ii.iii) ainda que se imagine que a capitulação adequada seja o estelionato, bem se sabe que a representação pode se verificar de simples notitia criminis feita pela vítima, como se viu no presente caso.

Em parecer de fls. 130/137, a PGJ manifestou-se pela denegação da ordem.

Houve oposição ao julgamento virtual (fls. 16).

É o breve relatório.

Preliminarmente, a análise exauriente da matéria revela que o presente *mandamus* nem merece ser conhecido, haja vista a absoluta incompetência deste órgão fracionário do TJSP para sua apreciação.

A despeito das considerações feitas pela impetrante ao interpor agravo regimental contra a decisão que inicialmente não conhecia sua pretensão (vide fl. 109/114), prevalece, no caso, a norma de competência da Constituição Federal, qual seja, o art. 105, II, "a".

Assim, o ato impugnado cabe ser questionado na instância superior, no STJ.

Tanto a regra do art. 74, III, da Constituição Estadual, como a do art. 37, §1º, do Regimento Interno do TJSP dizem respeito à apreciação de matéria de cunho administrativo.

A propósito, cabe citar recente julgado deste e. Tribunal de Justiça, de relatoria do Exmo. Des. Laerte Marrone:

Mandado de segurança hostilizando acórdão de Câmara Criminal que negou provimento a recurso de agravo em execução. 1. Não cabimento do mandado de segurança (cuja admissibilidade como instrumento de contraste de decisão jurisdicional é excepcional). 2. Temática (questão discutida no recurso) que já não é mais de competência desta Corte, que esgotou sua atividade jurisdicional na matéria. 3. Interpretação do artigo 37, par. 1º, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo. O dispositivo há de ser interpretado restritivamente, a fim de guardar sintonia com a sistemática processual, de modo a evitar a compressão de que instituiu, à revelia da lei processual, um instrumento que permite a um órgão da Corte reavaliar a decisão de um outro órgão colegiado do mesmo Tribunal. Isso significa dizer que o manejo do "mandamus" é vedado no caso de a decisão ter a natureza jurídica de acórdão (como decisão colegiada proferida por ocasião do julgamento de um recurso ou de uma ação, previstas na lei processual). Ordem denegada. (TJSP; Mandado de Segurança Criminal 2185809-29.2023.8.26.0000; Relator (a): Laerte Marrone; Órgão Julgador: 1º Grupo de Direito Criminal; São Paulo/DEECRIM UR1 - Unidade

Acesso ao Sumário

Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 1ª RAJ; Data do Julgamento: 25/08/2023; Data de Registro: 25/08/2023)

De acordo com o voto do i. Desembargador:

(...) 4. Tal como explanado acima, o presente "writ" hostiliza acórdão da 2ª Câmara de Direito Criminal que desproveu agravo em execução tirado por um dos impetrantes contra decisão do juiz da execução que limitara a visita da impetrante Angélica, ao impetrante Éder (preso), no sentido de que fique restrita ao parlatório.

5. O "writ" avulta como remédio processual inadequado na espécie.

A utilização do mandado de segurança como instrumento processual para hostilizar decisão judicial constitui medida excepcional. Neste passo, em regra, não se admite o manejo do mandado de segurança contra ato jurisdicional quando houver a previsão de recurso, ou seja, como sucedâneo deste (Súmula nº 267, do STF; STJ, RMS nº 53.418/GO, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 25/4/2017, DJe de 2/5/2017; AgRg no RMS nº 47.548/BA, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 5/4/2016, DJe de 8/4/2016; AgRg no RMS n. 50.012/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 3/3/2016, DJe de 21/3/2016).

Certo que se o recurso for desprovido de efeito suspensivo, é possível a utilização do "mandamus" (artigo 5º, II, da Lei nº 12.016/09). Mas, nesta situação, o mandado de segurança assume feição de providência cautelar, prestando-se a sustar temporariamente os efeitos da decisão judicial hostilizada, não dispensando a concomitante interposição do recurso previsto em lei.

(...)

Somente em situações excepcionalíssimas, em que a decisão se mostre teratológica ou flagrantemente ilegal é que se dispensa a interposição também do recurso (AgRg no REsp n. 1.280.404/MT, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 21/2/2017, DJe de 2/3/2017).

Dentro deste espectro, observa-se que, no caso em tela: (i) dentro da sistemática processual, a decisão hostilizada desafia os recursos especial e extraordinário, ou seja, existe previsão de recurso; (ii) embora os citados recursos sejam desprovidos de efeito suspensivo, a concessão do efeito não deve ser buscada nesta Corte, mas junto aos Tribunais Superiores.

Ou seja, dado esse cenário específico, o mandado de segurança sequer pode ser utilizado para a obtenção do efeito suspensivo.

Na realidade, cuida-se de temática (questão discutida no recurso) que já não é mais de competência desta Corte, que esgotou sua atividade jurisdicional

Acesso ao Sumário

na matéria. (...)

No mesmo sentido:

"Mandado de Segurança. Violência doméstica. Impugnação de v. acórdão que concedeu a ordem para determinar nova realização de audiência com participação do acusado. Não conhecimento. Art. 37, § 1º, do RITJSP que não alcança as hipóteses de decisões judiciais com solução do mérito. Delimitação do alcance do termo 'atos'. Precedentes. Extinção da ação sem resolução do mérito, cassada a liminar anteriormente deferida. "(TJSP; Mandado de Segurança Criminal 2098640-38.2022.8.26.0000; Relator (a): Luiz Fernando Vaggione; Órgão Julgador: 1º Grupo de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - Vara do Foro Central de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; Data do Julgamento: 08/05/2023; Data de Registro: 18/05/2023)

Todavia, considerando que por decisão de fls. 116/117 determinei o prosseguimento do feito, passo à análise das teses apresentadas.

Acerca da tese de impossibilidade de concessão da ordem pela 14ª Câmara de Direito Criminal, entendo que tal discussão não cabe no âmbito deste mandado de segurança, já que a questão deveria ser levantada, quando muito, no bojo da própria ação Constitucional.

E tampouco se vislumbra flagrante ilegalidade, pois, tratando-se de matéria exclusivamente de direito, ainda que não conhecida, a ordem poderia ser concedida de ofício, conforme diversos precedentes tanto deste e. Tribunal de Justiça quanto das Cortes Constitucionais.

Sobre o mérito, tenho que é caso de denegação da segurança.

É que ainda que os argumentos da impetrante se mostrem plausíveis quanto à tipificação legal da conduta e a desnecessidade de representação, a sentença penal que julgou extinta a punibilidade da investigada transitou em julgado, acarretando na coisa julgada formal e material, assim como decidido no acórdão que ora se impugna.

Aliás, o trânsito em julgado da sentença de extinção da punibilidade não dependia da intimação do Banco vítima que, nos termos do artigo 14 do Código de Processo Penal, tem sua atuação limitada ao requerimento de diligências que podem ou não ser realizadas, a critério da autoridade policial.

Não custa recordar também que, nos termos do artigo 268 do Código de Processo Penal, o ofendido somente poderia se habilitar como assistente da acusação na eventual instauração da ação penal, o que não ocorreu.

Sobre o tema, cito Guilherme Nucci: *(...) 6. Ingresso de assistente durante o inquérito policial: impossibilidade. Não há interesse algum do ofendido em participar das investigações preliminares ao eventual processo, afinal, o*

Acesso ao Sumário

inquérito é inquisitivo e dele nem mesmo toma parte ativa o indiciado. Logo, deve aguardar o início da ação penal para manifestar o seu interesse em dela participar. Conferir: TJMT: "A dicção do art. 268 do Código de Processo Penal é clara ao versar que o assistente de acusação poderá ingressar como litisconsorte do Ministério Público apenas no curso da ação penal e empós admitido (art. 269), de modo que desabe excogitar de sua atuação na fase investigativa, ***na qual sequer o indiciado atuará****" (SER 0001357-95.2003.8.11.0044, 2ª C. Rel. Alberto Ferreira de Souza, 05.07.2013, v.u.).* (Nucci, Guilherme de Souza, Código de Processo Penal comentado, 17 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2018, fls. 729). (destaquei)

E sobre a impossibilidade de reversão da sentença que julgou extinta a punibilidade, a doutrina assim se manifesta:

(...) Nas hipóteses em que o motivo do arquivamento foi a extinção da punibilidade, não é aplicável o art. 18, dado que esse fenômeno é irreversível: ***extinta a punibilidade, o Estado não recupera mais o jus puniendi****. Além disso, a decisão que declara extinta a punibilidade faz coisa julgada formal e material, impedindo a reabertura do caso.* (Nogueira, Carlos Frederico Coelho, Comentários ao Código de Processo Penal, vol. 1 - fls. 408). (destaquei)

(...) f) existência de causa extintiva da punibilidade: declarada a extinção da punibilidade pelo magistrado no curso do inquérito policial, em virtude de requerimento do Ministério Público, não se afigura possível a reabertura das investigações, bem tampouco o oferecimento da denúncia, já que tal decisão faz coisa julgada formal e material. Importante ressalva deve ser feita quanto à hipótese em que a extinção da punibilidade é declarada com base em certidão de óbito falsa. Nesse caso, a decisão não está protegida pelo manto da coisa julgada material. Afinal, se a conduta fraudulenta do próprio acusado foi a causa determinante do afastamento da pretensão punitiva, causando a alteração de situação de fato ou de direito juridicamente relevante, não se pode atribuir ao Estado qualquer responsabilidade. (Lima, Renato Brasileiro de, Manual de Processo Penal volume único 12ª Edição, 2023, fls. 227).

Acesso ao Sumário

(...) Há casos, porém, em que há que reconhecer que a decisão que determina o arquivamento do inquérito policial torna-se imutável, e impede, definitivamente, tanto o desarquivamento do inquérito policial, quanto a propositura da ação penal. Tem-se, neste caso, coisa julgada material ou, ao menos, um grau de imutabilidade da decisão de arquivamento que impede nova persecução penal pelo mesmo fato. Isso ocorre nas hipóteses em que o arquivamento não decorre de uma mera constatação de insuficiência de elementos de informação sobre a existência material do fato ou de sua autoria. Ao contrário, com base me uma reconstrução fática segura, a partir da investigação realizada, há um acertamento da inexistência do crime - e não do fato - ou do poder de punir.

Assim, nos casos em que se reconhece que os fatos investigados são atípicos, ou estão acobertados por excludente da ilicitude, ou mesmo nas situações de extinção de punibilidade, a decisão de arquivamento será imutável. (Badaró, Gustavo Henrique, Processo Penal, 6ª Edição, 2018, fls. 154).

Por oportuno, trago precedente do Supremo Tribunal Federal, de relatoria da i. Ministra Carmen Lúcia:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. INQUÉRITO ARQUIVADO EM RAZÃO DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO TRANSCURSO DO PRAZO DECADENCIAL PARA O OFERECIMENTO DE QUEIXA-CRIME, NO QUAL SE APURAVAM OS MESMOS FATOS PELOS QUAIS É PROCESSADO O PACIENTE. SENTENÇA EXTINTIVA DA PUNIBILIDADE QUE TRANSITOU EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. SEGURANÇA JURÍDICA. 1. Paciente processado pelos mesmos fatos que foram objeto de inquérito policial arquivado mediante sentença transitada em julgado para a acusação, na qual se declarou a extinção da punibilidade pelo transcurso do prazo decadencial para o ajuizamento de queixa-crime, assentando que se tratava de crime contra as marcas (lei n. 9.279/96, art. 189), de iniciativa privada (lei n. 9.279/96, art. 199). 2. ***Prevalência do direito à liberdade com esteio em coisa julgada sobre o dever estatal de acusar. Segurança jurídica. 3. Superveniência da Lei n. 11.719/08, que, ao alterar o art. 397 do Código de Processo Penal, passou a reconhecer a extinção da punibilidade - independentemente de sua causa - como hipótese de absolvição sumária.*** *4. Ordem concedida. (HC 94982, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 31/03/2009, DJe-084 DIVULG 07-05-2009 PUBLIC 08-05-2009 EMENT VOL-02359-03 PP-00552 RTJ VOL-00211-01 PP-00388).*

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, já se manifestou sobre a possibilidade de o Juízo, diante de um erro material ou equívoco, proceder à correção de ofício, desde que não acarrete prejuízo ao réu:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. FALSIDADE IDEOLÓGICA E PECULATO. DECRETADA EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE DOS ACUSADOS NA ORIGEM EM DOIS PROCEDIMENTOS CRIMINAIS. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. POSTERIOR CONSTATAÇÃO DE ERRO CARTORÁRIO. SENTENÇA TORNADA SEM EFEITO. REFORMATIO IN PEJUS. FLAGRANTE ILEGALIDADE. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO PARA RESTABELECER A SENTENÇA FAVORÁVEL. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Nos termos da orientação jurisprudencial desta Corte Superior, a correção de erro material ou equívoco manifesto pode ser realizada de ofício pelo Juízo, desde que não acarrete prejuízo ao réu. Precedentes. 2. Se o Juízo de 1º grau decreta a extinção punibilidade dos acusados em dois procedimentos ocasionalmente reunidos, configura re-

Acesso ao Sumário

formatio in pejus o ato de tornar sem efeito a sentença extintiva (transitada em julgado há meses) em virtude da constatação de erro cartorário no momento do apensamento dos feitos. O réu não pode vir a ser responsabilizado por um erro exclusivamente do Poder Judiciário, do qual não teve qualquer parcela de culpa, sendo surpreendido com a reabertura de um processo extinto e transitado em julgado. 3. Nos termos da orientação dos Tribunais Superiores, a sentença extintiva de punibilidade também faz coisa julgada material, reputando-se indiferente se a decisão foi proferida por juízo incompetente, dada a máxima basilar de proibição da reformatio in pejus. Precedentes. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no RHC n. 122.049/MS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 2/6/2020, DJe de 15/6/2020.)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. INQUÉRITO POLICIAL ARQUIVADO POR RECONHECIMENTO DA LEGÍTIMA DEFESA. DESARQUIVAMENTO POR PROVAS NOVAS. IMPOSSIBILIDADE. COISA JULGADA MATERIAL. PRECEDENTES. 1. A permissão legal contida no art. 18 do CPP, e pertinente Súmula 524/STF, de desarquivamento do inquérito pelo surgimento de provas novas, somente tem incidência quando o fundamento daquele arquivamento foi a insuficiência probatória - indícios de autoria e prova do crime. 2. A decisão que faz juízo de mérito do caso penal, reconhecendo atípica, extinção da punibilidade (por morte do agente, prescrição...), ou excludentes da ilicitude, exige certeza jurídica - sem esta, a prova de crime com autor indicado geraria a continuidade da persecução criminal - que, por tal, possui efeitos de coisa julgada material, ainda que contida em acolhimento a pleito ministerial de arquivamento das peças investigatórias. 3. Promovido o arquivamento do inquérito policial pelo reconhecimento de legítima defesa, a coisa julgada material impede rediscussão do caso penal em qualquer novo feito criminal, descabendo perquirir a existência de novas provas. Precedentes. 4. Recurso especial improvido. (REsp n. 791.471/RJ, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 25/11/2014, DJe de 16/12/2014.)

Já no âmbito deste e. Tribunal de Justiça, cito o recente voto de relatoria do Exmo. Des. Freitas Filho, da 7ª Câmara de Direito Criminal:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Vítimas, recorrentes, não se conformam com a capitulação dada aos fatos, tampouco com a decisão que extinguiu a punibilidade dos investigados, em razão da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal. Mantida a decisão que julgou extinta a punibilidade dos averiguados, ante a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal A decisão do Juízo a quo, ***ao homologar a promoção de arquivamento do inquérito policial lastreada na extinção da punibilidade pela prescrição, gera efeitos de coisa julgada material, motivo pelo qual não há que se falar em rediscussão do caso em qualquer novo feito criminal, descabendo perquirir***

Acesso ao Sumário

a existência de novas provas. Pedido negado. *(TJSP; Recurso em Sentido Estrito 0015065-26.2017.8.26.0071; Relator (a): Freitas Filho; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Bauru - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 30/05/2023; Data de Registro: 30/05/2023)*

Como se não bastasse, cabe fazer referência ao prestimoso parecer da PGJ: *(...) Assim, **ainda que tivesse ficado demonstrado equívoco na tipificação do delito investigado**, inexistiria qualquer possibilidade de reabertura das investigações, pois isso importaria em autêntica revisão criminal em favor da sociedade o que é vedado em processo penal. Cumpre ressaltar que **em nenhum momento houve alteração fática do caso investigado**, tratando-se desde o princípio de realização de saques indevidos na conta corrente da vítima, sem o seu consentimento, seja por meio de clonagem de cartão e/ou senha, seja por meio de furto do cartão, seja via internet.*

Ou seja, como bem pontuado pelo i. Desembargador Walter da Silva quando do julgamento do *habeas corpus* nº 2124262-22.2022.8.26.0000:

(...) Destarte, in casu, a reversão da decisão de extinção da punibilidade ofende a coisa julgada material e, consequentemente, a segurança jurídica, bem como traz em seu bojo natureza de revisão pro societate não autorizada no ordenamento jurídico pátrio.

Não bastasse isso, deve-se acrescentar que a capitulação da conduta é mister atribuído ao Ministério Público, como dominus litis, assim sendo, não há cogitar de alteração da decisão com base na capitulação da conduta atribuída pelos patronos do ofendido.

Restou claramente evidenciado da manifestação de fls. 150/151 que o Ministério Público entendeu tratar-se de crime de estelionato e como tal, passível de declaração da extinção da punibilidade em virtude da decadência, diante do não oferecimento de representação pelo ofendido no prazo legal (a contar da vigência da Lei nº 13964/19, que transformou o delito de estelionato em crime de ação penal pública condicionada à representação).

Ademais, mesmo o MM. Juízo a quo não discordou do entendimento da Promotoria Pública, pois, ao invés de remeter os autos à d. Procuradoria Geral de Justiça (nos termos do artigo 28 do Código de Processo Penal), decidiu por declarar a extinção da punibilidade.

Digno de nota que, quando da elaboração do boletim de ocorrência e consequente capitulação da conduta pela autoridade policial, o representante do Banco/vítima, Sr. Jones Natalio de Oliveira, se fez acompanhar da advogada, Dra. Zilda Natalia Aliaga Paula (OAB 118.613), conforme termo de fls. 08/09 dos autos de origem, não tendo havido, então, qualquer insurreição.

Acesso ao Sumário

De qualquer modo, cabe ao Ministério Público, titular da ação penal, a capitulação jurídica definitiva da conduta para fins de decidir pela denúncia ou não do indivíduo. E o que se verificou é que o titular da ação penal entendeu pela configuração do delito de estelionato, requerendo a declaração de extinção da punibilidade da investigada, o que foi acatado pelo Juízo *a quo*.

Referida conclusão não pode ser posteriormente revista ainda que para corrigir evidente equívoco na apreciação dos fatos e na aplicação da lei, vez que já atingida pela coisa julgada formal e material, conforme exaustivamente mencionado no decorrer deste voto, de modo que a decisão que a reverteu ***configura revisão pro societate***, o que não pode ser admitido.

Insisto.

Ao atacar o acórdão que repristinou a sentença transitada em julgado que extinguiu a punibilidade da suposta autora do crime, o que se pretende, ao fim e ao cabo, é fazer valer a subsequente revisão dessa sentença realizada pelo próprio juízo sentenciante.

Quer dizer: almeja-se o afastamento da anulação de decisão revisional de extinção de punibilidade ao argumento de que a primeira decisão não foi correta, posto não ter aplicado o melhor direito aos fatos.

Contudo, rever essa situação, seja pelo próprio juízo, seja que fosse por um Tribunal, não é medida juridicamente aceitável, haja vista que seria o mesmo que permitir, em prejuízo do réu, a revisão criminal com fundamento no art. 621, I, do CPP: **"quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos"**.

Ora, ainda que também seja tentadora a ideia de reparação do erro judiciário que beneficie o eventual autor da infração penal, o fato é que, como visto, essa ideia repugna ao nosso direito, que a prevê somente em favor do acusado.

Aliás, **mesmo nos ordenamentos jurídicos que abrigam a revisão "pro societate", cabe observar que ela é submetida a restrições mais severas, distintas do que as que temos no art. 621 do CPP para a revisão em benefício do réu.**

Vejamos alguns exemplos, todos extraídos da obra de Élcio Arruda ("Revisão Criminal Pro Societate", editora BH, 2ª edição, 2009, p. 245 e seguintes):

Alemanha

...É tolerada a reassunção do processo contra o agente, nos casos de: a) Falsidade de documento relevante à decisão; b) Declarações falsas de testemunhas ou de peritos; c) Crimes cometidos pelo juiz, como prevaricação, corrupção, concussão etc; d) O agente absolvido produzir confissão digna de fé, judicial ou extrajudicial; e) Em processo concluído mediante ordem penal com

Acesso ao Sumário

força de lei (delito), sobrevierem fatos ou provas novas a respeito da responsabilidade do agente por infração penal mais gravosa (crime)...

Armênia

No Código de Processo Penal da Armênia é contemplada a reabertura do processo finalizado com édito absolutório, quando aflorem novas circunstâncias ou evidências, a saber: a) O veredicto se fundar em conclusões fraudulentas assacadas por perito, em falso testemunho, em documentos espúrios ou qualquer evidência ilegal; b) O juiz prolator da decisão houver perpetrado alguma ação criminal, considerando o caso em julgamento; c) Investigadores tenham cometido práticas ilícitas, com repercussão sobre o veredicto; d) Surjam outras circunstâncias, ignoradas no momento da prolação da decisão, revelando a culpa de quem fora absolvido ou de outrem ou a responsabilidade do agente por infração mais severa...

Áustria

Mantendo tradição secular, o Código de Processo Penal austríaco de 1975 manteve a reabertura ou reassunção do processo também em detrimento do agente, quando: a) A sentença for determinada por falsidade documental, testemunhal; b) Houver corrupção ou qualquer ato ilícito praticado pelo acusado ou terceiro, com repercussão no julgamento; c) O réu confessar, em juízo ou fora dele, a autoria da infração; d) sobrevierem novos fatos e provas idôneas, por si sós ou aliadas às já produzidas, a demonstrar a responsabilidade do agente, em qualquer espécie de procedimento...

Bósnia e Herzegovina

O Código de Processo Penal do Estado da Bósnia e Herzegovina (2003) contempla a reabertura do processo, em detrimento do agente, apenas quando a recusa ao indiciamento ou o julgamento absolutório derivarem de corrupção praticada pelo acusador e/ou pelo juiz...

Colômbia

O Código de Processo Penal (Lei 906/2004) prevê a revisão pro societate quando: a) Depois da sentença, houver comprovação, por sentença passada em julgado, quanto ao delito praticado pelo julgador ou por terceiro, com influência no resultado; b) O veredito tenha se estribado, total ou parcialmente, em prova falsa.

Portugal...

Permite-se a revisão contra o agente, quando: a) Houver falsidade de meios de prova determinantes da decisão, reconhecida por tribunal civil ou penal, por decisão transitada em julgado; b) Outra sentença transitada em julgado pronunciar a prática de crime pelo juiz ou pelo jurado, relacionado ao

Acesso ao Sumário

processo onde prolatada a decisão cuja revisão se colima... Diferentemente da espécie pro reo, inadmissível pretender arrimá-lo em novo substrato fático ou probatório a corporificar a responsabilidade do absolvido...

Como se vê, mesmo nas legislações que admitem a revisão pro societate, não há abrigo para reverter erro judicial consistente na aplicação do direito aos fatos, ou seja, não há regra equivalente à que temos no art. 621, I, do CPP e que o impetrante almeja, de forma ainda mais absurda, seja observada à conta de um direito líquido e certo seu.

Para ilustrar: mesmo que o juiz tivesse reconhecido a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva por deixar erroneamente de computar no prazo algum período de suspensão, não poderia, em constatando futuramente o erro, voltar atrás.

De sorte que não há qualquer irregularidade no v. acórdão que aqui se ataca, menos ainda direito líquido e certo, do impetrante, à reabertura do feito criminal em prejuízo de extinção de punibilidade irreversivelmente reconhecida

Diante do exposto, NÃO CONHEÇO do presente *mandamus* que, ainda que conhecido, deveria levar à DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Criminal nº 2238597-20.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante P. T. N., é impetrado M. J. DA 2 V. DE C. T., O. C. E L. DE B. E V. DA C..

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a segurança. V.U. Sustentou oralmente o advogado, dr. Leonardo Magalhães Avelar, e usou da palavra o Exmo. Sr. Procurador de Justiça, dr. Valter Foletto Santin.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.305)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente) e FRANCISCO ORLANDO.

São Paulo, 16 de outubro de 2023.

LAERTE MARRONE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Mandado de segurança interposto contra decisão judicial que determinou o bloqueio de plataforma de jogos de azar pela internet. 1. Há indícios da prática de crimes através da plataforma gerida pela impetrante. 2. Parte das ações ilícitas aparentemente ocorreram em território brasileiro, justificando a aplicação da lei brasileira. Aplicação do princípio da ubiquidade (artigo 6º, do Código Penal). 3. Exploração de jogos de azar que, até o presente momento, configura contravenção penal. Além disso, há referência também a acontecimentos que, em tese, podem configurar crimes contra as relações de consumo e estelionato. 4. Existência, no processo penal, de um poder geral de cautela do magistrado. Decisões do STF e do STJ. Importa atentar que existe expressa permissão legal para a aplicação, ao processo penal, de institutos do processo civil (artigo 3º, do CPP). 5. Estágio inicial das investigações, não sendo possível afirmar que está sendo apurado algum crime contra o sistema financeiro, de maneira a deslocar a competência para a Justiça Federal. 6. Medida judicial que atende ao princípio da proporcionalidade. Segurança denegada.

VOTO

1. Trata-se de **mandado de segurança**, com pedido de liminar, impetrado por P. T. N.V contra ato praticado pelo Juiz de Direito da 2ª Vara de Crimes Tributários, Organização Criminosa e Lavagem de Bens e Valores da Capital. Alega, em suma, que sofre constrangimento ilegal decorrente de decisão judicial que determinou o bloqueio "da plataforma de jogos de azar (...) Apostas On-line | (...) Jogo | (...), disponível na URL (endereço eletrônico constante no texto original). A referida decisão foi proferida no âmbito de inquérito policial recém instaurado aos 15 de agosto de 2023, para apurar a prática de exploração de jogos de azar, crime contra a ordem econômica, lavagem de dinheiro e crime contra o sistema financeiro nacional.

Sustenta, em síntese, que: (i) a Justiça Estadual é incompetente para exercer o controle jurisdicional de investigação que apurar crime contra o sistema financeiro nacional; (ii) a impetrante é licenciada em Curaçao, local em que as apostas são permitidas e seu servidor não está localizado no Brasil; (iii) inexiste previsão legal para a decretação da medida; (iv) não é possível o bloqueio em decorrência do descumprimento de decisão judicial, não sendo admitido o po-

Acesso ao Sumário

der geral de cautela; e (v) a decisão viola o princípio da proporcionalidade, que ocasionará "o encerramento das atividades exercidas pela impetrante e prejuízos vultosos a milhões de brasileiros."

Postula a concessão da medida liminar para suspender os efeitos da decisão judicial que determinou o bloqueio da plataforma (...), até o julgamento do presente "writ". No mérito, busca a revogação da decisão hostilizada.

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 71/79).

A d. autoridade coatora prestou informações (fls. 85/87).

Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça pela denegação da segurança (fls. 90/96).

É o relatório.

2. Inicialmente, importa considerar que houve a regularização da representação pela impetrante (fls. 127/138).

3. Dito isso, inconsistente a impetração.

4. Atendendo representação da autoridade policial, endossada pelo Ministério Público, o d. magistrado determinou o bloqueio da plataforma (...) Apostas On-line/ (...) Jogo/ (...), disponível da URL (endereço eletrônico constante no texto original).

A autoridade policial assim justificou a instauração do inquérito policial:

"Consta do relatório de investigação apresentado que pela equipe de investigadores deste DEIC-3ª DELDIG-FRAUDES FINANCEIRAS, em apertada síntese, que os chamados influenciadores digitais com anseio de ganhar dinheiro ilegalmente, utilizam-se de redes sociais como Instagram e Facebook, aplicativos online de compartilhamento de fotos e vídeos para realizarem, sem autorização, jogos de azar. Esse esquema é iniciado por anúncios e postagens de sinais (robos) que indicam ao comprador do serviço/produto em qual banca virtual e momento exato fazer a aposta, sendo esses sinais disponibilizados através de "links" postados em modo "stories" ou "feed" nos perfis de influenciadores digitais, geralmente com milhares de seguidores. Assim, a "propaganda" dos sinais do jogo de azar é exposta ao usuário que para participar terá que clicar no "link" inserido no vídeo ou foto que redireciona a sites especializados em jogos de azar, os quais correspondem a "softwares" geralmente adquiridos fora do país, assim, os responsáveis pelos indicadores de sinais não se responsabilizam sobre ele, nem mesmo se os valores correspondentes aos prêmios são efetivamente repassados, mas lucram com isso ganhando uma porcentagem em dinheiro."

A decisão judicial encontra-se fundamentada, pontuando que:

Acesso ao Sumário

"(...)

Consta dos autos que influenciadores digitais, com o anseio de aferir ilegalmente, fazem uso de redes sociais como Instagram e Facebook, aplicativos on-line de compartilhamento de fotos e vídeos para realizarem, sem autorização, jogos de azar.

Referido esquema é iniciado por anúncios e postagens de sinais (robôs) que indicam ao comprador do serviço ou produto em qual banca virtual e momento exato fazer a aposta, sendo esses sinais disponibilizados através de links postados em modo stories ou feed nos perfis de influenciadores digitais, geralmente com milhares de seguidores.

Assim, a propaganda dos sinais do jogo de azar é exposta ao usuário que, para participar, terá que clicar no link inserido no vídeo ou foto que redirecionar a sites especializados em jogos de azar, os quais correspondem a softwares geralmente adquiridos fora do país.

Deste modo, os responsáveis pelos indicadores de sinais não se responsabilizam sobre ele, nem mesmo se os valores correspondentes aos prêmios são efetivamente repassados, mas lucram com isso ganhando uma porcentagem em dinheiro.

Entre os influenciadores que fazem uso de tal conduta, apurou-se a pessoa de (...), cujo perfil na rede social Instagram é (...).

E de modo a demonstrar a existência de fraude na venda de sinais para jogos de azar, apurou-se a existência de milhares de reclamações feitas por pessoas no sítio eletrônico Reclame Aqui, bem como boletins de ocorrência, mencionados expressamente no relatório de investigação acostado às fls. 6/28, contra a (...).

Concluído o registro sucinto do que consta nos autos, consigno que, em sede de juízo de cognição sumária, se extrai dos autos a existência do fumus comissi delicti e do periculum in mora, pressupostos de toda medida cautelar na seara criminal.

As milhares de reclamações registradas contra (...) no Reclame Aqui, assim como os boletins de ocorrência retratados no mencionado relatório de investigação, conferem verossimilhança à hipótese de que referida empresa tem lesado dolosamente um número indeterminado de pessoas.

Por seu turno, os prints e respectivos apontamentos lançados no relatório de investigação em apreço demonstram que (...), por meio do seu perfil (...) tem, de forma contínua, auxiliado na aparente empreitada criminosa, ao divulgar e estimular seus seguidores a acessarem a plataforma da (...), em prejuízo deles.

E para além de demonstrada a existência de prova da materialidade de-

Acesso ao Sumário

litiva e indícios de autoria, também se afere a necessidade de pronta prestação jurisdicional, sob pena de torná-la inócua ou pouco eficaz, caso se optasse por aguardar até o desfecho de eventual ação penal. Afinal, a ampla publicidade empreendida pela (...) por meio da cooptação de diversos influenciadores digitais, estes que por sua vez possuem milhares ou até mesmo milhões de seguidores, sugerem que a suposta empreitada criminosa tem sido altamente lucrativa e não será impedida enquanto não for reprimida judicialmente.

(...)

Outrossim, é devida a apreciação do caso concreto ainda à luz da Lei nº12.965/2014, amplamente conhecida como Marco Civil da Internet, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil.

A utilização da plataforma e do perfil em questão para a prática de infrações penais viola a finalidade social da rede, um dos fundamentos do uso da internet no Brasil, consoante o disposto no artigo 2º, inciso VI, da Lei nº 12.965/2014.Assim, o bloqueio se coaduna com os princípios da preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, pelo estímulo ao uso de boas práticas, da responsabilização dos agentes de acordo com as suas atividades, da preservação da natureza participativa da rede e da liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos na Lei nº 12.965/2014, nos termos do artigo 3º, incisos V a VIII.

(...)"

5. Assentado este cenário, não se entrevê que a decisão judicial hostilizada mostre-se antijurídica.

Deveras, tem-se que o ato judicial encontra-se calcado em elementos concretos que, aparentemente, indicam a prática de crimes através da plataforma gerida pela impetrante.

Anote-se que o mandado de segurança constitui instrumento processual destinado à tutela de direito líquido e certo violado (ou ameaçado de maltrato) por ato ilegal ou abusivo de autoridade pública ou agente no exercício de atribuições do Poder Público (artigo 5º, LXIX, da CF; artigo 1º, da Lei nº 12.016/09). A dicção "direito líquido e certo", verdadeira condição da ação mandamental, traduz a ideia de **fato certo**, ou seja, aquele apto a ser demonstrado de plano, por prova documental inelutável, independentemente de outra prova (oral ou técnica). Não há, no procedimento do "mandamus", **espaço para instrução probatória com o espoco de dirimir controvérsia fática** (cfr, anotações de **Theotonio Negrão, José Roberto F. Gouvêa; Luiz Guilherme A. Bondioli e João Francisco N. da Fonseca**, "in" Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, Saraiva, 44ª edição, pág. 1.777, nota 10, ao artigo 1º, da

Acesso ao Sumário

Lei nº 12.016/09, com farta citação jurisprudencial).

Bem por isso é que se diz que a via sumaríssima do mandado de segurança não comporta dilação probatória incidental. A ação de mandado de segurança, que faz instaurar processo de natureza eminentemente documental, caracteriza-se por somente admitir **prova literal pré-constituída**, não comportando, por isso mesmo, a possibilidade de dilação probatória incidental, pois a noção de direito líquido e certo ajusta-se ao conceito de fato incontroverso e suscetível de comprovação imediata e inequívoca **(STF, RMS nº 29.193, AgR-ED/DF, relator Ministro Celso de Mello, julgado em 16/12/2014, DJ 19/02/2015).**

Dizendo de outro modo, a prova, em mandado de segurança, **deve ser pré-constituída, no momento da impetração, considerando-se que os fatos devem ser incontroversos (JOSÉ ANTONIO REMÉDIO, Mandado de Segurança individual e coletivo, Saraiva, 3ª edição, pág. 241).**

Dentro deste espectro, não avulta, e sempre tendo em conta o **apertado campo de conhecimento do "writ"**, o desacerto das considerações judiciais sobre a existência de fatos **aparentemente criminosos** envolvendo a plataforma referida.

Pelo que presente, na espécie, o "fumus comissi delicti", enquanto requisito para a decretação da medida cautelar.

E se divisa o "periculum in mora" (ou, como se fala em sede processual penal, "periculum in libertatis"), tomando-se em conta que há necessidade de se estancar a atividade criminosa.

6. Por sua vez, não impressionam os argumentos expendidos pela impetrante.

7. Ainda que a impetrante esteja sediada no exterior, **ao que se depreende dos autos,** algumas ações (o ato de apostar) e resultados (lesão a usuários que fizeram apostas) ocorreram no **território brasileiro**, de sorte a justificar a aplicação da lei penal brasileira, nos termos das normas previstas nos artigos 5º e 6º, do Código Penal.

Importa remarcar que a lei penal brasileira, **"tem incidência sobre todas as infrações penais cometidas no território nacional" (LUIZ REGIS PRADO**, Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 1, RT, 9ª edição, pág. 204). E, em matéria de lugar do crime, o Código Penal adotou a chamada teoria pura da ubiquidade, bastando, na conhecida expressão de **NÉLSON HUNGRIA**, que **"o crime haja tocado o território nacional"** (Comentários ao Código Penal, Forense vol. I, tomo I, 4ª edição, págs. 156/157).

Assim sendo, aplica-se, na espécie, a lei penal brasileira (anotando-se que se cuida de assertiva provisória, derivada de uma cognição sumária, estando as

Acesso ao Sumário

investigações em estágio incipiente).

8. Por sua vez, que os fatos descritos (exploração de jogos de azar) configuram contravenção penal, nos termos do artigo 50 do Decreto-Lei nº 3.688/41 - norma penal ainda em vigor, anotando-se que, por ora, inexiste decisão do Supremo Tribunal Federal no sentido da incompatibilidade da referida contravenção com a Constituição Federal. A matéria está sendo discutida em sede de repercussão geral (**Tema 924**), mas ainda está pendente de decisão.

Além disso, há referência também a acontecimentos que, em tese, podem configurar crimes contra as relações de consumo e estelionato, conforme os diversos boletins de ocorrência e reclamações supracitados, nos quais usuários relatam perdas financeiras em razão da má conduta da plataforma, havendo até mesmo narrativa da sua utilização por crianças.

9. Por sua vez, a utilização das redes sociais para a prática de infrações penais desvirtua a finalidade social da internet, prevista no artigo 2º, inciso VI, da Lei nº 12.965/14.

Esse cenário, de cometimento de crimes pela internet, porque **configura um quadro de antijuridicidade**, autoriza a adoção, por parte do Poder Judiciário, de medidas interventivas (incluindo a restrição de direitos) com o escopo de combater a prática criminosa, visando, ainda, a colheita de dados a fim de apurar a responsabilidade pessoal dos agentes que perpetraram o ilícito penal, valendo-se da rede mundial de computadores.

Hodiernamente, é assente na Ciência do Direito que não há direitos absolutos, nem mesmo aqueles previstos na Constituição Federal. Na realidade, a possibilidade de colisão de direitos e garantias fundamentais, numa situação que ocorre com certa frequência, implica, por si só, a ideia de limitação dos mesmos. Dizendo de outra forma, os direitos e garantias de mesma estatura normativa têm de ser conformados de molde a viabilizar a coexistência uns dos outros. Fala-se no princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas. Nessa linha, firme a jurisprudência do **Supremo Tribunal Federal** ao acentuar o caráter não absoluto dos direitos e garantias constitucionais **(MS nº 23.452-1, rel. Min. Celso de Mello; Ag. Reg no RE nº 455.283-3, rel. Min. Eros Grau, HC nº 93.250-9, relatora Min. Ellen Gracie)**. Em havendo conflito entre dois ou mais direitos ou garantias, importa proceder-se, no caso concreto, à harmonização ou concordância prática entre eles, combinando-se os bens em conflito, buscando-se uma redução proporcional de cada um, de sorte e evitar o sacrifício total de um em relação ao outro (cfr. **ALEXANDRE DE MORAES**, Direito Constitucional, Atlas, 22ª edição, pág. 28). O intérprete tem de proceder a um juízo de ponderação dos bens em contradição, a fim de determinar o **"alcance em cada caso dos direitos fundamentais ou princípios constitucionais**

Acesso ao Sumário

que colidam entre si no caso concreto" (**KARL LARENZ**, Metodologia da Ciência do Direito, Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª edição, tradução de José Lamego, pág. 575).

10. Por sua vez, embora a questão seja controvertida em sede doutrinária, o certo é que a jurisprudência tem admitido que o magistrado, no processo penal, determine medidas cautelares atípicas com base no **poder geral de cautela (STF, HC nº 94147, relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 27/05/2008, DJ 13/06/2008; HC nº 101.830, relator Ministro Luiz Fux, julgado em 12/04/2011, DJ 04/05/2011, RHC nº 227.895 AgR, relator Ministro Roberto Barroso, julgado em 03/07/2023, DJ 17/07/2023).** No mesmo sentido, admitindo a existência de um poder geral de cautela do magistrado no processo penal: STF, **RHC nº 227.895 AgR, relator Ministro Roberto Barroso, julgado em 03/07/2023, DJ 17/07/2023; HC nº 165.581 AgR, relator Ministro Alexandre de Moraes, julgado em 22/02/2019, DJ 11/03/2019.**

Nesta linha, conforme decidiu o **Superior Tribunal de Justiça, "aplica-se o poder geral de cautela ao processo penal, só havendo restrição a ele, conforme reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, na ADPF 444/DF, no que diz respeito às cautelares pessoais, que de alguma forma restrinjam o direito de ir e vir da pessoa" (REsp nº 1.568.445/PR, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, relator para acórdão Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, julgado em 24/6/2020, DJe de 20/8/2020).** Também assentado o poder geral de cautela no processo penal: **STJ, AgRg na PET na APn nº 986/DF, relator Ministro Og Fernandes, Corte Especial, julgado em 19/4/2023, DJe de 28/4/2023; AgRg no RMS n. 66.833/RS, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 8/2/2022, DJe de 15/2/2022; AgRg no RMS n. 61.385/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Quinta Turma, julgado em 28/11/2022, DJe de 1/12/2022).**

Deveras, importa atentar que existe expressa permissão legal para a aplicação, **ao processo penal**, de institutos do processo civil (artigo 3º, do CPP). Neste sentido, falta razão à impetrante ao aludir à violação do princípio da legalidade. Na verdade, a decisão judicial encontra suporte normativo.

11. No tocante à alegada incompetência da Justiça Estadual, verifica-se que as investigações se encontram em estágio bastante incipiente, não sendo possível afirmar, **neste momento,** que efetivamente está sendo apurado algum crime contra o sistema financeiro (no sentido de que haja algum dado concreto que sinalize para sua ocorrência).

12. De outro norte, não se pode dizer, dada a **aparente gravidade em concreto** dos fatos, que a decisão judicial **afronte ao princípio da proporcio-**

Acesso ao Sumário

nalidade - considerados os seus três subprincípios: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. A medida visa obstar a continuidade das práticas delitivas. Não se pode afirmar que se mostra uma providência desmesurada, no sentido de que, desde logo, se divise outra forma de se estancar as supostas ações delituosas. Cabe destacar que a medida não impõe prejuízo irreparável aos usuários, cujos créditos junto à plataforma apenas não poderão ser mobilizados, mas não serão perdidos. E, no tocante especificamente à impetrante, a um primeiro exame, não se entrevê a possibilidade de medida menos gravosa enquanto instrumento apto a obstar a atividade **aparentemente criminosa.**

Ressalte-se ser admitida, por esta Corte, a determinação de inativação de sites com o fim de evitar a continuidade de práticas ilícitas:

"AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - DEMANDA CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO - HÁ NOS AUTOS FORTES INDÍCIOS DE QUE A RÉ CRIA RÉPLICAS ILÍCITAS DO 'WEBSITE' ORIGINAL DA AUTORA SE VALENDO DE SUAS IMAGENS, VÍDEOS E PROPAGANDAS A FIM DE INDUZIR OS CONSUMIDORES A ERRO - DETERMINAÇÃO PARA QUE OS LINKS APONTADOS NA INICIAL BEM COMO O LINK DE CHECK OUT DE PAGAMENTO SEJAM INATIVADOS A FIM DE EVITAR A CONTINUIDADE DAS PRÁTICAS ILÍCITAS - EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO AO SERVIDOR 'AMAZON' E AO 'FACEBOOK' PARA QUE FORNEÇAM OS DADOS CADASTRAIS DOS RESPONSÁVEIS PELA HOSPEDAGEM DO SITE E CRIAÇÃO DOS PERFIS UTILIZADOS PELA RÉ - DECISÃO MODIFICADA - AGRAVO PROVIDO." (TJSP; Agravo de Instrumento 2081665-38.2022.8.26.0000; Relator (a): Theodureto Camargo; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro de Paulínia - 1ª. Vara Judicial; Data do Julgamento: 30/06/2022; Data de Registro: 30/06/2022)"

"OBRIGAÇÃO DE FAZER - Extinção da ação, em razão da ausência de interesse processual da autora, nos termos do art. 485, VI, do CPC - Insurgência da requerente – Cabimento - Comprovação da existência de site fraudulento, que utiliza o nome empresarial da autora, com logotipo muito semelhante ao seu, com o intuito de lesar terceiros, registrado pela corré (...) - Interesse processual que se faz presente - Julgamento de mérito feito diretamente pelo Tribunal, nos termos do art. 1.013, §3º, inciso IV, do CPC - Procedência da ação com relação à corré (...), que deve proceder à remoção/exclusão do domínio indicado na inicial, mantida a decisão que deferiu o pedido de tutela de urgência - Improcedência quanto à corré Google, em razão da impossibilidade de obrigar o provedor de aplicativo de pesquisa a eliminar, de seu sistema de busca, a URL indicada pela parte - Precedente do STJ - Parcial procedência da ação que é medida de rigor - RECURSO

Acesso ao Sumário

PROVIDO. "(TJSP; Apelação Cível 1057495-78.2020.8.26.0100; Relator (a): Miguel Brandi; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 15/12/2021; Data de Registro: 17/12/2021)"

Enfim, a decisão (que, por ser cautelar é provisória), tal qual editada, traduz um adequado sopesamento dos interesses em jogo.

13. Assim postas as coisas, inexiste direito líquido e certo da impetrante indevidamente violado.

14. Ante o exposto, **denego a segurança.**

Recursos em Sentido Estrito

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 0093646-89.2015.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente TIAGO RODRIGO DOS SANTOS, é recorrido MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U. Sustentou oralmente o defensor público, dr. Leandro de Marzo Barreto, e usou da palavra o Exmo. Sr. Procurador de Justiça, dr. Valter Foletto Santin.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 55.806)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente sem voto), LUIZ FERNANDO VAGGIONE e LAERTE MARRONE.

São Paulo, 25 de setembro de 2023.

COSTABILE E SOLIMENE, Relator

Ementa: Recurso em sentido estrito. Trânsito. Tentativa de homicídio. Dolo eventual. Possibilidade. Hipótese de pronúncia. Pleito de desclassificação. Indeferimento nesta quadra. Qualificadoras. Pretensão de afastamento. Somente será possível a exclusão de

Acesso ao Sumário

qualificadoras se estas forem manifestamente improcedentes, pena de usurpação da competência do Tribunal do Júri. Não é o caso. Desprovimento.

VOTO

Cuida-se de recurso em sentido estrito interposto contra a respeitável decisão de fls. (428/438 e 444/445), que pronunciou o réu como incurso nas penas do artigo 121, § 2º, incisos I, III e V, c.c. artigo 14, inciso II do Código Penal, por duas vezes (vítimas D. e K.). Não resignado, ele recorreu em sentido estrito para, em resumo, questionar a possibilidade de alguém responder por *tentativas eventuais*, postular a reforma da respeitável decisão com eventual desclassificação dos delitos para lesões corporais culposas ou, subsidiariamente que, fossem afastadas as qualificadoras objetivas (fls. 544/551).

Nos autos estão as contrarrazões recursais (fls. 554/566), o despacho que confirmou a respeitável decisão (fl. 568) e o r. parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça, opinando pelo desprovimento (fls. 579/591).

Antes de julgar, o MM Juiz requisitou os laudos de lesões corporais atinentes às vítimas e não contavam terem sido juntados.

É o relatório.

VOTO N. 55.806

Originariamente, o acusado fora denunciado como incurso no artigo 129, § 1º, inciso II e § 2º, inciso IV do Código Penal, consoante assim narrava a primeira denúncia, de fls. 02/05, *verbis*:

"Consta do incluso inquérito policial que no dia 02 de novembro de 2015, por volta das 06h50, na Avenida Nordestina, nº 5518, Lajeado, nesta capital, TIAGO RODRIGO DOS SANTOS, qualificado às fls. 23, ofendeu a integridade física das vítimas K.R.T.S.M. e D.L.T.S.M.S.L., causando-lhes lesões corporais de natureza grave (perigo de vida) e gravíssima utilizando, para tanto, o veículo Ford/Ka, cor vermelha, placas AUG-6165.

Segundo o apurado, o denunciado se envolveu em tumulto ao término de evento que se realizava na casa noturna denominada "Manos Bar, que situa-se próxima ao local do fato.

Ao sair do local, em visível estado de embriaguez voluntária, tomou a direção do veículo Ford/Ka, passando a conduzi-lo sobre a calçada, seguindo por toda sua extensão tentando atingir as pessoas que encontravam-se defronte ao bar.

Muitas daquelas pessoas lograram êxito se desvencilhar do automóvel,

Acesso ao Sumário

porém, após efetuar por diversas vezes a manobra conhecida como "cavalo-de-pau", o denunciado atingiu em cheio o veículo contra as pessoas que se encontravam no passeio público.

Na ocasião, o veículo, utilizado como meio para a prática do crime pelo denunciado, colidiu contra uma barraca de pastel que se encontrava na calçada, atingindo uma comerciante que teve a perna fraturada. Do impacto causado pela força do veículo, um tacho de óleo quente foi arremessado contra a filha daquele comerciante, de 15 (quinze) anos de idade, provocando-lhe lesões de natureza gravíssima, que serão materializadas no laudo de exame de corpo de delito a ser juntado oportunamente.

O veículo utilizado pelo denunciado pertencia à irmã dele, sendo certo que o increpado não possuía Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação." (fls. 02/03).

Entretanto, ao cabo da instrução, operou-se a reclassificação, com a remessa do caso ao Tribunal do Júri, consoante assim então expresso na interlocutória de fls. 306/309, verbis:

"(...) Não se ignora a querela doutrinária e jurisprudencial que versa sobre a tipificação da conduta marcada por dolo eventual em crime material cujo resultado não sobrevém. Tampouco se ignora o famoso precedente do C. Superior Tribunal de Justiça, no RHC 6797/RJ, que (hipótese aliás assemelhada aos fatos aqui tratados), considerou plenamente equiparado, inclusive na ausência do resultado naturalístico, o dolo direto e o dolo eventual (tratava-se, no caso, de torcedor que efetuou disparos a esmo na direção da torcida rival, atingindo vítima que, embora lesionada, não veio a óbito, concluindo-se pela admissibilidade da acusação por homicídio tentado).

De toda forma, a este Juízo parece que a questão posta nos autos refoge a tal dissídio, ou ao menos mereça enfoque sob outro prisma.

É que as provas coligidas em regular instrução realmente apontam para possível conduta marcada por dolo homicida direto, mas dirigido a terceiras pessoas não identificadas; por erro no uso dos meios de execução, porém, o réu acabou atingindo as duas vítimas aqui mencionadas.

Com efeito, as testemunhas presenciais ouvidas foram unânimes em descrever a conduta do acusado, afirmando que ele se envolvera em querela com outros frequentadores do "Mano's Bar" e que, ao sair do local, tomou seu veículo, estacionado do lado oposto da via, pô-lo em movimento, fez o retorno na avenida mais adiante e voltou na direção daquele bar, acelerando o automóvel.

Em alta velocidade, derivou subitamente o carro para sobre a calçada, no momento em que diversos frequentadores daquele "Mano's Bar" estavam na

Acesso ao Sumário

frente do estabelecimento, mas estes conseguiram se esquivar do veículo conduzido pelo réu que, em alta velocidade, prosseguiu sobre a calçada até a esquina, cruzou a rua transversal onde havia ligeira elevação no asfalto e, descontrolado, prosseguiu sobre a calçada da avenida até atingir a Kombi transformada em barraca de pastéis onde estavam as vítimas, assim causando as lesões nas ofendidas, inclusive as extensas queimaduras em D., atingida pelo derramamento de óleo fervente que estava no tacho de fritura dos pastéis.

Ora, tais narrativas apontam que o acusado, em princípio, intencionava diretamente atingir desafetos que saíam do "Mano's Bar", mostrando-se evidente que, ao direcionar automóvel (objeto com massa de cerca de uma tonelada), animado de elevada energia cinética (alta velocidade) contra transeuntes, o réu pretendesse matar os desafetos que estivessem em sua trajetória.

O dolo homicida contra os indivíduos com quem o réu havia se desentendido resultou, em princípio, bem evidenciado pela dinâmica narrada por várias testemunhas ouvidas, ressaltando-se o relato do proprietário do "Mano's Bar", ao frisar que, pouco antes de dirigir-se ao seu carro, fingindo que partia dali, o réu ainda provocou seus contendores, fazendo sinal com a mão para simular que portasse arma de fogo (o que apenas acirrou novamente os ânimos e pôs o réu em vias de sofrer novas agressões).

Portanto, extrai-se das provas dos autos que o acusado agiu animado por possível dolo homicida direto, mas não logrando atingir qualquer dos desafetos que estavam em frente ao bar, prosseguiu (veja-se que o laudo de local dos fatos não encontra marcas de frenagem) com o veículo em alta velocidade (ou seja, por erro no meio de execução), vindo a atingir as vítimas na barraca de pastéis situadas mais adiante, na continuação da mesma calçada.

Se assim foi, é hipótese do artigo 73, primeira parte, do Código Penal, e deve o acusado responder pelo mesmo delito praticado contra a(s) pessoa(s) a quem queria deliberadamente ofender, muito embora haja atingido as vítimas acima referidas.

Acesso ao Sumário

Posta a qualificação jurídica da conduta nestes termos, em razão dos elementos probatórios surgidos em instrução, cessa a competência deste juízo para análise exauriente da conduta, na medida em que se tem delineada possível conduta tipificada como delito contra a vida, cabendo então sua análise ao E. Tribunal do Juri.

Pelo exposto, pois, desclassifico a conduta irrogada na denúncia (artigo 129, § 1º, inciso II e § 2º, inciso IV do Código Penal), vislumbrando a ocorrência de delito contra a vida tentado, e, com fundamento nos artigos 384 e 383, § 2º, ambos do Código de Processo Penal, determino a remessa dos autos ao E. Tribunal do Juri desta Comarca, territorialmente competente, para

prosseguimento, nos termos do já citado artigo 384, do Código de Processo Penal." (fls. 307/309).

A seguir, com os autos presentes já na Vara do Júri, promoveu-se o aditamento da exordial por parte do Ministério Público, o que acha-se melhor esclarecido a fl. 429, recomeçando a instrução a partir de uma nova imputação (crimes dolosos contra a vida na modalidade tentada). Confira-se a fls. 306/309, 330/332, 334 e 428/437).

Realizada a instrução, encontramos na pronúncia os seguintes fundamentos, *verbis:*

"(...) No mérito, como é sabido, o juízo de certeza não é necessário para a pronúncia, sendo que as dúvidas e contradições existentes são resolvidas em favor da sociedade mediante a submissão do julgamento ao Juiz Natural do feito, bastando para tanto, indícios de autoria e certeza da existência material do delito, os quais, no caso em tela, estão presentes.

A materialidade do delito ficou inequivocamente comprovada pelo laudo pericial de verificação de embriaguez de fls. 80/81, laudo pericial de local dos fatos de fls. 104/113, além do acervo testemunhal. Da mesma forma existem, no caso em tela, elementos suficientes de indícios de autoria por parte do réu no delito ora apurado. Se não, vejamos:

Em juízo a vítima K. R. T. S. M. disse que naquela noite estava trabalhando, vendendo pastéis em sua barraca, montada na calçada; o lugar era próximo de um salão onde acontecia um baile. Por volta das seis da manhã estava com sua filha ao lado, atendendo os clientes, na barraca, quando viu o carro do acusado cantando pneu e avançando sobre a calçada do outro lado da rua, em frente ao salão onde acontecia o baile. Depois de uns dez minutos ele atravessou a rua em alta velocidade, subiu na calçada onde estava montada a barraca e atropelou a depoente. Quando percebeu, já estava com sua perna presa embaixo da roda do automóvel e o acusado tentando ligar o carro para ir embora. Um homem que estava próximo conseguiu tirar o réu do veículo e o contiveram. Sua filha gritava ao lado, chamando seu nome, mas ela desmaiou em seguida. O réu estava visivelmente alcoolizado; segundo soube depois, por meio de um amigo chamado Paulo César, que também ficou ferido, esse amigo havia brigado com o réu momentos antes, em um bar próximo, ocasião em que o réu o ameaçou de morte. Depois de passado esse entrevero, o Paulo César foi até a barraca de pastéis e o réu o avistou lá. A intenção do acusado, segundo ele mesmo lhe contou, era atropelá-lo, e por isso ele lançou o automóvel sobre a barraca. Da colisão, a vítima teve uma das pernas fraturadas e ficou um ano usando cadeira de rodas.

A vítima D. L. T. S. M. DE S. L., informou ser filha da outra vítima K. R. T.

Acesso ao Sumário

S. M.; sua mãe vendia pastéis no local dos fatos em uma barraca; o lugar é uma rua onde acontece um baile; Naquela noite viu uma confusão no bar que ficava na mesma rua, com pessoas gritando; em seguida, o automóvel dirigido pelo réu invadiu a barraca, que ficava na calçada, e atropelou sua mãe. O automóvel também atingiu o tacho de óleo usado para fritar pastéis, e parte do líquido quente derramou sobre a depoente. Por causa disso, a depoente ficou um mês e três semanas internada na UTI de queimados. Soube, depois, que o réu estava envolvido na briga que aconteceu momentos antes. Segundo lhe disseram, a pessoa com quem o réu havia brigado teria ido até a barraca de sua mãe comprar pastel, e o acusado teria visto ela lá. Restaram cicatrizes de queimaduras em seus braços, pescoço, pernas e barriga. As queimaduras do joelho ainda lhe provocam dores e restringiram seus movimentos das pernas.

A testemunha A. T. DE S., em Juízo, disse ser dono da barraca onde as vítimas trabalhavam. Estava junto da barraca naquela noite. O réu havia se envolvido em uma briga num bar próximo. Depois disso a pessoa com quem o réu brigou foi até a barraca comer pastel. Em dado momento viu o réu dirigindo o automóvel em alta velocidade; em seguida o carro subiu a calçada, avançou sobre a barraca de pasteis e atropelou as vítimas.

Já a testemunha M. B. V. N., ao ser ouvido em Juízo, contou ser proprietário de um bar próximo do local dos fatos. Momentos antes dos fatos, o réu estava em seu bar; viu quando o acusado envolveu-se em confusão em seu estabelecimento, brigando com alguns clientes visivelmente bêbado. Em seguida, o acusado entrou em um carro e o depoente voltou para o interior do estabelecimento. Minutos depois o depoente ouviu o barulho da colisão e saiu para a rua. Viu populares contendo o acusado até a chegada da polícia. Soube depois que o réu dirigiu o automóvel pela rua em alta velocidade e lançou o carro sobre a barraca de pastéis que ficava na calçada, atropelando e ferindo as vítimas que trabalhavam na barraca.

Em seu depoimento colhido junto à 7ª Vara Criminal deste Fórum, a testemunha D. DE O. R. narrou ser o proprietário de uma barraca de lanches que ficava ao lado da barraca de pastéis. Naquela noite soube que o réu arrumou briga dentro do bar chamado "Mano's Bar". Viu quando ele saiu do estabelecimento bastante alterado, entrou no carro, dirigiu até a padaria a frente e fez o retorno por cima da calçada, em alta velocidade, e atropelou as duas vítimas, inclusive, ele também atropelou uma pessoa conhecida como "Paulinho", o próprio tio do réu. Depois disso o acusado tentou arrancar com o carro, mas foi impedido pela multidão que o cercou. O réu estava visivelmente embriagado.

(...)

O policial militar G. DOS S. V., em Juízo, relatou ter sido acionado via

Acesso ao Sumário

COPOM para atender a ocorrência. Ao chegar no local, encontrou o acusado contido por populares; o réu aparentava estar embriagado. Segundo essas pessoas lhe contaram, o réu fez manobras perigosas com seu carro na via pública, conhecidas por "cavalo de pau", perdeu o controle do automóvel, avançou sobre a calçada e atropelou as vítimas.

Embora o réu tenha optado por permanecer em silêncio na ocasião de seu interrogatório nesta 1ª Vara do Juri, sua versão oferecida ao Juiz da 7ª Vara Criminal, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, é esta: naquela data pegou o carro de sua irmã para abastecer e, no caminho, resolveu entrar no "Mano's Bar" para conversar com seu tio. Lá dentro, brigou com seu tio. Na saída do estabelecimento, havia muitas pessoas bêbadas andando pela rua, perdeu o controle do automóvel e subiu na calçada, atingindo as vítimas. Não tem CNH.

Como visto, a autoria do delito é incontroversa, embora a Defensoria Pública do Estado levante tese acusatória suscitando dúvidas sobre o elemento volitivo de seu comportamento. É sabido que o dolo eventual constitui-se pela assunção, por parte do agente, quanto ao risco de produzir determinado resultado, ou seja, que tenha condições objetivas de prever a possibilidade de produzir um determinado resultado e, mesmo havendo tal previsão, ele não se oponha a dar continuidade à ação, 'tolerar o resultado, consentir em sua provocação, estar a ele conforme, assumir o risco de produzi-lo não passam de formas diversas de expressar um único momento, o de aprovar o resultado alcançado, enfim, de querê-lo'; assim, a configuração do dolo eventual exige que o agente tenha condições de ter consciência do perigo concreto, de prever antecipadamente a possibilidade de que o resultado seja produzido.

(...)

Do conjunto probatório, percebe-se que há elementos para crer que o réu não possuía habilitação para conduzir veículo automotor, conduzia o veículo em estado de embriaguez, em velocidade excessiva para o local e teria invadido a calçada, colhendo as vítimas.

Em que pese o réu não tenha permitido a coleta de sangue ou urina, o laudo pericial de verificação de embriaguez de fls. 80/81 informa que ele estava sob influência dos efeitos de álcool; esta informação está em harmonia com o depoimento das testemunhas que relataram terem notado seu comportamento desordenado e raciocínio confuso, após os fatos, ao ser contido pelos populares; não se pode ignorar, ainda, as notícias de que teria lançado deliberadamente o automóvel sobra a calçada, cheia de pessoas que haviam saído em um baile.

Consta, ainda, que o réu conduzi seu veículo em velocidade incompatível

Acesso ao Sumário

para o local, consoante é possível se observar pelo laudo pericial de local dos fatos de fls. 104/113, o que descreve possível trajetória do veículo do réu durante a colisão, indicando que o veículo só parou quando colidiu com o veículo Kombi estacionado ao lado da barraca de pastéis.

Desta feita, tais elementos somados permitem a submissão dos fatos ao conhecimento dos senhores jurados, porque há indícios de que o réu tinha condições de ter a previsibilidade objetiva do resultado ocorrido, mas optou por dar continuidade em sua conduta, a despeito de tal previsibilidade" (fls. 431/436).

Uma vez apresentados os devidos destaques, aqui, nestes autos, encontramos sinais da materialidade, revelados a partir do auto de prisão em flagrante (fl. 06), dos termos de depoimento (fls. 07/14), boletins de ocorrência (fls. 16/24), foto (fl. 25), registro de atendimento de urgência (fls. 40/41) e laudos periciais (fls. 87/89 e 114/123).

Fala-se que uma das vítimas teve fratura exposta da perna e a outra, por conta das colisões, recebeu líquido muito quente em seu corpo, provocando queimaduras.

Consoante despacho judicial de fls. 413/414 e requerimento ministerial de fls. 530/531 reconheceu-se que não foram elaborados laudos de lesões corporais. Há pleito do titular da ação penal para expedição de ofícios para o Hospital Dr. Carmino Caricchio (Tatuapé, capital) para que encaminhe prontuários médicos das vítimas e com eles no processo que se preparem os laudos indiretos de lesões corporais, junto ao IML. **Isso deverá ser providenciado na origem, antes da marcação do Júri**. De todo o modo, sem prejuízo das provas orais, temos nos autos as fichas de identificação de fls. 40 e 41, uma para cada vítima. Ou seja, machucadas, entraram para atendimento hospitalar. A fl. 19, porque ambas estavam hospitalizadas, a Autoridade Policial não requisitou de pronto os respectivos exames de corpo de delito. De todo o modo, para fins de pronúncia, é o suficiente para concluir que a acusação não é temerária.

Por sua vez, relativamente à autoria, acha-se indicada nos depoimentos de fls. 356/362, consoante transcrição da sentença de fls. 431/436 supra.

No memorial, a defesa alegou inexistir espaço para *tentativa eventual* como também correu a fazer críticas à remessa do presente caso ao Júri, por conta de, então, o acusado estar embriagado, na suposta condição de praticante do desatino sob o pálio do dolo eventual.

Confirmamos a pronúncia.

No dolo eventual, o agente não quer o resultado, mas assume o risco de produzi-lo (art. 18, I - CP). Prevê o resultado, não o deseja, mas também não recua na conduta, assumindo o risco do resultado. Nos delitos de trânsito, prece-

dentes vêm admitindo que o binômio embriaguez e velocidade, produzindo resultado danosos, implica dolo eventual, conclusão que não pode ser adotada de forma absoluta, mesmo porque não se garante que a previsão do resultado, pelo agente, dê-lhe a certeza de que também não pereça ou de que não seja lesionado. Essa ressalva demanda exame da prova e sua avaliação pelos juízes não togados.

Aqui, no bojo dos autos, falou-se de alguém sem habilitação, embriagado, subindo pelas calçadas em considerável percurso, até colher as pessoas. E que não cessava sua temerária atuação, pese intervenção de terceiros.

Tem-se, então, a presença de indícios de dolo eventual dos homicídios tentados, com a demonstração de justa causa para a pronúncia, não sendo juridicamente viável a desclassificação do delito, a qual exigiria certeza jurídica sobre a ocorrência de culpa consciente, nos termos do art. 419 do Código de Processo Penal. Tenho o contexto por suficiente para convocar o Tribunal do Júri.

No passado, o STJ já predicava o entendimento de que "*a tentativa é compatível com o delito de homicídio praticado com dolo eventual, na direção de veículo automotor*" (AgRg no REsp 1322788/SC, Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe. 03/08/2015). O tema, em termos acadêmicos, permaneceu sendo alvo de discussões e a turma há de ser cautelosa ao descortinar o entrevero, tal como posto pelo recorrente, para não influenciar os jurados. Entretanto, ainda no âmbito do direito pretoriano agora mais atual, "Para a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não há incompatibilidade lógico-jurídica entre a forma tentada do homicídio e o dolo eventual, nos delitos de trânsito" (AgRg no HC 656689 SP, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 3/5/2021). Não bastasse, para rechaçar aquele primeiro argumento defensivo, faço uso de mais outro julgado do mesmo e. STJ (AgRg no RHC 120591 BA, rel. Min. Laurita Vaz, DJe 29/10/2020): "Não é incompatível o crime de homicídio tentado com o dolo eventual, neste sentido é iterativa a jurisprudência desta Corte" (HC 503796/RS, Rel. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo, Desembargador Convocado do TJ/PE, 5a Turma, julgado em 01/10/2019, DJe 11/10/2019). No mesmo sentido, é o AgRg no REsp 1322788/SC, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, julgado em 18/06/2015, DJe 03/08/2015".

Em suma, o problema está posto para os Jurados, mas a pronúncia nada tem de temerária. A conduta extrapola a simples falta de cuidado (há referências a desavença anterior e usou do carro para resolver suas desavenças com o terceiro). Isso porque, em tese, é absolutamente admissível, é amplamente possível conviverem dolo eventual no trânsito, nas condições deste caso.

A prova oral é forte no sentido da ação deletéria do recorrente.

Com relação à exclusão das qualificadoras, nesta fase isso apenas seria possível caso absolutamente temerárias, o que não pareceu ser o caso deste pro-

Acesso ao Sumário

cesso. Há sim diversos resquícios de provas indicando desavença antecedente no estabelecimento comercial, o que impulsionou o condutor, supostamente atrabiliário, a trazer o veículo do jeito como o fez, felizmente não atingindo outras pessoas mais que, como as feridas, também se encontravam reunidas – minudência que autoriza a incidência da outra circunstância apontada na exordial. A propósito, existe laudo de local mostrando os estragos provocados pelo condutor fazendo do veículo como instrumento do malfeito. A propósito, está consolidado o entendimento no sentido de que, "somente será possível a exclusão de qualificadora quando esta for manifestamente improcedente, sob pena de usurpação da competência do Tribunal do Júri" (AgRg no AREsp n. 811.547/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 15/3/2017)" (AgRg no AgRg no AREsp n. 1.165.409/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 20/6/2018).

Meu voto, pois, **nega provimento ao recurso, com determinação**, leia-se a fls. 402/410, 413/414, 530/531 e quando tratamos da materialidade neste aresto.

Revisões Criminais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 2117774-17.2023.8.26.0000, da Comarca de Piracicaba, em que é peticionário A. J. P. DA S..

ACORDAM, em 5º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Indeferiram a revisão criminal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.836)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores NUEVO CAMPOS (Presidente), FÁBIO GOUVÊA, RACHID VAZ DE ALMEIDA, ALCIDES MALOSSI JUNIOR, CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO, ULYSSES GONÇALVES JUNIOR e JUCIMARA ESTHER DE LIMA BUENO.

São Paulo, 14 de setembro de 2023

NELSON FONSECA JÚNIOR, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: REVISÃO CRIMINAL – ESTUPRO DE

VULNERÁVEL – Pretensões de reconhecimento de nulidades, absolvição por falta de provas e afastamento da continuidade delitiva – Impossibilidade – Decisão fundada em elementos concretos de convicção – Não ocorrência de quaisquer das hipóteses do artigo 621 do Código de Processo Penal – Não existência de ilegalidade manifesta ou teratologia na decisão condenatória – Pedidos indeferidos.

VOTO

Trata-se de revisão criminal ajuizada por **A. J. P. da S.** objetivando a desconstituição do acórdão da 3ª Câmara de Direito Criminal deste Tribunal, que deu provimento ao recurso do Ministério Público para condenar o réu como incurso na pena do artigo 217-A, *caput*, c.c. o artigo 226, inciso II, na forma do artigo 71, *caput*, todos do Código Penal, a cumprir, em regime inicial fechado, 14 (catorze) anos de reclusão, com trânsito em julgado em 03/10/2022 (cf. fl. 804 dos autos originários).

Em suas razões, busca, inicialmente, o reconhecimento da nulidade do acórdão prolatado pela 3ª Câmara de Direito Criminal deste Tribunal, sob o argumento de que o 3º Juiz não teria lido o processo antes do julgamento. Também aponta que o laudo pericial - considerado para a condenação - foi confeccionado sem o crivo do contraditório. No mais, sustenta que a palavra da vítima não possui credibilidade suficiente para a condenação. Do contrário, requer o afastamento da continuidade delitiva. Postula, ainda, a isenção do pagamento das custas processuais (fls. 01/44).

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo indeferimento do pedido revisional (fls. 957/983).

É o relatório.

A revisão não comporta deferimento.

Como se nota, pretende o requerente a reapreciação de teses já enfrentadas no processo, vale dizer, maneja esta revisional como se fosse uma nova apelação, o que se revela incabível.

A propósito, já sedimentou o Superior Tribunal de Justiça a seguinte tese: ***"1) A revisão criminal não é meio adequado para reapreciação de teses já afastadas por ocasião da condenação definitiva"*** (Precedentes: RvCr 2877/PE, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Revisor Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/02/2016, DJe 10/03/2016; AgRg no AREsp 234109/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2015, DJe 26/03/2015; AgRg no Ag 1276605/MS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em

Acesso ao Sumário

05/08/2010, DJe 23/08/2010; REsp 866250/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 19/03/2009, DJe 13/04/2019; REsp 956767/CE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2007, DJ 10/09/2007; REsp 1269443/PB (decisão monocrática), Rel. Ministro FELIX FISCHER, julgado em 18/05/2016, DJe 01/06/2016.).

Sendo assim, extrai-se dos autos que o peticionário foi processado e condenado porque, de maneira continuada, em horários e datas incertas, porém, até o dia 16 de agosto de 2016, nas cidades de São Paulo/SP e Piracicaba/SP, praticou atos libidinosos diversos da conjunção carnal com a ofendida G.R.F, que era sua enteada e possuía 11 (onze) anos de idade quando os abusos, que perduraram por cerca de 02 (dois) anos, se iniciaram.

Inicialmente, as alegações de nulidade, não merecem acolhida.

Isto porque, na sessão de julgamento houve sustentação oral por parte do patrono do réu (Dr. Alexandre Henrique Gonsales Rosa), bem como manifestação da Procuradoria de Justiça (Dr. César Dario Mariano da Silva), de forma que o caso foi amplamente discutido, com a devida observação do contraditório e da ampla defesa.

E o fato de a Defesa não concordar com a decisão - adotada por unanimidade -, não permite o reconhecimento de nulidade, sob o argumento de que um dos julgadores desconhecia as provas constantes dos autos.

Além do mais, ainda que assim não fosse, esse questionamento foi objeto de apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do agravo em recurso especial, o qual foi negado provimento (cf. fls. 864/876 dos autos originários- grifei), sendo destacado que: *"No que toca ao art. 381, III e IV, do CPP, sob as teses de que o Desembargador Luiz Toloza Neto não fez a leitura dos autos, não sendo possível fundamentar a sua decisão; de que não se observou que o laudo foi utilizado como prova essencial para a condenação e, ainda, que o reconhecimento de que a vítima mentiu em parte, devendo ser esclarecido e decotado do depoimento, não se identifica pertinência temática entre os temas e o disposto no artigo de lei apontado por violado, o que caracteriza deficiência de fundamentação e faz incidir a Súmula n. 284 do STF. Além disso, o TJ esclareceu que "a condenação do embargante não foi baseada exclusivamente no Laudo Pericial, mas sim na prova oral colhida, notadamente nas palavras da vítima que foram uníssonas e firmes em todas as oportunidades em que foi ouvida" (fl. 723). E que, a "despeito das alegações da combativa Defesa, não se verificou quaisquer divergências nas declarações da vítima, a qual não teria motivos para incriminar falsamente o réu"(fl. 652)".*

O laudo psicológico (cf. fls. 11/24 dos autos originários), por sua vez, foi confeccionado por perito oficial, lotado na Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Piracicaba/SP e, portanto, competente para conduzir o exame, cuja

Acesso ao Sumário

realização foi determinada pelo Juízo de Direito.

Dessa forma, não há que se falar em ilicitude da prova, até porque o laudo foi feito segundo as normas vigentes e a Defesa teve a oportunidade de contrariá-lo em todas as fases (resposta à acusação, alegações finais, contrarrazões de recurso e também na sustentação oral).

De mais a mais, como bem salientado pelo Procurador de Justiça, caso entendesse necessário, a Defesa poderia ter arrolado o psicólogo judiciário como testemunha, a fim de questioná-lo durante a audiência de instrução.

Note-se, ainda, que o laudo psicológico - que não tem por objetivo a comprovação fática da prática delitiva, mas, sim, a análise do comportamento dos envolvidos - não foi o único elemento de prova produzido, não existindo nulidade que se possa extrair desse estudo.

Na sequência, cumpre transcrever, por oportuno, os seguintes excertos do acórdão (cf. fls. 639/654 dos autos originários), que afastou a alegação defensiva no sentido de que não havia provas em desfavor do réu: *"A vítima G. (depoimentos nos autos), bastante emocionada, afirmou que os abusos começaram quando tinha 11 anos. Certo dia foi agredida fisicamente pelo réu e, em razão disso, expôs os abusos para os familiares. Certa vez, ele a fez tirar a roupa, apoiar na parede, abrir a perna, depois colocou um preservativo no dedo e introduziu em seu órgão genital. Em outras oportunidades, ele passava a mão em sua perna enquanto estavam no carro indo para a aula de vôlei, sem saber precisar a quantidade de vezes que isso ocorreu. Também, por diversas vezes, viu o réu observá-la no banheiro enquanto tomava banho. Contou que o réu a ameaça de agressão, caso contasse o ocorrido a alguém. Passou por tratamento psicológico e foi morar com seu genitor. Não contava sobre os abusos para sua mãe com medo que ela passasse necessidade. Disse que sua mãe nunca foi carinhosa com ela. Disse, também, que sua mãe e A. pegavam em seu pé por causa da roupa que usava. Depois das mensagens descobertas, ficou dois anos sem celular"*.

E, como se sabe, em delitos iguais aos aqui apurados, a dicção da vítima é de indiscutível importância para a busca da verdade, sobretudo por não ter motivo algum para, levianamente, incriminar o recorrente.

Nesse sentido já decidiu a 10ª Câmara de Direito Criminal desta Corte de Justiça: ***"Nos delitos de natureza sexual, na maioria das vezes praticados sem a presença de testemunhas, a palavra da vítima, desde que segura e coerente, possui indubitável valor probante, sendo mesmo decisiva para a condenação"*** (Apelação n° 0158566-38.2009.8.26.0000, Rel. Des. David Haddad, j. em 21/07/2011).

De igual teor: ***"A palavra da vítima, nos crimes sexuais, especialmente quando corroborada por outros elementos de convicção, tem grande validade***

Acesso ao Sumário

como prova, porque, na maior parte dos casos, esses delitos, por sua própria natureza, não contam com testemunhas e sequer deixam vestígios" (STJ, HC 76.599/RS, Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora Convocada do TJ/MG), 5ª Turma, j. em 04/10/2007, DJ 22/10/2007, p. 327).

O acórdão ponderou, ainda, que: *"A testemunha M. S. de C. F. (depoimentos nos autos), avó paterna da vítima, soube dos fatos pela mãe de G.. Foi realizada uma reunião familiar em que a vítima chorava muito e chamava o réu de pedófilo. Após, a neta passou a morar com a depoente. Sua neta lhe contou que A. colocou o dedo nela, que algumas ameaças ocorreram em São Paulo e esse fato ocorreu em uma escola em Piracicaba. Explicou que evita falar com a vítima, pois ela sofre muito. A vítima resolveu relatar porque foi agredida pelo réu. O relacionamento da vítima com a mãe era conflituoso, ela dizia que na casa dela era tratada como empregada. Questionada sobre o problema que a vítima teve em São Paulo ao se relacionar com uma pessoa, sendo a razão pela qual a família mudou-se de cidade, disse que a história que sabe não é bem essa. A versão que sabe é que a família já possuía pretensão de se mudar para Piracicaba, até porque a família da mãe de G. mora no município. A vítima sempre confirmou os fatos para a depoente quando confrontada e passou por tratamento psicológico por dois anos. A testemunha A. M. contou que estava em seu apartamento quando a vítima, a genitora e A. chegaram e a vítima o acusava de pedofilia. A mãe disse que precisava saber da verdade pois* não poderia ficar com A. *se os abusos fossem verdadeiros. G. era uma menina expansiva, brincava muito, não era vingativa, de inventar histórias. A testemunha C. M. F., madrasta da vítima, contou que a vítima visitava o pai a cada dois ou três meses. Após a vítima ter se mudado para Piracicaba, seu marido recebeu um telefonema e lhe informou que a filha iria residir com eles, pois tinha tido um problema com A.. A depoente acompanhou G. na delegacia, em todas as oportunidades que a vítima foi ouvida por psicólogo e psiquiatra, ela contou que o réu chupava os seios dela, que introduziu o dedo na vagina dela, que os fatos ocorriam em São Paulo e ele a ameaçava dizendo que se contasse algo a seus irmãos eles iriam passar fome. A vítima não mudou o comportamento após o nascimento do irmão filho da depoente com o pai de G.. G.* é uma menina que precisa de muito carinho».

Além disso, como ressaltado no acórdão: *"A despeito das alegações da combativa Defesa, não se verificou quaisquer divergências nas declarações da vítima, a qual não teria motivos para incriminar falsamente o réu. Ademais, o Laudo Psicológico (fls. 11/24) assim ponderou "(...) não foram observados sinais de tentativas de manipular o entrevistador ou outros elementos que apontem para vivencias fantasiosas da adolescente, sugerindo a veracidade de seu relato. Os demais entrevistados trouxeram informações que parecem corroborar a ocorrência de vivencias abusivas, apontando para mudanças comporta-*

Acesso ao Sumário

mentais da adolescente (apatia, isolamento, sexualidade exacerbada, dificuldades de contatos interpessoais com irmãos e outros) que podem estar associadas à violência sexual.", e arrematou, concluindo que "(...) entendemos que existem elementos que corroboram a hipótese da ocorrência de abuso sexual, praticado pelo padrasto, contra a adolescente G.. A adolescente, atualmente, não tem contatos com o padrasto, residindo com seu genitor e tendo seus direitos aparentemente preservados".

Importante registrar, ademais, que o fato de o relatório médico (cf. fl. 10 dos autos principais) ter constatado ausência de sinais de laceração da região vaginal, é certo também que apontou que a ofendida apresentava hímen elástico (complacente), que não se rompe com facilidade. E a dinâmica dos fatos - inserção de dedo na vagina da menor -, não necessariamente resultaria lesão aparente.

Logo, não há que se falar em condenação contrária ao texto expresso da lei penal ou mesmo à evidência dos autos.

Também não é caso de afastamento da continuidade delitiva, uma vez que os crimes ocorrem em mais de uma oportunidade, como se viu acima, devendo os delitos subsequentes ser havidos como continuação do primeiro; sendo certo, também, que o peticionário foi até beneficiado com o aumento da pena na fração mínima de 1/6 (um sexto).

Por fim, no que se refere à concessão dos benefícios da Justiça Gratuita, destaco que o pedido de isenção do pagamento de eventuais custas e despesas processuais deverá ser formulado na fase de execução da pena, porquanto, em caso de indeferimento, há recurso próprio, não sendo possível, dessa maneira, o exame da questão nesta oportunidade, sob pena de indevida supressão de instância.

Ante o exposto, indeferem-se os pedidos revisionais.

Acesso ao Sumário

ÓRGÃO ESPECIAL

Ações Diretas de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2112348-24.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE GUARULHOS, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE GUARULHOS.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE EM PARTE. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.086)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), 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, AROLDO VIOTTI, RICARDO DIP, JAMES SIANO, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI e JARBAS GOMES.

São Paulo, 16 de agosto de 2023.

MARCIA DALLA DÉA BARONE, Relatora

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade – Município de Guarulhos – Lei n. 8.120, de 21 de março de 2023 que dispõe *"sobre a obrigatoriedade das escolas infantis, creches e berçários particulares, públicos e conveniadas a instalarem câmeras de vídeo em seus estabelecimentos"* – Ação proposta pelo Prefeito Municipal aduzindo ingerência do Poder Legislativo no Poder Executivo de iniciativa, ofensa ao princípio da separação dos poderes, imposição de novas atribuições indevidas ao Município, além da atribuição privativa do chefe do executivo para legislar sobre tal assunto – Inconstitucionalidade não verificada nos ar-

Acesso ao Sumário

tigos 1º e 3º do ato normativo – Exegese do artigo 111 da Constituição Estadual, aplicável aos Municípios por força do artigo 144 da mesma Carta, não tendo havido invasão da matéria relacionada ao funcionamento da Administração – Artigos 2º e 4º que, por sua vez, usurpam o princípio da separação dos poderes, por invadirem na reserva da administração ou iniciativa legislativa reservada ao Poder Executivo – Ação julgada procedente em parte.

VOTO

Vistos,

Cuida-se de ação direta ajuizada pelo Prefeito do Município de Guarulhos, com pedido liminar, buscando a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal 8.120, de 21 de março de 2023 que dispõe sobre a "*obrigatoriedade das escolas infantis, creches e berçários particulares, públicos e conveniadas a instalarem câmeras de vídeo em seus estabelecimentos*", por violação dos artigos 5º, 47, incisos II e XIV e 144 da Constituição do Estado de São Paulo, bem como artigos 1º, 63, III, V, VII e VIII da Lei Orgânica do Município.

Argumenta o Alcaide que o ato normativo impugnado apresenta inconstitucionalidade material, ante a violação ao princípio da separação dos poderes, ao estabelecer obrigações ao Município, retirando do administrador a possibilidade de agir segundo os critérios de conveniência e oportunidade intrínsecos à Administração Pública, usurpando atribuições privativas do Chefe do Poder Executivo. Alega que a Lei em questão violou a competência privativa do chefe do Poder Executivo para apresentar projetos de lei sobre a) criação, estrutura, atribuições e funcionamento de órgãos e serviços públicos da administração pública municipal, bem como a b) a estrutura, organização e funcionamento da administração municipal. Aduz que a determinação para que as redes municipais de ensino e particulares instalem câmeras de vídeo em seus estabelecimentos, entre outras coisas, requer planejamento orçamentário, gestão de pessoas, Secretarias, utilização de servidores para monitoramento, especialização dos servidores, dentre outras providências. Aduz que o ato também está eivado de inconstitucionalidade formal, já que a iniciativa de leis que disponham sobre a estrutura, planejamento, organização e funcionamento da administração municipal pertence ao chefe do Poder Executivo. Argumenta, ademais, que a Lei impugnada contraria os seguintes parâmetros constitucionais, quais sejam: artigo 5º, § 1º, 47, 144 da Constituição do Estado de São Paulo, bem como a Lei Orgânica do Município de Guarulhos, em seu artigo 1º, 63, incisos III, V, VII e VIII. Pugnou pela concessão da liminar para a suspensão do ato normativo até

Acesso ao Sumário

ulterior julgamento.

A decisão inicial concedeu a liminar pleiteada (fls. 40/41).

Não houve manifestação da D. Procuradoria Geral do Estado (fls. 52).

Informações prestadas pelo Presidente da Câmara Municipal de Guarulhos (fls. 54/65) defendendo a constitucionalidade do ato. Cita precedente vinculante do Col. Supremo Tribunal Federal, o tema 917 que decidiu pela constitucionalidade de lei municipal que estabelece a obrigatoriedade de instalação de câmeras de segurança em escolas públicas municipais e cercanias.

Parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça pela procedência em parte do pedido para que seja declarada a inconstitucionalidade dos artigos 2º e 4º da Lei n. 8.120, de 21 de março de 2023 do Município de Guarulhos.

É o relatório.

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade em controle abstrato, na qual se pretende a declaração de inconstitucionalidade da Lei 8.120, de 21 de março de 2023, a qual dispõe sobre "*a obrigatoriedade das escolas infantis, creches e berçários particulares, públicos e conveniadas a instalarem câmeras de vídeo em seus estabelecimentos*".

A Lei impugnada estabelece, "in verbis":

"Art. 1º. Ficam as escolas infantis, berçários e creches particulares, públicas e conveniadas, obrigadas a instalar sistema de gravação por câmeras de vídeo.

Parágrafo único. Para a captação de imagens de toda a área dos estabelecimentos, bem como, das áreas de lazer, deverão ser instaladas quantas câmeras forem necessárias.

Art. 2º. Os estabelecimentos descritos no artigo 1º terão o prazo de 60 (sessenta) dias para se adequarem às disposições contidas nesta Lei.

Art. 3º. A inobservância das disposições contidas nesta Lei sujeitará o infrator à multa equivalente a 1.000 UFG's (Unidades Fiscais de Guarulhos), dobrada na reincidência.

Art. 4º. Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, devendo ser regulamentada pelo Poder Executivo, no prazo de 60 (sessenta) dias, após a sua publicação."

Segundo alega o Prefeito, em apertada síntese, referida lei, incorre em vício de iniciativa, bem como viola a reserva da administração e o princípio da separação dos poderes, já que há a indevida ingerência do Poder Legislativo no exercício das atribuições típicas do Poder Executivo, com a imposição de obrigações a este.

O pedido deve ser julgado procedente em parte.

A lei impugnada institui obrigatoriedade para que a escolas infantis, creches e berçários públicos, particulares e conveniados instalem câmeras de vídeo

Acesso ao Sumário

em seus estabelecimentos, concedendo o prazo de 60 dias para tanto, com a imposição de multa equivalente a 1.000 UFG's para o descumprimento, que deverá ser dobrada na hipótese de reincidência. O ato, ainda, impôs ao Poder Executivo que faça a necessária regulamentação no prazo de 60 dias após a sua publicação.

Referido ato normativo instaura política pública no âmbito da segurança pública em ambiente escolar.

Como é cediço, em regra, a iniciativa legislativa é conferida ao Poder Legislativo, cabendo a iniciativa ao Poder Executivo de forma excepcional, em hipóteses delimitadas e restritas.

Neste cenário, imperioso ressaltar o entendimento sedimentado no julgamento do Tema 917 pelo Col. Supremo Tribunal Federal em repercussão geral, "*não usurpa a 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*"). (STF, tema 917).

Nos moldes estabelecidos pelo artigo 24, § 2º da Constituição do Estado de São Paulo, aplicável aos Municípios por força do artigo 144 do mesmo diploma, compete exclusivamente ao chefe do executivo:

> Artigo 24 – A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Procurador-Geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.
>
> (...)
>
> § 2º – Compete, exclusivamente, ao Governador do Estado a iniciativa das leis que disponham sobre:
>
> 1 – criação e extinção de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica, bem como a fixação da respectiva remuneração;
>
> 2 – criação e extinção das Secretarias de Estado e órgãos da administração pública, observado o disposto no artigo 47, XIX;
>
> 3 – organização da Procuradoria Geral do Estado e da Defensoria Pública do Estado, observadas as normas gerais da União;
>
> 4 – servidores públicos do Estado, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;
>
> 5 – militares, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para inatividade, bem como fixação ou alteração do efetivo da Polícia Militar;
>
> 6 – criação, alteração ou supressão de cartórios notariais e de registros públicos

No mesmo sentido, a Constituição do Estado de São Paulo estabelece, em seu artigo 47, incisos II, XI, XIV e XIX, "a", a competência privativa do chefe

Acesso ao Sumário

do executivo de:

> "II – exercer, com o auxílio dos Secretários de Estado, a direção superior da administração estadual; (...)
>
> XI – iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição; (...)
>
> XIV – praticar os demais atos de administração, nos limites da competência do Executivo; (...)
>
> XIX – dispor, mediante decreto, sobre: (NR)
>
> a) organização e funcionamento da administração estadual, quando não implicar aumento de despesa, nem criação ou extinção de órgãos públicos; (NR)

Nesse contexto, os artigos 1º e 3º da norma ora impugnada não estão inseridos em nenhuma das matérias de iniciativa exclusiva do Chefe do Executivo, ressaltando-se que não criam ou alteram cargos, não tratam da estrutura ou da atribuição de seus órgãos, tampouco incrementam despesas para o Município, como consignado no Tema 917 de repercussão geral alhures mencionado. Por outro lado, tais dispositivos legais não afrontam o princípio da reserva da Administração.

Não se olvida que no âmbito Municipal, dentro do que se convencionou nomear "interesse local", tanto o Executivo, quanto o Legislativo podem inaugurar o processo legislativo, desde que respeitadas as esferas de atuação de cada um, e estando o rol de competências privativas do Chefe do Executivo elencadas no Artigo 24, § 2º c.c. Artigo 47, ambos da Constituição Estadual referentes à direção geral da Administração, pode-se concluir que neste rol não estão inseridas matérias como as tratadas nos artigos 1º e 3º da lei questionada, eis que apenas atendem ao interesse público, em observância ao princípio constitucional da garantia de segurança pública.

Mencionados dispositivos legais apenas cuidam acerca da segurança dentro dos estabelecimentos escolares.

Com efeito, colacionam-se precedentes deste E. Órgão Especial a respeito do tema:

> 1. Ação direta de inconstitucionalidade em face da Lei n.º 8.267, de 18 de julho de 2018, do Município de Marília, que "torna obrigatórios procedimentos para tratamento e desinfecção de areia existente nos locais de recreação instalados em creches, praças, parques infantis, escolas, clubes recreativos, quadras de esportes em ambientes públicos ou privados". 2. Ausência de vício de iniciativa – Ato normativo de iniciativa parlamentar – Norma que, em sua essência, não interfere na gestão do Município e tampouco veicula matéria inserida na reserva de administração – Competência legislativa concorrente – Artigos 24, § 2º, e 47, ambos da Constituição do Estado de São Paulo que não admitem interpretação extensiva – Ofensa, ademais, ao artigo 25 da Carta Paulista

Acesso ao Sumário

não caracterizada – Necessidade de fiscalização que não gera novas despesas porque inerente ao poder de polícia. 3. Inconstitucionalidade, porém, do artigo 4º da Lei impugnada que gera atribuições à Secretaria Municipal de Saúde – Afronta à separação dos poderes – Violação aos artigos 5º, 47, inciso XIV, e 144, todos da Carta Paulista. 4. Ação parcialmente procedente.

(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2217468-90.2022.8.26.0000; Relator: Vianna Cotrim; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 01/03/2023; Data de Registro: 02/03/2023)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei de iniciativa parlamentar promulgada com veto do Chefe do Executivo – Inconstitucionalidade inexistente – Matéria por ela tratada que não se subordina às hipóteses taxativamente arroladas, reservadas à iniciativa do Chefe do Executivo, nem gera despesa pública a maculá-la pela inconstitucionalidade – Lei que determina a afixação de placa informativa com os números telefônicos do canal de comunicação da Prefeitura Municipal de Jundiaí, para sugestões reclamações ou denúncia, e "Disque denúncia" – Ação desacolhida.*

(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2166189-75.2016.8.26.0000; Relator: Silveira Paulilo; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 01/02/2017; Data de Registro: 20/02/2017);

Destarte, rejeita-se a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 1º e 3º de mencionada lei, os quais não maculam o princípio da separação dos poderes, tampouco invadiram a iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo por não tratarem das matérias ou atribuições elencadas nos artigos 24, § 2º e 47, inciso II, XI, XIV e XIX da Constituição Bandeirante.

Por outro lado, o mesmo não ocorre em relação aos artigos 2º e 4º da norma questionada, porquanto estabelecem o modo pelo qual a política pública será implementada, invadindo a prorrogativa de escolha que cabe à Administração Pública adotar.

A fixação de prazo para que as escolas infantis, creches e berçários particulares, públicos e conveniados instalem as câmeras de segurança em suas dependências (artigo 4º), bem como a imposição de adequação dos estabelecimentos para tanto (artigo 2º) adentram na competência do Poder Executivo, já que afrontam o artigo 47, inciso XIX, "a" da Constituição do Estado de São Paulo.

Acesso ao Sumário

Conforme bem fundamentado pelo Ministério Público em seu parecer: "*Competem ao Poder Executivo o exercício de sua direção superior, a prática de atos de administração típica e ordinária e a disciplina de sua organização e de seu funcionamento (art. 47, II, XIV e XIX, a, da Constituição Estadual). (...) Esse espaço – denominado reserva da Administração – é de competência*

privativa do Poder Executivo para a prática de atos da Administração, inclusive para edição de atos normativos primários (decorrentes diretamente das prerrogativas consignadas na Constituição), imune à interferência do Poder Legislativo, decorre do princípio de separação de poderes (art. 5º, Constituição Estadual)" (fls. 77/78).

Com efeito:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 3.898, DE 28 DE ABRIL DE 2022, DO MUNICÍPIO DE ANDRADINA – LEI SUPOSTAMENTE AUTORIZATIVA QUE IMPÕE À ADMINISTRAÇÃO O FORNECIMENTO E DISTRIBUIÇÃO, PELA SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE E SECRETARIA MUNICIPAL DE ASSISTÊNCIA, DESENVOLVIMENTO SOCIAL E POLÍTICA SOBRE DROGAS, DE ABSORVENTES HIGIÊNICOS PARA MULHERES DE BAIXA RENDA E JOVENS DA REDE PÚBLICA DE ENSINO – OFENSA À RESERVA DA ADMINISTRAÇÃO – GESTÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS QUE CONSTITUI COMPETÊNCIA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO – INCONSTITUCIONALIDADE. 1. Lei nº 3.898, de 28 de abril de 2022, do Município de Andradina, que supostamente autoriza o Administrador a distribuir absorventes higiênicos a mulheres de baixa renda e jovens da rede pública de ensino. Desnecessidade de autorização legislativa. Admitir a autorização pressupõe admitir também a desautorização, o que é impensável e evidencia a invasão das competências administrativas e ofensa ao postulado da separação de Poderes. 2. Sob o manto da autorização, a lei impõe verdadeira obrigação à Administração Pública ("o Poder executivo, por meio da Secretaria Municipal de Saúde e Secretaria Municipal de Assistência, Desenvolvimento Social e Política sobre Drogas fornecerá"), modificando o rol de atribuições de órgão público. Intromissão em atos de gestão e gerência de políticas públicas. Ofensa à reserva da Administração. Precedentes do STF e do Órgão Especial. Incompatibilidade da lei local com os artigos 5º, 47, II e XIV, e 144, da Constituição Estadual. Ação direta de inconstitucionalidade procedente.

(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2110521-12.2022.8.26.0000; Relator: Décio Notarangeli; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 07/12/2022; Data de Registro: 16/01/2023)

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Município de Andradina – Lei nº 3.682, de 13-7-2020, de origem parlamentar, que 'Dispõe sobre a obrigatoriedade de afixação de placa informativa em obra pública municipal paralisada contendo, de forma resumida, a exposição dos motivos de interrupção' – Alegada violação aos princípios da separação entre os Poderes e da reserva da administração. 1 – Lei que obriga a Administração Pública a assegurar a transparência governamental, permitindo o acesso da população a informações básicas sobre os motivos pelos quais determinada obra pública fora paralisada, está amparada

Acesso ao Sumário

no princípio constitucional da publicidade dos atos estatais, previsto no art. 111, caput, da CE/89, reprodução do art. 37, caput, da CF/88. A indisponibilidade do interesse público obriga a transparência na atividade administrativa, já que interessa à coletividade informações mínimas sobre serviços públicos e sobre o uso do dinheiro público, pelo administrador. É modo de concretizar o princípio da transparência administrativa. Constitucionalidade do art. 1º e parágrafo único e art. 4º. 2 – Inconstitucionalidade formal e material. Atividade legislativa que não se limitou a estabelecer genericamente objetivos ou diretrizes a serem adotados quanto à instituição de política pública: cria obrigações e delimita a forma e o modo de agir da Administração Pública, trata das atribuições de órgão público e determina a prática de atos administrativos materiais. Inconstitucionalidade do art. 2º e de seus parágrafos e do art. 3º e de seu parágrafo único. Violação aos arts. 5º, 24, § 2º, 2, 47, II, XIV e XIX, 'a'. 3 – Inconstitucionalidade material. Salvo exceções previstas constitucionalmente, a obrigação de enviar relatório detalhado à Câmara de Vereadores, ao Tribunal de Contas e ao Ministério Público, no prazo de trinta dias, justificando os motivos da paralisação das obras, evidencia a natureza de controle externo do art. 3º e de seu parágrafo único. Ao criar mecanismo de controle não previsto na Constituição, a Câmara de Vereadores violou o princípio da separação e independência entre os Poderes, art. 5º, da CE/89, na medida em que a obrigação imposta pela norma cria situação de subordinação do Poder Executivo ao Poder Legislativo. Necessidade de seguir o modelo de fiscalização estabelecido pelo sistema constitucional. 4 – Ação procedente em parte."

(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2177882-17.2020.8.26.0000; Relator: Carlos Bueno; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 24/02/2021; Data de Registro: 26/02/2021)

À evidência, mencionados dispositivos interferem no funcionamento da Administração e na prática de gestão administrativa, em violação ao princípio da reserva da Administração, bem como ao princípio da separação de poderes, nos termos do quanto disposto nos artigos 5º, 47, XIX, 'a' da Constituição do Estado de São Paulo, aplicáveis aos Municípios por força do artigo 144 da Carta Bandeirante.

Em face do exposto, pelo voto, Julga-se procedente em parte a ação direta, para o fim de declarar a inconstitucionalidade dos artigos 2º e 4º da Lei n. 8.120, de 21 de março de 2023, do Município de Guarulhos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucio-

nalidade nº 2013478-41.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SOROCABA e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SOROCABA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47.468)**

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, LUIZ ANTONIO DE GODOY, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA e XAVIER DE AQUINO.

São Paulo, 23 de agosto de 2023.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Lei nº 12.491, de 07.01.22, do Município de Sorocaba, dispondo sobre a proibição da presença de crianças e adolescentes em eventos, exposições ou manifestações culturais, que apresentem conteúdo pornográfico, erótico ou obsceno.

***Causa petendi* aberta. Possível análise de outros aspectos constitucionais da questão.**

Quanto à separação de poderes. Inconstitucionalidade. Cabe ao Executivo a gestão administrativa. Desrespeito ao princípio constitucional da 'reserva de administração' e separação dos poderes. Afronta a preceitos constitucionais (arts. 5º; 47, inciso XIV e 144 da Constituição Estadual).

Quanto à violação ao pacto federativo. De um lado, legislação atacada, ao tratar de conteúdo pedagógico, dispôs sobre diretrizes e bases da educação nacional, matéria de competência exclusiva da União (art. 22, inciso XXIV, da Constituição Federal). De outro, ao criar suposta proteção à infância e à juventude, tratou

Acesso ao Sumário

de matéria, cuja competência legislativa é concorrente entre a União e do Estado (art. 24, XV, da Constituição Federal), sendo certo que tais desígnios protetivos já foram contemplados no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), o qual prevê inclusive sanções de índole criminal para a hipótese (artigos 240 e seguintes). Precedentes. Inconstitucionalidade também sob este aspecto.

Ação procedente.

VOTO

1. Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade** do Procurador Geral de Justiça tendo por objeto a **Lei nº 12.491**, de **07.01.22**, do **Município de Sorocaba**, dispondo sobre a proibição da presença de crianças e adolescentes em eventos, exposições ou manifestações culturais, que apresentem conteúdo pornográfico, erótico ou obsceno.

Sustentou, em resumo, a inconstitucionalidade da norma impugnada. Violado o pacto federativo e os princípios de liberdade e solidariedade vinculados à educação, contrariando os arts. 24, XV, e 22, XXIV, da Constituição Federal, além dos arts. 144 e 237 da Constituição Estadual. Legislação invadiu a competência normativa da União para, concorrentemente com o Estado, legislar sobre o tema, assim como a competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional. Não há interesse local. Lei nº 8.069/90 já contempla um conjunto de normas protetivas sobre o tópico. No que tange aos reflexos no âmbito das diretrizes e bases da educação, denota-se o vício pela extensão das proibições previstas a todo o ensino básico municipal. Daí a declaração de inconstitucionalidade (fls. 01/19).

Determinado o processamento da ação (fl. 222), vieram informações do Prefeito de Sorocaba (fls. 234/239) e do Presidente da Câmara Municipal de Sorocaba (fls. 243/250). Sem manifestação do Procurador Geral do Estado (fl. 241). Opinou a d. Procuradoria Geral de Justiça pela procedência (fls. 282/311).

É o relatório.

2. Procedente a ação.

Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade** do Procurador Geral de Justiça tendo por objeto a **Lei nº 12.491**, de **07.01.22**, do **Município de Sorocaba**, dispondo sobre a proibição da presença de crianças e adolescentes em eventos, exposições ou manifestações culturais, que apresentem conteúdo pornográfico, erótico ou obsceno.

Assim dispõe a lei impugnada:

*"Art. 1º. No âmbito do **ensino básico do Município de Sorocaba** e*

Acesso ao Sumário

de qualquer instituição com a presença de crianças e adolescentes ficam proibidas:

I – a realização, com efetiva participação ou simples presença de crianças e adolescentes, de ***eventos ou manifestações culturais*** *de dança cujas coreografias sejam pornográficas, eróticas ou obscenas ou que exponham, de qualquer forma, crianças e adolescentes à erotização precoce;*

II – a promoção, ensino e permissão, ***pelas autoridades da rede de ensino*** *ou líderes de instituições, da prática de* ***danças ou manifestações culturais*** *cujos conteúdos ou movimentos sujeitem a criança e adolescente à exposição sexual;*

III – a realização, com efetiva participação ou simples presença de crianças e adolescentes, de ***exposições de arte*** *cujo conteúdo seja pornográfico, erótico ou obsceno.*

§ 1º. Considera-se pornográfico, erótico ou obsceno conteúdos que veiculem imagens ou objetos que mostrem seminudez ou nudez; bem como imagens ou objetos que aludam à prática ou insinuação de relação sexual ou de ato libidinoso.

§ 2º. Inclui-se no conceito de conteúdo pornográfico, erótico ou obsceno o contato visual ou de fato de crianças com o corpo nu ou seminu de artistas.

Art. 2º. O disposto nesta Lei aplica-se a qualquer modalidade de dança, exposição de arte ou manifestação cultural pornográficas, eróticas ou obscenas, nos termos dos parágrafos do artigo anterior.

Art. 3º. Qualquer pessoa maior de idade que estiver em eventos, manifestações culturais ou exposições de arte que envolvam o conteúdo pornográfico, erótico ou obsceno, na cidade de Sorocaba, e verificar a presença ou participação de crianças e adolescentes no ato, poderá acionar a ***Guarda Civil Municipal, que deverá promover a saída da criança ou adolescente do recinto.***

Parágrafo único. As instituições privadas que descumprirem o disposto na presente Lei pagarão multa de 1000 (mil) UFESPs.

Art. 4º. Sem prejuízo da medida do artigo anterior, qualquer pessoa física ou jurídica, especialmente pais ou responsáveis, poderá representar à Administração Pública e ao Ministério Público quando houver violação ao disposto nesta Lei.

Art. 5º. ***O Poder Executivo cassará a autorização de realização de eventos, manifestações culturais e exposições artísticas que descumprirem o referido nesta Lei.***

Art. 6º. ***As escolas municipais de Sorocaba deverão incluir em***

Acesso ao Sumário

seu projeto pedagógico medidas de conscientização, orientação, prevenção e combate à erotização infantil e sexualização precoce.

Art. 7º. Constituem objetivos a serem atingidos:

I – prevenir e combater a prática da erotização e sexualização infantil no comportamento e aprendizado social das crianças;

II – capacitar docentes e equipe pedagógica para a implementação das ações de discussão, prevenção, orientação e solução do problema;

III – orientar a família dos envolvidos em situação de erotização precoce, visando a normalização comportamental, o pleno desenvolvimento humano e a convivência harmônica no ambiente social;

IV – envolver a família no processo de construção da cultura do combate à erotização infantil.

Art. 8º. ***Para cumprimento dos objetivos previstos no art. 7º, será estabelecido no âmbito municipal um fórum de discussão aberto para famílias serem orientadas e conscientizadas sobre os problemas de sexualização precoce, bem como para que sejam ajudadas, psicológica e humanamente, caso já possuam tal problema no âmbito familiar.***

Art. 9º. Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação." (destaquei e grifei – fls. 111/112)

Alegou o autor, em síntese, **(a)** violação ao pacto federativo e **(b)** afronta aos princípios de liberdade e solidariedade vinculados à educação.

Pois bem.

a) Causa de pedir em aberto.

Inicialmente, é preciso observar que, na ação direta de inconstitucionalidade, a ***causa petendi*** é **aberta** permitindo a análise de outros aspectos constitucionais da questão.

Ensina **JOSÉ LEVI MELLO DO AMARAL JÚNIOR**, quanto ao ponto:

"... assim como é assente que a causa petendi *no controle concentrado e em abstrato da constitucionalidade é* aberta*, também no controle difuso e em concreto* ***argumentos outros que não os invocados pelas partes para a deflagração do exame de uma possível inconstitucionalidade podem – e, se for o caso, devem – ser enfrentados pelos julgadores****. Do contrário, não se poderia admitir, como se admite, a declaração de inconstitucionalidade* ex officio *na primeira instância, bem assim a suscitação,* ex officio*, de incidente de arguição de inconstitucionalidade nos tribunais."* (destaquei e grifei – "Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade – Comentários ao art. 97 da Constituição e aos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil" – Ed. Revista dos Tribunais – 2002 – p.

Acesso ao Sumário

45/46).

Na linha deste **Colendo Órgão Especial**:

"Isto porque, a ação declaratória de inconstitucionalidade de lei contém pedido de caráter aberto, podendo e devendo serem (sic) *apreciadas as questões trazidas aos autos, além dos fundamentos invocados pelo Requerente."* (ED nº 2.220.458-35.2014.8.26.0000/50001 – v.u. j. de 26.08.15 – Rel. Des. **XAVIER DE AQUINO**).

"É irrelevante, in casu, a alegação apresentada pelo autor, no sentido de que apenas argumentos não apresentados naquela oportunidade serviram como fundamento à propositura da presente ação, pois não se pode olvidar que ***na ação direta de inconstitucionalidade vige o princípio da causa de pedir aberta, que possibilita, e mesmo impõe, o exame do pedido posto em juízo sob qualquer fundamento, ainda que distinto daquele apresentado pelo autor.****"*

"Aliás, já afirmou o Colendo Supremo Tribunal Federal que o órgão julgador tem o ***'dever de verificar, em ação direta, a ocorrência de agressão a outros dispositivos constitucionais que não aqueles indicados na inicial (causa de pedir aberta)'*** *(v. ADI nº 3.576-2/RS, Tribunal Pleno, relatora Ministra ELLEN GRACIE, j. 22/11/2006, DJU 02/02/2007)."* (destaquei e grifei – ADIn nº 2.069.069-66.2015.8.26.0000 – v.u. j. de 21.10.15 – Rel. Des. **PAULO DIMAS MASCARETTI**).

Dentre outros no mesmo sentido: 2.061.515-70.2021.8.26.0000 – v.u. j. de 29.06.22 – Rel. Des. **DAMIÃO COGAN**; ADIN nº 2.012.667-18.2022.8.26.0000 – v.u. j. de 15.06.22 – Rel. Des. **XAVIER DE AQUINO**; ADIn nº 2.256.768-93.2021.8.26.0000 – v.u. j. de 11.05.22 – Rel. Des. **CAMPOS MELLO**; ADIn nº 2.260.250-83.2020.8.26.0000 – p.m. de v. de 15.04.22 – Rel. Des. **COSTABILE E SOLIMENE**, dentre inúmeros outros arestos no mesmo sentido.

Possível exame de eventual vício por fundamento **não** elencado na inicial.

Acesso ao Sumário

a.1 – Quanto à separação de poderes

A **Lei nº 12.491/22** fere a **independência** e **separação dos poderes** (*"**Artigo 5º** – São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário."*) e configura **inadmissível** invasão do Legislativo na esfera Executiva.

Trata ela da **proibição da presença de crianças e adolescentes em eventos, exposições ou manifestações culturais, que apresentem conteúdo pornográfico, erótico ou obsceno**.

Contudo, ao fazê-lo, aborda temas típicos de **gestão administrativa**, máxime ao: **(a) cominar obrigação** à Guarda Civil Municipal quanto à retirada de

criança e/ou adolescente de local onde haja exposição aos conteúdos vedados – **art. 3º**; **(b) impor** ao Poder Executivo o dever de cassar a autorização de funcionamento relativa a eventos, manifestações culturais e exposições artísticas contrárias à norma – **art. 5º**; e **(c) determinar** a **criação de fórum de discussão** para orientação e conscientização sobre o tema – **art. 8º**.

Inequivocamente, resta afetada seara privativa do Executivo. Inadmissível invasão do Legislativo na questão, restando configurada **violação** ao **princípio da separação de poderes**.

Haveria, em outros termos, ofensa ao **princípio constitucional da 'reserva de administração'**. Ele, segundo o **Pretório Excelso**, *"... impede a ingerência normativa do Poder Legislativo em matérias sujeitas à exclusiva competência administrativa do Poder Executivo."* (RE nº 427.574-ED – j. de 13.12.11 – Rel. Min. **CELSO DE MELLO** – DJE de 13.02.12 e ADI nº 3.343 – j. de 01.09.11 – Plenário – Rel. p/ o Ac. Min. **LUIZ FUX** – DJE de 22.11.11).

Daí a **inconstitucionalidade** da **Lei nº 12.491/22**.

Mas não é só.

b) Quanto à violação ao pacto federativo.

Aqui, a questão pode ser abordada sob dois enfoques: **(a)** diretrizes e bases da educação nacional – **competência exclusiva da União**; e **(b)** proteção à infância e à juventude – **competência concorrente da União e dos Estados**.

b.1 – Diretrizes e bases da educação nacional: competência exclusiva da União.

Legislação atacada, ao tratar de **conteúdo pedagógico** – estabelecendo limitações ao tema a ser tratado em atividades escolares (**arts. 1º e 6º**) –, dispôs sobre **diretrizes e bases da educação nacional**, matéria de competência **exclusiva** da União (**art. 22, inciso XXIV, da Constituição Federal**).

Dispõe a **Constituição Federal**:

"Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:"

(...)

"XXIV – diretrizes e bases da educação nacional;"

Configurada, portanto, **clara violação** à competência privativa da **União** para legislar sobre **diretrizes e bases da educação nacional** (**art. 22, inciso XXIV, da Constituição Federal**) e, por conseguinte, ao **art. 144** da **Constituição Estadual** ("*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*").

Em outras palavras, somente à **União** compete a *"... edição de **normas gerais** sobre educação..."* (**CINTIA REGINA BÉO** comentando o inciso XXIV do art. 22 da Constituição Federal – ***in*** – "Constituição Federal Inter-

Acesso ao Sumário

pretada Artigo por Artigo, Parágrafo por Parágrafo" – organizado por **COSTA MACHADO** – Ed. Manole – 3ª ed. – 2012 – p. 171).

Inequívoca ofensa ao **pacto federativo.**

Norma **não** tratou de **qualquer** peculiaridade local. Limitou-se a proibir determinados **conteúdos pedagógicos**, o que somente poderia ser estipulado pela própria União.

Ainda que se admita a competência do Município para complementar legislação federal, a norma local dispôs sobre **regras gerais** em matéria de competência **privativa** da União, o que é vedado em nosso ordenamento.

Doutrina **VALÊSCA BUZELATO PRESTES**:

*"**A suplementação de legislação estadual ou federal, no que couber, exige que o conteúdo legislado seja de atribuição municipal, não podendo o município, por exemplo, legislar sobre direito civil, cuja competência é da União.** A suplementação ocorre por meio de complementação ou legislar na ausência da norma. A jurisprudência vem entendendo que, para legislar na ausência de normas, o Município precisa ter competência constitucional sobre a matéria. Já a complementação não pode implicar regrar em sentido oposto à norma geral existente. Este foi o entendimento no Recurso Extraordinário n. 313060/SP, rel. Min. Ellen Gracie Nothfleet (Diário de Justiça de 24 de fevereiro de 2006): **'A competência constitucional dos Municípios de legislar sobre assunto de interesse local não tem o alcance de estabelecer normas que a própria Constituição, na repartição de competências, atribui à União e aos Estados'**."* (destaquei e grifei – comentando o art. 30, inciso II da Constituição Federal – ***in*** – "Comentários à Constituição do Brasil" – organizado por **J.J. GOMES CANOTILHO E OUTROS** – 2ª ed. – Ed. Saraiva – p. 848).

À luz dessas considerações, resta patente a **violação** ao **pacto federativo**, dada a usurpação de competência legislativa privativa da **União** para legislar sobre **diretrizes e bases da educação nacional (art. 22, inciso XXIV, da Constituição Federal**).

Assim vem decidindo este **Col. Órgão Especial**:

*"Nada obstante óbvio, o advérbio **privativamente** não foi inserido de modo acidental no texto. Ao revés, constitui-se **reserva intransponível**."*

*"O argumento de que tal **disciplina** estaria **repartida** entre **todas** as pessoas de direito de público (Constituição Federal, artigos 24, IX, e 30, I) **não vinga**."*

*"E assim se dá porque fortuitas determinações no âmago de tais entes **jamais** poderão se espraiar sobre o que é exclusivo da União: **diretrizes e bases da educação nacional**."*

(...)

"Logo, conforme bem destacaram as informações trazidas, as molduras gerais já estão postas (Lei nº 13.005/2014), de forma que, houvesse algo a ser implementado, ***somente*** *os Estados-membros e o Distrito Federal estariam autorizados a fazê-lo (CF, art. 24, IX), mesmo assim, em completa* ***obediência*** *ao cenário nacional."*

"Esta realidade, cediça de todos, deveria ter sido atendida pela legislação contrariada, haja vista o cânone inscrito na Carta Política Estadual (art. 144), que ***impõe*** não somente ***respeito*** *aos* ***seus*** *próprios* ***ditames****,* ***como ainda*** *aos* ***da Lei Máxima brasileira****."*

"E nem se cogite que a Edilidade poderia amotinar-se a referidos regramentos amparada no princípio da predominância do interesse."

(...)

"Fácil verificar, nesse caminhar, que esse princípio ***não*** *confere carta branca aos municípios para adotarem parâmetros próprios separados da rubrica geral, de maneira que a tese defendida pelos Réus, mantidas as vênias anteriores, é* ***insubsistente****."*

"Visto o quadro da Lei Suprema nacional, e particularizado o regime da educação nela sugerido (rectius: definido), é certo dizer que o art. 206 contém os elementos ***indispensáveis*** *e* ***obrigatórios*** *a que os frequentadores das escolas aqui Brasil baseadas haverão de se sujeitar."*

(...)

"Significa dizer, em palavras mais simples, que ***nenhum*** *estabelecimento de ensino, seja qual for a sua natureza, poderá adotar outros princípios senão aqueles fincados na Sétima Carta da República."*

"Tal primado se fez respeitar no Texto Essencial Paulista (art. 237), que acrescentou, ainda, diversas outras proposições, dentre elas '(...) VII a condenação a qualquer tratamento desigual por motivo de convicção filosófica, política ou religiosa, bem como a quaisquer preconceitos de classe, raça ou sexo. (...)'."

"O bloqueio determinado pela legislação em comento, além de se posicionar ofensivo aos preceitos constitucionais inspiradores da atual sociedade brasileira (artigos 1º a 3º), em cujos objetivos se encontra o de '(...) IV promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (...)', representa, consoante bem alinhou o lúcido parecer Ministerial (folha 175), verdadeira '(...) censura pedagógica. (...)'."

"E de nada vale, com o necessário respeito, o veto oposto pelo Congresso Nacional às locuções '(...) orientação sexual ou à identidade de gênero

Acesso ao Sumário

(...)', no tocante ao PNE (Lei nº 13.005/2014), mormente porque a restrição realizada está em completo ***descompasso*** *com os* ***postulados maiores*** *deste país transcritos no parágrafo anterior."*

"A lei em foco, mercê do ***muro*** *levantado, é forte elemento a* ***inibir*** *que os alunos possam* ***ampliar sua formação*** *e, por si próprios, tirar suas conclusões, ambiente esse que traz o* ***risco*** *de torná-los* ***despreparados a controvérsias****."* (grifos no original – ADIn nº 2.102.643-12.2017.8.26.0000 – v.u. j. de 30.08.17 – Rel. Des. **BERETTA DA SILVEIRA**).

"... o artigo 214 da Lei Maior preconiza que 'a lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas', o que foi feito com a edição da Lei Federal nº 13.005/2014, que aprovou o Plano Nacional de Educação."

"Demais disso, o constituinte federal conferiu à municipalidade a possibilidade de 'legislar sobre assuntos de interesse local' e 'suplementar a legislação federal e a estadual no que couber' (artigo 30, incisos I e II, da Constituição Federal), devendo suas leis guardar compatibilidade vertical com as normas editadas pelos demais entes da federação, não havendo espaço para inovações naquilo que a União e o Estado já definiram no exercício de suas competências legislativas, não sendo lícito ao Município restringir ou ir além daquelas proposições normativas, sob pena de violação ao princípio federativo."

"Essa competência suplementar, a meu ver, não permite que o Município restrinja o conteúdo do que deva ser ministrado na grade curricular de suas escolas na forma prevista no artigo 11 do Plano Municipal de Educação de São Bernardo do Campo (Lei nº 6.447/2015), contrariando, ainda, o artigo 237, inciso VII, da Carta Bandeirante..."

(...)

"A conclusão inarredável, portanto, é de que o diploma normativo objurgado invadiu a esfera legislativa privativa da União, desbordando dos limites da competência legislativa suplementar do Município, o que configura usurpação de competência da União, malferindo os artigos 1º, 144 e 237, inciso VII, todos da Constituição Estadual." (ADIn nº 2.137.274-79.2017.8.26.0000 – v.u. j. de 08.11.17 – Rel. Des. **RENATO SARTORELLI**).

"O autor alega ofensa ao princípio do pacto federativo e, sob esse aspecto, assiste-lhe realmente razão, pois, nos termos do artigo 22, inciso

Acesso ao Sumário

XXIV, da Constituição Federal, compete privativamente à União legislar sobre 'diretrizes e bases da educação nacional'."

(...)

*"**A competência privativa da União, nesse caso, é compreensível diante da necessidade de adoção de um sistema educação de abrangência nacional, daí o interesse e até mesmo a imperatividade de que exista um regramento uniforme na matéria**."*

(...)

"Em resumo, 'não pode o legislador municipal, a pretexto de legislar concorrentemente ou suplementar a legislação federal, invadir a competência legislativa deste ente federativo superior' (RE 313.060, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 29/11/2005), daí o reconhecimento de inconstitucionalidade da norma, não só por esse fundamento (referente à violação do pacto federativo), mas também por ofensa à disposição do artigo 237, inciso VII, da Constituição Estadual, que condena 'qualquer tratamento desigual por motivo de convicção filosófica, política ou religiosa, bem como a quaisquer preconceitos de classe, raça ou sexo'." (destaquei e grifei – ADIn nº 2.078.644-93.2018.8.26.0000 – v.u. j. de 19.09.18 – Rel. Des. **FERREIRA RODRIGUES**).

No mesmo sentido já se pronunciou o **Eg. Supremo Tribunal Federal**:

"Ementa: Medida cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Lei municipal que veda o ensino sobre gênero e orientação sexual, bem como a utilização desses termos nas escolas. Deferimento da liminar. 1. Violação à competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional (CF/88, art. 22, XXIV), bem como à competência deste mesmo ente para estabelecer normas gerais em matéria de educação (CF/88, art. 24, IX). Inobservância dos limites da competência normativa suplementar municipal (CF/88, art. 30, II). 2. Supressão de domínio do saber do universo escolar. Desrespeito ao direito à educação com o alcance pleno e emancipatório que lhe confere a Constituição. Dever do Estado de assegurar um ensino plural, que prepare os indivíduos para a vida em sociedade. Violação à liberdade de ensinar e de aprender (CF/88, arts. 205, art. 206, II, III, V, e art. 214). 3. Comprometimento do papel transformador da educação. Utilização do aparato estatal para manter grupos minoritários em condição de invisibilidade e inferioridade. Violação do direito de todos os indivíduos à igual consideração e respeito e perpetuação de estigmas (CF/88, art. 1º, III, e art. 5º). 4. Violação ao princípio da proteção integral. Importância da educação sobre diversidade sexual para crianças, adolescentes e jovens. Indivíduos especialmente vulneráveis que podem desenvolver

Acesso ao Sumário

identidades de gênero e orientação sexual divergentes do padrão culturalmente naturalizado. Dever do estado de mantê-los a salvo de toda forma de discriminação e opressão. Regime constitucional especialmente protetivo (CF/88, art. 227). 5. Plausibilidade do direito alegado e perigo na demora demonstrados. Cautelar deferida. (...)

*7. **Vedar a adoção de políticas de ensino que tratem de gênero, de orientação sexual, de sexualidade ou que utilizem tais expressões significa impedir que as escolas abordem essa temática, que esclareçam tais diferenças e que orientem seus alunos a respeito do assunto, ainda que a diversidade de identidades de gênero e de orientação sexual seja um fato da vida, um dado presente na sociedade que integram e com o qual terão, portanto, de lidar**. 8. Esclarecidos tais pontos, o exame do caso impõe que se examinem as seguintes questões: 1. Os municípios detêm competência para legislar sobre políticas de ensino com o alcance aqui examinado? 2. É possível suprimir conteúdos sobre gênero e sexualidade da educação escolar, à luz dos mandamentos constitucionais que tratam do direito à educação? 3. Tal supressão é compatível com o direito à igualdade e com a doutrina da proteção integral, aplicável a crianças, jovens e adolescentes? A resposta às três questões é negativa, como passo a demonstrar. II. A COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO PARA DISPOR SOBRE EDUCAÇÃO (CF, ART. 22, XXIV, E ART. 24, IX) 9. **De acordo com a Constituição de 1988, compete privativamente à União dispor sobre as diretrizes e bases da educação nacional (CF/88, art. 22, XXIV). Compete-lhe, ainda, estabelecer normas gerais sobre a matéria, a serem complementadas pelos Estados, no âmbito da sua competência normativa concorrente (CF/88, art. 24, IX). Cabe, por fim, aos Municípios suplementar as normas federais e estaduais (CF/88, art. 30, II)**. 10. Conforme entendimento expresso por mim anteriormente [5], legislar sobre as diretrizes da educação significa dispor sobre a orientação e sobre o direcionamento que devem conduzir as ações na matéria. Tratar das bases do ensino implica, por sua vez, prever os alicerces que servem de apoio à educação, os elementos que lhe dão sustentação e que lhe conferem coesão [6]. **Ocorre que a Constituição estabelece expressamente como diretrizes para a organização da educação: a promoção do pleno desenvolvimento da pessoa, do desenvolvimento humanístico do país, do pluralismo de ideias, bem como da liberdade de ensinar e de aprender (CF/88, art. 205; art. 206, II e III; art. 214).** (...). 11. A norma impugnada veda a adoção de política educacional que trate de gênero ou de sexualidade e proíbe até mesmo que se utilizem tais termos. Suprime, portanto, campo do saber das salas de aula e do horizonte informacional de crianças e jovens, interferindo sobre as diretrizes que, segundo a*

Acesso ao Sumário

própria Constituição, devem orientar as ações em matéria de educação. ***Ao legislar em tais termos, o Município dispôs, portanto, acerca de matéria objeto da competência privativa da União sobre a qual deveria se abster de tratar.*** *12.* ***Além disso, estabeleceu norma que conflita com a Lei 9.394/1996 ("Lei de Diretrizes e Bases de Educação"), editada pela União, com base no exercício de tal competência privativa, e que prevê, além da garantia dos valores constitucionais acima elencados, o respeito à liberdade, o apreço à tolerância e a vinculação entre educação e práticas sociais como princípios que devem orientar as ações educacionais (arts. 2º e 3º, II, III e IV)****. (...) 13. Desse modo, sequer seria possível defender que a Lei municipal 2.243/2016 decorre apenas do exercício da competência normativa suplementar por parte do Município de Palmas (CF/88, art. 30, II).* ***Ainda que se viesse a admitir a possibilidade do exercício de competência suplementar na matéria, seu exercício jamais poderia ensejar a produção de norma antagônica às diretrizes constantes da Lei 9.394/1996.*** *14. Assim, há plausibilidade na alegação de violação da competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação, quer porque* ***os Municípios não detêm competência legislativa – nem mesmo concorrente – para dispor sobre diretrizes do sistema educacional (CF/88, art. 22, XXIV),*** *quer porque, ainda que se admitisse sua competência para suplementar as normas gerais da União na matéria, a lei municipal jamais poderia conflitar com essas últimas (CF/88, art. 30, II). (...). 18. A norma impugnada caminha na contramão de tais valores ao impedir que as escolas tratem da sexualidade em sala de aula ou que instruam seus alunos sobre gênero. Não tratar de gênero e sexualidade no âmbito do ensino não suprime tais questões da experiência humana, apenas contribui para a desinformação das crianças e dos jovens a respeito de tais temas, para a perpetuação de estigmas e do sofrimento que deles decorre. 19. Trata-se, portanto, de uma proibição que impõe aos educandos o desconhecimento e a ignorância sobre uma dimensão fundamental da experiência humana e que tem, ainda, por consequência, impedir que a educação desempenhe seu papel fundamental de transformação cultural, de promoção da igualdade e da própria proteção integral assegurada pela Constituição às crianças e aos jovens, como se demonstra a seguir. (...). 27. Nessa linha, deve-se ter em conta que o art. 227 da Constituição assenta o princípio da proteção integral da criança, do adolescente e dos jovens, atribuindo à família, à sociedade e ao Estado o dever de lhes assegurar todos os direitos necessários ao seu adequado desenvolvimento, entre os quais se destacam: o direito à educação, à liberdade e à proteção contra toda forma de negligência, discriminação, violência, crueldade e opressão. (...) 31. É na escola que*

Acesso ao Sumário

se pode aprender que todos as pessoas são dignas de igual respeito e consideração. O não enfrentamento do estigma e do preconceito nas escolas, principal espaço de aquisição de conhecimento e de socialização das crianças, contribui para a perpetuação de tais condutas e para a sistemática violação da autoestima e da dignidade de crianças e jovens. Não tratar de gênero e de sexualidade na escola viola, portanto, o princípio da proteção integral assegurado pela Constituição. VI. Conclusão. 32. ***Por todo o exposto, entendo presente a plausibilidade da inconstitucionalidade formal e material do art. 1º da Lei 2.243/2016. O perigo na demora é igualmente inequívoco uma vez que a norma compromete o acesso imediato de crianças, adolescentes e jovens a conteúdos relevantes, pertinentes à sua vida íntima e social, em desrespeito à doutrina da proteção integral.*** *33. A jurisprudência desta Corte determina que haja suspensão da ação direta proposta em tribunal estadual, quando tramita paralelamente com ação direta em curso no STF, tendo por objeto a mesma lei estadual (ADI-MC 1423, Rel. Min. Moreira Alves; ADI 4627, Rel. Min. Luiz Fux; ADI 4138, Rel. Min. Celso de Mello). 34. Por todo o exposto, defiro a cautelar para: (i) suspender os efeitos do art. 1º da Lei 2.243, no trecho em que veda o ensino sobre gênero e sexualidade; (ii) suspender a ação direta em curso perante o Tribunal de Justiça, com objeto semelhante ao da presente."* (destaquei e grifei – ADPF 465 MC – DJe de 27.08.18 – Rel. Min. **ROBERTO BARROSO**).

Por fim, ainda que haja previsão no **art. 22, parágrafo único**, da **CF**, da delegação da competência para legislar sobre as matérias privativas da União, a ressalva **não** se aplica a lei municipal em exame. A Constituição Federal é expressa quanto à possibilidade de **delegação**, por lei complementar, **somente aos Estados** para tanto ("*Como já referido, competências privativas não são competências exclusivas, pois enquanto estas são indelegáveis as primeiras poderão ser objeto de delegação. É o que dispõe o art. 22, parágrafo único, da CF, no sentido de que* ***'Lei Complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo'****. A delegação não é cogente, cuidando-se de mera faculdade atribuída à União. Outrossim, caso for feito o uso da delegação, a lei complementar não poderá transferir integralmente a regulação de matéria de competência privativa da União, pois a delegação apenas permite sejam regrados aspectos específicos ..."* – **INGO WOLFGANG SARLET, LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO** – "Curso de Direito Constitucional" – 5ª ed. – Ed. Saraiva – p. 864/865 – destaquei e grifei).

Também sobre o tema ensina **PAULO GUSTAVO GONET BRANCO**:

"A competência privativa da União para legislar está listada no art. 22 da CF."

"Esse rol, entretanto, não deve ser tido como exaustivo, havendo outras tantas competências referidas no art. 48 da CF. A par disso, como leciona Fernanda Menezes de Almeida, 'numerosas disposições constitucionais carecem de leis integradoras de sua eficácia, sendo muitas de tais leis, pela natureza dos temas versados, indubitavelmente de competência da União'..."

(...)

*"**Os assuntos mais relevantes e de interesse comum à vida social no País nos seus vários rincões estão enumerados no catálogo do art. 22 da CF**."*

*"*É copioso o acervo de precedentes do STF julgando inconstitucionais diplomas normativos de Estados-membros, por invadirem competência legislativa da União*."*

*"**O parágrafo único do art. 22 prevê a possibilidade de lei complementar federal vir a autorizar que os Estados-membros legislem sobre questões específicas de matérias relacionadas no artigo**."*

*"Trata-se de mera faculdade aberta ao legislador complementar federal. Se for utilizada, **a lei complementar não poderá transferir a regulação integral de toda uma matéria de competência privativa da União, já que a delegação haverá de referir-se a questões específicas**."*

"Nada impede que a União retome a sua competência, legislando sobre o mesmo assunto a qualquer momento, uma vez que a delegação não se esquipara à abdicação de competência."

*"*É formalmente inconstitucional a lei estadual que dispõe sobre as matérias enumeradas no art. 22, se não houver autorização adequada a tanto*, na forma do parágrafo único do mesmo artigo."* (destaquei e grifei – **GILMAR FERREIRA MENDES E PAULO GUSTAVO GONET BRANCO** – "Curso de Direito Constitucional" – 12ª ed. – Ed. Saraiva – p. 874/875).

Finalmente:

*"**Não pode o Município, à guisa de legislar sobre interesse supostamente local, invadir competência privativa da União, delegável aos Estados apenas mediante Lei Complementar, e com especificidade quanto à matéria excepcionada, nos termos do artigo 22, parágrafo único, da Constituição da República**."* (destaquei e grifei – ADIn nº 2106763-64.2018.8.26.0000 – v.u. j. de 05.09.18 – Rel. Des. **MÁRCIO BARTOLI**).

Manifesta a inconstitucionalidade **Lei nº 12.491/22**, por ofensa ao **pacto federativo**.

Acesso ao Sumário

b.2 – Proteção à infância e à juventude: competência concorrente da União e do Estado.

De mais a mais, lei busca, em linhas gerais, criar suposta proteção à **infância e à juventude**; ou seja, privar tal grupo do acesso a conteúdo pornográfico, erótico ou obsceno.

Tal como no caso anterior (*"diretrizes e bases da educação"*), a atuação mostra-se **ilegítima**, desta vez por ofensa ao **artigo 24, XV, da Carta Magna**, segundo o qual:

> *"Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:"*
>
> *(...)*
>
> *"XV – proteção à infância e à juventude;"*

Lei, à evidência, trata de matéria, cuja **competência legislativa é concorrente** entre a **União** e do **Estado**.

Tanto é que os desígnios protetivos almejados pela norma já foram contemplados no **Estatuto da Criança e do Adolescente** (**Lei nº 8.069/90**), o qual prevê inclusive sanções de índole criminal para a hipótese (**artigos 240 e seguintes**).

Também por este motivo, normas análogas têm sido julgadas inconstitucionais por este **C. Órgão Especial**:

> *"DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 7.986, de 4 de outubro de 2017, do Município de Araçatuba, que 'Institui, no âmbito do sistema municipal de ensino, proteção às crianças de textos, imagens, vídeos e músicas pornográficas, e dá outras providências'. Usurpação da competência da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional (art. 22, XXIV, CR/88), bem como sobre proteção à infância e juventude (art. 24, XV, CR/88) e afronta ao princípio federativo (arts. 1º e 144, CE/SP). Jurisprudência do STF e desta Corte. AÇÃO PROCEDENTE."* (ADIn nº 2.246.424-58.2018.8.26.0000 – v.u. j. de 08.05.19 – Rel. Des. **BERETTA DA SILVEIRA**).
>
> *"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 3.026, de 14 de junho de 2018, do Município de Martinópolis, que 'institui, no âmbito do sistema municipal de ensino, proteção às crianças de textos, imagens, vídeos e músicas pornográficas, e dá outras providências'. OFENSA AO PRINCÍPIO DO PACTO FEDERATIVO. Reconhecimento. Município que não dispõe de competência para legislar sobre 'proteção à infância e à juventude' (CF, art. 24, XV) ou sobre 'diretrizes e bases da educação nacional' (CF, art. 22, XXIV). Precedentes. VÍCIO DE INICIATIVA E OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. Reconhecimento. Lei impugnada, de iniciativa parlamentar, que interfere*

Acesso ao Sumário

na prestação de serviços públicos. Inconstitucionalidade manifesta. Ação julgada procedente." (ADIn nº 2.178.089-84.2018.8.26.0000 – v.u. j. de 20.02.19 – Rel. Des. **FERREIRA RODRIGUES**).

Ainda: ADIn nº 2.246.424-58.2018.8.26.0000 – v.u. j. de 08.05.19 – Rel. Des. **BERETTA DA SILVEIRA**; ADIn nº 2.162.264-03.2018.8.26.0000 – v.u. j. de 14.11.18 – Rel. Des. **FERRAZ DE ARRUDA**; ADIn nº 2.090.306-54.2018.8.26.0000 – v.u. j. de 24.10.18 – Rel. Des. **RICARDO ANAFE**.

Da mesma forma, assim já decidi (ADIn nº 2.270.770-73.2018.8.26.0000 – v.u. j. de 27.03.19 – **de minha relatoria**).

Há inequívoca **afronta** ao **pacto federativo**.

Desnecessário, por fim, adentrar à discussão relativa à suposta afronta aos princípios constitucionais da educação (princípios de **liberdade** e **solidariedade**), pois tão somente pelos argumentos alinhavados acima já se pode concluir pela inconstitucionalidade da legislação atacada.

Inócuo o debate para os fins aqui colimados.

Mais não é preciso acrescentar.

Diante dos aludidos vícios, julgo **procedente** a ação para declarar inconstitucional a **Lei nº 12.491/22** do Município de Sorocaba, por afronta ao **art. 22, XXIV, art. 24, XV, da Constituição Federal**, bem como **art. 5º, art. 47, XIV, art. 144**.

3. Julgo procedente a ação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2166395-45.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO MANUEL, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO MANUEL.

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 50.579)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), FÁBIO GOUVÊA, RICARDO DIP, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, FIGUEIREDO GONÇALVES, GOMES VARJÃO, EUVALDO

Acesso ao Sumário

CHAIB, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI e CAMPOS MELLO.

São Paulo, 13 de setembro de 2023.

VIANNA COTRIM, Relator

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade em face da Lei n.º 4.570, de 28 de junho de 2023, do Município de São Manuel, que "dispõe sobre a obrigatoriedade de instalação de brinquedos e academias adaptados a crianças e adultos com deficiência em praças, parques, escolas e creches municipais, bem como em locais de diversão em geral, abertos ao público".

1. Ausência de vício de iniciativa – Ato normativo de origem parlamentar – Matéria que não se insere em nenhuma daquelas previstas no rol taxativo do artigo 24, § 2º da Carta Bandeirante – Competência legislativa concorrente.

2. Norma abstrata e genérica que visa conferir efetividade ao direito constitucional de acessibilidade às pessoas portadoras de deficiência (arts. 227, inciso II e parágrafo 2º e 244 da Lei Maior) – Legislação que não interfere na gestão do Município e tampouco veicula matéria inserida na reserva de administração – Ofensa ao princípio da separação dos poderes não configurada.

3. Falta de especificação de fonte de custeio, ademais, que não traduz infringência ao disposto no artigo 25 da Constituição Estadual, mas apenas inexequibilidade da norma no ano em que foi aprovada – Ação improcedente.

Acesso ao Sumário

VOTO

Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Prefeito do Município de São Manuel em face da Lei n.º 4.570, de 28 de junho de 2023, que "dispõe sobre a obrigatoriedade de instalação de brinquedos e academias adaptados a crianças e adultos com deficiência em praças, parques, escolas e creches municipais, bem como em locais de diversão em geral, abertos ao público", apontando violação aos artigos 5º, 24, parágrafo 2º, item 2, 47, inciso XIX, alínea "a" e 176, todos da Constituição Estadual, aos artigos 23, 25 e 167 da Lei Maior, aos

artigos 2º e 49, inciso IV, da Lei Orgânica Municipal e à Lei de Responsabilidade Fiscal.

Sustenta o requerente, em síntese, que a norma impugnada desrespeitou o pacto federativo ao dispor sobre a organização e o funcionamento da Administração Municipal, interferindo, com isso, na gestão administrativa. Argumenta, em acréscimo, que incumbe ao Alcaide a iniciativa para propositura de leis em matéria de organização Municipal, serviços públicos e servidores, configurando a lei objurgada ofensa ao princípio da separação dos poderes. Alega, ainda, que o ato normativo vergastado implica ampliação dos gastos públicos sem qualquer indicação da fonte de custeio correspondente, o que viola o artigo 25 da Carta Bandeirante. Defendendo, por fim, a presença dos pressupostos autorizadores para a concessão da liminar, insiste na suspensão da eficácia da Lei n.º 4.570, de 28 de junho de 2023, do Município de São Manuel, até decisão definitiva, declarando-se, a final, sua inconstitucionalidade.

Denegada a liminar, a Câmara Municipal prestou informações, argumentando que o projeto que deu origem à lei impugnada foi aprovado após regular tramitação, tendo recebido parecer favorável da Comissão de Justiça e Redação e da Procuradoria Jurídica Municipal, acenando, por fim, com a existência de precedentes do C. Supremo Tribunal Federal e deste E. Órgão Especial a respeito da constitucionalidade de normas similares.

A Procuradoria Geral do Estado deixou transcorrer, *in albis*, o prazo para manifestação (cf. fl. 132).

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer, opinou pela improcedência da ação (fls. 137/143).

É o relatório.

A ação deve ser julgada improcedente.

O texto impugnado tem o seguinte teor:

"LEI Nº 4570, de 28 de junho de 2023.

"Dispõe sobre a obrigatoriedade de instalação de brinquedos e academias adaptados a crianças e adultos com deficiência em praças, parques, escolas e creches municipais, bem como em locais de diversão em geral, abertos ao público.

Art. 1º Os playgrounds instalados em jardins, parques, clubes, áreas de lazer e áreas abertas ao público, deverão conter brinquedos e academias ao ar livre adaptados para crianças e adultos com deficiência.

§ 1º Os equipamentos mencionados no 'caput' deste artigo deverão ser criados e instalados por pessoal capacitado, que adequará o equipamento à pessoa com deficiência;

§ 2º Além dos equipamentos estabelecidos no parágrafo anterior, os locais mencionados deverão, quando for o caso, ter brinquedos e aparelhos adaptados para atender as pessoas com deficiência visual,

Acesso ao Sumário

tais como, jogos de tabuleiro e baralhos táteis.

Art. 2º As praças, parques, clubes e locais afins deverão, ainda, ter em suas estruturas de acessibilidade para atender às pessoas com deficiência, dentro dos padrões da ABNT.

Art. 3º As despesas com a execução desta lei correrão por conta de dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.

Art. 4º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação".

De início, cumpre ressaltar que a matéria central regulada pela norma impugnada não se insere na iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo e tampouco veicula tema relacionado à reserva de Administração.

Com efeito, a Lei n.º 4.570/2023 dispõe sobre a instalação de brinquedos e academias adaptados a crianças e adultos com deficiência, não se encontrando, assim, entre as matérias expressamente elencadas nos artigos 24, § 2º, da Constituição Bandeirante, cuja iniciativa é reservada ao Chefe do Poder Executivo.

Ao contrário do que sustenta o requerente, o diploma legal impugnado não constitui ofensa ao princípio da separação dos poderes por invasão na esfera privativa do Alcaide, mostrando-se equivocado o entendimento no sentido de que o tema retratado no texto normativo diz respeito à gestão administrativa.

Paralelamente, não é todo e qualquer projeto de lei que crie despesas ou determine obrigações ao Poder Executivo que estará adstrito à disciplina normativa exclusiva do Prefeito, sob pena de se esvaziar a função típica da Câmara Municipal.

Por se tratar de limitações ao poder de instauração do processo legislativo, as hipóteses previstas no texto constitucional (artigo 24, § 2º, da Carta Paulista) devem ser interpretadas restritivamente, inexistindo óbice à iniciativa parlamentar de projeto de lei que não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos, nem do regime jurídico de servidores públicos, porquanto o constituinte não restringiu o âmbito de sua titularidade, cuidando-se, isto sim, de competência legislativa concorrente.

Essa questão, aliás, foi objeto do Tema nº 917 da Repercussão Geral, tendo o E. Supremo Tribunal Federal reconhecido a constitucionalidade de ato normativo de autoria parlamentar que obrigava a instalação de câmeras de monitoramento em escolas públicas municipais e cercanias:

Acesso ao Sumário

"Recurso extraordinário com agravo. Repercussão geral.

2. Ação Direta de Inconstitucionalidade estadual. Lei 5.616/2013, do Município do Rio de Janeiro. Instalação de câmeras de monitoramento em escolas e cercanias.

3. Inconstitucionalidade formal. Vício de iniciativa. Competência privativa do Poder Executivo municipal. Não ocorrência. Não usurpa a competência privativa do chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração Pública, não trata da sua estrutura ou da

atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos.

4. Repercussão geral reconhecida com reafirmação da jurisprudência desta Corte.

5. Recurso extraordinário provido" (ARE nº 878.911 RG/RJ, Relator Ministro Gilmar Mendes – grifo nosso).

Seguindo essa orientação, este C. Órgão Especial afastou vícios de inconstitucionalidade de leis municipais que, mesmo contendo preceitos impositivos de condutas a serem observadas pelo Poder Público, estabeleciam, da mesma forma que a hipótese *sub judice*, a obrigatoriedade de instalação de aparelhos e brinquedos adaptados no âmbito das academias ao ar livre, bem como obrigavam a descontaminação e assepsia da areia usada em locais de recreação, determinavam a implementação de protocolos de higienização nos veículos utilizados para transporte público, obrigava a instalação de gradis para o cercamento de quadras esportivas e poliesportiva, entre outros:

"Ação Direta de Inconstitucionalidade – Lei Municipal n.º 6.337, de 9 de novembro de 2022, do Município de Catanduva – Norma que estabelece diretriz de acessibilidade a ser aplicada nos cemitérios do Município de Catanduva e dá outras providências – Alegação de inconstitucionalidade em razão de vício de iniciativa e ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes, bem como violação ao art. 113 do ADCT da Constituição Federal, uma vez que desacompanhada de estimativa de impacto financeiro – Vício que não se verifica – Norma que não trata das matérias constantes no art. 24, § 2º, da Constituição Estadual – Inteligência da tese fixada no julgamento do Tema nº 917 do STF – 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 – Lei que visa dar concretude a direito social previsto constitucionalmente – Arts. 227, § 1º, inciso II, e § 2º e 244, da Constituição Federal, que trata do direito de acessibilidade aos portadores de deficiência – Competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislar acerca da proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência, observada a competência suplementar dos Municípios – Inteligência dos arts. 24, inciso XIV e 30, inciso II, da Carta Magna – Lei Federal n.º 10.098/2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida – Norma municipal que se limitou a explicitar o conteúdo de direito fundamental já expresso na Constituição e em outras normas de caráter geral – Entendimento do E. STF, no sentido de que 'Não ofende a separação de poderes, a previsão, em lei de iniciativa parlamentar, de encargo inerente ao Poder Público a fim de concretizar direito social previsto na Constituição' – Não se verifica usurpação de competências legislativas ou materiais do chefe do Poder Executivo Municipal – Inconstitucionalidade decorrente da

Acesso ao Sumário

inobservância do art. 113 do ADCT que também não se verifica – Obrigações constantes na norma que foram anteriormente impostas por outras normas, inexistindo qualquer impacto orçamentário ou financeiro – Art. 4º da norma impugnada que viola o princípio da separação dos poderes, previsto no art. 5º da Constituição Estadual, bem como o art. 47, incisos II e XIV, do mesmo diploma legal, uma vez que a regulamentação de leis está inserida na competência privativa do Poder Executivo, razão pela qual ao legislador não é permitido impor prazo para que as leis sejam regulamentadas – Ação julgada parcialmente procedente, apenas para declarar a inconstitucionalidade da expressão 'em até 90 (noventa) dias de sua publicação', prevista no art. 4º da Lei Municipal n.º 6.337/2022, do Município de Catanduva" (Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2288124-72.2022.8.26.0000; Rel. Des. Luciana Bresciani; j. 26/04/2023).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Municipal. Município de Marília. Não padece de vício de iniciativa a lei que dispõe sobre procedimentos a serem adotados em terminais de passageiros e veículos de transporte coletivo para prevenção e combate ao COVID-19, cujo processo de elaboração, de competência concorrente do Legislativo e do Executivo, foi desencadeado pela edilidade. Norma de polícia sanitária que não traduz, ademais, ofensa à Tripartição dos Poderes nem desrespeita o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados entre a Administração e as empresas concessionárias/permissionárias de serviços de transporte. Inteligência dos artigos 24, § 2º, 47, inciso XVII e XVIII, e 144 da Constituição Estadual e 175, parágrafo único, inciso IV, da Constituição Federal. Exame da jurisprudência. AÇÃO IMPROCEDENTE" (Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2298843-50.2021.8.26.0000; Rel. Des. Jarbas Gomes; j. 21/09/2022 – grifei).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 6.528, de 18 de março de 2019, do Município de Sertãozinho, que 'dispõe a instalação de gradis para o cercamento de todas as quadras esportivas e poliesportivas do Município de Sertãozinho, e dá outras providências' – Ato normativo que não usurpa atribuição do Chefe do Poder Executivo – Julgamento do mérito ARE-RG 878.911, repercussão geral tema 917 do Colendo Supremo Tribunal Federal – 'Reafirmação da jurisprudência desta Corte no sentido de que 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 (art. 61, § 1º, II, 'a', 'c' e 'e', da Constituição Federal)' – Não ocorrência de ofensa à regra da separação dos Poderes – Vício de iniciativa – Inexistência – Rol de iniciativas legislativas reservadas ao Chefe do Poder Executivo é matéria taxativamente disposta na Constituição Estadual – A iniciativa parlamentar não ofende o disposto nos artigos 5º e 47, incisos II, XIV, da Constituição Estadual, por não veicular matéria inserida na reserva da Administração nem na reserva de iniciativa legislativa do Chefe do Poder

Acesso ao Sumário

Executivo. Pedido improcedente" (Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2165787-86.2019.8.26.0000; Rel. Des. Ricardo Anafe).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI 14.181, DE 18 DE MAIO DE 2018, DO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO – NORMA QUE 'DISPÕE SOBRE A INSTALAÇÃO DE APARELHOS E BRINQUEDOS ADAPTADOS NO ÂMBITO DAS ACADEMIAS AO AR LIVRE E ALTERA A LEI ORDINÁRIA MUNICIPAL Nº 12.313, DE 1º DE JULHO DE 2010 E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS' – LEI DE INICIATIVA PARLAMENTAR – CONFORMIDADE AOS ARTIGOS 5º, 47, INCISOS II, XIV, XIX, 'A', E 144, TODOS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO – VÍCIO DE INICIATIVA NÃO CARACTERIZADO, POIS A NORMA IMPUGNADA NÃO VERSA SOBRE A ESTRUTURA OU ORGANIZAÇÃO DE ÓRGÃOS DO EXECUTIVO OU REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS – TESE FIXADA EM REPERCUSSÃO GERAL NO ÂMBITO DO C. STF – TEMA Nº 917 – ARE. 878.911/RJ – POR FIM, AUSÊNCIA DE PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA QUE, POR SI SÓ, NÃO TEM O CONDÃO DE ATRIBUIR INCONSTITUCIONALIDADE À LEI – PRECEDENTES DO C. STF – PRETENSÃO IMPROCEDENTE" (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2155763-33.2018.8.26.0000, Relator Desembargador Francisco Casconi – grifei).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei n. 9.994, de 25 de setembro de 2017, do Município de Santo André. 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 – Imposição genérica de instalação de brinquedos adaptados em parques de diversões públicos e privados que não interfere na gestão administrativa do Município – Medida de polícia administrativa – Inexistência de vício de iniciativa, nesse ponto" (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2256016-29.2018.8.26.0000, Relator Desembargador Moacir Peres, grifei).

Na verdade, a lei impugnada visa conferir efetividade ao direito constitucional de acessibilidade às pessoas portadoras de deficiência (arts. 227, inciso II e parágrafo 2º e 244 da Lei Maior), cumprindo ressaltar que o Plenário do C. Supremo Tribunal Federal já declarou que "não ofende a separação de poderes, a previsão, em lei de iniciativa parlamentar, de encargo inerente ao Poder Público a fim de concretizar direito social previsto na Constituição" (ADI n.º 4.723, Tribunal Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, 22.06.2020).

Aliás, vale lembrar que o legislador federal editou a Lei n.º 10.098/2000 que "estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida", prevendo a necessidade de adaptação das vias públicas, os parques e os demais espaços de uso público existentes, assim como as respectivas instalações de ser-

Acesso ao Sumário

viços e mobiliários urbanos visando promover mais ampla acessibilidade, tratando-se a matéria, diga-se de passagem, de competência legislativa concorrente entre a União, Estados e Distrito Federal (art. 24, inciso XIV, da CF), sendo aos Municípios conferida a possibilidade de "legislar sobre assuntos de interesse local" e "suplementar a legislação federal e a estadual no que couber" (artigo 30, incisos I e II, da Constituição Federal).

Paralelamente, observo que a ausência de especificação de fonte de custeio, por si só, não traduz infringência ao disposto no artigo 25 da Constituição Estadual, conduzindo apenas à inexequibilidade da norma no ano em que foi aprovada:

> "(...) 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" (ADI nº 3.599/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes).

No mesmo sentido:

> "(...) é assente o entendimento jurisprudencial de que a falta de dotação orçamentários não é causa de inconstitucionalidade de lei, senão de inexequibilidade das obrigações no mesmo exercício orçamentário em que promulgada. – Ação improcedente" (Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2177608-19.2021.8.26.0000; Rel. Des. Torres de Carvalho; j. 04/05/2022).

> "(...) no que diz respeito à alegação de 'falta de previsão orçamentária', não haveria nenhum vício na lei, pois é possível, em tese, a inclusão de pagamento de benefício no orçamento municipal anual, sendo admitida a indicação de fonte de custeio genérica. Precedentes mais recentes deste Colendo Órgão Especial vêm adotando tal entendimento: ADI nº 2110879-55.2014.8.26.0000 V.U. j. em 12.11.2014 Rel. Des. Márcio Bartoli; ADI nº 2181349-14.2014.8.26.0000 V.U. j. em 08.04.2015 Rel. Des. José Damião Pinheiro Machado Cogan; ADI nº 2017167-40.2016.8.26.0000 V.U. j. em 27.07.2016, Rel. Des. Evaristo dos Santos; ADI nº 2035546-29.2016.8.26.0000 V.U. j. em 27.07.2016, Rel. Des. Evaristo dos Santos. Isto porque, e assim tem entendido este Colendo Órgão Especial, a falta de indicação da fonte de custeio não desqualifica a lei, apenas a torna inexequível no exercício corrente conforme como se vê, exemplificativamente, nas ADIs nºs 2211204-01.2015.8.26.0000 (Rel. Des. Márcio Bartoli, 2.03.2016), 2048514-28.2015.8.26.0000 (Rel. Des. Xavier de Aquino, 12.08.2015) e 2033291-98.2016.8.26.0000 (Rel. Des. Arantes Theodoro)" (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2058335-22.2016.8.26.0000, Órgão Especial, Relator Desembargador Beretta da Silveira).

Acesso ao Sumário

Logo, por não vislumbrar violação a dispositivos da Constituição Bandeirante e tampouco normas de observância obrigatória consagradas pela Constituição Federal, forçoso é reconhecer a constitucionalidade da Lei n.º 4.570, de

28 de junho de 2023, do Município de São Manuel.

Pelo exposto, por esses fundamentos, julgo improcedente a presente ação direta.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3001832-17.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE MOGI GUAÇU e PREFEITO DO MUNICÍPIO DE MOGI GUAÇU.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM EXTINTO O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50.897)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), RICARDO DIP, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, FIGUEIREDO GONÇALVES, GOMES VARJÃO, EUVALDO CHAIB, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI, CAMPOS MELLO e VIANNA COTRIM.

São Paulo, 13 de setembro 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 do art. 3º e da expressão "tradicional" constante do art. 1º da Lei nº 5.691, de 15 de dezembro de 2022, do Município de Mogi Guaçu. Posterior modificação do dispositivo, com supressão da expressão questionada, e revogação total do art. 3º. Ação direta julgada extinta, sem resolução do mérito, pela perda superveniente de seu objeto.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo d. Procurador Geral de Justiça, proposta em face da expressão "tradicional" do art. 1º e do art. 3º, da Lei nº 5.691, de 15 de dezembro de 2022, do Município de Mogi Guaçu, que *"institui no calendário da cidade de Mogi Guaçu a Semana da conscientização sobre a importância da Família Tradicional, no mês de agosto, e dá outras providências"*.

Alega o requerente, em síntese, que a mencionada expressão e o referido dispositivo ofendem aos arts. 5º, 47, incs. XIV e XIX, 237, incs. I e II, e 277, todos da Constituição Estadual, pois *"qualquer adjetivo, como o 'tradicional', ora impugnado, mostra-se impertinente à medida em que induz a crer que a família 'não tradicional' estaria alijada da proteção estatal e atenção do programa municipal que se instituiu, o que não se admite, por excluir a família oriunda da união estável, da união homoafetiva, da família monoparental"*. Afirma também que houve ofensa ao princípio da separação de poderes, visto que referida norma dispõe sobre a organização e funcionamento da Administração Pública.

Ausente pedido de liminar, pela decisão a fl. 97, determinei o processamento do feito.

O Prefeito do Município de Mogi Guaçu apresentou suas informações às fls. 107/114, defendendo a constitucionalidade da norma, pugnando pela improcedência da ação. Nas informações de fls. 182/189, a Câmara Municipal informou a alteração da referida Lei, com a exclusão do termo "tradicional" do art. 1º.

Parecer do douto Subprocurador-Geral de Justiça, Dr. Wallace Paiva Martins Junior, às fls. 205/211, opinando pela extinção parcial do processo, sem resolução do mérito, no que tange à expressão "tradicional" disposta no art. 1º da Lei nº 5.691, de 15 de dezembro de 2.022 e, no mérito, pela procedência do pedido em relação ao art. 3º da Lei nº 5.691, de 15 de dezembro de 2.022, do Município de Mogi Guaçu.

Acesso ao Sumário

Após a juntada do mencionado parecer, sobreveio petição, a fls. 215/222, dando conta da publicação da Lei nº 5.786, de 29 de junho de 2023, do Município de Mogi Guaçu, que revogou o art. 3º da Lei Municipal ora questionada.

É o relatório.

A ação deve ser julgada extinta, pela perda superveniente de seu objeto, haja vista que, em consulta ao sítio eletrônico da Câmara Municipal, verifiquei a Lei Municipal nº 5.691/2022 consta como parcialmente revogada, sendo alterada pela Lei Municipal nº 5.758 de 22 de maio de 2023 e revogada parcialmente pela Lei Municipal nº 5.786, de 29 de junho de 2023, tendo sido retirado do ordenamento a expressão "tradicional" que restringia o conceito de família na Lei

questionada, bem como a exclusão total do seu art. 3º, que ofendia o princípio da reserva da Administração para disciplina de sua organização e funcionamento.

A norma, portanto, ficou assim redigida:

Art. 1º Fica instituído no calendário oficial de eventos do Município de Mogi Guaçu a semana da conscientização sobre a importância da família no mês de agosto. ***(Nova redação dada pela Lei nº 5758/2023)***

Art. 2º O Município incentivará ações que busquem conscientizar as famílias sobre os valores cívicos e que proporcionem o fortalecimento de vínculos, além de:

I – estimular o diálogo entre o casal e ensinar a importância de investir no relacionamento pessoal.

II – estimular o debate no qual os pais tem o sagrado dever de criar os filhos com amor e retidão, atender às suas necessidades físicas e espirituais, ensinando-lhes a amar e servir uns aos outros e serem cidadãos cumpridores da Lei;

Art. 3º – ***(Revogado pela Lei nº 5786/2023)***

Art. 4º Esta lei entra em vigor na data da sua publicação.

Desse modo, diante da alteração do dispositivo legal impugnado na inicial da ação, com a supressão da expressão questionada pelo douto Procurador-Geral de Justiça, bem como diante da revogação do outro artigo questionado na exordial, resta evidente a perda superveniente do interesse processual, impondo-se o reconhecimento da carência de ação, com extinção do feito sem resolução do mérito, nos termos dos arts. 485, VI, e 493, ambos do Código de Processo Civil.

Por esses motivos, pelo meu voto, julgo extinta a presente ação direta, sem resolução do mérito, com fulcro nos arts. 485, VI, e 493, ambos do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2143202-98.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE TUIUTI, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE TUIUTI.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.898)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICAR-

DO ANAFE (Presidente), LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, EUVALDO CHAIB, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, AROLDO VIOTTI, RICARDO DIP e COSTABILE E SOLIMENE.

São Paulo, 20 de setembro de 2023.

LUCIANA BRESCIANI, Relatora

Ementa: Direta de Inconstitucionalidade – Município de Tuiuti – Lei Municipal nº 912/2022, de iniciativa parlamentar, que "dá aos professores e servidores da rede municipal de ensino direito à participação na alimentação escolar" – Matéria de iniciativa legislativa exclusiva do Chefe do Executivo, a quem compete a iniciativa de leis que disponham sobre regime jurídico e remuneração de servidores públicos, como disposto no art. 24, § 2º, itens 1 e 4 da Constituição Estadual, aplicáveis por força do princípio da simetria e previsão do art. 144 – Disciplina da organização e gestão administrativa – Competências privativas do Executivo, conforme art. 47, II e XIV – Violação à separação de poderes – Precedentes – Ação julgada procedente.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo PREFEITO DO MUNICÍPIO DE TUIUTI, visando à declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 912, de 5 de julho de 2022, que "*dá aos professores e servidores da rede municipal de ensino direito à participação na alimentação escolar*".

O autor alegou, em síntese, que a lei impugnada é inconstitucional porque: impõe à Administração Municipal novos deveres e atribuições, matéria de iniciativa privativa do Chefe do Executivo; e ignora a existência de um sistema normativo infralegal, que atualmente limita o acesso à alimentação escolar aos alunos, excluindo deliberadamente professores e servidores.

O autor requereu a concessão de medida cautelar para suspender a eficácia da norma impugnada, o que foi indeferido, pelas razões anteriormente expostas (fls. 71/72).

A Câmara Municipal apresentou manifestação, argumentando pela constitucionalidade da lei impugnada (fls. 85/90), enquanto a D. Procuradoria Geral

Acesso ao Sumário

do Estado não se manifestou (fls. 164).

A D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da ação (fls. 169/177).

É o relatório.

A ação é procedente.

Veja-se o teor da norma impugnada:

Art. 1º. Fica assegurada a oferta de refeições aos professores e servidores da rede municipal de ensino, sempre que houver alimento excedente, não exigindo, por conseguinte, qualquer aumento nos custos inerentes.

Art. 2º. Esta Lei entra em vigor, na data de sua publicação.

Por outro lado, veja-se o teor das normas-parâmetro, extraídas Constituição do Estado de São Paulo – CE:

***Artigo 24 –** A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Procurador-Geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.*

§ 2º – Compete, exclusivamente, ao Governador do Estado a iniciativa das leis que disponham sobre:

1 – criação e extinção de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica, bem como a fixação da respectiva remuneração;

4 – servidores públicos do Estado, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;

A regra constitucional é aplicável aos Municípios por força do princípio da simetria e da determinação do art. 144 da CE, segundo a qual "*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***".

O significado da expressão "regime jurídico" dos servidores públicos já foi esclarecido pelo C. Supremo Tribunal Federal – STF em diversas oportunidades. Cita-se lição do Exmo. Min. Celso de Mello, que a define de forma ampla como o "*conjunto de normas que disciplinam os diversos aspectos das relações, estatutárias ou contratuais, mantidas pelo Estado com os seus agentes*":

A locução constitucional "regime jurídico dos servidores públicos" corresponde ao conjunto de normas que disciplinam os diversos aspectos das relações, estatutárias ou contratuais, mantidas pelo Estado com os seus agentes. Nessa matéria, o processo de formação das leis está sujeito, quanto à sua válida instauração, por efeito de expressa reserva constitucional, à exclusiva iniciativa do Chefe do Poder Executivo. Precedentes. (...)

Trata-se, em essência, de noção que, em virtude da extensão de sua abrangência conceitual, compreende, como enfatiza a jurisprudência desta

Acesso ao Sumário

Corte (ADI 1.381-MC/AL, Rel. Min. CELSO DE MELLO – ADI 2.867/ES , Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), todas as regras pertinentes (a) às formas de provimento, (b) às formas de nomeação, (c) à realização do concurso, (d) à posse, (e) ao exercício, inclusive as hipóteses de afastamento, de dispensa de ponto e de contagem de tempo de serviço, (f) às hipóteses de vacância, (g) à promoção e respectivos critérios, bem como avaliação do mérito e classificação final (cursos, títulos, interstícios mínimos), (h) aos direitos e às vantagens de ordem pecuniária, (i) às reposições salariais e aos vencimentos, (j) ao horário de trabalho e ao ponto, inclusive os regimes especiais de trabalho, (k) aos adicionais por tempo de serviço, gratificações, diárias, ajudas de custo e acumulações remuneradas, (l) às férias, licenças em geral, estabilidade, disponibilidade, aposentadoria, (m) aos deveres e proibições, (n) às penalidades e sua aplicação e (o) ao processo administrativo. (ADI nº 3.156/SP, Plenário, Rel. Min. Celso de Mello, j. 01.08.2018)

A lei impugnada concede direito aos servidores públicos municipais em decorrência do exercício de suas funções, com criação de correspondente obrigação do ente público. Trata-se, ademais, de benefício equivalente ao oferecimento de auxílio-alimentação, ainda que decorrente exclusivamente do excedente da merenda dos alunos, porque integra, de certa forma, a remuneração dos servidores – matéria reservada ao Chefe do Poder Executivo.

Assim entende este C. Órgão Especial:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Lei nº 1.255, de 18.10.22, de iniciativa parlamentar, instituindo auxílio alimentação mensal, a ser concedido através de cartão magnético. Vício de iniciativa. Ocorrência. Cabe, privativamente, ao Executivo a iniciativa legislativa de projetos relacionados a regime jurídico de servidores públicos. Afronta a preceitos constitucionais (arts. 5º, 24, § 2º, 4 e 144, todos da Constituição Estadual). Precedentes. Inconstitucionalidade. Modulação desnecessária. Ação procedente. (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2277021-68.2022.8.26.0000; Relator: Evaristo dos Santos; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 19/04/2023; Data de Registro: 21/04/2023)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – (...) Diploma questionado (LC 648/2020), de autoria parlamentar, disciplinando sobre regime jurídico e remuneração dos servidores públicos, ao estabelecer condições para concessão de auxílio-alimentação dos servidores públicos, que alterou o § 1º do art. 3º, da LC 554/2018, acrescentando, nas exclusões das condições exigidas, "folga compensatória por convocação eleitoral, mediante apresentação de atestado" – A norma, ao tratar do auxílio-alimentação e as condições para sua concessão, acaba por tratar de regime jurídico do servidores, bem como de sua remuneração – Afronta aos princípios da separação de poderes e da reserva da administração por contrariar os arts. 5º, caput; 24, § 2º, itens 1 e 4; 47, II, XI, XIV e XIX, da CE, de obediência obrigatória pelos Municípios por força do art. 144 da mesma Carta – Inconstitucionalidade reconhecida. Ação julgada procedente. (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2008446-26.2021.8.26.0000;

Acesso ao Sumário

Relator: João Carlos Saletti; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 15/12/2021; Data de Registro: 16/12/2021)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Pretensão que envolve a Lei nº 2.523, de 21 de outubro de 2019, que acrescenta o item "e" ao parágrafo único do art. 2º da Lei nº 1.792/2003, inserindo a previsão de o funcionário não perder o recebimento da cesta básica quando faltar por "afastamento(s) ou falta(s) devidamente justificado(s) com atestado e/ou declaração de comparecimento: médico, realização de exames laboratoriais e imagens ou odontológicos" – Deliberação de regras sobre o regime jurídico e remuneração dos respectivos servidores que se encontra na atuação administrativa típica do Poder Executivo, ao qual é inerente a análise de conveniência e oportunidade para tanto – Expressa previsão na Constituição Estadual de tal iniciativa legislativa ao Chefe do Poder Executivo que se encontra no art. 24, § 2º, 1 e 4 – Iniciativa de lei pelo Poder Legislativo que ofende o princípio da separação de poderes – Inconstitucionalidade declarada com base no vício de invasão de competência e não na eventual necessidade de aumento de despesas, cujo atual entendimento do C. Órgão Especial apenas impediria, salvo peculiaridades apresentadas nas ações que discutem o tema, a aplicação dentro do mesmo exercício financeiro – Demanda que detém natureza objetiva e se limita a analisar a obediência dos preceitos constitucionais, mostrando-se inviável ao Poder Judiciário analisar as motivações dos demais poderes e os critérios de oportunidade e conveniência na elaboração de seus textos legais e atos administrativos, sob pena de ofensa à separação dos poderes – Ação procedente. (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2244147-35.2019.8.26.0000; Relator: Álvaro Passos; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 04/03/2020; Data de Registro: 05/03/2020)

Ademais, cumpre analisar a lei impugnada sob o prisma da separação de Poderes, ainda nos termos da CE:

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;*

Conforme já decidiu o E. Supremo Tribunal Federal, "*Não há dúvida de que interessa sempre ao Poder Executivo a iniciativa de Lei que diga respeito a sua própria organização, como ocorre, também, por exemplo, com o Poder Judiciário*" (ADIN nº 2.372, Rel. Min. Sydnei Sanches, j. 21/08/2002).

Quanto ao tema, também é relevante mencionar o disposto na doutrina de Ives Gandra Martins que, ao se referir aos atos típicos de administração, leciona:

(...) sobre tais matérias tem o Poder Executivo melhor visão do que o Legislativo, por as estar gerindo. A administração da coisa pública, não poucas

Acesso ao Sumário

vezes, exige conhecimento que o Legislativo não tem, e outorgar a este Poder o direito de apresentar os projetos que desejasse seria oferecer-lhe o poder de ter iniciativa sobre assuntos que refogem a sua maior especialidade. (Comentários à Constituição do Brasil, 4º vol. Tomo I, 3ª ed, atualizada, São Paulo, Saraiva, 2002)

A lei municipal de iniciativa parlamentar, embora não crie despesas para o Executivo, invade área típica de gestão administrativa ao determinar o fornecimento de alimentos a parcela identificada dos servidores, o que implica necessidade de organização e mobilização administrativa para distribuição dos produtos aos beneficiados.

Ademais, a análise da legislação infraconstitucional mencionada, que rege o fornecimento de merenda escolar aos alunos, embora não se preste a fornecer parâmetro de controle de constitucionalidade, evidencia a natureza eminentemente técnica da decisão de fornecer ou não merenda aos servidores escolares.

Aplica-se, *a contrario sensu*, 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)*".

Assim já decidiu este C. Órgão Especial:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei municipal nº 4.096/2019, do Município de Poá e de iniciativa parlamentar, que "DISPÕE SOBRE DIREITO À ALIMENTAÇÃO MATUTINA DOS BOLSISTAS DA FRENTE DE TRABALHO NO INÍCIO DE SUAS ATIVIDADES". Apontado vício material em virtude de a lei hostilizada não prever a fonte de custeio do benefício criado. Desnecessário que a norma indique sua respectiva fonte de custeio. Vício material não caracterizado. Configurado vício de iniciativa, porém. Disciplina de assuntos concernentes à atividade administrativa do Município. 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. Ação procedente. (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2196986-29.2019.8.26.0000; Relator: Geraldo Wohlers; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 13/11/2019; Data de Registro: 14/11/2019)

Por todo o exposto, pelo meu voto, julgo a ação procedente para declarar a inconstitucionalidade integral da Lei Municipal nº 912, de 5 de julho de 2022, do Município de Tuiuti.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2235540-28.2022.8.26.0000, 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 IMPROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator que integra este Acórdão. **(Voto nº 36.031)**

O julgamento teve a participação dos Exmos Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, EUVALDO CHAIB, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, AROLDO VIOTTI, RICARDO DIP, COSTABILE E SOLIMENE e LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 20 de setembro de 2023.

LUIS FERNANDO NISHI, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 5.715, de 23 de maio de 2022, do Município de Caieiras, de iniciativa parlamentar, que instituiu o "Cinema Social Itinerante" e deu outras providências – VÍCIO DE INICIATIVA NÃO CONFIGURADO – Matéria de competência concorrente (art. 24, § 1º, da Constituição Estadual), e não privativa do Chefe do Poder Executivo, conforme entendimento consolidado pelo C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE. nº 878.911/RJ, em sede de repercussão geral (Tema 917) – Norma impugnada que institui verdadeira política pública no âmbito do Município de Caieiras, mediante a previsão de exibição gratuita de filmes em logradouros públicos, garantindo o acesso a relevante fonte de cultura à população, nos termos dos arts. 259 e 262, I, da Constituição Estadual – Ausência de intervenção em atos de gestão administrativa – Ato normativo que não estabelece qualquer regra acerca do modo de concretização do

Acesso ao Sumário

programa, inexistindo, portanto, afronta o princípio da Reserva de Administração – Ação improcedente.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo **PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CAIEIRAS**, tendo por objeto a Lei nº 5.715/2022 do Município de Caieiras, de iniciativa parlamentar, que instituiu o "Cinema Social Itinerante" e deu outras providências.

Aduz que os preceitos impugnados violam frontalmente os arts. 5º, 24, § 5º e 47, II e XIV, da Constituição Estadual, aplicáveis aos Municípios por força do art. 144. Aduz que os atos de gestão e administração competem exclusivamente ao Prefeito (art. 69, XXIV e XXVII, da Lei Orgânica do Município de Caieiras) e que o ato normativo impugnado, de iniciativa parlamentar, viola frontalmente o princípio da separação dos Poderes e a reserva de iniciativa do Poder Executivo. Requer a concessão de liminar, para seja suspensa a eficácia da norma impugnada até o julgamento final da ação.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 13/16).

O Presidente da Câmara Municipal de Caieiras foi notificado, mas deixou de prestar informações (fl. 27).

A ilustre Procuradora-Geral do Estado foi citada (fl. 19), mas também não se manifestou nos autos (fl. 24).

Remetidos os autos à D. Procuradoria Geral de Justiça, opinou o Subprocurador-Geral de Justiça pela improcedência do pedido (fls. 31/36).

É o relatório, passo ao voto.

I – Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo **Prefeito do Município de Caieiras** contra o **Presidente da Câmara Municipal de Caieiras**, tendo por objeto a Lei nº 5.715/2022 do Município de Caieiras, de iniciativa parlamentar, que apresenta o seguinte teor:

> "**Art. 1º**. Fica instituído no Município de Caieiras o 'Cinema Social Itinerante', que será realizado nos bairros, com entrada livre e gratuita, cuja finalidade é democratizar o acesso ao cinema e fomentar a cultura e a cidadania.
>
> **Parágrafo único**. Os filmes do 'Cinema Social Itinerante' serão exibidos em praças ou outros equipamentos públicos, com a utilização de projetores e telas móveis.
>
> **Art. 2º**. A programação prévia do 'Cinema Social Itinerante' deverá ser feita com consulta a sociedade civil organizada na região escolhida.
>
> **Art. 3º**. O Poder Executivo Municipal regulamentará a presente Lei no que couber e for necessário à sua efetiva aplicação.

Acesso ao Sumário

Art. 4º. As despesas decorrentes da execução desta Lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.

Art. 5º. Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário."

II – A autonomia político-administrativa dos entes federados é reconhecida expressamente pela Constituição Federal de 1988 (arts. 1º e 18), o que confere aos Municípios autonomia legislativa, observadas as balizas constitucionais de âmbito estadual e federal, nos termos dos arts. 29 e 30 da Constituição Federal e art. 144 da Constituição Estadual.

Assim, a independência legislativa municipal, por força da norma estadual de caráter remissivo (art. 144), deve agir dentro dos limites da competência constitucional atribuída ao ente federativo, observando ainda os princípios estabelecidos nas Constituições Estadual e Federal.

De início, não se vislumbra a existência de vício de iniciativa formal do ato normativo impugnado, vez que não se trata de matéria de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, conforme entendimento consolidado pelo **C. Supremo Tribunal Federal**, no julgamento do **RE. nº 878.911/RJ**, em sede de repercussão geral (**Tema 917**):

"Não usurpa competência privativa do Chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos (art. 61, § 1º, II, 'a', 'c' e 'e', da Constituição Federal)."

Como se vê, a norma impugnada não discorre acerca da estrutura da Administração ou da atribuição de seus órgãos, nem do regime jurídico de servidores públicos, cuidando apenas da instituição de programa municipal de vertente cultural, conforme já decidido em precedente análogo por este **C. Órgão Especial**:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 3.936, DE 18 DE AGOSTO DE 2020, DO MUNICÍPIO DE MAIRIPORÃ/SP, QUE 'DISPÕE SOBRE A CRIAÇÃO DO PROGRAMA DE INCENTIVO À CULTURA – CINEMA ITINERANTE EM BAIRROS E PRAÇAS DO MUNICÍPIO DE MAIRIPORÃ' – LEI DE INICIATIVA PARLAMENTAR – CONFORMIDADE, NA ESSÊNCIA, AOS ARTIGOS. 5º, 24, § 2º, 47, INCISOS II, XI, XIV E XIX, ALÍNEA 'A', DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO – VÍCIO DE INICIATIVA NÃO CARACTERIZADO, POIS A NORMA IMPUGNADA NÃO VERSA SOBRE A ESTRUTURA OU ORGANIZAÇÃO DE ÓRGÃOS DO EXECUTIVO OU REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS – TESE FIXADA EM REPERCUSSÃO GERAL NO ÂMBITO DO C. STF – TEMA Nº 917 – ARE. 878.911/RJ." (**ADI. nº 2289675-**

Acesso ao Sumário

58.2020.8.26.0000, Rel. Des. Francisco Casconi, j. em 16/03/2022)

Como bem consignado pelo I. Subprocurador-Geral de Justiça em seu parecer, a lei impugnada cria programa de incentivo à cultura, ao instituir o "Cinema Social Itinerante", não tangenciando o núcleo da reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo ou da reserva da Administração, sobretudo porque não estabelece qualquer regra acerca do modo de concretização do programa (fl. 35), inexistindo, portanto, qualquer afronta o princípio da Reserva de Administração.

Trata-se, portanto, de matéria de iniciativa concorrente (comum), e não de iniciativa reservada do Chefe do Poder Executivo (art. 24, § 1º, da Constituição Estadual), que instituiu verdadeira política pública no âmbito do Município de Caieiras, mediante a previsão de exibição gratuita de filmes em logradouros públicos, garantindo o acesso a relevante fonte de cultura à população, nos termos dos arts. 259 e 262, I, da Constituição Estadual, *in verbis*:

"Artigo 259 – O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão de suas manifestações.

Artigo 262 – O Poder Público incentivará a livre manifestação cultural mediante:

I – criação, manutenção e abertura de espaços públicos devidamente equipados e capazes de garantir a produção, divulgação e apresentação das manifestações culturais e artísticas."

Ademais, eventual falta de dotação orçamentária ou sua previsão genérica não implica em sua inconstitucionalidade, 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 2183267-72.2022.8.26.0000, Rel. Des. Xavier de Aquino, j. em 23/11/2022**).

É esse o entendimento consolidado por este **C. Órgão Especial**:

"Alegação de falta de indicação da fonte de custeio. Rejeição. Não há falar em inconstitucionalidade da norma impugnada por violação do artigo 25 da Constituição Estadual, pois o alegado vício significa apenas que a lei é inexequível no exercício de sua aprovação, e não que sua validade esteja comprometida. De fato, conforme jurisprudência consolidada pelo Supremo Tribunal Federal, 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'* (ADI 3.599/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes)." (**ADI. nº 2183257-28.2022.8.26.0000, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. em 07/12/2022**)

"CUSTEIO – Não indicação da fonte do custeio da implementação de placas sinalizadoras e/ou reforço da fiscalização, durante a tra-

Acesso ao Sumário

mitação legislativa, que não caracteriza inconstitucionalidade da norma, mas sua inexequibilidade até a respectiva previsão orçamentária." (**ADI. nº 2145747-78.2022.8.26.0000, Rel. Des. Jacob Valente, j. em 23/11/2022**)

"Ausência de indicação específica da fonte de custeio é insuscetível de macular o art. 25 da Constituição Estadual. Possibilidade apenas da norma se tornar inexequível no exercício de sua promulgação." (**ADI. nº 2097808-05.2022.8.26.0000, Rel. Des. James Siano, j. em 06/09/2022**)

Nessas condições, forçoso concluir que a Lei nº 5.715/2022 do Município de Caieiras, de iniciativa parlamentar, não violou o disposto nos artigos 5º, 24, § 5º e 47, II e XIV, da Constituição Estadual, sendo de rigor a improcedência da presente demanda.

III – Ante o exposto, e pelo meu voto, **JULGO IMPROCEDENTE a ação**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2137302-37.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SANTA BÁRBARA D'OESTE e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SANTA BÁRBARA D'OESTE.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "AFASTARAM A PRELIMINAR E JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.096)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), MELO BUENO, GOMES VARJÃO, SOUZA NERY, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, AROLDO VIOTTI, RICARDO DIP, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA e NUEVO CAMPOS.

São Paulo, 27 de setembro de 2023.

CARLOS MONNERAT, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.

OBJETO. Artigo 4º da Lei nº 2.538, de 29 de novembro de 2000, do Município de Santa Bárbara D'Oeste. Atribuição de nome de pessoa viva a vias e logradouros do patrimônio público.

PARÂMETRO DE CONSTITUCIONALIDADE. Artigos 111, 115, § 1º e 144, todos da Constituição do Estado de São Paulo.

PRELIMINAR. Alegação de inadequação da ação direta de inconstitucionalidade para controle concentrado de norma de caráter concreto. Tese apresentada pelo Prefeito Municipal afastada. Possibilidade do exercício de controle abstrato de leis de efeitos concretos no julgamento. Precedente do E. STF.

INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. Violação aos princípios da moralidade e da impessoalidade, permitindo a prática de atos com finalidade de promoção pessoal. Ofensa aos artigos 111 e 115 § 1º, ambos da Constituição Bandeirante. Precedentes deste C. Órgão Especial. Inconstitucionalidade configurada.

MODULAÇÃO DE EFEITOS. Inviabilidade. Hipóteses excepcionais. Inteligência do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Precedente do E. STF.

PEDIDO JULGADO PROCEDENTE, SEM MODULAÇÃO.

VOTO

Acesso ao Sumário

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça, tendo por objeto o artigo 4º da Lei nº 2.538, de 29 de novembro de 2000, do Município de Santa Bárbara D'Oeste, que autoriza a atribuição de nome de pessoa viva a vias e logradouros do patrimônio público.

Argumenta o autor que o ato normativo impugnado, ao permitir que seja utilizado nome de pessoa viva para bens públicos, ofende os princípios constitucionais da moralidade, impessoalidade e publicidade, vez que tal medida pode ser empregada com a finalidade de promover a imagem pessoal dos homenageados. Sustenta, assim, a infringência aos artigos 111 e 115, § 1º, ambos da Constituição do Estado de São Paulo, aplicáveis aos Municípios, por força do que dispõe o artigo 144 da Carta Bandeirante. Dessa forma, requer a pro-

cedência do pedido, declarando-se a inconstitucionalidade do dispositivo legal suscitado (fls. 01/10).

Ausente pedido de liminar, foi determinado o processamento do feito (fls. 55/56).

O Prefeito do Município de Santa Bárbara D'Oeste foi notificado e prestou informações, alegando, em síntese, a impossibilidade de controle concentrado sobre leis de efeitos concretos e a inexistência de violação aos princípios da moralidade e impessoalidade. Subsidiariamente, pede a modulação dos efeitos da decisão, em homenagem à economicidade e segurança jurídica (fls. 65/71).

O Presidente da Câmara Municipal prestou informações com escopo nos fundamentos retromencionados, destacando que a tramitação legislativa ocorreu nos termos definidos pela Lei Orgânica local e pelo Regimento Interno da Câmara Municipal (fls. 76/78).

Regularmente notificada, a douta Procuradoria-Geral do Estado deixou de ofertar manifestação (fl. 86).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, referendando os termos da inicial, opinou pela procedência do pedido (fls. 95/101).

Os autos aportaram em meu gabinete de trabalho em 29/08/2023.

RELATADOS, passo a decidir.

Inicialmente, a tese de inadequação da Ação Direta de Inconstitucionalidade para hipótese de controle concentrado de norma de caráter concreto não se sustenta.

O E. Supremo Tribunal Federal, nesse sentido, entende ser possível a fiscalização da constitucionalidade das leis quando houver tema ou controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independentemente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto, *in verbis*:

> *"MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA N° 405, DE 18.12.2007. ABERTURA DE CRÉDITO EXTRAORDINÁRIO. LIMITES CONSTITUCIONAIS À ATIVIDADE LEGISLATIVA EXCEPCIONAL DO PODER EXECUTIVO NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS. (...) II. CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS ORÇAMENTÁRIAS. REVISÃO DE JURISPRUDÊNCIA.* ***O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto.*** *Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade. (...)"*
>
> (STF, ADI 4048 MC, Rel. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/08).

Superada a arguição preambular, passo ao mérito.

Conforme relatado, a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade pretende a declaração de inconstitucionalidade do artigo 4º da Lei nº 2.538, de 29 de novembro de 2000, do Município de Santa Bárbara D'Oeste, cujo teor autoriza que seja conferido nome de pessoa viva a vias e logradouros do patrimônio público. Vejamos:

> *"Art. 1º – A denominação de ruas, praças, estabelecimentos de ensino e congêneres e próprios municipais em geral será regida pela presente Lei.*
>
> *Art. 2º – São estabelecidos, para os fins do art. 1º, os seguintes critérios, pare renumerar ou atribuir:*
>
> *(...)*
>
> *g) Nomes de pessoas que tenham se destacado por seus méritos nos setores das ciências, artes, esportes, política, filantropia, caridade e generosidade, ou religiosidade, bem como em qualquer outra atividade social, e outras pessoas populares que se constituíram uma peculiaridade dentro da cultura local.*
>
> *Art. 3º – As proposituras que visam homenagear pessoas deverão preencher os requisitos constantes nesta Lei, e ser acompanhados de:*
>
> *I – completa biografia do homenageado, pela qual se verifique haver o mesmo, de maneira excepcional, se destacado naquelas áreas;*
>
> *II – Certidão de Óbito, comprovando tratar-se de pessoa falecida há mais de 30 dias. (dispositivo atualizado pela Lei n. 3.206, de 22 de junho de 2010)*
>
> ***Art. 4º – Excepcionalmente, poder-se-á homenagear pessoas em vida, juntando-se:***
>
> ***I – certidão de nascimento comprovando ser maior de 65 (sessenta e cinco) anos;***
>
> ***II – certidão emitida por entidade pública ou civil certificando os relevantes serviços prestados, para enquadramento no art. 2º, 'g', desta Lei;***
>
> ***III – comprovante de aposentadoria no Serviço Público, no Sistema Previdenciário Nacional (INSS) ou mesmo por entidade privada;***
>
> ***IV – preenchidos os requisitos dos incisos I e II e dos demais dispositivos desta Lei, eventualmente a pessoa com mais de 65 (sessenta e cinco) anos poderá merecer qualquer uma das homenagens consignadas no art. 1º."***

Não obstante a boa intenção legislativa em homenagear cidadãos de destaque e importância local, o dispositivo da Lei Municipal em comento afronta os princípios da moralidade e impessoalidade, previstos no artigo 111 da Constituição Paulista, porquanto gera benefícios de ordem pessoal ao homenageado, permitindo, assim, a utilização da máquina pública para promoção de sua ima-

Acesso ao Sumário

gem e propagação de seu nome no seio social local, na contramão da finalidade almejada pelo administrador público.

Ademais, o artigo 115, § 1º, da Constituição Bandeirante dispõe, expressamente, que *"a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas da administração pública direta, indireta, fundações e órgãos controlados pelo Poder Público deverá ter caráter educacional, informativo e de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos e imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos"*.

Desse modo, apesar das restrições impostas na Lei impugnada, nada impede que a pessoa homenageada venha a se candidatar em seguida, o que causará evidente e ilegítima vantagem.

A temática está consolidada no E. Supremo Tribunal Federal:

"(...) ao atribuir nome de pessoa viva a bem público, a unidade federativa a um só tempo viola o patrimônio público – pois promove a promoção pessoal de determinado indivíduo, finalidade essa para qual não estão destinados os bens do Estado –, e os princípios da moralidade e impessoalidade"

(STF, RE n. 1.255.157/PE, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 23/09/2022).

No mesmo sentido, recentes precedentes deste C. Órgão Especial:

"Ação Direta de Inconstitucionalidade – Estado de São Paulo – Lei n. 14.579, de 07 de outubro de 2011 – Atribuição de nome de pessoa viva a logradouro e via do patrimônio público – Preliminar de inadequação da ação direta de inconstitucionalidade para controle concentrado de norma de caráter concreto – Supremo Tribunal Federal que admitiu o exercício de controle abstrato de leis de efeitos concretos no julgamento da ADI 4.048-MC/DF, Rel. Ministro Gilmar Mendes – Via eleita adequada – Preliminar afastada – Mérito – Lei impugnada que atribui a via pública (complexo viário) o nome de pessoa viva – Violação ao disposto no artigo 111 da Constituição Bandeirante – Precedentes do Colendo Órgão Especial – Ação julgada procedente."

(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2276612-92.2022.8.26.0000; Relatora: Márcia Dalla Déa Barone; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 14/06/2023; Data de Registro: 15/06/2023).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 2.293, DE 02 DEZEMBRO DE 1994, DO MUNICÍPIO DE CUBATÃO, A QUAL '... DENOMINA 'ADILSON RAMOS DE SOUZA OLIVEIRA' A PISTA DE ATLETISMO DO CENTRO EDUCACIONAL PROFESSOR ROBERTO DICK...'. LEI QUE ATRIBUI À BEM PÚBLICO NOME DE PESSOA VIVA. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E DA IMPESSOALIDADE CONFIGURA (sic). PRECEDENTES DESTE ÓRGÃO ESPECIAL. INFRINGÊNCIA AOS ARTS. 111, 115, § 1º e 144,

TODOS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE."

(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2012026-93.2023.8.26.0000; Relator: Campos Mello; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 28/06/2023; Data de Registro: 29/06/2023).

De rigor, portanto, a procedência do pedido, declarando-se inconstitucional o artigo 4º da Lei nº 2.538, de 29 de novembro de 2000, do Município de Santa Bárbara D'Oeste.

No que tange ao pedido subsidiário formulado pelo Prefeito do Município de Santa Bárbara D'Oeste, para que os efeitos da presente declaração de inconstitucionalidade sejam modulados *ex nunc*, sob o argumento de que *"haverá evidente prejuízo com a alteração das já consolidadas identificações dos logradouros utilizados pelos poderes públicos, por empresas, e pelas pessoas em geral, uma vez que a medida culminará em gastos para o Município e toda a sua população, tais como averbação no CRI-local de todos os imóveis envolvidos localizados nos logradouros, bem como prejuízos evidentes e extensíveis para as pessoas jurídicas, uma vez que deverão arcar com toda a burocracia e gastos decorrente da alteração das denominações das ruas onde se estabelecem, sobretudo no caso de estabelecimentos comerciais e de serviços ali existentes, os quais, verbi gratia, deverão alterar seus informativos de 'marketing', registros e contratos sociais, em evidente prejuízo num momento de frágil recuperação dos prejuízos econômicos advindos com a pandemia da Covid-19"* (fl. 71), não deve ser acolhido.

O artigo 27 da Lei nº 9.868/99 elenca duas hipóteses para modulação temporal: segurança jurídica ou excepcional interesse social.

In casu, não se verifica nenhum dos requisitos autorizadores.

Sobre o tema, há precedente do E. Supremo Tribunal Federal:

"(...) mostra-se impróprio o pedido voltado à modulação dos efeitos da decisão, dando-se o dito pelo não dito para salvar-se situações concretas frontalmente conflitantes com a Constituição Federal. Ante o princípio da supremacia, a inconstitucionalidade é vício congênito. Lei inconstitucional é natimorta. Há contradição em termos. Se for inconstitucional, não pode ter eficácia, porque não é válida, descabendo chamá-la de lei."

(STF, RE 978.514-SP. Rel. MIN. MARCO AURÉLIO. Julgado em 27/04/2018).

Pelo exposto, afasto a preliminar e, no mérito, julgo procedente o pedido, a fim de declarar a inconstitucionalidade do artigo 4º da Lei nº 2.538, de 29 de novembro de 2000, do Município de Santa Bárbara D'Oeste, sem modulação de efeitos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2163116-51.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ITAPEVA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ITAPEVA.

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 61.716)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, LUIZ ANTONIO DE GODOY, FIGUEIREDO GONÇALVES, PAULO ALCIDES, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA e MATHEUS FONTES.

São Paulo, 18 de outubro de 2023.

RICARDO DIP, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 4.880/2023, DO MUNICÍPIO DE ITAPEVA, COM INICIATIVA PARLAMENTAR, DISPONDO SOBRE A REDUÇÃO DE CARGA HORÁRIA PARA OS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS QUE POSSUAM FILHOS COM DEFICIÊNCIA.

A lei impugnada viola o princípio da separação dos poderes, uma vez que invade a competência privativa do Chefe do Poder executivo local para dispor sobre o regime jurídico dos servidores públicos municipais itapevenses.

Ação direta de inconstitucionalidade procedente.

Acesso ao Sumário

RELATÓRIO:

Versam os autos ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Prefeito do Município de Itapeva, tendo por fim a declaração de invalidade da Lei local 4.880/2023 (de 23-6), que *"dispõe sobre a redução de carga horária para*

os servidores públicos municipais que possuem filhos com deficiência e dá outras providências".

O pleito ampara-se em apontada violação das normas dos arts. 5º, 24, § 2º, 47, incisos XIV e XIX, da Constituição estadual de São Paulo, aplicáveis aos municípios paulistas por força de seu art. 144.

Sustenta o autor, em resumo, vício formal dessa normativa impugnada, tendo em vista ser de competência privativa do poder executivo a iniciativa de projeto de lei sobre o regime jurídico dos servidores públicos.

Concedeu-se a medida liminar (*e*-págs. 69-70).

A Procuradoria Geral do Estado de São Paulo deixou transcorrer *in albis* o prazo para manifestação (*e*-pág. 80).

O Presidente da Câmara Municipal de Itapeva apresentou informações (*e*-págs. 82-3).

Ensejou-se vista dos autos à douta Procuradoria-Geral de Justiça, que opinou pela procedência da demanda (*e*-págs. 144-50).

É o relatório do necessário.

VOTO:

1. Este é o teor da lei alvejada:

"Art. 1º Os incisos I, II e II do art. 1º da Lei Municipal n.º 4.602/2021, de 07 de dezembro de 2021, que dispõe sobre a redução de carga horária para os servidores públicos municipais que possuem filhos com deficiência e dá outras providências, passam a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 1º ...

I – 4h (quatro horas) diárias para os ocupantes de cargos para os quais a lei estabeleça jornada diária de 8 (oito) horas ou mais;

II – 3h (três horas) diárias para os ocupantes de cargos para os quais a lei estabeleça jornada diária de 6 (seis) horas;

III – 2h (duas horas) diária para os ocupantes de cargos para os quais a lei estabeleça jornada diária de 4 (quatro) horas;

Art. 2º Esta Lei entra em vigor 90 (noventa) dias após a sua publicação, revogadas as disposições em contrário " (os realces em negrito não são do original).

2. A despeito – assim o observou o parecer da Procuradoria Geral de Justiça – de o conteúdo dessa normativa de Itapeva afeiçoar-se à "Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência" e com tese fixada pelo STF (tema 1.097), **vício de forma** invalida a lei impugnada.

É que teve ela **iniciativa parlamentar** (*e*-pág. 16) e, dispondo sobre o **regime jurídico dos servidores públicos municipais** – ao determinar a redu-

Acesso ao Sumário

ção da jornada de trabalho desses, na hipótese de serem ascendentes de 1º grau ou responsáveis legais de pessoa com deficiência e que esteja sob sua guarda –, sua matéria restringia o correspondente processo legístico à **promoção inicial exclusiva do chefe do Poder executivo** , nos termos do § 2º do art. 24 da Constituição paulista, aplicável aos municípios por força de seu art. 144:

> *"Artigo 24 – A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Procurador-Geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.*
>
> *(...)*
>
> *§ 2º – Compete, exclusivamente, ao Governador do Estado a iniciativa das leis que disponham sobre:*
>
> *(...)*
>
> *4 – servidores públicos do Estado, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria".*

A noção de "regime jurídico dos servidores públicos" compreende seus **direitos e deveres** (*vidē* Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, ed. Malheiros, 34. ed., São Paulo, 2008, p. 420), o que inclui – assim já decidiu o STF (ADI 1.197, j. 18-5-2017) – a matéria do **horário de trabalho**, tal a de que trata a aqui versada Lei 4 .880/2023 de Itapeva.

3. Sólido era, ainda antes da vigência da Constituição paulista de 1989, o entendimento desta Corte constitucional no sentido da invalidade de leis relativas ao regime jurídico dos servidores públicos, leis essas cujo processo de elaboração não tivesse origem em iniciativa do chefe do executivo (p. ex., ADI 270.694, Rel. Des. Vieira de Moraes, j. 23-5-1979; Rep. de Inconst. 281.660 , Rel. Des. Nelson Pinheiro Franco, j. 18-7-1979; Rep. de Inconst. 279.565, Rel. Des. Gentil do Carmo Pinto, j. 16-9-1981).

É este, ainda agora, o perseverante entendimento deste Órgão Especial (*v.g.*, ADI 2022667-43.2023, Rel. Des. Evaristo dos Santos, j. 24-5-2023; ADI 2112097-40.2022, Rel. Des. Ademir Benedito, j. 15-2-2023; ADI 2197479-35.2021, Rel. Des. Moacir Peres, j. 24-8-2022), e no mesmo sentido encontra-se a jurisprudência doutrinária (cf., por todos, Hely Lopes Meirelles, *Direito municipal brasileiro*, ed. Malheiros, 16.ed., São Paulo, 2008, p. 748; Regina Maria Macedo Nery Ferrari, *Direito municipal*, ed. Revista dos Tribunais, 2.ed., São Paulo, 2005, p. 107; Giovani da Silva Corralo, *O poder legislativo municipal*, ed. Malheiros, São Paulo, 2008, p. 82- 84 e *Curso de direito municipal*, ed. Atlas, São Paulo, 2011, p. 159-160).

Essa orientação abona-se também da jurisprudência firmada no STF: p. ex., ADI 864: *"Já se firmou nesta Corte o entendimento de que, no tocante a leis que digam respeito a regime jurídico de servidor público, seu projeto é da*

Acesso ao Sumário

iniciativa exclusiva do Governador do Estado-membro, aplicando-se-lhe, portanto, a norma que se encontra no artigo 61, II, 'c', da Constituição Federal" (Rel. Min. Moreira Alves, j. 25-4-1996; ADI 4928, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 11-10-2021; ADI 3.894, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10-10-2018.

4. Há, pois, adversando a validade da Lei itapevense 4.880, um déficit de natureza formal: *"sempre que um acto do poder político* – ensina Marcelo Rebelo de Sousa (*in Direito constitucional*, ed. Cruz, Braga, 1979, tomo I, p. 371-372) – *é praticado sem que tenham sido seguidos na sua produção os trâmites previstos nas normas constitucionais"* incorre ele em **vício formal de inconstitucionalidade**, neste caso: subjetiva, com moléstia do princípio da separação dos poderes (*rectius*: funções), em atrito com a norma do § 2º do art. 5º da Constituição estadual de São Paulo, extrapassando a Câmara Municipal de Itapeva os limites de atribuições da vereação (cf. § 2 º do art. 24, e incisos II e XI do art. 47 da Constituição paulista, aplicáveis aos municípios por força de seu art. 144).

5. Cabe observar que a Lei municipal de Itapeva 4.602/2021 (de 7-12), alterada, quanto ao horário de trabalho dos servidores públicas locais, foi ato normativo de iniciativa do Chefe do Executivo itapevense (Mensagem 59, de 4-10-2021, assinada pelo Prefeito municipal do lugar, Mário Sérgio Tassinari), **legítima a correspondente eficácia repristinatória**.

6. Por fim, averbe-se incabível a modulação dos efeitos deste julgado, quando menos porque a normativa impugnada, ainda em seu período de *vacatio legis*, foi suspensa pela concessão de medida liminar (*e*-págs. 69-70).

POSTO ISSO, pelo meu voto, sugere-se julgar procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei 4.880/2023 (de 23-6) do Município de Itapeva.

É como voto.

Acesso ao Sumário

Agravos Internos

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2173850-61.2023.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ITAPECERICA DA SERRA, é agravado PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ITAPECERICA DA SERRA.

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 44.242)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, LUIZ ANTONIO DE GODOY, 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 e LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 23 de agosto de 2023.

ELCIO TRUJILLO, Relator

Ementa: AGRAVO INTERNO – Interposição contra r. decisão que deferiu o pedido liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade – Suspensão da eficácia do art. 3º, da Lei nº 2.971, de 2 de março de 2023, do Município de Itapecerica da Serra – Presença dos requisitos autorizadores para a concessão da medida antecipatória – Legislação que dispõe sobre a organização da Marcha para Jesus no âmbito municipal – Alegada invasão da competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo – Precedentes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça/SP – Decisão mantida – AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo interno (fls. 1/25) contra a decisão monocrática proferida às fls. 70/73 nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade que, presentes a probabilidade do direito alegado, deferiu o pedido liminar para suspender a eficácia do art. 3º, da Lei nº 2.971, de 2 de março de 2023, do Município de Itapecerica da Serra, que dispõe sobre a organização da Marcha para Jesus no âmbito municipal (fls. 15 – autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade).

Em busca de reforma, sustenta o agravante a ausência dos requisitos autorizadores para a concessão da medida antecipatória; pede o imediato restabelecimento do dispositivo legal supramencionado.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Ação Direta de Inconstitucionalidade apresentada pelo **PREFEITO DE ITAPECERICA DA SERRA**.

Busca o autor a declaração da inconstitucionalidade do art. 3º, da Lei nº 2.971, de 2 de março de 2023, do Município de Itapecerica da Serra.

Pois bem.

Ainda que pesem as razões que fundamentam o recurso, o agravo interno não deve ser provido.

Cumpre a concessão da liminar desde que presentes a probabilidade do direito alegado e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

A presença das situações supra apontadas é aferida em cognição sumária, vale dizer, conduz aos chamados juízos de probabilidade e verossimilhança (ou seja, as decisões ficam limitadas a afirmar o provável).

Na lição de Luiz Guilherme Marinoni, *"o juiz, quando concede a tutela sumária, nada declara, limitando-se a afirmar a probabilidade da existência do direito, de modo que, aprofundada a cognição, nada impede que o juiz assevere que o direito que supôs existir na verdade não existe"* (*A antecipação da tutela*. São Paulo, Malheiros, 2004, 8ª ed., p. 35).

Ainda: essa análise pressupõe *"(...) saber se é mesmo provável que o dano poderá vir a acontecer caso não concedida a medida, se sua ocorrência é iminente, se a lesão é pouco grave ou seus efeitos são irreversíveis, se o bem que o autor pretende proteger tem primazia sobre aquele defendido pelo réu (o que envolve a questão atinente à importância do bem jurídico) (...)"* (José Miguel Garcia Medina in Direito Processual Civil Moderno, Ed. RT, 2015, p. 472).

A medida liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade somente pode ser deferida quando presentes, de modo inequívoco, o *fumus boni iuris*, resultante de indício de que o direito pleiteado de fato existe, e o *periculum in mora*, compreendido como o receio de que a demora da decisão judicial acarrete dano grave ou de difícil reparação ao bem tutelado.

No caso, presentes a probabilidade do direito alegado e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, prudente a manutenção do deferimento do pedido liminar.

Aparente invasão da competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo.

Dispõe a Constituição do Estado de São Paulo:

*"**Artigo 144** – Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por lei orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição".*

*"**Artigo 25** – Nenhum projeto de lei que implique a criação ou o aumento*

de despesa pública será sancionado sem que dele conste a indicação dos recursos disponíveis, próprios para atender aos novos encargos.

***Parágrafo único** – O disposto neste artigo não se aplica a créditos extraordinários."*

Ao enfrentar o tema, já decidiu o Órgão Especial do Tribunal de Justiça/SP:

DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Municipal nº 10.342/2020, que dispõe sobre instituição do "projeto viva o verde" e dá outras providências. Usurpação de competência privativa do Prefeito Municipal e afronta ao pacto federativo. Precedentes do Órgão. Vulneração ao preceito dos artigos 5º, 24, § 2º, 2, e 47, II, XIV e XIX, a, 174, III, e 176, I Constituição do Estado. Ação julgada procedente. (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2001424-14.2021.8.26.0000, Des. Rel. Moreira Viegas, j. em 28.07.2021)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Lei nº 14.118, de 22-12-2017, de origem parlamentar, que 'dispõe sobre a gestão participativa das praças do Município de Ribeirão Preto, e dá outras providências'. Inconstitucionalidade. Ocorrência. Vício de iniciativa. Programa governamental. Gestão de bens públicos. Competência do Executivo. A matéria regulamentada pela norma impugnada insere-se no âmbito da competência legislativa atribuída pela Constituição ao Chefe do Poder Executivo Municipal, por ser inerente ao planejamento e organização do Município. Violação aos arts. 5º, 47, II, XIV e XIX, 'a', aplicáveis aos Municípios por força do art. 144, todos da CE/89. Inconstitucionalidade reconhecida. Ação procedente. (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2017927-18.2018.8.26.0000, Des. Rel. Carlos Bueno, j. em 08.08.2018)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 7.472, de 19 de maio de 2016, que impõe aos órgãos da Administração Pública do Município de Guarulhos a obrigação de desenvolver Plano de Sustentabilidade. VÍCIO DE INICIATIVA E OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. Reconhecimento. Lei impugnada, de iniciativa parlamentar, que avançou sobre área de gestão, ou seja, tratou de matéria que – por se referir ao exercício e à própria organização das atividades dos órgãos da Administração – é reservada à iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo. Como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, em caso semelhante, "não se pode compreender que o Poder Legislativo, sem iniciativa do Poder Executivo, possa alterar atribuições de órgãos da Administração Pública, quando a este último cabe a iniciativa de Lei para criá-los e extingui-los. De que adiantaria ao Poder Executivo a iniciativa de

Acesso ao Sumário

Lei sobre órgãos da administração pública, se, ao depois, sem sua iniciativa, outra Lei pudesse alterar todas as suas atribuições e até suprimi-las ou desvirtuá-las. Não há dúvida de que interessa sempre ao Poder Executivo a iniciativa de Lei que diga respeito a sua organização, como ocorre, também, por exemplo, com o Poder Judiciário" (ADIN nº 2.372, Rel. Min. Sydnei Sanches, j. 21/08/2002). Inconstitucionalidade manifesta. Ação julgada procedente. (TJSP, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2148756-58.2016.8.26.0000; Des Rel. Ferreira Rodrigues, j. em 01.02.2017)

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo interno, mantida a r. decisão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2066119-40.2022.8.26.0000/50001, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE GUARUJÁ, 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 31.917)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, RICARDO DIP, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT e PAULO ALCIDES.

São Paulo, 4 de outubro de 2023.

RICARDO ANAFE, Presidente e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo interno – Decisão que não conheceu do agravo interposto, com fulcro no artigo 1.042 do Código de Processo Civil, contra decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário com fundamento no artigo 1.030, inciso I, alínea "a", do Código de Processo Civil, tendo em vista a existência de erro grosseiro – Inaplicabilidade do princípio da fungibilidade recursal – Agravo desprovido.

VOTO

Inconformada com o teor da decisão de fl. 661/663 dos autos principais, que não conheceu do agravo interposto, com fulcro no artigo 1.042 do Código de Processo Civil, contra decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário por aplicação de precedente de repercussão geral, a Mesa da Câmara Municipal de Guarujá interpôs agravo interno, sob a alegação de que o caso não viola o Tema 832 de repercussão geral e, portanto, o recurso extraordinário deve ser admitido.

Contraminuta está a fl. 20/27.

É o relatório.

O agravo interno não comporta provimento.

Com efeito, a decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário o fez por aplicação de precedente de repercussão geral e, neste caso, o agravo interposto anteriormente não merecia ser conhecido, tendo em vista ser remédio processual manifestamente inadequado à reforma da decisão atacada.

Em realidade, o recurso cabível à espécie, nos termos do artigo 1.030, § 2º, do Código de Processo Civil, corresponde ao agravo interno do artigo 1.021 do referido *Codex*.

De outro lado, a hipótese não autorizava a aplicação do princípio da fungibilidade recursal, visto que caracterizado erro que não pode ser afastado.

Nesse contexto, observa-se que o artigo 1.042, ***caput***, do Código de Processo Civil fixa ser cabível "agravo contra decisão do presidente ou do vice-presidente do tribunal recorrido que inadmitir recurso extraordinário ou recurso especial, salvo quando fundada na aplicação de entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos", hipótese aqui

Acesso ao Sumário

tratada (nesse sentido, confira-se ARE nº 1.160.762/AgR-SP, Plenário, Relator Ministro Dias Toffoli, DJe de 14/12/18).

O seguinte precedente também pode ser mencionado, ainda que atinente a uma situação inversa:

> "AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO ADMITIDO. RECURSO MANIFESTAMENTE INCABÍVEL. ARTS. 1.030, § 1º, E 1.042 DO CPC. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. PRAZO RECURSAL NÃO INTERROMPIDO. CERTIFICAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO.
>
> 1. Contra a decisão monocrática que não admite o recurso extraordinário, nos termos do art. 1.030, V, do CPC, não cabe agravo interno, mas agravo para o Supremo Tribunal Federal, conforme previsão expressa dos artigos 1.030, § 1º, e 1.042 do Estatuto Processual Civil.
>
> 2. Há, na espécie, erro grosseiro, a impossibilitar a aplicação do princípio da fungibilidade recursal.
>
> 3. Tratando-se de recurso manifestamente incabível, que não suspende nem interrompe o prazo para a interposição de outro recurso, constata-se a ocorrência do trânsito em julgado da decisão que não admitiu o recurso extraordinário.
>
> 4. Agravo interno não conhecido."
>
> (AgIn no RE nos EDcl no RE nº 1612818-PR, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, v.u., j.10.12.19).

Ainda, conforme disposto no artigo 7º do Código de Processo Civil, deve ser assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório. Em respeito à essa paridade de tratamento, o princípio da fungibilidade deve ser aplicado apenas quando há dúvida objetiva sobre a modalidade de recurso adequada.

Acesso ao Sumário

No caso em exame, não havia qualquer possibilidade de existência de dúvida quanto ao recurso cabível, caracterizando, portanto, erro grosseiro a interposição de agravo com fulcro no artigo 1.042 do Código de Processo Civil.

Neste sentido, há julgado desse Colendo Órgão Especial nos autos do Agravo Regimental Cível n. 2081145-15.2021.8.26.0000/50001.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo interno.

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0027910-02.2023.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é suscitante 2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 36ª 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 2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDA A EXMA. SRA. DESª. LUCIANA BRESCIANI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 55.987)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, LUIZ ANTONIO DE GODOY, 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 e JAMES SIANO.

São Paulo, 23 de agosto de 2023.

COSTABILE E SOLIMENE, Relator

Ementa: Conflito de Competência Cível. Ação de Reparação de Danos Materiais e Morais. Briga entre taxistas na área do Aeroporto de Guarulhos. Ação julgada parcialmente procedente. Apelações interpostas por todas as partes. Inicial que identifica os agressores como sendo vinculados a uma cooperativa local e, em solidariedade passiva, também acusa a concessionária de serviço público de não ter adotado o necessário para bem atender e preservar a saúde e

Acesso ao Sumário

segurança dos usuários. Questão de mérito a ser dirimida pelo órgão fracionário. Ausência de precedentes específicos. Orientação atual no sentido de remeter à Seção de Direito Público o exame de recursos em que se debate suposta deficiência do serviço prestado pela concessionária. Conflito procedente e competente a e. Câmara suscitante.

VOTO

Cuida-se de conflito de competência cível em que suscitante a e. 2ª Câmara de Direito Público, voto do e. Desembargador CARLOS VIEIRA VON ADAMEK, e suscitada a e. 36ª Câmara de Direito Privado, voto do e. Desembargador PEDRO BACCARAT, vide fls. 265/269, 362/366 e 373/379.

O conflito foi instaurado no âmbito de ação de reparação de danos materiais e morais julgada parcialmente procedente pelo MM Juiz da 4ª Vara Cível da comarca de Guarulhos (fls. 182/188).

Em briga acontecida no interior do Aeroporto de (...), o autor imputou à Cooperativa Guarucoop, por pretenso envolvimento de seus integrantes, culpa pelas lesões e danos experimentados em briga originada na disputa por prestação de serviços de transporte remunerado de passageiros no interior do aeroporto, asseverando expressamente que a concessionária, por seu dispositivo de segurança, nada fez para impedir o quanto acontecido.

O Desembargador PEDRO BACCARAT (integrante da Câmara suscitada) destacou em seu v. acórdão que "(...) A sentença atacada reconhece a responsabilidade extracontratual da concessionária do serviço público em razão de vício na prestação do serviço ao usuário" e, para tanto, exibiu dois arestos, um deles do colendo Órgão Especial (fl. 268).

Entretanto, divergiu o Desembargador VON ADAMEK (relator-suscitante), agitando inexistir "(...) interesse público na espécie por não haver qualquer relação com a concessão do Aeroporto de Guarulhos", chamando atenção para julgamentos anteriores da mesma matéria realizados por Câmaras de Direito Privado (fls. 377/378).

É o relatório.

Voto n. 55.987

Sabidamente, é o conteúdo da petição inicial que orienta a fixação da competência recursal, consoante assim dispõe o artigo 103 do nosso Regimento Interno, a saber, "**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**" (*verbis*).

Acesso ao Sumário

Respeitosamente, para solução deste conflito não interferem julgamentos da mesma matéria realizados por Câmaras de Direito Privado.

Então, visito a petição inicial e encontro os seus fundamentos, confira-se a fl. 17 e seguintes (*verbis*):

> *"(...) O Autor é motorista de aplicativos e, em mais um dia de trabalho, na região do aeroporto de Guarulhos, estava na fila de espera do aplicativo "99Pop" por cerca de 3 horas, quando recebeu uma chamada de corrida, por volta de 00h05 do dia 10 de janeiro de 2019, para o aeroporto de Guarulhos. Viagem solicitada pelo passageiro de prenome Diego.*
>
> *Chegando ao local ajustado com o passageiro, o Autor a armazenar as malas do cliente em seu veículo quando, após adentrar o carro para iniciar a corrida, foi surpreendido por um grupo de meliantes, que questionaram se ele era 'motorista de aplicativo' e se a corrida estava sendo realizada por aplicativo. Ao afirmar que sim para as duas indagações, um dos meliantes solicitaram que o Autor entregasse seu aparelho celular.*
>
> *Ante a coação, o autor estava prestes a entregar seu celular que se encontrava preso ao painel do carro, quando de maneira súbita passou a ser agredido pelos meliantes com socos, de forma contínua e incessante.*
>
> *Insta registrar que durante toda a agressão nenhum agente de segurança do aeroporto se prontificou a impedir a injusta agressão, em flagrante omissão. O que leva o autor a crer que os agentes de segurança coadunavam com a atitude covarde dos agressores.*
>
> *(...)*
>
> *Segundo investigação, as agressões foram cometidas por taxistas membros da empresa GUARUCOOP estão envolvidos no caso em questão. Em fato, é uma prática que já vem acontecendo há certo tempo, onde capangas cooperados ameaçam, agridem e destroem o patrimônio dos motoristas para IMPEDIREM que estes consigam suas corridas pelo aplicativo, mantendo o monopólio da empresa, já que tal cooperativa presta serviços exclusivamente para o aeroporto de Guarulhos.*
>
> *(...)*
>
> *No caso em testilha evidencia-se a solidariedade de ambos os requeridos para arcar com a responsabilidade pela violação ao bem jurídico do autor. Conforme se depreende dos fatos, a primeira Requerida é responsável direta pela ação de seus cooperados, que covardemente agrediram o autor, sem qualquer motivação válida. Por outro Norte, a Segunda Requerida é responsável porque a injusta agressão ocorreu em suas dependências, onde, sabidamente é responsável por garantir a segu-*

Acesso ao Sumário

rança dos transeuntes do local. Trocando em miúdos, uma é responsável pela ação, e a outra por omissão (...)" [fl. 20].

A priori, o argumento não seria temerário, tanto que, na esteira da exordial, a MM Juíza, ao julgar a demanda, a fls. 185/186 expressamente aludiu que *"(...) os fatos aconteceram na calçada do Aeroporto Internacional de Guarulhos, logradouro cuja Administração é de responsabilidade da Concessionária ré e não havia ninguém no local garantindo a segurança dos usuários. Ainda que tomássemos por certo que a obrigação da requerida seria apenas avisar os órgãos de segurança, no caso em tela, sequer tomou tal atitude, pois curiosamente, em que pese haver um aglomerado de pessoas no local assistindo a agressão do autor, não havia nenhum funcionário da requerida, sequer para garantir acesso rápido a polícia. Nesse sentido, entendo que houve sim omissão da requerida no socorro ao usuário do serviço por ela garantido e nesse sentido deve responder pela sua omissão"* (*verbis*).

Aqui não se trata de acolher ou desacolher a tese, mas tão-apenas de **conferir a causa de pedir que deu base às postulações da parte**. E, realmente, por vontade do autor da ação de reparação de danos, elas se confundem com suposta deficiência na prestação de serviços pela concessionária em prol dos usuários.

A propósito desse ponto, a Resolução 623/2013, deste colendo Órgão Especial, traz em seu artigo 3, item I.7, letra B:

> "Art. 3º. A Seção de Direito Público, formada por 8 (oito) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, salvo o 1º Grupo, que é integrado pelas três primeiras Câmaras, e o 7º Grupo, que é integrado pelas Câmaras 14ª, 15ª e 18ª, é constituída por 18 (dezoito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, assim distribuídas:
>
> (...)
>
> I.7 – Ações de responsabilidade civil do Estado, compreendidas as decorrentes de ilícitos: (Redação dada pela Resolução nº 736/2016)
>
> (...)
>
> b. extracontratuais de concessionárias e permissionárias de serviço público, que digam respeito à prestação de serviço público".

Observo que os e. Desembargadores não arrolaram precedentes específicos sobre entreveros de taxistas no interior do aeroporto, que é objeto de concessão. Entretanto, pesquisado o sítio eletrônico do Tribunal, igualmente não localizei paradigma específico atinente a este caso, de todo o modo, em situações assemelhadas, **a orientação do nosso Colegiado é no sentido de remeter à e. Seção de Direito Público casos em que o fundamento apresentado pelo autor se confunde com suposta deficiência na prestação de serviço**: CC 0024174-73.2023.8.26.0000, relator Desembargador MATHEUS FONTES, 2/8/2023; CC 0029126-32.2022.8.26.0000, relator Desembargador DAMIÃO

Acesso ao Sumário

COGAN, 29/3/2023; CC 0007104-48.2020.8.26.0000, relator Desembargador JACOB VALENTE, 6/5/2020.

A hipótese, então, é de manter a jurisprudência uniforme (NCPC artigos 489, § 1º, VI; 926 e 927).

Meu voto julga PROCEDENTE o presente conflito para afirmar a competência da e. 2ª Câmara de Direito Público, suscitante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0030147-09.2023.8.26.0000, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é suscitante 33ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, é suscitada 9ª 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 9ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. DÉCIO NOTARANGELI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 61.641)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, FIGUEIREDO GONÇALVES, GOMES VARJÃO, EUVALDO CHAIB, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM e FÁBIO GOUVÊA.

São Paulo, 13 de setembro de 2023.

RICARDO DIP, Relator

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. DEMANDA ENVOLVENDO ACIDENTE EM TRAVESSIA DE LINHA FÉRREA. PRETENSÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL DE PERMISSIONÁRIA POR AGITADA FALTA OU DEFICIÊNCIA DO SERVIÇO PÚBLICO. CUMPRIMENTO DO ATO ADMINISTRATIVO FORMALIZADO POR

Acesso ao Sumário

MEIO DE TERMO DE PERMISSÃO DE USO.

As Câmaras da Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo têm competência preferencial para as demandas relativas à responsabilidade civil extracontratual "de concessionárias e permissionárias de serviço público, que digam respeito à prestação de serviço público", tanto que indicada a falta ou deficiência desse serviço, e, ainda, quanto às "ações relativas a controle e cumprimento de atos administrativos".

Conflito procedente. Afirmação da competência interna da eg. 9ª Câmara de Direito Público, para apreciar e decidir a espécie.

RELATÓRIO:

Desfiou conflito de competência a col. 33ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal de Justiça (por acórdão da relatoria do Des. Luiz Eurico – e-págs. 490-5) diante de anterior acórdão de que foi Relator o Des. Ponte Neto (e-págs. 483-6), da eg. 9ª Câmara de Direito Público da Corte.

Distribuídos por sorteio os autos recursais à 9ª Câmara de Direito Público, não conheceu ela da apelação, por julgar-se atraído o caso pela competência de uma das Câmaras da Seção de Direito Privado, à luz do disposto no item III .15 do art. 5º da Resolução 623/2013 (de 16-10), deste Órgão Especial:

> "III – Terceira Subseção, composta pelas 25ª a 36ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:
>
> (...)
>
> III.15 – Ações de reparação de dano causado em acidente de veículo, ainda que envolvam a responsabilidade civil do Estado, concessionárias e permissionárias de serviços de transporte, bem como as que digam respeito ao respectivo seguro, obrigatório ou facultativo, além da que cuida o parágrafo primeiro, excetuadas as ações que envolvam deficiência ou falta do serviço público."

Entendeu diversamente a Câmara suscitante, para quem a lide objeto versa sobre responsabilidade civil extracontratual de uma concessionária de serviço de transporte por falta ou deficiência do serviço público, envolvendo questão de direito público, uma vez que, no caso, o que se busca é o ressarcimento de valores pagos pela concessionária em virtude de condenação judicial definitiva em demanda indenizatória promovida pelo condutor de veículo atingido por um trem em travessia de linha férrea, atribuído o acidente à falta de adequado funcionamento do sistema de sinalização no cruzamento, operado, em parte, pela Municipalidade de Mogi das Cruzes, razão pela qual competente a Câmara

Acesso ao Sumário

suscitada.

É o relatório do necessário.

VOTO:

1. Versam os autos referenciais ação ajuizada pela Companhia Paulista de Trens Metropolitanos – Cptm contra o Município de Mogi das Cruzes, visando à reparação de danos suportados em virtude de condenação judicial definitiva em ação indenizatória por acidente no cruzamento entre linha férrea e via pública, condenação firmada na responsabilidade pela falha na prestação do serviço público.

A autora sustenta que a Municipalidade mogiana é quem deve responder pelos valores pecuniários dessa condenação, por força da responsabilidade civil extracontratual do estado, conforme dispõe o § 6º do art. 37 da Constituição federal, uma vez que os guardas civis municipais, assim o diz, não adotaram procedimento algum para sinalizar a aproximação do trem ao ensejo dos fatos objeto. Remete-se ainda a requerente, é certo, a uma cláusula (a sexta) do termo de permissão celebrado com a Municipalidade de Mogi das Cruzes, em que esta assume a obrigação de responder por alguns débitos, inclusos os derivados de demandas ajuizadas por terceiros prejudicados.

A petição inicial remete a pretensão, portanto, à responsabilidade civil extracontratual do estado e ao cumprimento de ato administrativo – formalizado por meio do termo de permissão de uso –, questões de **direito público, não se disputando, desta maneira, principalmente, acerca da observância de disposições do termo de permissão, embora a uma cláusula desse termo faça referência a inicial.**

2. Ora, a competência recursal deste Tribunal de Justiça define-se, em princípio, *ratione materiae*, do modo mesmo como conste desfiada a pretensão nos **fundamentos e pedidos da inicial** – arg. art. 103 do Regimento Interno da Corte.

A matéria versada no caso diz respeito, como ficou dito, de **modo principal**, a **responsabilidade civil extracontratual do estado** ainda que se remeta, em acréscimo, a **cumprimento de ato administrativo**.

A correspondente competência recursória interna desta Corte para o caso parece definir-se nos itens I.2 e I.7, *b*, do art. 3º da Resolução 623/2013 expedida por este Órgão Especial:

> "A Seção de Direito Público, formada por 8 (oito) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, salvo o 1º Grupo, que é integrado pelas três primeiras Câmaras, e o 7º Grupo, que é integrado pelas Câmaras 14ª, 15ª e 18ª, é constituída por 18 (dezoito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, assim distribuídas:
>
> I – 1ª a 13ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento

Acesso ao Sumário

das seguintes matérias:

(...)

I.2 – Ações relativas a **controle e cumprimento de atos administrativos**;

(...)

I.7 – Ações de **responsabilidade civil do Estado**, compreendidas as decorrentes de ilícitos:

(...)

b. **extracontratuais de concessionárias e permissionárias de serviço público, que digam respeito à prestação de serviço público**, ressalvado o disposto no item III.15 do art. 5º desta Resolução" (os realces não são do original).

Em casos símiles a este, iterativa é a orientação deste Órgão Especial, como pode ler-se, p.ex., neste julgado de relação do Des. Décio Notarangeli:

"Pedido de indenização por danos materiais e morais decorrentes de acidente em linha férrea. Discussão sobre a existência do dever de indenizar. Causa de pedir e pedido fundados na deficiência ou falta do serviço público e nos art. 37, § 6º, CF. Aplicação do art. 3º, I.7, 'b', da Resolução nº. 623/2013. Precedente do Colegiado. Competência das Câmaras de Direito Público." (CC 0004041-44, j. 6-7-2022; neste seu voto, o Des. Notarangeli invoca precedente deste Órgão Especial: CC 0038936-36, Des. Geraldo Wohlers; e ainda, a título apenas ilustrativo, podem acrescentar-se outros julgados cônsonos deste mesmo Colegiado: CC 045726-02 – Des. Cristina Zucchi; CC 021188-88 – Des. Renato Sartorelli).

POSTO ISSO, meu voto sugere que se julgue procedente este conflito, reconhecendo-se a competência da Câmara suscitada, qual seja, a col. 9ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça.

É como voto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0030267-52.2023.8.26.0000, da Comarca de Amparo, em que é suscitante 8ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, é suscitada 36ª 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 PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.788)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, RICARDO DIP, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, FIGUEIREDO GONÇALVES, GOMES VARJÃO, EUVALDO CHAIB, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, DAMIÃO COGAN e EVARISTO DOS SANTOS.

São Paulo, 13 de setembro de 2023.

FRANCISCO CASCONI, Relator

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C DANOS MATERIAIS E MORAIS – PRETENSÃO DEDUZIDA EM FACE DE INSTITUIÇÃO DE ENSINO, EM DECORRÊNCIA DA NEGATIVA DE REMATRÍCULA DO AUTOR, POR FORÇA DE IRREGULARIDADE ENVOLVENDO O CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO – TEMA QUE NÃO ENVOLVE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ESCOLARES EM SI, MAS SIM DEBATE O DIREITO AO ACESSO AO ENSINO EM GERAL – MATÉRIA AFETA A UMA DAS CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO – RESOLUÇÃO Nº 623/2013 DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA, ARTIGO 3º, ITEM I.6 – COMPETÊNCIA DA C. 8ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, SUSCITANTE.

VOTO

Conflito de competência estabelecido entre as C. 8ª Câmara de Direito Público e 36ª Câmara de Direito Privado, L ambas deste E. Tribunal, para enfrentamento da apelação interposta em face de r. sentença proferida nos autos de ação de obrigação de fazer c/c indenização proposta por Daniel Basan em face de Associação Unificada Paulista de Ensino Renovado Objetivo Assupero.

Distribuído originalmente o apelo à C. 36ª Câmara de Direito Privado, o v. acórdão de fls. 2/6, relatado pelo eminente relator Desembargador Arantes Theodoro, não conheceu do recurso, determinando livre redistribuição a uma das Câmaras da Seção de Direito Público, invocando o disposto no artigo 3º, item I.6, da Resolução TJSP nº 623/2013.

Acesso ao Sumário

Redistribuídos os autos, a C. 8ª Câmara de Direito Público, sob relatoria do eminente Desembargador Antonio Celso Faria, declinou da competência e suscitou o presente conflito, consoante v. acórdão a fls. 10/15, argumentando que o tema não envolve questão geral de ensino, mas obrigação irradiada de contrato de prestação de serviço educacional, de natureza privada, invocando o artigo 5º, § 1º, da Resolução nº 623/2013 do TJ/SP.

É o Relatório.

Desnecessário na hipótese remessa dos autos à douta Procuradoria-Geral de Justiça, à luz do parágrafo único do artigo 951 do Código de Processo Civil, não se vislumbrando prejuízo às partes ou ao processo, em prestígio à celeridade. Registra-se também ausência de intervenção ministerial no feito originário.

Ciente da premissa de que a competência recursal é delineada pelos termos do pedido inicial, à luz do art. 103 do RITJ/SP, ao que se colhe no exame dos autos originários (processo nº 1000852-72.2022.8.26.0022) questão de fundo abrange pleito de obrigação de fazer deduzido pelo autor, objetivando compelir a ré a promover sua rematrícula no último semestre do curso de Técnico em Logística, iniciado em 2018, mas que fora interrompida ao argumento de que não teria o aluno apresentado regular certificado de conclusão do ensino médio. Buscou, subsidiariamente, a restituição das parcelas pagas, postulando ainda reparação do dano moral.

Realmente, sopesados os argumentos do v. acórdão prolatado a fls. 10/15, tenho que a competência recursal pertence à Seção de Direito Público desta Corte, não se enfrentando no caso em exame, ***in ictu oculi***, tema decorrente da prestação dos serviços educacionais em si. A questão, a meu ver, envolve primordialmente o direito à regular matrícula no curso em questão, e preenchimento dos necessários requisitos a tanto, envolvendo, pois, tema relacionado ao *"ensino em geral"*, consoante prevê o item I.6 do artigo 3º da Resolução TJ/SP nº 623/2013, pouco importando deduzidos pleitos indenizatórios fundados no direito privado.

Com efeito, embora a relação jurídica firmada seja tipicamente de direito privado, consistente na prestação de serviços escolares, ponto fulcral da controvérsia reside justamente no acesso ao ensino, envolvendo alegado direito à rematrícula, tanto que a r. sentença (fls. 170/177 dos autos originários) menciona a exigência legal de conclusão do ensino médio para acesso ao ensino superior (cf. artigo 44, inciso I, da Lei nº 9.394/1996).

Portanto, tem-se que a competência é regida pelo disposto no artigo 3º, item I.6[1], da Resolução nº 623/2013 desta C. Corte, razão pela qual o C. Órgão Especial tem assim decidido em casos análogos:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação de obrigação de

Acesso ao Sumário

1 *"I.6 – ações relativas a ensino geral, ressalvado o disposto no § 1º do artigo 5º desta Resolução"*

fazer – Negativa de matrícula de menor em curso de ensino superior (medicina) sob o fundamento de não ter concluído o ensino médio – Competência das Câmaras de Direito Público – Questionamento a abarcar tema relativo a ensino em geral – Incidência do artigo 3º, inciso I, I.6, do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal – Incompetência absoluta da Câmara Especial para julgamento do apelo – Não aplicação do art. 33, parágrafo único, IV, do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal ou mesmo de quaisquer das hipóteses previstas nos arts. 148, 98 ou 208, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente – Situação de risco não configurada – Precedentes deste Col. Órgão Especial – Conflito acolhido – PROCEDÊNCIA para reconhecer a competência da Colenda 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça/SP, ora suscitada, para conhecer e julgar do apelo interposto."

(TJSP; Conflito de competência cível 0004023-86.2023.8.26.0000; Relator: Elcio Trujillo; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de Marília – Vara da Infância e Juventude; Data do Julgamento: 19/04/2023; Data de Registro: 20/04/2023)

"Conflito negativo de competência. Assis. Ação de obrigação de fazer com pedido de antecipação de tutela de urgência. Pretensão de efetuar rematrícula para o curso de Fisioterapia independentemente da apresentação do certificado de conclusão do ensino médio, cuja validade se discute em mandado de segurança correlato. Tema relativo ao 'ensino em geral', que não envolve as obrigações decorrentes do contrato de prestação de serviços escolares celebrado entre as partes. Objeto preponderante da ação que se insere na competência da Seção de Direito Público desta Corte. Inteligência do art. 3º, I, item I.6, da Resolução n. 623/2013, deste Tribunal de Justiça. Conflito procedente. Competência da 5ª Câmara de Direito Público."

(TJSP; Conflito de competência cível 0035394-44.2018.8.26.0000; Relator: Antonio Celso Aguilar Cortez; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de Assis – 3ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 19/09/2018; Data de Registro: 20/09/2018)

Registro, por fim, que o precedente do C. Órgão Especial citado no v. acórdão suscitante, ***rogata maxima venia***, parece não se amoldar com exatidão à hipótese dos autos, pois ali, de fato, a recusa na rematrícula se arvorou em "pendências supostamente não acobertadas pelo financiamento estudantil", como se afere na própria ementa do julgado transcrito.

Ante o exposto, julgo procedente o conflito para firmar a competência da C. 8ª Câmara de Direito Público, suscitante.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0029556-47.2023.8.26.0000, da Comarca de Ferraz de Vasconcelos, em que é suscitante 36ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada CÂMARA ESPECIAL 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 36ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. GUILHERME G. STRENGER E XAVIER DE AQUINO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 54.400)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), AROLDO VIOTTI, RICARDO DIP, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, MELO BUENO, EUVALDO CHAIB, FERNANDO TORRES GARCIA, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM e FÁBIO GOUVÊA.

São Paulo, 20 de setembro de 2023.

MATHEUS FONTES, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – AJUIZAMENTO POR MENOR IMPÚBERE, PORTADOR DE TRANSTORNO DE ESPECTRO AUTISTA INFANTIL, EM FACE DE ESCOLA PRIVADA DE ENSINO, DA QUAL É ALUNO, PARA DELA OBTER PROFESSOR AUXILIAR, PROGRAMA DE EDUCAÇÃO INDIVIDUAL E MATERIAL DIDÁTICO ADAPTADO A FIM DE SUPERAR DIFICULDADES DE APRENDIZAGEM DECORRENTES DO AUTISMO, ALÉM DE INDENIZAÇÃO POR FALHA NO CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO CONTRATUAL – OBRIGAÇÃO ORIUNDA DE CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS – COMPETÊNCIA COMUM DA

Acesso ao Sumário

SEGUNDA E TERCEIRA SUBSEÇÕES DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO, COMPOSTAS PELA 11ª À 38ª CÂMARAS – RESOLUÇÃO Nº 623/2013, ARTIGO 5º, § 1º, DO ÓRGÃO ESPECIAL – CONFLITO PROCEDENTE – COMPETÊNCIA DA 36ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, SUSCITANTE.

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado pela 36ª Câmara de Direito Privado para apreciar recurso de agravo de instrumento interposto da decisão do juiz da 3ª Vara do Foro de Ferraz de Vasconcelos, que, em ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por dano moral, deferiu tutela antecipada para que a ré, instituição de ensino, forneça ao autor, seu aluno, professor auxiliar para atendê-lo durante as aulas, plano de desenvolvimento individual e material de ensino adaptado, tudo em razão de sua condição de pessoa portadora de deficiência.

Para a suscitante, a competência para apreciar o recurso é da Câmara Especial, pois o tema nele tratado diz respeito a direito de criança portadora de deficiência a atendimento educacional especializado, nos termos da Lei nº 12.764/2012 e do artigo 208, inciso II, da Lei nº 8.069/1990, matéria esta de infância e juventude, o que atrai a incidência do disposto no artigo 33, parágrafo único, inciso IV, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Para a suscitada, a matéria não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas nos artigos 98, 148 e 208 do Estatuto da Criança e do Adolescente, nem diz respeito à oferta irregular ou recusa de oferta de ensino especializado pelo Poder Público, o que afasta aplicação ao caso do artigo 33, parágrafo único, inciso IV, do Regimento Interno desta Corte. Na realidade, na ação discute a forma como deve ser prestado serviço educacional contratado entre particulares, matéria regida pelo direito privado, de modo que a competência para julgamento do recurso é de uma das Câmaras das Subseções II e III da Seção de Direito Privado, nos termos do artigo 5º, § 1º, da Resolução nº 623/2013 do Órgão Especial.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela competência recursal da Câmara Especial (fls. 102/105).

É o Relatório.

O conflito é procedente, porque há divergência entre órgãos do tribunal para julgamento do recurso.

De acordo com a petição inicial, que fixa a competência em grau de recurso (Regimento Interno, artigo 103), o autor, menor impúbere, sofre de transtorno de espectro autista infantil, está matriculado em escola privada para cursar

Acesso ao Sumário

o 2º ano do ensino fundamental e, para superar dificuldades de aprendizagem decorrente da deficiência de que é portador, requereu à instituição educacional que lhe fornecesse professor auxiliar para acompanhá-lo durante as aulas, programa de educação individual e material didático adaptado ao autista. Porém, o requerimento foi negado e o autor teria sido ainda convidado, de forma velada, a sair da escola.

Daí o ajuizamento da ação a fim de tentar obter o que pleiteou administrativamente junto à instituição de ensino, além de indenização por dano moral em razão do descumprimento de direitos do portador de deficiência, bem como pelo convite para se retirar da escola.

Embora na inicial o autor invoque, dentre outros, dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, a relação que aqui se discute é de direito privado, não guardando respeito a ato do Poder Público, na medida em que se trata de obrigação de fazer oriunda de contrato de prestação de serviços escolares celebrado entre particulares, pessoa física e pessoa jurídica de direito privado, além de indenização por falha no cumprimento de obrigação contratual.

De acordo com o disposto no § 1º do artigo 5º da Resolução nº 623/2013 do Órgão Especial, serão da competência preferencial e comum da Segunda e Terceira Subseções da Seção de Direito Privado, compostas pelas 11ª a 38ª Câmaras, as ações relativas a locação ou prestação de serviços regidas pelo Direito Privado, inclusive as que envolvam obrigações irradiadas de contratos de prestação de serviços escolares e de fornecimento de água, gás, energia elétrica e telefonia.

Nesse sentido, aliás, já decidiu o Órgão Especial em conflito de competência instaurado entre a Câmara Especial e a 16ª Câmara de Direito Privado, num caso parecido envolvendo contrato de prestação de serviços escolares entre menor de idade e instituição privada de ensino, a saber:

"Conflito de competência. Agravo de instrumento extraído dos autos de ação de obrigação de fazer, visando compelir o colégio requerido a disponibilizar ao autor (menor de idade) professor auxiliar individual por apresentar transtorno específico de aprendizagem e transtorno do processamento sensorial. Matéria que não trata do direito do Estado à educação especializada, mas sim, da prestação de serviços escolares por instituição da rede privada de ensino. Questão afeta à competência da Seção de Direito Privado (Subseções 2 e 3). Art. 5º, § 1º, da Resolução nº 623/13 desta E. Corte de Justiça. Conflito procedente, reconhecida a competência da 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo" (Conflito de Competência Cível nº 0032072-11.2021.8.26.0000, Relatora Desembargadora Cristina Zucchi, julgado em 15 de dezembro de 2021).

Do voto proferido na ocasião pela eminente Desembargadora Cristina

Acesso ao Sumário

Zucchi colho o seguinte trecho, por guardar relação com o presente caso:

"Não obstante o fundamento da inicial estar ligado à questão inserida no Estatuto da Criança e do Adolescente, o cerne da demanda decorre do cumprimento do contrato de prestação de serviços educacionais firmado entre particulares, para o fim de prover o direito a atendimento educacional especializado – disponibilização de profissional de apoio, adaptações curriculares e físicas, bem como indenização pela falha na prestação dos serviços educacionais particulares".

Ademais, casos semelhantes ao da ação originária já foram apreciados, em grau de recurso, pela 15ª, 24ª, 30ª e pela própria 36ª Câmara de Direito Privado, como se vê pelas ementas dos acórdãos a seguir transcritas:

"Obrigação de fazer. Prestação de serviços educacionais. Menor portador de transtorno do espectro autista. Pretensão consistente na disponibilização de professor auxiliar durante a realização das atividades escolares. Possibilidade. Princípio da proteção integral à criança e ao adolescente (art. 1º da Lei 8.069/90, arts. 205, 206, inciso I, 208, incisos III e VII, e 227, II, da Constituição Federal, arts. 4º, 53, inciso I, 54, inciso III, e 208, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente, arts. 4º, III, e 59, I e III, da Lei nº 9.394/96 e art. 3º, XIII, da Lei nº 13.146/2015), que impõe ao Estado o dever de assegurar o efetivo exercício dos direitos das crianças e adolescentes, dentre os quais, a garantia do atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência. Dever extensível à instituição privada de ensino ré, em razão da atividade de interesse coletivo que desempenha, fomentada pelo Estado. Possibilidade de que o atendimento pedagógico não se dê de forma exclusiva ao menor, por profissional sem formação específica. Sentença mantida. Recurso desprovido" (Apelação Cível nº 1026014-61.2019.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, 15ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Vicentini Barroso, julgada em 18 de fevereiro de 2022);

"Apelação. Prestação de serviços educacionais. Ação de obrigação de fazer. Autor portador de Transtorno do Espectro Autista (TEA). Pedido para que a escola particular disponibilize professor especializado e exclusivo para o aluno. Sentença de procedência. Inconformismo. Cabimento. Caso concreto. Ré que oferece monitoria em sala de aula por meio de estagiária de pedagogia, o qual o acompanha constantemente para auxílio nas atividades, além de professora na área de atendimento educacional especializado (AEE). Falha na prestação dos serviços. Não verificação. Ausência de obrigação da instituição de ensino de disponibilizar profissional especializado e exclusivo. Serviços disponibilizados de acordo com a lei de regência – Artigo 3º, XIII e artigo 28, XI e parágrafo 1º, ambos da Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Sentença reformada para declarar a improcedência da ação. Recurso provido" (Apelação Cível nº 1002747-63.2018.8.26.0360, da Comarca de Mococa, 24ª Câmara de

Acesso ao Sumário

Direito Privado, Relator Desembargador Rodolfo Pellizzari, julgada em 02 de junho de 2023)";

"Prestação de serviços. Ensino fundamental. Menor com Transtorno de Espectro Autista. Direito a acompanhamento terapêutico especializado, com adoção de métodos pedagógicos apropriados, no horário escolar. Abordagem condenatória. Juízo de parcial procedência. Apelo da ré. Desprovimento" (Apelação Cível nº 1015650-53.2018.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, 30ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Carlos Russo, julgada em 05 de fevereiro de 2020);

"Prestação de serviço educacional. Criança portadora do Transtorno do Espectro Autista. Propositura destinada a obrigar instituição privada de ensino a disponibilizar profissional para acompanhar o autor durante o período escolar. Interesse processual em concreto configurado. Instituição que estava obrigada a designar acompanhante em período integral, mas não em regime de atendimento individual exclusivo ao autor. Precedentes. Apelação provida" (Apelação Cível nº 1000667-35.2023.8.26.0269, da Comarca de Itapetininga, 36ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Arantes Theodoro, julgada em 31 de agosto de 2023).

Pelo exposto, julgo procedente o conflito para declarar a suscitante, 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, competente para o julgamento do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0034255-81.2023.8.26.0000, da Comarca de Mairiporã, em que é suscitante 4ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, é suscitada 25ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 25ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 55.216)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, AROLDO VIOTTI, RICARDO DIP, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NO-

TARANGELI, JARBAS GOMES, MÁRCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, GOMES VARJÃO e SOUZA NERY.

São Paulo, 27 de setembro de 2023.

MELO BUENO, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAL E MORAL – Conflito entre a c. 4ª Câmara de Direito Público e a c. 25ª Câmara de Direito Privado – Ação de obrigação de fazer consistente na remoção de poste de energia elétrica localizado na propriedade da autora – Pedido inicial que versa sobre relação jurídica de Direito Privado, decorrente do contrato de prestação de serviço de fornecimento de energia elétrica, sem repercussão no âmbito do Direito Público – Competência comum das Subseções de Direito Privado II e III – Artigo 5º, § 1º, da Resolução 623/2013 – Conflito de competência procedente – Competente a 25ª Câmara (suscitada).

VOTO

Cuida-se de conflito de competência instaurado entre as 4ª Câmaras de Direito Público e a 25ª Câmara de Direito Privado, desta c. Corte, em recurso de apelação, extraído dos autos da *'ação de obrigação de fazer c/c cobrança de indenização material e danos morais'*, fundada em prestação de serviços de fornecimento de energia elétrica.

Inicialmente o recurso de apelação foi distribuído, por prevenção (fls. 195), à C. 25ª Câmara de Direito Privado, sob relatoria da i. Des. Cármen Lúcia da Silva, que não conheceu do recurso, determinando sua redistribuição à uma das C. Câmaras da Seção de Direito Público, competentes para julgar ações de responsabilidade civil do Estado e de concessionárias de serviço público, com fundamento no artigo 3º, I.7, "b", da Resolução nº 623/2013.

A C. 4ª Câmara de Direito Público, sob relatoria do i. Des. Paulo Barcellos Gatti, por sua vez, suscitou o presente conflito, por entender se tratar de matéria cujos efeitos são irradiados a partir de contrato de prestação de serviço, envolvendo o fornecimento de energia elétrica, estritamente submetido ao regime de direito privado, nos termos do artigo 5º, § 1º, da Resolução nº 623/2013.

Acesso ao Sumário

É o relatório

Com efeito, é certo que a competência recursal, de acordo com o art. 103, do Regimento Interno desta c. Corte, **"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, pelo que se verifica da petição inicial da ação, onde extraído o recurso de apelação pendente de julgamento, pretende a autora compelir a concessionária ré a remover, sem custos, um poste de energia elétrica localizado dentro de sua propriedade, um terreno adquirido em 10/02/2021 com área de 460 m², situado à Rua das Orquídeas, Jardim São Gonçalo, Mairiporã/SP, sob o argumento de prejuízo ao exercício do direito de propriedade, eis que o poste e os fios de eletricidade impedem o prosseguimento das obras de construção de sua casa, além de causar receio e risco às pessoas que trabalham no local.

Assim, a pretensão decorre de relação de prestação de serviços de fornecimento de energia elétrica, cuja competência é preferencial e comum às Subseções de Direito Privado II e III, nos termos da Resolução 623/2013, artigo 5º, § 1º, que expressamente dispõe: **"Serão da competência preferencial e comum às Subseções Segunda e Terceira, compostas pelas 11ª à 38ª Câmaras, as ações e execuções 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"**.

Diante disso, competente a C. 25ª Câmara de Direito Privado, para qual foram os autos distribuídos de início, inexistindo qualquer discussão referente à concessão de serviço público, que justifique o conhecimento da presente ação pelo Direito Público, conforme precedentes deste C. Órgão Especial, citados, inclusive, pela C. Câmara suscitante, confiram-se:

> **"Conflito de competência – Ação que busca a remoção de poste instalado em frente ao portão da residência do autor que prejudica o direito de propriedade – Obrigação irradiada de contrato de prestação de serviços de energia elétrica – Ausência de debate sobre responsabilidade extracontratual de concessionárias e permissionárias de serviço público, que diga respeito à prestação de serviço público – Inteligência do artigo 103 do Regimento Interno do E. Tribunal de Justiça de São Paulo – Competência fixada pela causa de pedir da demanda – Incidência do disposto no artigo 5º, § 1º, da Resolução n. 623/2013 deste Tribunal – Competência recursal das Segunda e Terceira Subseções de Direito Privado – Precedentes deste C. Órgão Especial – Conflito de competência julgado procedente – Competência da suscitada 27ª Câmara de Direito Privado."[1]**

1 CC 0029843-44.2022.8.26.0000, Rel.(a) Des.(a) MÁRCIA DALLA DÉA BARONE , j. em

Acesso ao Sumário

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Ação ordinária de obrigação de fazer, consistente na remoção de poste de sustentação da rede de energia elétrica que se encontra demasiadamente próximo da fachada do imóvel do consumidor, causando transtornos e insegurança aos moradores – Competência recursal que se orienta pelo pedido principal (artigos 103 e 104 do RITJ) – Causa que não envolve responsabilidade civil extracontratual a eventuais transeuntes no local, mas obrigação irradiada do próprio contrato de prestação de serviços celebrado com o consumidor – Inaplicabilidade da hipótese inserta na alínea 'b' do item 1.7 do artigo 3º da Resolução 623/2013 – Competência afeta à Seção de Direito Privado, na forma do artigo 5º, § 1º, da citada Resolução – Precedentes deste Órgão Especial – Conflito acolhido, fixada a competência da 27ª Câmara de Direito Privado, suscitada."[2]

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Apelação interposta contra sentença que julgou improcedente ação de obrigação c.c. indenização. Cuida a hipótese de ação de obrigação c.c. indenização ajuizada por Gatti's Hotel Ltda em face de Elektro Eletricidade e Serviços S.A. para retirada de postes de energia elétrica instalados sem autorização dentro da sua propriedade, além do pagamento de indenização por danos materiais e morais. O pedido de remoção dos postes de energia elétrica instalados na propriedade da autora decorre do contrato de prestação de fornecimento de energia elétrica, sem repercussão no âmbito do Direito Público. Incide no caso, portanto, o disposto no artigo 5º, § 1º da Resolução 623/2013, que dispõe ser da Segunda e da Terceira Subseções de Direito Privado a competência para o julgamento de ações regidas pelo Direito Privado que envolvam obrigações irradiadas de contratos de fornecimento de energia elétrica. Precedentes deste Órgão Especial em hipóteses análogas. Conflito procedente, determinada a remessa dos autos à 25ª Câmara de Direito Privado."[3]

"Conflito de competência – Remoção de poste de energia elétrica – Julgamento afeto às Câmaras das Segunda e Terceira Subseções de Direito Privado – Incidência do parágrafo 1º do artigo 5º da Resolução nº 623/2013 – Matéria afeta ao direito privado em razão da natureza da obrigação, ainda que a ré seja concessionária de serviço público – Conflito procedente, determinando-se a competência da C. Câmara suscitada."[4]

Acesso ao Sumário

09/11/2022.

2 CC 0029705-77.2022.8.26.0000, Rel. Des. JACOB VALENTE, j. em 05/10/2022.

3 CC 0008753-77.2022.8.26.0000, Rel. Des. JAMES SIANO, j. em 20/04/2022.

4 CC 0037524-02.2021.8.26.0000, Rel. Des. ADEMIR BENEDITO, j. em 24/11/2021.

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Ação de obrigação de fazer ajuizada contra a Elektro Rede S/A, visando deslocamento de poste que prejudica o exercício do direito de propriedade da autora, demanda cumulada com pedido de indenização por dano moral. Competência da Seção de Direito Privado, nos termos do art. 5º, § 1º, da Resolução nº 623/13. Precedentes deste col. Órgão Especial. Não se litiga por conta da concessão do serviço de energia elétrica. O pedido diz respeito à remoção de poste de energia elétrica que impede utilização sem riscos da garagem da moradia. Obrigação típica de Direito Privado, decorrente de contrato de prestação de serviços de energia elétrica, sem qualquer repercussão no campo do Direito Público. Conflito procedente e competência da Seção de D. Privado."[5]

Ante o exposto, **julgo procedente** o presente conflito para reconhecer e declarar a competência da C. 25ª Câmara de Direito Privado (suscitada).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0028786-54.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 10ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, é suscitada 27ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 27ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 53.775)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, RICARDO DIP, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MÁRCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, PAULO ALCIDES, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS e FRANCISCO CASCONI.

São Paulo, 4 de outubro de 2023.

ADEMIR BENEDITO, Relator

Acesso ao Sumário

5 CC 0022352-20.2021.8.26.0000, Rel. Des. CONSTABILE E SOLIMENE, j. em 11/08/2021.

Ementa: Conflito de competência – Execução de honorários advocatícios sucumbenciais – Pagamento determinado através de RPV – Fator que não desloca de forma automática a competência para a Seção de Direito Público – Crédito originado por ocasião do julgamento proferido em ação de indenização por acidente de trânsito – Prevenção da suscitada verificada – Art. 5º, item III.15, da Resolução 623/2013 – Conflito procedente, fixando-se a competência da C. 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça.

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pela C. 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em face da C. 27ª Câmara de Direito Privado do mesmo E. Sodalício para processar e julgar agravo de instrumento tirado nos autos de embargos à execução de verba honorária sucumbencial.

Os autos foram distribuídos originariamente, por prevenção, à C. 27ª Câmara de Direito Privado (fls. 19), que não conheceu do recurso e declinou da competência, determinando a redistribuição dos autos à uma das Câmaras integrantes da Seção de Direito Público (artigo 3º da Resolução nº 623/2013, com a redação dada pela Resolução nº 648/2014 deste C. Órgão Especial – fls. 33/40).

Distribuídos os autos à C. 10ª Câmara de Direito Público (fls. 43), essa suscitou o presente conflito alegando que o crédito se originou em ação de indenização fundada em acidente de trânsito, ora em fase de cumprimento do julgado, e que a determinação de pagamento da verba honorária mediante Requisição de Pequeno Valor (RPV) não afasta a prevenção da suscitada, que afirma já caracterizada nos termos do art. 5º, III.15 da Resolução nº 623/2013 do TJSP (fls. 44/48).

Parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça entendendo pela ausência de interesse público na demanda (fls. 56/59).

É o relatório.

Respeitado entendimento diverso, a competência para processar e julgar o recurso de apelação é da C. Câmara suscitada.

A ação em comento versa sobre embargos à execução de verba honorária sucumbencial originada no julgamento de ação de indenização fundada em acidente de trânsito, ora em fase de cumprimento de julgado.

Foi determinado o pagamento do referido crédito através de RPV (Requisição de Pequeno Valor), no prazo de 30 dias, contra o ente público municipal (fls. 17).

Acesso ao Sumário

Sendo o objeto dos embargos do devedor o crédito de honorários sucumbenciais originada em ação de reparação de danos causados em acidente de veículo, de acordo com o que dispõe a Resolução TJSP nº 623/2013, em seu artigo 5º, item III, subitem III.15, seu julgamento está afeto às Câmaras da 3ª Subseção de Direito Privado, ainda que envolva a responsabilidade civil de ente público:

"Art. 5º. A Seção de Direito Privado, formada por 19 (dezenove) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, em ordem sucessiva, é constituída por 38 (trinta e oito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, e subdividida em 3 (três) Subseções, assim distribuídas:

III – Terceira Subseção, composta pelas 25ª a 36ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:

(...)

III.15 – Ações de reparação de dano causado em acidente de veículo, ainda que envolvam a responsabilidade civil do Estado, concessionárias e permissionárias de serviços de transporte, bem como as que digam respeito ao respectivo seguro, obrigatório ou facultativo, além da que cuida o parágrafo primeiro, excetuadas as ações que envolvam deficiência ou falta do serviço público. (Redação dada pela Resolução nº 835/2020)"

Assim o é porquanto o pedido e a causa de pedir envolvem questão decorrente do ilícito ocasionado por acidente de veículo; o fato de a Municipalidade de Poços de Caldas integrar o polo passivo ensejando o pagamento do crédito de honorários através de RPV não desloca automaticamente a competência para a Seção de Direito Público, de tal sorte que a competência recursal é da Seção de Direito Privado.

Tal entendimento está em consonância com a jurisprudência deste C. Tribunal de Justiça em casos semelhantes:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – ACIDENTE DE TRÂNSITO – EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA – INCIDÊNCIA DE JUROS MORATÓRIOS NO PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE A LIQUIDAÇÃO DO VALOR DEVIDO E A EXPEDIÇÃO DO OFÍCIO REQUISITÓRIO – DESCABIMENTO – MATÉRIA JULGADA PELO STJ EM RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC – INCIDÊNCIA DE CORREÇÃO MONETÁRIA ATÉ A QUITAÇÃO DO PRECATÓRIO – POSSIBILIDADE – OBSERVÂNCIA DOS PARÂMETROS FIXADOS NA LEI N.º 11.960/2009 E NA EC 62/2009, CUJA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI Nº 4357 E 4425) NÃO PRODUZIRÁ EFEITOS ATÉ A RESPECTIVA MODULAÇÃO DE EFEITOS. Recurso provido em parte. (Agravo de Instrumento nº 2025384-77.2013.8.26.0000 – Classe/Assunto: / Acidente de Trânsito – Relator: Edgard Rosa – Comarca: Ourinhos – Órgão julgador: 25ª Câmara de Direito Privado – Data do julgamento: 10/04/2014 – Data de publicação: 11/04/2014)

Acesso ao Sumário

Agravo de Instrumento. Ação de reparação de danos. Cumprimento de sentença. Decisão que, em fase de cumprimento de sentença, nos autos do incidente de requisição de pequeno valor, após o pagamento pela ré do total requisitado, indeferiu o pedido de retenção nos autos de seu crédito relativo aos honorários sucumbenciais arbitrados em embargos à execução. Possibilidade de retenção dos valores relativos ao crédito da ré, até o julgamento final do agravo de instrumento contra a decisão que revogou os benefícios da gratuidade anteriormente concedidos ao autor. Decisão reformada. Agravo provido. (Agravo de Instrumento nº 3001249-66.2022.8.26.0000 – Classe/Assunto: / Acidente de Trânsito – Relator: Morais Pucci – Comarca: Araraquara – Órgão julgador: 35ª Câmara de Direito Privado – Data do julgamento: 29/04/2022 – Data de publicação: 29/04/2022)

E, no caso, o agravo de instrumento que deu origem ao presente conflito de competência já foi distribuído à C. 27ª Câmara de Direito Privado em vista de ter se verificado o anterior julgamento proclamado por esse órgão jurisdicional nos autos do processo nº 0207233-75.2011.8.26.0100 (fls. 19), que está, portanto, prevento para o conhecimento do recurso.

Diante do exposto, julga-se procedente o conflito de competência, fixando a competência da C. 27ª Câmara de Direito Privado do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (suscitada) para o prosseguimento do feito.

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 2012121-26.2023.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante PREFEITO DO MUNICÍPIO DE LAGOINHA e interessado PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE LAGOINHA, 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 51.286)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), LUIZ ANTONIO DE GODOY, FIGUEIREDO GONÇALVES, PAULO ALCIDES, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, EVARISTO DOS SANTOS,

Acesso ao Sumário

VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, RICARDO DIP, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, TASSO DUARTE DE MELO e SILVIA ROCHA.

São Paulo, 18 de outubro de 2023.

NUEVO CAMPOS, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO – 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.

VOTO

Vistos.

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 1.108, de 14 de dezembro de 2021, do Município de Lagoinha/SP, que alterou zoneamento de área rural, definindo o Bairro do Mandutinho como Zona Mista, de interesse econômico, cultural, artístico, recreativo e turístico.

Sustentou, a propósito, violação ao disposto nos arts. 180, I e V, e 181, § 1º, ambos da Constituição Estadual.

Sustentou, também, violação ao princípio do planejamento prévio e da segurança jurídica; bem como a inobservância da garantia do bem-estar e das normas de qualidade de vida.

Em julgamento realizado em 26/07/2023, este Colendo Órgão Especial, por votação unânime, julgou a ação procedente, nos termos do voto do E. Des. Relator James Siano, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 1.108, de 14 de dezembro de 2021, do Município de Lagoinha/SP (fls. 202/208).

Foram opostos embargos de declaração pelo Prefeito do Município de Lagoinha para suprir omissão e contradição (fls. 1/4).

Pretende, em suma, a reapreciação do mérito da ação, alegando, em suma, que foram realizadas audiências públicas e estudos técnicos no processo de elaboração do projeto de Lei.

Acesso ao Sumário

É, em síntese, o relatório.

Os presentes embargos de declaração, de caráter nitidamente infringente, não comportam acolhimento.

Não há omissão ou contradição a suprir.

Quanto ao ora aduzido, verifica-se que o V. Acórdão expressamente consignou que:

"*No caso, apesar de ter sido realizada audiência pública para ouvir a população local em relação à alteração do zoneamento de área rural, não consta que tenha havido prévio planejamento com a finalidade de analisar os possíveis impactos decorrentes da alteração.*

Nesse quadro, vislumbra-se na hipótese a existência de vício de constitucionalidade em razão da ausência de planejamento prévio para a transformação de zoneamento de área rural, definindo o Bairro do Mandutinho como Zona Mista, de interesse econômico, cultural, artístico, recreativo e turístico".

Ademais, também restou analisado que:

"*Nas informações prestadas pela Câmara Municipal não restou demonstrado que tenha havido prévio planejamento técnico para a alteração de zona que antes era classificada como rural. Também não houve impugnação quanto à alegação posta na inicial no sentido de que a alteração do zoneamento de área rural visou unicamente elevar o limite de emissão sonora para permitir a realização de eventos festivos a fim de adequar-se às normas de controle de poluição ambiental*".

Como se vê, não se vislumbra a ocorrência de omissão ou contradição a ser suprida.

Assim, pretende o embargante, por via inadequada, a reapreciação do feito, do que decorre o caráter infringente dos embargos, sem que se faça presente a excepcional hipótese de concessão de efeitos modificativos.

Por derradeiro, mesmo para fins de prequestionamento, o acolhimento dos embargos de declaração está subordinado ao atendimento dos pressupostos legais de admissibilidade, o que não ocorre no caso em tela.

Face ao exposto, meu voto rejeita os presentes embargos de declaração.

Acesso ao Sumário

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Cível nº

0028018-31.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante/paciente LUCIENE DE MELO RAIMUNDO, são impetrados PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO e SECRETÁRIO DA EDUCAÇÃO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM EXTINTO O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.467)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, RICARDO DIP, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, GUILHERME G. STRENGER e FERNANDO TORRES GARCIA.

São Paulo, 30 de agosto de 2023.

XAVIER DE AQUINO, Relator

Ementa: HABEAS CORPUS. Impetração em face de restrições advindas do Decreto nº 60.442/2021, do Município de São Paulo, que aplica sanções a servidores públicos municipais que não se submeterem à vacinação contra a COVID-19. Impetração contra lei em tese. Norma de caráter genérico e abstrato. Inadequação da via eleita. Precedentes.

***Habeas corpus* extinto, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil.**

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado por LUCIENE DE MELO RAIMUNDO, em causa própria, contra ato do PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO e do SECRETÁRIO DA EDUCAÇÃO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, em razão de violação de seu direito de ir e vir, emanada do Decreto Municipal nº 60.442/2021, que *"Dispõe sobre o dever de vacinação contra COVID-19 dos servidores e empregados públicos da Administração Direta, Autarquias e Fundações."*, prevendo, no § único do artigo 1º que *"A recusa, sem justa causa, em submeter-se à vacinação contra a COVID-19 caracteriza falta disciplinar do servidor ou do empregado público, passível das sanções*

dispostas, respectivamente, na Lei nº 8.989, de 29 de outubro de 1979 e Decreto -Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943", argumentando, em síntese, que as vacinas atualmente existentes se encontram em fase de estudos e aprimoramentos, que impediriam a sua obrigatoriedade à população, inexistindo atualmente no país qualquer situação de exceção que justifique tal imposição (fls. 01/28).

Liminar indeferida (fls. 35/36).

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça pelo acolhimento da preliminar de não conhecimento do *writ* e, no mérito, pela denegação da segurança (fls. 41/50).

É o relatório.

De rigor o não conhecimento do *habeas corpus*, ante a inadequação da via eleita.

Estabelece o Decreto nº 60.442, de 06 de agosto de 2021, do Município de São Paulo, que *"Dispõe sobre o dever de vacinação contra COVID-19 dos servidores e empregados públicos da Administração Direta, Autarquias e Fundações"*, *verbis*:

"DECRETO Nº 60.442, DE 6 DE AGOSTO DE 2021

(...)

RICARDO NUNES, Prefeito do Município de São Paulo, no uso das atribuições que lhe são conferidas por lei,

CONSIDERANDO que o artigo 3º da Lei Federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, permanece em vigor por força da decisão cautelar proferida na ADI 6.625, do Distrito Federal, pelo E. Supremo Tribunal Federal, e que o inciso III, alínea "d", da mencionada lei preconiza que para o enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, a determinação de realização compulsória de vacinação e outras medidas profiláticas;

CONSIDERANDO que os direitos à vida e à saúde contemplados nos artigos 5º, 6º e 196 da Constituição Federal devem prevalecer em relação à liberdade de consciência e de convicção filosófica individual;

CONSIDERANDO, por fim, que os servidores e empregados devem proceder, pública e particularmente, de forma a dignificar a função pública,

D E C R E T A

Art. 1º Os servidores e empregados públicos municipais da Administração Direta, Autarquias e Fundações inseridos no grupo elegível para imunização contra a COVID-19, nos termos definidos pela Secretaria Municipal da Saúde, deverão submeter-se à vacinação.

Parágrafo único. A recusa, sem justa causa, em submeter-se à vacinação contra a COVID-19 caracteriza falta disciplinar do servidor ou do empregado público, passível das sanções dispostas, respectivamente,

Acesso ao Sumário

na Lei nº 8.989, de 29 de outubro de 1979 e Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

Art. 2º Caberá à Controladoria Geral do Município levantar os servidores e empregados públicos que, sem justa causa, não se vacinaram, adotando as providências legais e regulamentares pertinentes.

Parágrafo único. A Controladoria Geral do Município poderá expedir normas complementares para execução das disposições deste decreto.

Art. 3º Os preceitos preconizados neste decreto deverão ser observados pelos titulares dos demais entes da Administração Indireta, cabendo ainda aos titulares dos órgãos e entes da Administração Municipal garantir que tais princípios sejam também observados pelos prestadores de serviços e parceiros.

Art. 4º Este decreto entrará em vigor na data de sua publicação.

PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, aos 6 de agosto de 2021, 468º da fundação de São Paulo.

RICARDO NUNES, PREFEITO

JOSÉ RICARDO ALVARENGA TRIPOLI, Secretário Municipal da Casa Civil

EUNICE APARECIDA DE JESUS PRUDENTE, Secretária Municipal de Justiça

RUBENS NAMAN RIZEK JUNIOR, Secretário de Governo Municipal

Publicado na Secretaria de Governo Municipal, em 6 de agosto de 2021."

Como pode ser facilmente constatado através da leitura do ato normativo em questão, foi instituído o dever geral de todos os servidores e empregados públicos municipais da Administração Direta, Autarquias e Fundações à vacinação contra a COVID-19, sob pena de caracterização de falta disciplinar e imposição de sanções previstas na legislação municipal.

Contudo, por tratar-se de norma de caráter nitidamente genérico e abstrato – ou seja, não é individualizado e não foi praticado pela autoridade coatora visando atingir, de maneira concreta, o direito de ir e vir da paciente –, não se afigura possível o exame de eventual ilegalidade do ato atacado através da via heroica do *Habeas Corpus*, sendo manifestamente inadequada a via eleita.

Acesso ao Sumário

Conforme entendimento uníssono do Superior Tribunal de Justiça, *litteris*:

"HABEAS CORPUS. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. CONHECIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. DECRETO N.º 874/2021, DO GOVERNO DO ESTADO DE MATO GROSSO, QUE FIXA REGRAS E DIRETRIZES PARA A ADOÇÃO DE MEDIDAS RESTRITIVAS PARA PREVENIR A DISSEMINAÇÃO DA COVID-19. ATO NORMATIVO GERAL E ABSTRATO. INVIABILIDADE DE IMPETRAÇÃO DE MANDAMUS CONTRA ATO EM TESE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PETIÇÃO INICIAL LIMINAR-

MENTE INDEFERIDA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A pretensão da parte Impetrante – que equivale, em verdade, a realizar um controle abstrato de constitucionalidade – não se mostra possível por intermédio da via processual célere eleita, o habeas corpus, remédio constitucional absolutamente inadequado para esse fim. Precedentes.

2. A ameaça de constrangimento ilegal ao jus libertatis que enseja a impetração de habeas corpus, a que se refere a garantia prevista no rol dos direitos fundamentais (art. 5º, LXVIII, da Constituição da República), há de se constituir objetivamente, de forma iminente e plausível, e não hipoteticamente, como na hipótese dos autos, em que se impugna ato normativo.

3. Pedido de reconsideração recebido como agravo regimental, ao qual se nega provimento." (PET no HC n. 655.460/MT, relatora Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, julgado em 11/5/2021, DJe de 25/5/2021).

"PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO RECEBIDO COMO AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DECRETO NORMATIVO DO GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO. COAÇÃO AO DIREITO DE IR E VIR EM DECORRÊNCIA DA PANDEMIA DA COVID-19. INDICAÇÃO DE FUTURAS E POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS DANOSAS DECORRENTES DOS EFEITOS DA NORMA LOCAL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA INJUSTA COAÇÃO. NÃO CABIMENTO DO WRIT PARA OBTER O CONTROLE EM ABSTRATO DA VALIDADE DAS LEIS E DOS ATOS NORMATIVOS EM TESE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Em face dos princípios da fungibilidade recursal e da instrumentalidade das formas, recebe-se o pedido de reconsideração como agravo regimental.

2. O recorrente alega constrangimento ilegal em face de possível abordagem do paciente pelo poder público, em razão da edição, pelo Governador do Estado de São Paulo, do Decreto 65.563, de 11 de março de 2021, que instituiu o toque de recolher, das 20h às 5h, como medida de controle da disseminação da Covid-19.

3. Cumpre ressaltar que é impróprio o manejo de habeas corpus contra ato normativo em tese, incidindo na hipótese, por analogia, o entendimento firmado na Súmula 266/STF, de que 'não cabe mandado de segurança contra lei em tese.

4. Assim, não cabe habeas corpus para obter o controle em abstrato da validade das leis e dos atos normativos em geral, no qual a defesa limita-se a indicar futuras e possíveis consequências danosas decorrentes dos efeitos do ato normativo estadual.

5. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no HC n. 657.184/SP, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 18/5/2021, DJe de 21/5/2021).

Acesso ao Sumário

No mesmo sentido, precedentes deste colendo Órgão Especial:

"HABEAS CORPUS. Impetração contra as restrições impostas pelo Decreto n. 60.488/2021, do Prefeito Municipal de São Paulo, que instituiu o denominado 'passaporte da vacina' como exigência para acesso a estabelecimentos e serviços do setor de eventos (com público superior a 500 pessoas). Carência da ação. Reconhecimento. Ato impugnado que foi editado em caráter genérico e abstrato. Impossibilidade, nesse caso, do exame de eventual ilegalidade ou inconstitucionalidade por meio de habeas corpus (HC n. 655.471, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 06/04/2021). Precedentes. Habeas Corpus extinto, por inadequação da via eleita, nos termos do artigo 485, inciso VI, do CPC."

(*Habeas Corpus* Criminal nº 2225841-47.2021.8.26.0000; Relator: Desembargador FERREIRA RODRIGUES; Data do Julgamento: 01/12/2021; Data de Registro: 17/12/2021).

HABEAS CORPUS. Impetração contra restrições impostas pelo Decreto n. 60.488/2021, editado pelo Prefeito do Município de São Paulo, que instituiu o "passaporte de vacinação" como exigência para acesso a estabelecimentos e serviços do setor de eventos, com público superior a 500 pessoas. Inadequação da via eleita para impugnar ato de caráter genérico e abstrato. Precedentes deste C. Órgão Especial. Habeas Corpus extinto, nos termos do art. 485, VI, do CPC."

(*Habeas Corpus* Criminal nº 0040264-30.2021.8.26.0000; Relator: Desembargador FÁBIO GOUVÊA; Data do Julgamento: 11/05/2022; Data de Registro: 12/05/2022).

Ante o exposto, não conheço do presente *Habeas Corpus* e julgo extinto o processo sem resolução de mérito, ante a inadequação da via eleita, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2225316-94.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são impetrantes ANDERSON DE PONTES BORGES e ANDREY FELIPE BRÁS BLANCO DA SILVA e paciente LUCIANA MARIA PIRES DOS SANTOS, é impetrado SECRETÁRIO DE SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "INDEFERIRAM LIMINARMENTE O PROCESSAMENTO DO PRESENTE *HABEAS CORPUS*. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 56.126)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICAR-

DO ANAFE (Presidente sem voto), LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, FIGUEIREDO GONÇALVES, GOMES VARJÃO, EUVALDO CHAIB, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA e RICARDO DIP.

São Paulo, 13 de setembro de 2023.

COSTABILE E SOLIMENE, Relator

Ementa: HABEAS CORPUS. Impetração contra possível ato do Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo, que poderia coibir, mediante inquérito, quiçá prisão e subsequente ação penal, eventual infração ao art. 12 da Lei 10.826/2003, norma aquela que dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, bem como a respeito do Sistema Nacional de Armas (Sinarm).

ILEGITIMIDADE PASSIVA. Autoridade coatora deve ser aquela que ordena ou que omite prática que possa interferir no direito de ir e vir do paciente. Situação em que o cumprimento da nova diretriz sobre o disposto na Lei 10.826/2003 está na 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. Arts. 663 do CPP e 248 do RITJESP.

Ordem liminarmente indeferida.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Cuida-se de **habeas corpus** impetrados com destaque *'urgente'*.

Transcrevo o pedido de fl. 12, formulado pelos dignos Impetrantes: "(...) requer desde já que seja concedido Habeas Corpus em favor do Paciente LUCIANA MARIA PIRES DOS SANTOS para que esta não sofra qualquer violação a sua liberdade decorrente do risco de imputações por enquadramento por suposta prática criminal do artigo 12 da Lei nº 10.826/03. Estatuto do Desarmamento, bem como de indicia-la em decorrência de estar em sua guarda (por estar sozinha em casa com a arma de fogo armazenada no cofre como

prevê a lei) arma de fogo de propriedade de seu cônjuge acompanhada de CR – Certificado de Registro com data de validade impressa expirada, devendo ser considerada a validade de 10 (dez) anos a partir da sua emissão, ou seja, válida até 19 de fevereiro de 2.029, determinando ainda a proibição de expedição de qualquer ordem e/ou mandado de prisão em face da Paciente decorrentes de tal matéria, conforme fundamentado, devendo tal segurança ser decretada em tutela de urgência em *inaudita altera pars*, nos termos dos artigos 300 e 497, ambos do Código de Processo Civil, nos moldes do artigo 649 do CPP (...)".

Igualmente, **tomo emprestado os fundamentos que então apresentaram**, confira-se a seguir:

"(...) LUCIANA MARIA PIRES DOS SANTOS, ora Paciente vive em união estável com PAULO EUGENIO PACOLA JUNIOR, que além de exercer a profissão de médico também atua em suas horas vagas como atleta amador de tiro desportivo, autorizado pelo Exército Brasileiro por meio do CR – Certificado de Registro nº 216085, na condição de CAC – Colecionador, Atirador e Caçador, tendo registrada em seu acervo uma única arma de fogo, sendo este um revólver calibre .38SPL da marca Taurus, nº de Série: LO58956, Registro SIGMA nº 974423, a qual é mantida na residência do casal, por ser o local de guarda do acervo registrado junto ao Exército Brasileiro.

(...)

Acontece que o supracitado documento foi emitido com amparo legal do artigo 91 do Regulamento para a Fiscalização de Produtos Controlados R-105, porém com a entrada em vigor do decreto nº 9.846/19 a validade dos CR's passou a ser de 10 (dez) anos, atingindo inclusive as autorizações anteriormente emitidas, conforme informação do próprio site do governo federal, o qual pode ser acessado pelo QR code colacionado

(...)

Ocorre que em 01 de janeiro de 2.023 o Decreto nº 9.846/19 foi revogado pelo artigo 32, II do decreto nº 11.366/23, diploma este que ainda suspendeu a expedição de novos registros, o que na prática também impossibilitou a renovação.

(...)

O ato coator o qual ameaça diretamente a liberdade da Paciente se mostra caracterizado pelo risco de ter seu direito de ir e vir cerceado pela incorreta interpretação da nova legislação, ocasionado pela revogação do dispositivo que previa a prorrogação do prazo de validade do CR, sem ter o novo Decreto regulamentado referido ponto.

(...)

Quanto ao risco direcionado a Paciente este se materializa pelo seguinte fato. Por diversas vezes Luciana, fica em sua residência sozinha, pois seu com-

Acesso ao Sumário

panheiro, por motivos profissionais costuma se ausentar do lar comum do casal por alguns dias durante os meses.

Ocorre que a autorização que seu marido possui para manter a arma de fogo supracitada não permite o transporte desta a não ser para local destinado a prática do tiro esportivo, logo, quando seu companheiro se ausenta o armamento fica armazenado em um cofre na residência do casal, conforme determina a legislação vigente. O problema se dá pelo risco criado pela lacuna deixada pelo novo decreto, pois no caso de uma operação policial e a localização da referida arma de fogo com o CR-Certificado de Registro com data de vencimento impressa expirada irá causar a imputação do crime de posse ilegal de arma de fogo em face da Paciente.

Ante o exposto, resta cristalino que a razão assiste à Paciente, não restando outra opção senão a impetração do presente Habeas Corpus.

(...)

Importante frisar que o companheiro da Paciente é proprietário de apenas uma arma de fogo de uso permitido, o que, devido ao ato coator, que ameaça à liberdade de LUCIANA MARIA PIRES DOS SANTOS, pode lhe ser imputadas penas elevadíssimas nos termos do artigo 12 da Lei 10.826/06.

(...)

há de se considerar que a arma de fogo é de propriedade do companheiro da Paciente, não podendo a esta ser transferidos os riscos inerentes a posse de tal equipamento, porém frisa-se que tal situação é igualmente arbitraria contra a Paciente e seu cônjuge.

(...)

Logo resta demonstrado o risco suportado por LUCIANA MARIA PIRES DOS SANTOS, este pelo perigo iminente de ser vítima de ordem coatora e ilegal, que ameaça direito individual de ir e vir colocando em risco a liberdade do Paciente, devendo por tais fatos ser concedido o Habeas Corpus que ora se requer".

Requereu a concessão de liminar e os autos vieram à conclusão deste subscritor no expediente da tarde deste 25/8/2023 (dia da distribuição).

Imediatamente estes autos foram enviados à Mesa.

É o relatório.

Voto n. 56.126

2. Hipótese de indeferimento liminar do *writ*.

Para melhor cumprir meu mister e preocupado com a situação da paciente, examinei imediatamente os presentes autos, face a alegação de urgência. Anoto que houve, pelos Impetrantes, indicação do **SECRETÁRIO DE SEGURANÇA PÚBLICA** como sendo a **autoridade coatora**, confira-se a fl. 1 *in*

Acesso ao Sumário

fine: *"(...) encontra-se sofrendo constrangimento ilegal estando na iminência de sofrer violência e/ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, por parte da autoridade coatora Sr. Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo, Guilherme Derrite (...)"*.

E em reforço daquela indicação extraio mais da mesma inicial (último parágrafo de fl. 5, 'da competência'): *"(...) cumpre informar que o presente Habeas Corpus foi distribuído junto ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo devido ao risco de se materializar o ato coator objeto da presente ação, é de competência do Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo e, por tal motivo, trata-se de matéria de competência desta casa por força do artigo 125, § 1º da Constituição Federal, e 74, I e IV, da Constituição do Estado de São Paulo"* (*verbis*).

É flagrante a ilegitimidade passiva.

Na doutrina de Hely Lopes Meirelles, "considera-se 'autoridade coatora' a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado, e não o superior que o recomenda ou baixa normas para sua execução" (Mandado de segurança. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 66).

A orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça é no mesmo sentido: "autoridade coatora é aquela que pratica ou ordena, de forma concreta e específica, o ato ilegal, ou, ainda, aquela que detém competência para corrigir a suposta ilegalidade" (RMS 55384/GO, Segunda Turma, Ministro Herman Benjamin, j. em 19 de abril de 2018).

No presente caso, data vênia, se repete a impropriedade.

O problema da indicação do próprio Secretário de Estado em casos assemelhados **já foi objeto de exame pelo colendo Órgão Especial**, com solução diversa da preconizada pelos d. Impetrantes.

Recentemente, na sessão de 1º/2/2023, por ocasião do julgamento do HC Criminal n. 2003266-58.2023.8.26.0000, voto do Des. JACOB VALENTE, esta Corte proclamou, aliás, por unanimidade, que *"(...) o alegado risco de prisão por porte ilegal de arma de fogo depende de ato do Delegado de Polícia, após condução à delegacia por outra autoridade que detenha capacidade de detenção para averiguação, e não propriamente do Secretário de Segurança Pública, que é o superior hierárquico das polícias, civil e militar, na estrutura do Estado de São Paulo. E, neste caso, a competência seria deslocada para uma das Câmaras da Seção de Direito Criminal deste E. Tribunal, na forma do artigo 247 do seu Regimento Interno"*.

Mesmo nós, em 14/12/2022, predicávamos a ilegitimidade passiva, por ocasião do julgamento do HC Criminal n. 2276243-98.2022.8.26.0000, o que também restou unanimemente acolhido pelo Órgão Especial: *"Habeas Corpus. CAC's. Pretensão a um salvo conduto para portar armas, desobrigado de visto-*

ria 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".

Apesar de a petição inicial indicar o Secretário de Segurança Pública como autoridade coatora, verifica-se que a impetração, em verdade, tem por objeto o receio da paciente em ser presa e quiçá autuada em flagrante por eventualmente confrontar o disposto no art. 12 da Lei n. 10.826/2003. Respeitosamente, neste caso, eventual coação adviria dos Delegados de Polícia locais, autoridades públicas competentes pela lavratura de eventual auto de prisão em flagrante (CPP, arts. 304 e seguintes).

Não tendo os impetrantes indicado outra autoridade no polo passivo da ação que não o Secretário da Segurança Pública do Estado de São Paulo, **impossível que se determine o aditamento da petição inicial para arrolamento da autoridade competente**, como assim já decidiu este Órgão Especial: Mandado de Segurança n. 2157823-47.2016.8.26.0000, São Paulo, em que serviu de Relator o Desembargador BERETTA DA SILVEIRA, j. 20/04/2017.

Não viável determinar a retificação *ex officio* para o correto direcionamento do polo passivo (STJ, AgRg no MS n. 22250 DF, Relator Ministro HUMBERTO MARTINS), porque **a oportunidade de emenda à petição inicial para correção da autoridade coatora somente pode ser admitida quando o órgão jurisdicional em que a demanda tenha sido proposta dispuser de competência para o conhecimento do *writ*** (STJ, AgRg. no RMS n. 46032 RJ, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN). O Órgão Especial está reservado para algumas Autoridades, não para os ee. Delegados de Polícia.

De sorte que, na esteira da uniformização de jurisprudência (NCPC, arts. 489, § 1º, VI, 926 e 927 c.c. art. 3º do CPP), mais uma vez é de se repetir a ilegitimidade passiva.

3. Nesses termos, então, proponho que se **indefira liminarmente o processamento do presente habeas corpus**, submetendo-se esta decisão terminativa ao colendo Colegiado na forma dos artigos 663 do Código de Processo Penal e 248 do nosso Regimento Interno.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de "Habeas Corpus" Criminal nº 2236460-65.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante CARLOS ALBERTO LIMA PEREIRA e paciente WILLIAM FRANKLIN NE-

VES DA SILVA, 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: "NÃO CONHECERAM DO HABEAS CORPUS, COM DETERMINAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.859)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), RICARDO DIP, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, PAULO ALCIDES, 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 e MATHEUS FONTES.

São Paulo, 4 de outubro de 2023.

AROLDO VIOTTI, Relator

Ementa: "Habeas Corpus". Impetração contra ato atribuído ao Presidente da Seção de Direito Criminal deste Tribunal, que inadmitiu Recurso Especial deduzido pelo paciente, porque extemporâneo. Prisão decretada em virtude de sentença condenatória transitada em julgado. Alegação de que não houve intimação pessoal do paciente da referida decisão, sendo nulo o trânsito em julgado. Competência do E. Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar "habeas corpus" impetrado contra "desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados", nos termos do artigo 105, inciso I, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal. "Habeas Corpus" não conhecido, com determinação de remessa dos autos ao E. Superior Tribunal de Justiça.

VOTO

I. "Habeas Corpus" impetrado pelo advogado CARLOS ALBERTO LIMA PEREIRA em favor de WILLIAM FRANKLIN NEVES DA SILVA contra ato atribuído ao Sr. DESEMBARGADOR PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, que inadmitiu Recurso Especial por ele deduzido, porque extemporâ-

Acesso ao Sumário

neo.

Assinala que o paciente encontra-se privado de sua liberdade, em virtude de ter sido condenado, em segundo grau, a 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, pela prática do crime do artigo 33, "caput", da Lei Federal nº 11.343/2006 (tráfico ilícito de entorpecentes). Assinala não ter sido intimado pessoalmente do resultado do julgamento, daí sustentar ser nula a certidão de trânsito em julgado da decisão, *"sendo desnecessário a manutenção do mandado de prisão."* (textual – fls. 11). Alega, ainda, ausência de fundamentação para o decreto prisional, além de não estarem preenchidos os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, autorizadores da custódia. Pede a concessão de liminar *"com a imediata revogação do mandado de prisão, bem como seja decretado a nulidade do trânsito em julgado, em favor do paciente. Requer, outrossim, seja reaberto o prazo recursal ao paciente, em respeito ao princípio do contraditório e ampla defesa. Seja concedido, o direito do réu em apelar em liberdade. Caso não acolhidos os pedidos acima, requer subsidiariamente, a aplicação de uma medida restritiva de liberdade alternativa ao cárcere cautelar (CPP, arts 319 e 320, com redação dada pela Lei nº. 12.403/2011), qual seja, o comparecimento periódico em juízo."* (fls. 11). Este, em síntese, o relatório.

II. Não se conhece do presente "habeas corpus".

Segundo consta, o paciente teve contra si ajuizada ação penal em que lhe fora imputado o delito previsto no artigo 33, "caput", da Lei Federal nº 11.343/2006, c.c. o artigo 331, do Código Penal, na forma do artigo 69, do mesmo "Codex", sob a imputação de tráfico ilícito de entorpecentes (tetrahidrocanabinol – maconha – e cocaína). Foi absolvido em primeiro grau por insuficiência de provas (artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal – fls. 25/29). Interposto recurso de Apelação pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, foi parcialmente provido para condenar o paciente a 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, no piso legal, pela prática do crime do artigo 33, "caput", da Lei Federal nº 11.343/2006 (fls. 32/60). Assinala não ter sido intimado pessoalmente do resultado do julgamento, motivo pelo qual afirma ser nulo o trânsito em julgado da decisão, devendo ser revogada a prisão decretada. Refere ainda que – a bem do direito de defesa – não pode ser prejudicado pela falha do defensor, que perdeu o prazo para recurso aos tribunais superiores.

Daí a presente impetração, na qual sustenta a necessidade de devolução do prazo recursal e a oportunidade de recorrer em liberdade, por ausência de fundamentação do decreto da prisão, bem assim dos requisitos que a autorizam, previstos no artigo 312 do CPP.

Acesso ao Sumário

Infere-se da documentação acostada aos autos que o ato coator é a V. decisão do Exmo. Sr. Presidente da Seção de Direito Criminal deste Tribunal de Justiça que inadmitiu Recurso Especial deduzido pelo paciente, por considerá-lo extemporâneo.

Soa o artigo 105, inciso I, alínea "c", da Constituição Federal, "verbis":

"Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I – processar e julgar, originariamente:

(...)

c) os 'habeas corpus', quando o ato coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea 'a', ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;"

A alínea "a", à qual se reporta a alínea "c" do dispositivo constitucional retro reproduzido, por sua vez, assim dispõe:

"a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais;" (sublinhou-se).

Depreende-se, desse modo, que compete ao E. Superior Tribunal de Justiça processar e julgar o "habeas corpus" de que ora se trata, uma vez que o ato apontado como coator proveio do Exmo. Sr. Desembargador Presidente da Seção de Direito Criminal deste Tribunal, que inadmitiu o Recurso Especial interposto pelo paciente.

Nesse sentido, precedentes deste Órgão Especial, destacando-se:

"HABEAS CORPUS CRIMINAL PREVENTIVO. IMINENTE EXECUÇÃO DA PENA. SUPOSTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO DO PACIENTE. NÃO CONHECIMENTO DE AGRAVO REGIMENTAL ERRONEAMENTE INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE HAVIA DEIXADO DE CONHECER DE RECURSO ESPECIAL TIDO COMO INADEQUADO. Ato coator praticado pelo Presidente de uma das Seções desta Corte. Competência do E. Superior Tribunal de Justiça para o processamento e o julgamento do presente, nos termos do artigo 105, inciso I, alínea 'c', da Constituição Federal. Habeas corpus não conhecido, com determinação de remessa dos autos ao E. Superior Tribunal de Justiça." (Órgão Especial, Habeas Corpus Criminal nº 2152228-57.2022.8.26.0000, rel. Des. MOACIR PERES, j. 19/10/2022)

Acesso ao Sumário

"HABEAS CORPUS – Impetrante alega que está sendo ameaçado em sua liberdade de ir e vir por ato do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Pretensão de concessão de 'salvo conduto' para que possa exercer seu direito de ingressar nas unidades físicas do Tribunal de Justiça sem a obrigatoriedade de apresentar carteira de vacinação contra o COVID-19 – Competência do C. Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar habeas corpus em face de Presidente de Tribunal de Justiça Estadual, nos termos do art. 105, I, 'a' e 'c', da Constituição Federal e de jurisprudência desta Corte – Remédio constitucional que não pode ser conhecido por este Tribunal local – Competência do C. Superior Tribunal de Justiça – Habeas corpus não conhecido, com determinação." (Órgão Especial, Habeas Corpus Criminal nº 2258147-69.2021.8.26.0000, rel. Des. ADEMIR BENEDITO, j. 2/02/2022)

"HABEAS CORPUS. Medidas restritivas (emergenciais) adotadas pelo Prefeito Municipal de São Paulo (Decreto n. 60.118/2021) e pelo Governador do Estado de São Paulo (Decreto n. 65.563/2021), ambas destinadas ao enfrentamento da pandemia da COVID-19. Alegação de grave ameaça ao direito de locomoção e ao livre exercício profissional. Carência da ação em relação ao Prefeito Municipal. Ato impugnado que foi editado em caráter genérico e abstrato. Impossibilidade, nesse caso, do exame de eventual ilegalidade ou inconstitucionalidade por meio de habeas corpus (HC n. 655.471, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 06/04/2021). Ademais, mesmo que fosse superado o óbice acima, não seria caso de concessão da ordem, pois as restrições (objeto da impugnação), no caso, foram impostas em contexto envolvendo situação excepcional, ou seja, invocando fundamento que destaca a preponderância do interesse público sobre o particular, o que, evidentemente, não pode ser considerado ilegal ou arbitrário. Pedido, ademais, que não pode ser conhecido em relação ao Governador do Estado, diante das disposições do artigo 105, inciso I, alíneas 'a' e 'c', da Constituição Federal. Competência que, nessa parte, é do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes. Habeas Corpus extinto em relação ao Prefeito Municipal, por inadequação da via eleita, e não conhecido em relação ao Governador do Estado, com determinação." (Órgão Especial, Habeas Corpus Criminal nº 2072357-12.2021.8.26.0000, rel. Des. FERREIRA RODRIGUES, j. 22/09/2021)

"Habeas corpus preventivo impetrado em face de Decreto editado pelo Governador do Estado de São Paulo fixando, em síntese, toque de recolher em razão da pandemia de Covid-19. Incompetência. Impetrações de habeas corpus contra ato do Governador do Estado de São Paulo são de competência do Superior Tribunal de Justiça, a teor do artigo 105, inciso I, alínea 'c' da Constituição Federal. Precedentes. Impetração não conhecida, com determinação de remessa ao Superior Tribunal de Justiça." (Órgão Especial,

Acesso ao Sumário

Habeas Corpus Criminal nº 2053803-29.2021.8.26.0000, rel. Des. MÁRCIO BARTOLI, j. 30/06/2021)

Assim, não se conhece do presente "habeas corpus", determinando-se a remessa dos autos ao E. Superior Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 105, inciso I, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal.

III. Pelo exposto, não conhecem do "habeas corpus", determinando-se a remessa dos autos ao E. Superior Tribunal de Justiça.

Inquéritos Policiais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Inquérito Policial nº 0036198-07.2021.8.26.0000, da Comarca de (...), em que, é investigado (...) (JUIZ DE DIREITO).

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM EXTINTA A PUNIBILIDADE E DETERMINARAM O ARQUIVAMENTO DOS AUTOS. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.402/2023)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, FIGUEIREDO GONÇALVES, GOMES VARJÃO, EUVALDO CHAIB, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, RICARDO DIP, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI e DÉCIO NOTARANGELI.

São Paulo, 13 de setembro de 2023.

JARBAS GOMES, Relator

Ementa: DIREITO PENAL. Decadência. Representação. Ameaça. Prazo consumado sem que o ofendido tenha manifestado sua vontade em desencadear a persecução penal. Inteligência dos artigos 107, inciso IV, e 103 do Código Penal e 5º, § 4º, e 38 do Código de Processo Penal.

Acesso ao Sumário

PUNIBILIDADE EXTINTA. ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL DETERMINADO.

VOTO

Trata-se de ofício proveniente da Delegacia de (...), remetendo a este Colegiado boletim de ocorrência lavrado por provocação de (...), no qual consta como autor do fato delituoso o juiz de direito (...).

Segundo a versão exposta no documento, (...), em 29.9.2021, encontrava-se no *"Banco (...), quando recebeu uma ligação do autor"* que teria dito *"você lava a boca pra falar da minha mulher"*, *"você vira homem" e em tom ameaçador (...) "você vai se ver comigo", tendo em seguida desligado"* (fl. 02).

Instado em quatro oportunidades, inclusive quando indagado em audiência, (...) não manifestou interesse em representar contra o averiguado.

A D. Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela extinção da punibilidade (fl. 217).

É o relatório do essencial.

Para melhor compreensão do caso concreto, necessário estabelecer a ordem de ocorrência dos fatos:

(i) em **30.9.2021**, a vítima lavrou boletim de ocorrência, ocasião em que teria sido *"orientada quanto ao prazo decadencial de 06 (seis) meses para o oferecimento de representação criminal em face do autor/investigado na Delegacia de Polícia da área do fato. Cientificada de que a contagem do prazo decadencial inicia-se da data do conhecimento da autoria, não da data do fato criminoso"* (fls. 02-03). Não foram apontadas testemunhas nem foi disponibilizada gravação da alegada ameaça aos agentes policiais;

(ii) o DD. Des. Moreira Viegas, antecessor nesta cadeira, deliberou pela intimação de (...) para o fim de exercer o direito de representação. O ato intimatório foi aperfeiçoado em **29.11.2021** (fl. 18);

(iii) a D. Procuradoria Geral de Justiça, entretanto, pronunciou-se pela oitiva de (...) (fls. 29-33);

(iv) este Colegiado, reconhecendo a decadência do direito de representação, determinou o arquivamento dos autos (fls. 39-44);

(v) houve recurso especial pelo *parquet*, tendo o Superior Tribunal de Justiça concedido liminar para a retomada do procedimento (fls. 50-67; 102-108);

(vi) em obediência àquela E. Corte, ordenou-se nova intimação da hipotética vítima, ato que se concretizou em **8.12.2022**; (...), mais uma vez, quedou-se inerte (fls. 118; 138-148);

(vii) nesse ínterim, sobreveio decisão do Ministro Relator provendo o

Acesso ao Sumário

recurso especial (fls. 121-126);

(viii) não obstante o renitente silêncio de (...), a D. Procuradoria-Geral de Justiça insistiu em sua oitiva (fls. 160-163; 169-171);

(ix) realizada a audiência em **9.8.2023**, (...) deixou patente seu desinteresse em prosseguir com o feito (fls. 203-210);

(x) o órgão ministerial, como já se assinalou, pronunciou-se pela extinção da punibilidade do representado (fl. 217).

Pois bem.

Conforme foi assinalado no v. acórdão de fls. 39-44, *"o crime de ameaça, consoante o artigo 147*[1]*, parágrafo único, do Código Penal, exige que a manifestação da vítima ou de seu representante legal quanto ao interesse de, eventualmente, instalar a persecução penal em face de seu ofensor.*

A medida é indispensável considerando a circunstância de que, sem a exteriorização dessa vontade, sequer o inquérito policial poderia desenvolver-se ante a dificuldade da prova.

A representação é, destarte, condição de procedibilidade no crime de ameaça (artigo 5º, § 4º[2]*, do Código de Processo Penal) e, embora prescinda de rigor formal, não é suprida pelo simples relato do que se sucedeu à autoridade policial, pois cabe exclusivamente à vítima o juízo de conveniência e oportunidade de prosseguir com a apuração do fato delituoso com vistas ao apenamento deste, sopesados os contingentes efeitos negativos da publicidade do ocorrido sobre o ofendido e sobre o ofensor. Daí a necessidade de que o primeiro o explicite seu propósito.*

O prazo para exercê-la é de seis meses contados do conhecimento da autoria, como estabelecem os artigos 103[3] *do Código Penal e 38, caput*[4]*, do Código de Processo Penal."*

No caso concreto, como informa a cronologia acima declinada, conquanto orientado, desde logo, pela autoridade policial e, ainda, nesta instância, reiteradamente provocado a manifestar-se acerca de sua faculdade de exercer o

1 Artigo 147. *Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave:*
Pena – *detenção, de um a seis meses, ou multa.*
Parágrafo único. *Somente se procede mediante representação.*

2 Artigo 5º. (...)
§ 4º. *O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado. (...)*

3 Artigo 103. *Salvo disposição expressa em contrário, o ofendido decai do direito de queixa ou de representação se não o exerce dentro do prazo de 6 (seis) meses, contado do dia em que veio a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do § 3º do art. 100 deste Código, do dia em que se esgota o prazo para oferecimento da denúncia.*

4 Artigo 38. *Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, decairá no direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do art. 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia.*

direito de representação, (...) não o fez. Expressou, antes, seu desinteresse no eventual sancionamento da conduta do suposto ofensor na esfera criminal.

Nesse contexto, em que o ofendido não quis valer-se do prazo posto à sua disposição pelo ordenamento jurídico, forçoso é reconhecer a decadência para o oferecimento da representação.

Isto posto, declara-se extinta a punibilidade em face do averiguado e determina-se o arquivamento do inquérito policial, nos termos dos artigos 107, inciso IV, e 103, ambos do Código Penal.

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 0015009-36.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante CLUBE IPÊ, é impetrado PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "CONCEDERAM A SEGURANÇA. V.U. SUSTENTOU ORALMENTE O ADV. DR. MAURÍCIO GARCIA PALLARES ZOCKUN.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.684)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, RICARDO DIP, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, CARLOS MONNERAT, FIGUEIREDO GONÇALVES, GOMES VARJÃO e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 13 de setembro de 2023.

JAMES SIANO, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. Impetração em face da omissão do Prefeito do Município de São Paulo e da Secretária da Secretaria de Gestão do Município de São Paulo em relação ao pedido formu-

Acesso ao Sumário

lado em processo administrativo para prorrogação do prazo da permissão de uso e da concessão de uso dos imóveis onde está localizado o Clube Ipê.

Afastada a competência do Órgão Especial para apreciar pedido em relação ao Secretário Municipal de Gestão, bem como a preliminar de ilegitimidade passiva do Prefeito.

O impetrante é uma associação sem fins lucrativos constituída em 1946 e exerce suas atividades em duas áreas contíguas, de propriedade do município, mediante: i) Permissão de uso a título gratuito e precário da área de 9.182 m² datada de 27/09/1974, e, ii) Concessão de uso onerosa da área de 21.800 m² datada de 30/12/1980.

Iniciados dois processos administrativos para renovação da concessão de uso que se findou em 30/12/2020, que contou com parecer favorável da Secretaria de Esportes e Lazer. Em 20 de maio de 2019 foi promulgada a lei municipal n.º 17.090/2019 que dispõe sobre a prorrogação do prazo de uso de áreas públicas ao Ipê Clube. Mas, até o momento não ocorreu a formalização da concessão, nos termos do art. 114, § 1º, da Lei Orgânica do Município.

Excessiva morosidade da municipalidade que não demonstrou, de forma clara, qual a fase do processo administrativo. Necessidade de observância do princípio da razoável duração do processo. Inteligência do art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal. A administração pública tem o dever de decidir os questionamentos feitos pelos interessados. Nesse contexto, observando-se o prazo decorrido desde o início dos processos administrativos e da promulgação da Lei Municipal n.º 17.090/2019, a ordem deve ser concedida para se fixar o prazo de 45 dias para que a municipalidade decida acerca do mérito dos processos administrativos. De rigor, também a devolução e suspensão da fluência do prazo previsto no art. 114, § 10, da Lei Orgânica do Município a fim de obstar que a autorização legislativa já concedida deixe de vigorar.

Segurança concedida.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado contra a alegada omissão do Prefeito do Município de São Paulo e da Secretária da Secretaria de Gestão do Município de São Paulo em relação ao pedido formulado em processo administrativo para prorrogação do prazo da permissão de uso e da concessão de uso dos imóveis nos quais está localizado o Clube Ipê, com pedido de concessão de liminar para suspender o prazo previsto no art. 114, § 10, da Lei Orgânica do Município.

Sustenta o impetrante: (i) é uma associação sem fins lucrativos constituída em 1946, tendo sido declarada como entidade de utilidade pública e interesse social pelo município de São Paulo; (ii) suas atividades são desenvolvidas em duas áreas contíguas de propriedade do município, sendo que existe uma Permissão de uso a título gratuito e precário da área de 9.182 m² datada de 27/09/1974 e uma Concessão de uso onerosa da área de 21.800 m² datada de 30/12/1980; (iii) em 2006 iniciou por meio de processo administrativo o pedido de renovação da concessão de uso que findaria em 30/12/2020; (iv) formulou um pedido principal para aquisição dos 2 imóveis e um subsidiário de prorrogação das concessões já existentes por mais 40 anos; (v) em 05/07/2008 o pedido de aquisição dos imóveis foi indeferido, sem apreciação do pedido subsidiário de prorrogação das concessões já existentes; (vi) em 2017 por meio de novo processo administrativo requereu a prorrogação das concessões já existentes, onde houve parecer favorável da Secretaria de Esportes e Lazer; (vii) a lei municipal 17.090/2019 autorizou a prorrogação das concessões por mais 20 anos, desde que cumpridas as condições anteriormente avençadas; (viii) os processos administrativos estão paralisados desde 11/11/2021 e o prazo para a renovação das concessões acabará em 20/05/2022, conforme dispõe o art. 114, § 10º, da Lei Orgânica do Município de São Paulo; (ix) pugna pela concessão da liminar para suspender o prazo previsto no art. 114, § 10º, da Lei Orgânica do Município de São Paulo e ao final pela concessão da segurança para que seja determinado que a autoridade coatora decida sobre os pedidos de renovação das concessões de uso formulados nos processos administrativos noticiados.

Conforme decisão monocrática de f. 1319/1324, inicialmente foi reconhecida a incompetência do Órgão Especial para apreciar pedido no tocante ao Secretário Municipal de Gestão e a carência de ação em relação ao Prefeito Municipal, por falta de interesse processual, julgado extinto o feito sem resolução de mérito.

Interposto agravo interno, foi provido por maioria de votos para autorizar o processamento do Mandado de Segurança em face do Prefeito Municipal, conforme acórdão de f. 1404/1430, para o qual ficou como Relator Designado o E. Des. Costabile e Solimene.

Acesso ao Sumário

Às f. 1475/1477 foi concedida a liminar para suspender a fluência do prazo previsto no art. 114, § 10, da Lei Orgânica do Município de São Paulo.

Informações prestadas às f. 1450/1456.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 1464/1473.

Novas manifestações às f. 1480 e f. 1504/1506.

É o relatório.

A ordem deve ser concedida.

A questão referente à alegada ilegitimidade do Prefeito municipal já foi enfrentada e afastada pelo v. acórdão de f. 1404/1430.

Isto superado, passa-se a análise do mérito.

O impetrante que é uma associação sem fins lucrativos constituída em 1946 e suas atividades desenvolvidas em duas áreas contíguas de propriedade do município, uma por Permissão de uso a título gratuito e precário da área de 9.182 m² datada de 27/09/1974 e outra por Concessão de uso onerosa da área de 21.800 m² datada de 30/12/1980.

Informa que em 2006 iniciou por meio de processo administrativo o pedido de renovação da concessão de uso que se findou em 30/12/2020.

Em 2017, por meio de novo processo administrativo, requereu a prorrogação das concessões já existentes, obtendo parecer favorável da Secretaria de Esportes e Lazer.

Em 20 de maio de 2019 foi promulgada a Lei Municipal n.º 17.090/2019, que dispõe sobre a prorrogação do prazo de uso de áreas públicas ao Ipê Clube[1].

Pois bem.

Dispõe o art. 114 da Lei Orgânica do Município de São Paulo que os bens municipais poderão ser utilizados por terceiros, mediante concessão, permissão, autorização e locação social, conforme o caso e o interesse público ou social, devidamente justificado, o exigir[2].

Por outro lado, o § 1º[3] do referido artigo estabelece que a concessão administrativa depende de autorização legislativa e será formalizada mediante contrato, sob pena de nulidade. No § 10[4] do mesmo texto, consta que a autorização

Acesso ao Sumário

1 Art. 1º Fica o Executivo autorizado a prorrogar, nos mesmos termos e desde que cumpridas as condições avençadas, o prazo previsto pela Lei nº 9.083, de 7 de junho de 1980, que autorizou o uso de área municipal, classificada como AC-1 pela Lei nº 16.402, de 22 de março de 2016, ao Ipê Clube, por vinte anos, prorrogável por mais vinte.

Parágrafo único. Nos mesmos termos do "caput" deste artigo e, também pelo mesmo prazo, fica o Executivo autorizado a manter a cessão da área de que trata o Decreto nº 11.225, de 13 de agosto de 1974.

2 Art. 114 – Os bens municipais poderão ser utilizados por terceiros, mediante concessão, permissão, autorização e locação social, conforme o caso e o interesse público ou social, devidamente justificado, o exigir.

3 Art. 114 – § 1º – A concessão administrativa de bens públicos depende de autorização legislativa e concorrência e será formalizada mediante contrato, sob pena de nulidade do ato.

4 Art. 114 – § 10 – A autorização legislativa para concessão administrativa deixará de vigorar se o contrato não for formalizado, por escritura pública, dentro do prazo de 3 (três) anos, contadas da data da

legislativa para concessão administrativa deixará de vigorar se o contrato não for formalizado, por escritura pública, dentro do prazo de 3 anos, contado da data da publicação da lei ou da data nela fixada, para a prática do ato.

A lei autorizando a prorrogação do prazo de uso de áreas públicas ao Ipê Clube foi promulgada em 20/05/2019.

Quando da impetração do mandado de segurança (13/05/2022), ainda não havia fluido o prazo dos 3 anos e nem formalizada a prorrogação da concessão das áreas, nas quais são desenvolvidas as atividades do Clube Ipê.

Requisitadas informações, a municipalidade trouxe para os autos o documento de f. 1.457, segundo o qual em 19/04/2023 a Comissão do Patrimônio *"recomendou ao Senhor Prefeito sobre a proposta de regularização da área através da outorga de permissão de uso ao Ipê Clube enquanto aguarda-se a concessão administrava de uso de área configuradas nas plantas DGPI 00.254_00 (21.543,87m²) e Planta DGPI 00.255_00 (9.329,11m²), ambas as áreas em um só instrumento jurídico, com contrapartidas já estabelecidas entre SEME e SME"*.

A municipalidade ainda informou que os processos administrativos, pela complexidade que os envolve, estão sendo devidamente analisados pelo órgão municipal competente.

Contudo, como bem observado no parecer da Procuradoria-Geral Justiça *"É inequívoca a mora administrativa. As pretensões da associação impetrante foram aviadas na instância administrativa há vários anos, sem decisão. Não decidir, omitir, retardar, é uma forma sinuosa de negar. À vista da vagarosa marcha processual, aliás, competia à Administração Pública justificar motivadamente e de maneira idônea, razoável e suficiente que ainda não estavam maduros os processos administrativos para emissão das respectivas decisões administrativas, ou seja, que ainda não concluída sua instrução porque é a partir desse marco (conclusão da instrução) que se inicia o prazo legal do dever de decidir, conforme o art. 33 da Lei Geral do Processo Administrativo Municipal."*

E dispõe o art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Na lição de Celso Antônio Bandeira de Melo o *"Princípio da celeridade processual exige que a Administração atue explicitamente, pois deve proceder com presteza em todo o curso do processo, já que, de acordo com seu fundamento constitucional, residente no art. 5º, LXXVIII, haverá de ter duração 'razoável', de maneira a assegurar-se a 'celeridade de sua tramitação'"*.[5]

Acesso ao Sumário

publicação da lei ou da data nela fixada para a prática do ato

5 Bandeira de Melo, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: 2019, Malheiros, 34ª ed. pág. 521).

E de acordo com a lição de Maria Sylvia Zanella di Pietro, especificamente sobre o processo administrativo à luz da lei n.º 9784/99, que regulamenta o processo administrativo no âmbito da administração pública federal, *"a lei impõe à Administração, o dever de decidir"*[6]

Em outros termos, o poder público tem o dever de responder aos questionamentos feitos pelo interessado, pois não pode municipalidade deixar de se manifestar objetivamente sobre a prorrogação ou não da concessão.

Ao impetrante é assegurado o direito de obter uma decisão, postergada há anos, e não atendida sequer através da liminar concedida nestes autos para tal finalidade.

Em hipóteses análogas já decidiu este E. Tribunal:

REMESSA NECESSÁRIA – MANDADO DE SEGURANÇA – MUNICÍPIO DE SÃO PAULO – PROCESSO ADMINISTRATIVO – RAZOÁVEL DURAÇÃO – DECURSO DO PRAZO LEGAL SEM A ANÁLISE DE PEDIDO ADMINISTRATIVO DE REGULARIZAÇÃO DE EDIFICAÇÃO – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, DA LEGALIDADE E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO – INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 5º, LXXVII, E 37 DA CF – REMESSA NECESSÁRIA NÃO PROVIDA. (Remessa Necessária n.º 1023639-65.2023 – Rel. Amaro Thomé – 15ª Câmara de Direito Público – j. 22/08/2023).

MANDADO DE SEGURANÇA – Análise de pedido administrativo – Demora na análise imputável à Administração – Violação a direito líquido e certo à duração razoável do processo administrativo – Necessidade de observância do princípio da razoável duração do processo – Prazo superior a 120 dias que não se afigura razoável para a apreciação do pedido – Inteligência do art. 33 da Lei Estadual nº 10.177/98 – Precedentes deste E. TJSP – Sentença concessiva da segurança confirmada. Reexame necessário improvido. (Remessa Necessária n.º 1013107-66.2022 – Rel. Oscild de Lima Junior – 11ª Câmara de Direito Público – j. 07/10/2022).

Em suma, observando-se o prazo decorrido desde o início dos processos administrativos e da promulgação da Lei Municipal n.º 17.090/2019, a ordem deve ser concedida para fixar o prazo de 45 dias, da publicação deste acórdão, para que a municipalidade decida acerca do mérito dos processos administrativos – de forma favorável ou não à pretensão.

De rigor também a manutenção de suspensão da fluência do prazo previsto no art. 114, § 10, da Lei Orgânica do Município a fim de obstar que a autorização legislativa já concedida deixe de vigorar.

Ante o exposto, **concede-se** a segurança.

Acesso ao Sumário

6 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 32. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 798).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 0028875-77.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante C.A.P., são impetrados PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO e DIRETOR DO DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO.

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, EM RELAÇÃO AO PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, COM DETERMINAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.866)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), RICARDO DIP, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MÁRCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, PAULO ALCIDES, 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 e MATHEUS FONTES.

São Paulo, 4 de outubro de 2023.

AROLDO VIOTTI, Relator

Ementa: Mandado de Segurança impetrado contra ato do Sr. Prefeito do Município de São Paulo e outro. Infrações de trânsito. Prefeito que não tem legitimidade para figurar no polo passivo do "mandamus", por não ser a autoridade que ordenou e executou os atos impugnados. Ilegitimidade passiva "ad causam" manifesta. Extinto o processo sem resolução do mérito no que diz respeito a esta autoridade impetrada. Julgamento do "mandamus" que deverá prosseguir em primeiro grau em relação à outra autoridade apontada como coatora.

Acesso ao Sumário

VOTO

I. Mandado de Segurança impetrado por C.A.P., originariamente contra ato atribuído ao Sr. Diretor do Departamento Estadual de Trânsito – DETRAN e ao Sr. Prefeito do Município de São Paulo. Relata, em síntese, na inaugural, que

pagou taxa de licenciamento, IPVA e multas de trânsito referentes ao veículo de sua propriedade, marca Chevrolet, modelo Spin 1.8L AT LTZ, ano 2016, placas (...), RENAVAM: (...), mas não conseguiu emitir o documento digital, pois constava tão somente disponível o licenciamento relativo ao ano de 2021. Após acessar o endereço eletrônico do Município de São Paulo, veio a descobrir que havia 30 (trinta) multas de trânsito do ano de 2020, que não estavam no sistema bancário, e em relação às quais as notificações ocorreram nos anos de 2021 e 2022, desrespeitando o prazo de 30 (trinta) dias previsto na legislação em vigor. Assinala *"que as multas aplicadas de forma ilegal estão impedindo a expedição do licenciamento do veículo, e mesmo após o impetrante ir ao órgão solicitar a baixa das multas, foi informado que não poderiam realizá-lo sem uma decisão judicial, e tendo em vista que não há possibilidade de apresentação de defesa prévia em razão da ausência de prazo, não há outra solução viável a não ser o movimento do judiciário, diante do direito líquido e certo do impetrante."* (textual – fls. 02). Daí a impetração do presente "mandamus", no qual pede a concessão da segurança, para que sejam anulados os autos de infração mencionados na inaugural.

O feito foi distribuído ao Juízo da 13ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital (proc. nº (...)). A r. decisão de fls. 36 determinou a correção do polo passivo, mister cumprido a fls. 39/40, tendo sido incluído como autoridade impetrada o Diretor Presidente do Departamento Estadual de Trânsito – DETRAN, cujas informações foram prestadas a fls. 55/60.

A liminar foi indeferida a fls. 44/60, e a r. decisão de fls. 71 determinou nova correção do polo passivo, uma vez imputado como autoridade coatora o Município de São Paulo. O impetrante aditou a inicial, inserindo o Prefeito do Município de São Paulo no polo passivo do "writ" (fls. 76), o qual prestou informações a fls. 96/113.

A r. decisão de fls. 312 considerou o Juízo incompetente para o feito, nos termos do artigo 74, inciso III, da Constituição Estadual, em virtude de figurar no polo passivo do presente "mandamus" o Sr. Prefeito do Município de São Paulo. O impetrante manifestou-se a fls. 317/318, tendo os autos sido redistribuídos a este Órgão Especial. Vieram os autos conclusos ao subscritor em 7 de agosto de 2023 (fls. 331).

A D. Procuradoria Geral de Justiça, no parecer de fls. 338/341, opinou pela extinção do processo sem julgamento de mérito, por ilegitimidade passiva "ad causam" do Sr. Prefeito do Município de São Paulo. Este, em síntese, o relatório.

II. Acolhe-se a preliminar de ilegitimidade passiva "ad causam", arguida pelo Prefeito do Município de São Paulo, e, em consequência, julga-se extinto o processo do presente mandado de segurança, sem resolução do mérito, em

relação à referida autoridade impetrada.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por pessoa física contra ato atribuído ao Sr. Prefeito do Município de São Paulo e ao Sr. Diretor Presidente do Detran. Segundo relata o impetrante na inaugural, pagou taxa de licenciamento, IPVA e multas de trânsito referentes ao veículo de sua propriedade, marca Chevrolet, modelo Spin 1.8L AT LTZ, ano 2016, placas (...), RENAVAM: (...), mas não conseguiu emitir o documento digital, pois constava tão somente disponível o licenciamento relativo ao ano de 2021. Após acessar o endereço eletrônico do Município de São Paulo, veio a descobrir que havia 30 (trinta) multas de trânsito do ano de 2020, que não estavam no sistema bancário, e em relação às quais as notificações ocorreram nos anos de 2021 e 2022, desrespeitando o prazo de 30 (trinta) dias previsto na legislação em vigor. Assinala *"que as multas aplicadas de forma ilegal estão impedindo a expedição do licenciamento do veículo, e mesmo após o impetrante ir ao órgão solicitar a baixa das multas, foi informado que não poderiam realizá-lo sem uma decisão judicial, e tendo em vista que não há possibilidade de apresentação de defesa prévia em razão da ausência de prazo, não há outra solução viável a não ser o movimento do judiciário, diante do direito líquido e certo do impetrante."* (textual – fls. 02). Daí a impetração do presente "mandamus", no qual pede a concessão da segurança para que sejam anulados os autos de infração (...).

O Sr. Prefeito Municipal de São Paulo não tem legitimidade para figurar no polo passivo do presente "mandamus". Isso porque não foi a autoridade que lavrou os autos de infração de trânsito e aplicou as multas deles decorrentes e infligidas ao impetrante. Como ponderou o Min. LUIZ FUX no julgamento, no STF, do RMS 26.211: ***"Mesmo após a edição da Lei 12.016/2009, Lei do Mandado de Segurança, aquele que, na condição de superior hierárquico, não pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução de um ato não poderá figurar como autoridade coatora. Caso contrário, o Presidente da República seria autoridade coatora em todos os mandados de segurança impetrados contra ações ou omissões danosas verificadas no âmbito federal"*** (STF, Primeira Turma, j. 27.09.2011).

Na lição clássica de Hely Lopes Meirelles, ***"Considera-se autoridade coatora a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado, e não o superior que o recomenda ou baixa normas para sua execução. Não há confundir, entretanto, o simples executor material do ato com a autoridade por ele responsável. Coator é a autoridade superior que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado e responde pelas suas consequências administrativas; executor é o agente subordinado que cumpre a ordem por dever hierárquico, sem se responsabilizar por ela. (....) Incabível é a segurança contra autoridade que não disponha de competência para corrigir a ilegalidade impugnada. A impetração deverá ser***

Acesso ao Sumário

sempre dirigida contra a autoridade que tenha poderes e meios para praticar o ato ordenado pelo judiciário;" ("Mandado de Segurança, Ação Popular, etc.", Malheiros Editores, 27ª edição, pág. 60).

Nesse sentido a jurisprudência deste Órgão Especial, destacando-se:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA. Embargos declaratórios travestido em pedido de reconsideração. Prejudicado. 'Writ' impetrado contra o Prefeito do Município de São Paulo. Questionamento de autuação e aplicação de multas oriundas de infrações de trânsito. Ilegitimidade de parte reconhecida. Competência do Departamento de Operação do Sistema Viário de Trânsito – DSV. Processo extinto sem julgamento de mérito, a teor do disposto no artigo 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/09, c.c. o art 267, inc. VI, do Código de Processo Civil." (Órgão Especial, Mandado de Segurança nº 0132191-63.2010.8.26.0000 e Embargos de Declaração nº 0132191-63.2010.8.26.0000/50000, Rel. o Des. RIBEIRO DOS SANTOS, j. 4.05.2011).

"MANDADO DE SEGURANÇA – PODER DE POLÍCIA – FISCALIZAÇÃO E APREENSÃO DE MERCADORIAS PELA GUARDA CIVIL METROPOLITANA – PREFEITO DE SÃO PAULO NO PÓLO PASSIVO DA AÇÃO MANDAMENTAL – INVIABILIDADE – ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM RECONHECIDA – AUTORIDADE A FIGURAR NO POLO PASSIVO DA SEGURANÇA É AQUELA QUE ORDENOU O ATO, NÃO A SUPREMA AUTORIDADE DO MUNICÍPIO, QUE NÃO EFETIVOU O LANÇAMENTO DO TRIBUTO – PRELIMINAR ACOLHIDA Além da clássica doutrina de Hely Lopes Meirelles e da jurisprudência pacificada no âmbito do Colendo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, uma razão a mais existe para que as ações mandamentais se direcionem contra as autoridades executoras dos atos inquinados e não contra o Prefeito do Município da Capital. É que São Paulo é uma das maiores metrópoles do planeta e representa o terceiro orçamento da República. Se tudo o que se praticasse no âmbito da Municipalidade recaísse na responsabilidade processual do Prefeito, este seria impedido de administrar a urbe para permanecer à disposição da Justiça e prestar informações nos inúmeros mandados de segurança impetrados contra a capital." (Órgão Especial, Mandado de Segurança nº 0210366-37.2011.8.26.0000, Rel. o Des. RENATO NALINI, j. 18.01.2012)

"Mandado de Segurança – Prefeito do Município de São Pauto – Anulação de multas de trânsito e impedimento de lançamentos outros por tratar-se de veículo de livre circulação (prestador de serviços com características especiais – 'guincho') – Ilegitimidade passiva ad causam – Segurança denegada" (Órgão Especial, Mandado de Segurança nº 0259062-70.2012.8.26.0000, Rel. o Des. CASTILHO BARBOSA, j. 8.05.2013)

Acesso ao Sumário

"MANDADO DE SEGURANÇA – Ilegitimidade de parte – Caracterização – Autoridade apontada como coatora não fiscaliza nem autua infratores e responsáveis por veículos automores, aplicando as penalidades cabíveis – Segurança denegada." (Órgão Especial, Mandado de Segurança nº 0438498-57.2010.8.26.0000, Rel. o Des. SOUSA LIMA, j. 22.06.2011)

É caso, portanto, de reconhecer a ilegitimidade passiva do Sr. Prefeito do Município de São Paulo, e, remanescendo no polo passivo o Sr. Diretor do Departamento Estadual de Trânsito – DETRAN, outra autoridade apontada como coatora, não compete mais a este Órgão Especial julgar a causa, nos termos do que dispõe o artigo 74 da Constituição Estadual, "verbis":

"Artigo 74 – Compete ao Tribunal de Justiça, além das atribuições previstas nesta Constituição, processar e julgar originariamente:

(....)

III – os mandados de segurança e os 'habeas data' contra atos do Governador, da Mesa e da Presidência da Assembleia, do próprio Tribunal ou de algum de seus membros, dos Presidentes dos Tribunais de Contas do Estado e do Município de São Paulo, do Procurador-Geral de Justiça, do Prefeito e do Presidente da Câmara Municipal da Capital;"

Dessa maneira, deverão os autos baixar à origem, para prosseguimento do julgamento do presente "writ" em face do Sr. Diretor do Departamento Estadual de Trânsito – DETRAN.

Assim já decidiu este Órgão Especial:

"MANDADO DE SEGURANÇA – EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO – ILEGITIMIDADE PASSIVA. Inicialmente, ressalta-se que foi inserido, pelo impetrante, o Ilustríssimo Coordenador do Sistema de Arrecadação e Tributação como uma das autoridades coatoras. Todavia, carece este Órgão Especial de competência para julgar mandados de segurança contra atos da citada Autoridade ante o disposto no artigo 74, inciso III, da Constituição Bandeirante. No mais, o presente Mandado de Segurança diz respeito à Lei Estadual nº 17.293/20 e ao Decreto Estadual nº 65.337/20, que tratam de isenção de IPVA para pessoas com deficiência. Verifica-se que o Excelentíssimo Governador do Estado de São Paulo não é a autoridade competente para deferir ou indeferir o pedido de isenção do IPVA nos casos em apreço, faltando-lhe, assim, legitimidade passiva para atuar nos presentes autos. Note-se que, consoante Portaria CAT 27, de 26.02.2015, cabe à Secretaria da Fazenda (Delegado Regional Tributário), o deferimento ou indeferimento do pedido de isenção. Uma vez que a autoridade apontada como coatora é parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda, falta a este Órgão competência para apreciar a actio. Precedentes deste Órgão Especial. Ante o exposto, julgo extinto este processo, sem resolução de mérito, por ilegitimidade de parte, com

Acesso ao Sumário

relação ao Governador do Estado de São Paulo, denegando a segurança, nos termos do artigo 485, VI, do Código de Processo Civil, c.c. artigo 6º, parágrafo 5º da Lei nº 12.016/2009, com a devolução dos autos à Vara da Fazenda Pública da Comarca de Rio Claro, considerando que o impetrante também apontou como autoridade coatora o Ilustríssimo Coordenador do Sistema de Arrecadação e Tributação." (Órgão Especial, Mandado de Segurança Cível nº 0002766-94.2021.8.26.0000, rel. Des. ALEX ZILENOVSKI, j. 25/08/2021)

Dessa maneira, julga-se extinto o processo sem resolução do mérito, por ilegitimidade passiva "ad causam" do Sr. Prefeito do Município de São Paulo, nos termos do artigo 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/09, c.c. o artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil. E, remanescendo no polo passivo o Sr. Diretor do Departamento Estadual de Trânsito, a outra autoridade apontada como coatora, determina-se a baixa dos autos à origem, para que se prossiga no julgamento do presente "writ".

III. Pelo exposto, julgam extinto o processo sem resolução do mérito, no que diz respeito ao Prefeito do Município de São Paulo, com determinação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 2092888-51.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante JOSIELE DE ALMEIDA AFONSO GIMENES, 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 38.328)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, PAULO ALCIDES, 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, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES e MARCIA DALLA DÉA BARONE.

São Paulo, 4 de outubro de 2023.

TASSO DUARTE DE MELO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. Concurso público. Agente de Organização Escolar do SQC-III. Quadro de Apoio Escolar. Decadência. Ocorrência. Direito de requerer mandado de segurança extinto decorridos cento e vinte dias da ciência do encerramento do prazo de validade do concurso. Exegese do art. 23 da Lei n.º 12.016/09. Doutrina. Não bastasse, impetrante aprovada e classificada além das vagas disponíveis. Direito subjetivo à nomeação. Inocorrência. Inexistência de preterição ou de inequívoca necessidade de nomeação. Poder discricionário, observados critérios de conveniência e oportunidade. STF, RE 837.311-PI, com repercussão geral. Contratação por tempo determinado. Irrelevância. Mera necessidade temporária de excepcional interesse público. Exegese do art. 37, inc. IX, da CF. Precedentes deste C. Órgão Especial.

Segurança denegada.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança (fls. 1/20) impetrado por JOSIELE DE ALMEIDA AFONSO GIMENES contra o GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO que não teria nomeado candidata aprovada em concurso público.

A Impetrante sustenta, em síntese, ter direito à nomeação e posse no cargo de "Agente de Organização Escolar do SQC-III", pois "A contratação temporária de Agentes de Organização Escolar efetivada pela Secretaria da Educação é, *data venia*, um modo de preterição dos candidatos remanescentes habilitados no certame", a demonstrar o comportamento expresso do Poder Público sobre a inequívoca necessidade do serviço e o direito subjetivo à nomeação para a Diretoria de Ensino – Região de Presidente Prudente.

Foi indeferida a liminar (fls. 743/744).

A FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO requereu seu ingresso como assistente litisconsorcial (fl. 751), o que foi indeferido (fls. 752/753, Item 2).

A gratuidade foi inicialmente indeferida (fls. 752/753, Item 1), sobrevindo reconsideração (fls. 760/761 e 763).

Foram prestadas informações (fls. 770/788), sustentando: **(i)** a Impetrante foi classificada além das vagas disponíveis no concurso; **(ii)** não há direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados além do número de vagas; **(iii)** "os cargos de Agente de Organização Escolar disponíveis na Diretoria de En-

Acesso ao Sumário

sino de sua inscrição, qual seja, de Presidente Prudente, foram inteiramente preenchidos por candidatos com melhores classificações"; **(iv)** deve ser considerada a discricionariedade e o interesse público; **(v)** as contratações temporárias se justificaram sob o contexto da pandemia da Covid-19; **(vi)** inadmissível qualquer nomeação após o prazo de validade do concurso.

A D. Procuradoria Geral de Justiça se manifestou pela concessão da segurança (fls. 859/865).

É o relatório.

A hipótese é de MS impetrado por candidata aprovada em concurso público para além do número de vagas.

O mandado de segurança é instrumento de proteção de direito líquido e certo, que deve ser concedido sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofra violação ou houver justo receio de sofrê-la por ato de autoridade, nos termos do art. 1º, *caput*, da Lei n.º 12.016/09.

Com efeito, "O pressuposto do mandado de segurança, portanto, é a ausência de dúvida quanto à situação de fato, que deve ser provada documentalmente. Qualquer incerteza sobre os fatos decreta o descabimento da reparação da lesão através do mandado, devendo a parte pleitear seus direitos através de ação que comporte a dilação probatória" (Vicente Greco Filho. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 162).

Da decadência.

Em suas informações, o GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO sustenta que a validade do concurso se encerrou em 18.12.22, não se admitindo a nomeação posterior (fl. 785).

Não se desconhece o entendimento no sentido da inadmissibilidade da impetração do MS após o prazo de validade do concurso (TJSP, Órgão Especial, MS 2274666-90.2019.8.26.0000, Rel. Des. Ferraz de Arruda, unânime, j. 10.06.20, com observação em sentido contrário do e. Des. Evaristo dos Santos).

Todavia, respeitado o entendimento diverso, o termo inicial do prazo decadencial do *writ* é o encerramento do prazo de validade do certame, pois até então o Poder Público mantém o poder discricionário de nomear os candidatos aprovados.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, STJ, 1ª Turma, AgInt no AgInt no RMS 61.831-SE, Rel. Min. Gurgel de Faria, unânime, j. 14.03.22, 1ª Turma, RMS 60.776-PI, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, unânime, j. 20.08.19, e 2ª Turma, RMS 55.464-RJ, Rel. Des. Mauro Campbell Marques, unânime, j. 21.11.17.

Também, os precedentes deste Relator, MS 2042553-62.2022.8.26.0000, unânime, j. 16.11.22, e os seguintes:

"MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DO GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO (...) '**Em se tratando de mandado de segu-**

rança voltado contra a ausência de nomeação de candidato aprovado em concurso público, os efeitos da decadência passam a operar a partir do término do prazo de validade do certame, sendo este o termo inicial da contagem do lapso decadencial previsto no artigo 23 da Lei nº 12.016/2009'. 'Após o encerramento do concurso, não se cogita mais de nomeações pois é nesse momento em que a mera expectativa pode convolar-se em direito líquido e certo à nomeação. Portanto, a partir daí, o candidato já reúne, em tese, os atributos jurídicos suficientes para combater suposta ilegalidade na ausência de nomeação'"

(TJSP, Órgão Especial, MS 0017984-02.2020.8.26.0000, Rel. Des. Renato Sartorelli, maioria, j. 01.07.20, destacou-se)

"MANDADO DE SEGURANÇA – Impetração em face de ato omissivo do Governador do Estado (ausência de nomeação de concursando) (...) Alegada violação ao direito subjetivo à nomeação que se consolidou no dia seguinte ao término do prazo de validade do concurso – **Contagem do prazo decadencial de 120 dias para a impetração do mandado de segurança que teve início quando do término do prazo de validade do concurso** (...)"

(TJSP, Órgão Especial, MS 2109709-09.2018.8.26.0000, Rel. Des. João Carlos Saletti, unânime, j. 07.11.18, destacou-se)

"MANDADO DE SEGURANÇA – Impetração em face de decisão do Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo que nomeou candidatos aprovados em concurso público para provimento do cargo de Oficial de Justiça do TJSP – **direito à impetração que se extingue após decorridos 120 dias contados da ciência pelo interessado do ato impugnado (art. 23, da Lei 12.016/2009 – termo inicial do lapso decadencial contado do término do prazo de validade do concurso público** (...)"

(TJSP, Órgão Especial, MS 2222663-32.2017.8.26.0000, Rel. Des. João Negrini Filho, unânime, j. 13.06.18, destacou-se)

Ainda, MS 0017150-33.2019.8.26.0000, Rel. Des. Francisco Casconi, unânime, j. 18.09.19, MS 0188528-67.2013.8.26.0000, Rel. Des. Vanderci Álvares, unânime, j. 12.03.14, MS 0308286-45.2010.8.26.0000, Rel. Des. Samuel Júnior, unânime, j. 09.02.11, e MS 0327576-46.2010.8.26.0000, Rel. Des. Jurandir de Sousa Oliveira, unânime, j. 13.10.10.

Pois bem. Na hipótese o concurso público foi homologado em 18.12.18 (fato incontroverso), com prazo inicial de dois anos e poderia, em tese, ter sua validade suspensa entre 13.07.20 e 31.12.21, nos termos do art. 3º, *caput* e § 2º, da Lei Estadual n.º 17.268, de 13.07.20, segundo o qual "**Fica autorizada a suspensão dos prazos de validade de concursos públicos já homologados**" (destacou-se), lei regulamentada pelo Decreto Estadual n.º 65.463, de 12.01.21.

Todavia, tendo-se presente que se trata de lei meramente autorizativa, deveria a Impetrante provar que a validade do concurso público em análise foi suspensa, *v.g.* consoante o concurso público para o cargo de Enfermeiro no Hos-

Acesso ao Sumário

pital Heliópolis (TJSP, Órgão Especial, MS 2042553-62.2022.8.26.0000, Rel. Des. Tasso Duarte de Melo, unânime, j. 16.11.22).

Assim, considerando que o concurso foi homologado em 18.12.18 (fato incontroverso) e permaneceu valido somente até 18.12.22, verifica-se que decorreu em 18.04.23 o prazo de 120 (cento e vinte) dias para requerer o mandado de segurança, nos termos do art. 23 da Lei n.º 12.016/09, observada a impetração em 19.04.23 (fl. 741), apenas um dia depois do prazo decadencial.

Sobre o tema, a lição de Sidney Palharini Júnior:

"**A decadência, que é a perda de um direito pelo seu não exercício em um determinado prazo fixado, no caso, diz respeito ao direito de a parte valer-se da ação mandamental, ou seja, se transcorrido o prazo de 120 dias perderá a parte o direito de impetrar mandado de segurança, ficando, todavia, resguardado o direito material da parte, que poderá utilizar as vias ordinárias para perseguir o seu direito.**

Pode-se afirmar, no entanto, que o reconhecimento dessa decadência é peculiar, uma vez que não revela resolução de mérito, nos termos do art. 487, II, do CPC, pois o que se subtrai da parte é o acesso à via mandamental, apenas. O direito material restará intacto se não tiver transcorrido o prazo da lei civil para sua discussão em juízo em ação própria, como, aliás, prevê o artigo 19 da Lei 12.016/2009.

Sendo decadencial o prazo, de ordinário, o seu curso não se interrompe e não se suspende, nos termos da legislação civil."

(Luiz Manoel Gomes Junior *et. al. Comentários à Lei do Mandado de Segurança*: lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, livro eletrônico, destacou-se)

Assim, extinguiu-se o direito de requerer o mandado de segurança, devendo ser denegada a ordem.

Nesse sentido, os precedentes deste Relator, AgInt no MS 2194804-65.2022.8.26.0000, unânime, j. 19.10.22, e os seguintes:

"**MANDADO DE SEGURANÇA. Ato Jurisdicional. Prazo. Decadência consumada, uma vez que a impetração deu-se após o decurso de 120 dias, contados a partir do momento em que a impetrante teve ciência inequívoca da suposta ofensa ao direito afirmado na inicial.** Hipótese, ademais, a par de inexistir teratologia no ato apontado como coator, o ordenamento jurídico disponibiliza à impetrante vias recursais adequadas à manifestação e seu inconformismo, o que atrai a incidência da Súmula 267 do Supremo Tribunal Federal. Exame da doutrina e da jurisprudência. (...)"

(TJSP, Órgão Especial, MS 2110961-08.2022.8.26.0000, Rel. Des. Jarbas Gomes, decisão monocrática, j. 23.06.22, destacou-se)

"MANDADO DE SEGURANÇA – Decisão do Desembargador Coordena-

Acesso ao Sumário

dor da Diretoria de Execuções de Precatórios e Cálculos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que determinou a extinção de precatório quitado, não reconsiderada – **Embargos de declaração com pedido de reconsideração não interrompe prazo decadencial para ação de mandado de segurança – STF, Súmula 430 – Ato abusivo e ilegal – Data da decisão administrativa que extinguiu o precatório supera o prazo decadencial de 120 dias para a impetração do presente 'mandamus' (Lei nº 12.016/2009, art. 23) – Decadência reconhecida** – Segurança denegada."

(TJSP, Órgão Especial, MS 2180487-96.2021.8.26.0000, Rel. Des. Ademir Benedito, unânime, j. 09.02.22, destacou-se)

"CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL – MANDADO DE SEGURANÇA – PROCESSO CRIMINAL – ADVOGADO DATIVO – ATO JUDICIAL – APLICAÇÃO DE MULTA POR ABANDONO PROCESSUAL (ART. 265 CPP) – PRAZO PARA IMPETRAÇÃO DE 120 DIAS – PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO QUE NÃO SUSPENDE OU INTERROMPE O PRAZO DECADENCIAL – DECADÊNCIA CONSUMADA. 1. **O prazo para impetração do mandado de segurança é de 120 dias da ciência do ato (art. 23 da Lei nº 12.016/2009), entendida esta como comunicação oficial, não estando sujeito a quaisquer causas de interrupção ou de suspensão, de tal sorte que a formulação de pedido de reconsideração não obsta o seu curso.** (...) **Prazo decadencial que se inicia com a publicação da decisão judicial, sendo irrelevante a data de decisão posterior que aprecia pedido de reconsideração ou redução.**"

(TJSP, Órgão Especial, MS 2116774-50.2021.8.26.0000, Rel. Des. Décio Notarangeli, unânime, j. 01.12.21, destacou-se)

Também, MS 0012414-64.2022.8.26.0000, Rel. Des. Evaristo dos Santos, unânime, j. 03.08.22, MS 2230908-03.2015.8.26.0000, Rel. Des. Vianna Cotrim, unânime, j. 29.06.22, MS 2254519-72.2021.8.26.0000, Rel. Des. Cristina Zucchi, unânime, j. 16.03.22, MS 2128058-55.2021.8.26.0000, Rel. Des. James Siano, unânime, j. 15.12.21, MS 2050052-73.2017.8.26.0000, Rel. Des. Renato Sartorelli, unânime, j. 19.04.17, e MS 2041605-67.2015.8.26.0000, Rel. Des. João Carlos Saletti, unânime, j. 09.03.16.

Segurança denegada.

Do direito líquido e certo.

A Impetrante sustenta, em síntese, ter direito à nomeação e posse no cargo de "Agente de Organização Escolar do SQC-III", pois demonstrado o comportamento expresso do Poder Público sobre a inequívoca necessidade do serviço e o direito subjetivo à nomeação para a Diretoria de Ensino – Região de Presidente Prudente.

Embora decorrido o prazo para requerer o mandado de segurança, *ex vi*

Acesso ao Sumário

do art. 23 da Lei n.º 12.016/09, acrescente-se em reforço que também não se verifica a existência de direito líquido e certo.

Isso porque, segundo o entendimento do C. STF, no julgamento do RE 837.311-PI, com repercussão geral (Tema n.º 784), o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público exsurge (a) da classificação dentro do número de vagas, (b) da preterição por inobservância da ordem de classificação e (c) do surgimento de novas vagas, assim demonstrado pelo comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante a validade do concurso.

Sobre o tema, a lição de Phillip Gil França:

"Foi-se o tempo em que a Administração Pública se limitava ao cumprimento da primazia da legalidade, na prática de seus atos. **A Administração Pública eficiente e legítima deve lançar olhos ao contexto em que atua, em especial na prática dos atos discricionários, em constante dialética com a sociedade e em permanente esforço na preservação do espectro de direitos fundamentais do indivíduo.**

No julgamento do RE 837.311 (publicado no DJe 072, divulgado em 15.04.2016), o STF bem pontuou que 'O Estado Democrático de Direito republicano impõe à Administração Pública que exerça sua discricionariedade entrincheirada não, apenas, pela sua avaliação unilateral a respeito da conveniência e oportunidade de um ato, mas, sobretudo, pelos direitos fundamentais e demais normas constitucionais em um ambiente de perene diálogo com a sociedade'.

Isto é, **somente se pode pensar a relação entre a economia e o Direito administrativo consequencialista responsável a partir da filtragem axiológica dos princípios fundamentais que estruturam o Estado de Direito.**"

(Phillip Gil França. *Ato administrativo, consequencialismo e compliance*: gestão de riscos, proteção de dados e soluções para o controle judicial na era da IA. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, livro eletrônico, destacou-se)

Na hipótese não houve preterição, pois não se sustenta que tenha havido a convocação e a nomeação de candidato por inobservância da ordem de classificação.

Ademais, também não houve o comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado.

A Impetrante classificou-se em 121º lugar (fl. 37) e o edital de concurso previu para a Diretoria de Ensino – Região de Presidente Prudente o total de 2 (duas) vagas disponíveis (fl. 77), não havendo prova inequívoca do surgimento de novas vagas durante a validade do concurso público.

Ademais, nem mesmo a contratação da candidata por tempo determinado

Acesso ao Sumário

(fls. 36 e 37) revela a inequívoca necessidade de nomeação do Impetrante, na medida em que realizada em decorrência da mera necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do art. 37, inc. IX, da CF e da Lei n.º 8.745/93, ora justificada sob o contexto da pandemia da Covid-19.

Em outras palavras, "**O provimento dos cargos depende de análise discricionária da Administração Pública moldada pelo crivo de conveniência e oportunidade. É que, a despeito da vacância dos cargos e da publicação do novo edital durante a validade do concurso, podem surgir circunstâncias e legítimas razões de interesse público que justifiquem a inocorrência da nomeação no curto prazo, de modo a obstaculizar eventual pretensão de reconhecimento do direito subjetivo à nomeação dos aprovados em colocação além do número de vagas**" (STF, Pleno, RE 837.311-PI, Rel. Min. Luiz Fux, maioria, j. 09.12.15, destacou-se).

Assim, inexistindo ilegalidade ou abuso de poder, deve ser denegada a segurança.

Nesse sentido, os precedentes deste Relator, MS 2066204-89.2023.8.26.0000, unânime, j. 06.09.23, e os seguintes:

> "Mandado de Segurança – Impetração contra ato do Governador do Estado de São Paulo em relação ao **concurso público para provimento de cargo de Agente de Organização Escolar do SQC-III – Edital n. 01/2018, de 30 de maio de 2018 – Impetrante aprovada fora do número de vagas previstas para o certame – Contratação temporária para o exercício da mesma função – Alegação de pretensão imotivada e abusiva pela Administração Pública – Mera expectativa de direito à nomeação – Contratação temporária não necessariamente representa arbitrariedade e preterição para a ocupação do cargo** – Contratação para função temporária com previsão constitucional, atendidos os requisitos para tanto – Aplicação do Tema 784 do Col. Supremo Tribunal Federal julgado em repercussão geral – Precedentes deste E. Órgão Especial – Segurança denegada."
>
> (TJSP, Órgão Especial, MS 2065538-88.2023.8.26.0000, Rel. Des. Marcia Dalla Déa Barone, unânime, j. 23.08.23, destacou- se)
>
> "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."
>
> (TJSP, Órgão Especial, MS 2002732-17.2023.8.26.0000, Rel. Des. Evaristo dos Santos, unânime, j. 21.06.23, destacou-se)
>
> "Mandado de Segurança impetrado contra ato atribuído ao Excelentíssimo Senhor Governador do Estado de São Paulo. **Concurso Público**

Acesso ao Sumário

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 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. (...) **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."

(TJSP, Órgão Especial, MS 2170546-88.2022.8.26.0000, Rel. Des. Aroldo Viotti, unânime, j. 08.02.23, destacou-se)

"MANDADO DE SEGURANÇA (...) **Impetração contra ato omissivo do Governador do Estado de São Paulo no âmbito de concurso público para nomeação do impetrante ao cargo de agente de organização escolar – Candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital** – Lei Complementar nº 173/2020 que suspendeu a contagem dos prazos de validade dos concursos públicos homologados, para o enfrentamento do déficit orçamentário trazido pela pandemia de Covid-19 (...) – **Contratação de temporários que não fere direito do impetrante, pois admitidos apenas para atender necessidade transitória e excepcional de interesse público – Inexistência de prova cabal de preterição na nomeação** – Tema 784 de Repercussão Geral Ausente demonstração de direito líquido e certo do impetrante à nomeação ao cargo – SEGURANÇA DENEGADA."

(TJSP, Órgão Especial, MS 0036894-43.2021.8.26.0000, Rel. Des. Elcio Trujillo, unânime, j. 23.11.22, destacou-se)

"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. (...) **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 ANÁLO-

Acesso ao Sumário

GOS. SEGURANÇA DENEGADA."

(TJSP, Órgão Especial, MS 2073603-09.2022.8.26.0000, Rel. Des. Campos Mello, unânime, j. 27.07.22, destacou-se)

"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.** (...) **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."

(TJSP, Órgão Especial, MS 2249517-24.2021.8.26.0000, Rel. Des. James Siano, unânime, j. 20.04.22, destacou-se)

Também, MS 2057379-59.2023.8.26.0000, Rel. Des. Matheus Fontes, unânime, j. 23.08.23, MS 2092879-89.2023.8.26.0000, Rel. Des. Costabile e Solimene, unânime, j. 23.08.23, MS 2002727-92.2023.8.26.0000, Rel. Des. Ademir Benedito, unânime, j. 31.05.23, MS 2002715-78.2023.8.26.0000, Rel. Des. Silvia Rocha, unânime, j. 10.05.23, MS 2095537-57.2021.8.26.0000, Rel. Des. Jacob Valente, unânime, j. 20.04.22, MS 243242-59.2021.8.26.0000, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, unânime, j. 16.03.22, MS 2087571-43.2021.8.26.0000, Rel. Des. Décio Notarangeli, unânime, j. 01.12.21, MS 2125820-63.2021.8.26.0000, Rel. Des. Damião Cogan, unânime, j. 15.09.21, MS 2088062-50.2021.8.26.0000, Rel. Des. Ferraz de Arruda, unânime, j. 14.07.21, MS 2004644-54.2020.8.26.0000, Rel. Des. Xavier de Aquino, unânime, j. 13.05.20, e MS 2199228-34.2014.8.26.0000, Rel. Des. Francisco Casconi, unânime, j. 11.02.15, em casos análogos.

Segurança denegada.

Diante do exposto, denega-se a segurança.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 2115930-32.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante

Acesso ao Sumário

LUANA MAGALHÃES CORREA, 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 50.975)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), MATHEUS FONTES, RICARDO DIP, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, LUIZ ANTONIO DE GODOY, FIGUEIREDO GONÇALVES, PAULO ALCIDES, 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, 18 de outubro de 2023.

FÁBIO GOUVÊA, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Impetração contra ato do Governador do Estado de São Paulo em relação ao concurso público para provimento do cargo de Agente de Organização Escolar do SQC-III, conforme edital n. 01/2018, de 30 de maio de 2018. Impetração datada de mais de 120 (cento e vinte) dias da expiração do concurso objeto do presente mandamus. Mandado de segurança denegado, pelo reconhecimento da decadência.

VOTO

Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado em face do Governador do Estado de São Paulo, objetivando a imediata nomeação e investidura da impetrante no cargo de Agente de Organização Escolar do SQC-III, para o qual foi realizado o certame regido pelo Edital SE nº 01/2018, com vistas ao preenchimento total de 1.495 vagas.

Afirma o advogado da impetrante, em síntese, que ela prestou concurso público, cujo prazo de validade se expirou em 18 de dezembro de 2022, para o provimento de 1.495 cargos de agente de organização escolar da rede estadual de ensino, sendo ofertadas, inicialmente, 7 vagas para a Regional de Sertãozinho, conforme edital SE n. 01/2018 (fls. 68).

Relata que a impetrante foi aprovada fora do número inicial de vagas,

Acesso ao Sumário

mas os candidatos excedentes estão sendo contratados para exercer as mesmas funções atinentes ao aludido cargo, por prazo determinado. A própria impetrante, ademais, firmou contrato nestes termos, sendo ele extinto em 28.12.2022. Alega, desta forma, que a autoridade coatora autorizou a contratação precária, mesmo com a prorrogação da validade temporal do certame e existindo candidatos aprovados excedentes em concurso público, o que confere à impetrante o direito subjetivo de nomeação e posse.

Pede, em sede liminar, a sua imediata nomeação e posse e, ao final, a concessão da segurança.

Indeferida a liminar (fls. 743/747).

O Estado de São Paulo ingressou nos autos (fls. 815/819).

O Governador do Estado prestou informações relatando que a impetrante é ocupante da 170ª posição no aludido certame (DOE de 14.12.2018). As nomeações dos candidatos aprovados ocorreram em 18.06.2021 e 26.05.2022 – documentação com cópias a fls. 820/834, sendo certo que os cargos de Agentes de Organização Escolar disponíveis na Diretoria de Ensino referida foram preenchidos por candidatos com melhor classificação que a impetrante, dado que o último candidato nomeado foi o de classificação número 159, inexistindo qualquer preterição ou ilegalidade nas nomeações.

Em seu parecer, o ilustre Subprocurador Geral de Justiça, Doutor Wallace Paiva Martins Júnior opinou pelo reconhecimento da decadência para a impetração, pois transcorridos mais de 120 dias após o fim do prazo de validade do concurso em análise. No mérito, opinou pela concessão da ordem.

É o relatório.

O reconhecimento da decadência é medida de rigor.

Com efeito, conforme exposto no art. 23 da Lei nº 12.016/2009, *"o direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado"*.

O prazo decadencial, no mais, deve ser contabilizado a partir do término da validade do aludido concurso, pois, conforme entendimento do C. STF, *"versando o mandado de segurança sobre a ilicitude da ausência de prorrogação do concurso, quando existentes candidatos aprovados e vagas, bem como acerca da impossibilidade de convocação de outro, o prazo decadencial inicia-se após o encerramento do prazo de validade do certame."* (RMS nº 23.707/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 06/04/01).

Na presente hipótese, referido lapso temporal decorreu entre a extinção do concurso público de edital SE nº 01/2018, em 18.12.2022, e a data da impetração, em 15.05.2023.

Este foi o entendimento recente, aliás, deste C. Órgão Especial, em Man-

Acesso ao Sumário

dado de Segurança versando sobre o mesmo edital:

> MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PRAZO EXTINTIVO CARACTERIZADO. Impetração datada de mais de 120 (cento e vinte) dias da expiração do concurso objeto. Segurança denegada.
>
> (Mandado de Segurança Cível nº 2101792-60.2023.8.26.0000; Rel. Des. Ricardo Dip; j. em 06/09/2023)

Por esses motivos, denega-se a segurança pelo reconhecimento da decadência do direito de ação, nos termos do artigo 23, da Lei 12.016/2009 c.c. art. 487, inc. II, do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 2120835-80.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante CARLA FERNANDES FORTUNATO, é impetrado GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "INDEFERIRAM O PEDIDO DE INGRESSO DA FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO NO FEITO, E JULGARAM EXTINTO O PROCESSO, COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, DENEGANDO-SE A SEGURANÇA. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.509)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), NUEVO CAMPOS, LUIZ ANTONIO DE GODOY, FIGUEIREDO GONÇALVES, PAULO ALCIDES, 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, RICARDO DIP, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES e TASSO DUARTE DE MELO.

São Paulo, 18 de outubro de 2023.

SILVIA ROCHA, Relatora

Ementa: – Mandado de segurança – Concurso público para provimento de cargos de agente de organização escolar, em nível regional – Pedido de ingresso no feito formulado pela Fazenda Pública do Estado

Acesso ao Sumário

de São Paulo, como assistente litisconsorcial – Indeferimento – Não se admite intervenção de terceiros no rito especial do mandado de segurança.

– Decadência configurada – Extinção do processo, com resolução de mérito, nos termos do artigo 487, II, do Código de Processo Civil – Segurança denegada.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado contra ato imputado ao Governador do Estado de São Paulo, relacionado a concurso público para provimento do 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" (fls. 2).

A impetrante afirma que: a) cumpriu todos os requisitos exigidos no edital do referido concurso, realizou as provas necessárias e foi aprovada em 188º lugar; b) a validade do concurso é de dois anos, prorrogável uma vez por idêntico período, com vencimento previsto para 18.12.2022; c) o concurso ficou suspenso até 31.12.2021, em virtude do Decreto nº 65.463, de 12 de janeiro de 2021, de maneira que não houve decadência; d) foi convocada para a escolha de vaga, mas, em vez de ser efetivamente empossada, foi contratada por prazo determinado, de um ano, ao lado de outros candidatos, para exercer a mesma função; e) nesse meio tempo, houve convocações para cargos efetivos e contratações de mais servidores temporários; f) foi aberto novo edital, em 2023, para o mesmo cargo; g) o primeiro edital informou haver sete vagas disponíveis e, no entanto, há manifesto déficit de pessoal, tanto que foram firmados vários contratos temporários; h) candidatos aprovados em colocações piores, na lista de classificação do concurso, estão ocupando seu lugar, na estrutura da Administração, na condição de servidores temporários; i) a Administração tem recursos financeiros para a sua nomeação imediata; j) tem direito líquido e certo à nomeação; k) foi aprovada além do número de vagas e não teria direito à nomeação, não fosse o fato de a Administração a ter convocado e estar convocando outros candidatos remanescentes do concurso, para a celebração de contratos temporários, o que caracteriza preterição indevida e infringe o artigo 37 da Constituição Federal; l) em conformidade com o artigo 37, IV, da Constituição Federal, "durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira"; m) havendo disponibilidade de cargos públicos e necessidade de preenchimento imediato, o que se conclui pela existência de contratações temporárias, candidatos aprovados em concurso público têm preferência sobre servidores temporários, deven-

Acesso ao Sumário

do, claro, ser obedecida a ordem de classificação do certame; n) os requisitos para a contratação temporária (edição de lei específica, necessidade anormal e transitória, interesse público inadiável, etc) não foram plenamente satisfeitos; o) a remuneração dos servidores temporários é idêntica à dos efetivos; p) sua nomeação deixou de ser mera expectativa de direito para tornar-se direito líquido e certo; e q) deve ser concedida tutela de urgência, para que seja nomeada, tome posse e inicie o exercício do cargo para o qual foi aprovada, na região escolhida, ou, no mínimo, para que haja reserva de vaga, até o julgamento final.

O pedido liminar foi indeferido pela decisão de fls. 481/484.

Em seguida, foram apresentados: a) pedido de ingresso no feito deduzido pela Fazenda Pública do Estado de São Paulo como assistente litisconsorcial (fl. 489), b) informações do Governador do Estado (fls. 495/514); e c) parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 585/592).

O Governador do Estado de São Paulo aduziu que: a) a impetrante foi aprovada fora do número de vagas; b) houve justo motivo para as contratações temporárias, que não implicaram preterição dos candidatos remanescentes habilitados no concurso, em virtude das incertezas geradas pela pandemia; c) se aplica ao caso o entendimento do Supremo Tribunal Federal cristalizado na tese de repercussão geral nº 784; d) o prazo de validade do concurso expirou; e e) de qualquer forma, o pretenso direito da impetrante foi atingido pela decadência.

Já a Procuradoria-Geral de Justiça sustentou o seguinte: a) no caso em exame, a candidata foi aprovada fora do número de vagas e não há direito subjetivo à nomeação, mas mera expectativa de direito, nos termos definidos no tema de repercussão geral nº 784; e b) não obstante, a ordem deve ser concedida, pois a contratação temporária de agentes de organização escolar, para a recomposição dos quadros da Secretaria de Educação, implicou preterição indevida e injustificável de candidatos aprovados no concurso ainda vigente.

É o relatório.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por candidata participante de concurso público destinado ao provimento de cargos de agente de organização escolar, em nível regional.

Acesso ao Sumário

Indefiro, em primeiro lugar, o pedido de ingresso no feito da Fazenda Pública do Estado de São Paulo (fl. 489).

Como o C. Órgão Especial vem decidindo, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, "o rito procedimental do mandado de segurança é incompatível com a intervenção de terceiros, *ex vi* do art. 24 da Lei nº 12.016/09, ainda que na modalidade de assistência litisconsorcial (MS 32074, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 05.11.2014" (MS nº 2048951-88.2023. 8.26.0000, rel. Des. Tasso Duarte de Melo, j. 16.08.2023).

Em segundo lugar, o processo deve ser extinto, porque houve decadência.

O prazo para a impetração de mandado de segurança é de 120 dias (artigo 23 da Lei nº 12.016/2009) e conta-se, em casos como o dos autos, do "encerramento da validade do certame, momento em que surge eventual direito líquido e certo a ser resguardado por meio da ação mandamental" (STJ, 2ª Turma, EDcl AgInt AgInt RMS nº 63.017/AL, relator Ministro Francisco Falcão, j. 03.04.2023).

No mesmo sentido:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PESSOAL. PRAZO DECADENCIAL. TERMO INICIAL. TÉRMINO DA VALIDADE DO CERTAME. ARTIGO 23 DA LEI N. 12.016/2009. PRECEDENTES.
>
> 1. Tendo o recurso sido interposto contra decisão publicada na vigência do Código de Processo Civil de 2015, devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele previsto, conforme Enunciado Administrativo n. 3/2016/STJ.
>
> 2. O prazo decadencial para o aprovado em concurso público impetrar mandado de segurança contra ausência de nomeação, o que, na situação em tela, abrange eventual irregularidade na respectiva convocação, deve ser contado da data de expiração da validade do certame. Quando já expirado o prazo de validade do concurso, não se pode falar em ato omissivo. Os efeitos da decadência passam a operar a partir do término do prazo de validade do concurso, por se tratar de um ato concreto. Precedentes.
>
> 3. No caso concreto, mesmo considerando que a validade do concurso se encerrou em 29/06/2014, como defende a recorrente, observa-se que a exordial do mandado de segurança somente foi protocolizada em 18/01/2019, muito além do lapso temporal de 120 (cento e vinte) dias legalmente estabelecido, sendo impositivo o reconhecimento da decadência do direito à impetração.
>
> 4. Agravo interno não provido. (STJ, 1ª Turma, AgInt EDcl RMS nº 67.468/MT, relator Ministro Benedito Gonçalves, j. 12.12.2022, g.n.).

A validade do concurso em análise expirou no dia 18.12.2022 (fl. 25), após o fim da emergência sanitária resultante da pandemia do Covid-19, em 22 de abril de 2022 (Portaria do Ministério da Saúde nº 913, com vigência a partir de 22.05.2022), conforme se extrai de vários precedentes do C. Órgão Especial, dentre os quais os seguintes: Mandado de Segurança nº 2243242-59.2021.8.26.0000, rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. 16.03.2022; Mandado de Segurança nº 2170546-88.2022. 8.26.0000, rel. Des. Aroldo Viotti, j. 08.02.2023; e Mandado de Segurança nº 2036037-89.2023.8.26.0000, rel. Des. Costabile e Solimene, j. 23.08.2023.

Acesso ao Sumário

Resolvendo caso em tudo semelhante, relativo ao mesmo concurso, o C. Órgão Especial deste Tribunal de Justiça decidiu que: "O prosseguimento deste *writ* encontra óbice na extrapolação do prazo de 120 dias a contar do termo final da validade do versado concurso para provimento dos cargos de Agente de Organização Escolar, regido pelo Edital SE 01/2018, concurso que se encerrou em 18 de dezembro de 2022, sendo a presente ação ajuizada em 1º de maio de 2023, ou seja, vencido já o prazo legal de extinção da faculdade de exercício da segurança" (MS nº 2101792-60.2023.8.26.0000, rel. Des. Ricardo Dip, j. 06.09.2023).

Partindo dos mesmos precedentes, e por inferência lógica, a suspensão das nomeações decorrentes do referido concurso, por determinado período, imposta pelos Decretos Estaduais nºs 64.937, de 13 de abril de 2020, e 65.463, de 12 de janeiro de 2021, não implicou prorrogação da sua validade e não influiu no curso do prazo decadencial, que, como se sabe, salvo disposição legal em contrário, não se impede, suspende nem interrompe (artigo 207 do Código Civil).

A ação só foi proposta em 19.05.2023, portanto, após o fim do prazo fixado no artigo 23 da Lei nº 12.016/2009.

Custas *ex lege*, observado o artigo 98, § 3º, do Código de Processo Civil. Sem honorários, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009 e das súmulas 105 do Superior Tribunal de Justiça, e 512 do Supremo Tribunal Federal.

Diante do exposto, denego a segurança e julgo extinto o processo, com resolução de mérito, nos termos do artigo 487, II, do Código de Processo Civil.

Queixas-Crime - Crimes de Calúnia, Injúria e Difamação

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Crimes de Calúnia, Injúria e Difamação de Competência do Juiz Singular nº 0014621-02.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é querelante R.G.F., é querelada (...) (DEPUTADA ESTADUAL).

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "AFASTARAM AS PRELIMINARES E REJEITARAM A QUEIXA-CRIME. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.819)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICAR-

DO ANAFE (Presidente sem voto), JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, FIGUEIREDO GONÇALVES, GOMES VARJÃO, EUVALDO CHAIB, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, RICARDO DIP, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI e LUIS FERNANDO NISHI.

São Paulo, 13 de setembro de 2023.

DÉCIO NOTARANGELI, Relator

Ementa: QUEIXA-CRIME – CRIMES CONTRA A HONRA – DELITOS SUPOSTAMENTE PRATICADOS POR DEPUTADA ESTADUAL – IMUNIDADE MATERIAL – AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA PERSECUSSÃO PENAL.

1. Os Deputados Estaduais são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos (art. 27, § 1º, e 53, caput, da CF, e art. 14, caput, da CE).

2. Postagens supostamente ofensivas em redes sociais que têm conexão com a atuação parlamentar da querelada. Imunidade material. Ausência de justa causa para a propositura da ação penal. Precedentes. Queixa-crime rejeitada.

VOTO

Trata-se de queixa-crime apresentada por R.G.F. contra a Deputada Estadual (...) objetivando a condenação por calúnia e injúria (artigos 138, § 1º, e 140 e art. 141, II, § 2º, todos do Código Penal).

Sustenta o querelante, em síntese, que nos dias (...) a querelada postou mensagens nas suas redes sociais chamando o querelante de covarde e o acusando de agredir mulher grávida.

Em resposta, a querelada argui preliminarmente (i) que o querelante não faz jus a gratuidade e não recolheu as custas no prazo decadencial; (ii) que a procuração não atende aos requisitos do art. 44 do Código de Processo Penal; (iii) que a inicial não descreve a conduta tida como ilícita praticada pela querelante. No mérito, aponta falta de justa causa para o recebimento da queixa crime e invoca a imunidade parlamentar.

Acesso ao Sumário

Após a réplica a fls. 71/81, a douta Procuradoria Geral de Justiça se manifestou pela rejeição da queixa, nos termos do art. 395, III, CPP.

É o relatório.

Inicialmente afastam-se as preliminares.

A declaração de hipossuficiência não é *conditio sine qua non* para o deferimento do benefício da gratuidade. O julgador não está adstrito ao documento para negar ou conceder justiça gratuita se entende presentes os requisitos. No caso, o benefício foi deferido e não se vislumbra razão para revogá-lo.

Não procede a alegação de defeito na representação processual. Como bem destacado pelo ilustre representante do *Parquet*, "a procuração foi regularmente juntada a fls. 20 dos autos. Muito embora na procuração não se faça menção direta ao fato criminoso, ela indica o número dos autos da queixa, em cuja petição inicial o fato já estava devidamente descrito. Tal ocorreu, porque a procuração foi juntada após a distribuição da queixa. E, conforme salientado pelo querelante (fls. 76), fica atendida a finalidade do art. 44 do CPP, não havendo razão para reconhecimento de nulidade" (fls. 87).

Tampouco é caso de inépcia da inicial. A despeito de algumas irregularidades, a peça contém a exposição do fato criminoso – no caso a imputação ao querelante da prática de crime (agressão física) e de fato desabonador à honra subjetiva (covardia) – com as circunstâncias necessárias para o pleno exercício do direito de defesa, a qualificação do acusado e a classificação dos crimes, o que preenche os requisitos do art. 41 do CPP.

Na questão de fundo, porém, o caso é de rejeição da queixa crime por ausência de justa causa.

Segundo dispõe o art. 53, *caput*, da Constituição Federal, os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

Na esteira da Carta Magna, a Constituição Bandeirante prevê que os Deputados Estaduais são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos (art. 14, *caput*). O dispositivo reforça o comando do art. 27, § 1º, CF, que estende aos Deputados Estaduais as regras da Constituição Federal sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas.

Os dispositivos se referem à chamada imunidade material. "A imunidade material", ensina NORBERTO AVENA, "conduz à intocabilidade ou intangibilidade dos parlamentares nas esferas cível e criminal, de forma que não poderão ser responsabilizados civilmente por perdas e danos em razão de suas manifestações e nem mesmo ter instaurado contra si, pelos mesmos motivos, inquérito policial ou ação penal para apuração da prática de crime ou contravenção. Perceba-se que apesar de a literalidade do art. 53, caput, da Constituição

Acesso ao Sumário

Federal garantir a inviolabilidade nas esferas civil e penal, está consolidado o entendimento de que, das opiniões, palavras e votos exarados pelos parlamentares, também não lhes poderão resultar sanções de natureza administrativa, disciplinar ou política. A inviolabilidade, enfim, é total. Nem mesmo o término do mandato permite que o parlamentar seja indiciado ou processado em decorrência destes pronunciamentos. Por este motivo, aliás, que tal imunidade também é chamada de absoluta" (Processo Penal, 12ª edição, pág. 174).

No caso, a querelada, Deputada Estadual com atuação na área de violência contra a mulher (endereço eletrônico constante do texto original), criticou com palavras fortes o querelante, então Secretário de Segurança Pública do Município de (...), em duas postagens nas redes sociais, nas quais declarou ter pedido esclarecimentos à Prefeitura Municipal de (...) e à Secretaria Estadual de Segurança Pública sobre o conteúdo de vídeo que circula na rede de computadores mostrando uma altercação entre o querelante e uma mulher grávida que supostamente teria culminado em agressão física.

Independentemente das questões levantadas na queixa-crime em relação ao vídeo e aos interesses que teriam motivado sua publicação, fato é que as postagens em rede social têm nexo causal com a atuação parlamentar da querelada e estão protegidas pela imunidade absoluta de opiniões, palavras e votos. E, "uma vez constatado que o acontecimento inclui-se no âmbito da imunidade material, não cabe sequer indagar se o fato, objetivamente, poderia ser considerado crime" (STF – Pet. Nº 7.308, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 22/02/21). Não há, portanto, falar em justa causa para a propositura da ação penal privada. Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte:

> "QUEIXA CRIME – Crimes de injúria e difamação, atribuídos a Deputado Estadual – Declarações proferidas por Deputado Estadual enquanto parlamentar e no exercício de seu mandato não são capazes de produzir reflexos na esfera penal, ante a incidência da imunidade parlamentar prevista no art. 27, § 1º c/c art. 53, ambos da Constituição Federal – Declarações proferidas fora do recinto parlamentar em nada altera o reconhecimento da inviolabilidade parlamentar no caso dos autos – Precedentes do STF – Ausência de justa causa para a propositura da ação penal – Queixa crime rejeitada" (Crimes de Calúnia, Injúria e Difamação de Competência do Juiz Singular 2065590-21.2022.8.26.0000, Rel. Des. Ademir Benedito, j. 19/10/22).
>
> "QUEIXA-CRIME Representação contra o Sr. (...), Deputado Estadual, pretendendo sua condenação por difamação, com pena no triplo (art. 139, caput, c. c. § 2º do art. 141, ambos do CP) e reparação de danos (art. 387, IV, do CPP), por proferir, em (...), no Plenário da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, discurso ofensivo e de ódio. Ausência de justa causa. O Deputado em questão proferiu as manifestações tidas como ofensivas na Tribuna da Casa Legislativa. Observa-se, no caso, o disposto em preceitos constitucionais (art. 53 da Constituição

Acesso ao Sumário

Federal e art. 14 da Bandeirante). Há cláusula inviolável de imunidade material. Aflora, no caso dos autos, seu espectro absoluto. Acontecimento na Tribuna da ALESP. As raríssimas exceções, aqui não ocorreram. Despicienda a aferição de compatibilidade entre o conteúdo produzido e o exercício do mandato. Ausente qualificação penal do fato objetivo – compreendido este último no escopo da imunidade parlamentar –, falta justa causa para a deflagração da ação penal. Precedentes. Daí a liminar rejeição da queixa (art. 395, III do CPP e art. 6º da Lei nº 8.038/90). Queixa-crime rejeitada" (Crimes de Calúnia, Injúria e Difamação de Competência do Juiz Singular 2067173-41.2022.8.26.0000, Rel. Des. Evaristo dos Santos, j. 29/06/22).

"QUEIXA CRIME. Querelado, Deputado Estadual. Imputação, crimes de difamação e injúria veiculados pela internet. Situação alcançada pela imunidade parlamentar material. Art. 14 da Constituição Estadual (e art. 53 da Constituição Federal). Precedentes do STF. Justa causa para propositura da ação penal: inexistência. Antagonismo político que, mesmo quando manifestado além das paredes das Casas de Leis, encontra presente e atuante aquela prerrogativa política, especialmente em razão do nexo aqui evidente com o exercício do mandato. Rejeição da queixa crime, nos termos do art. 395, III do Cód. de Processo Civil" (Crimes de Calúnia, Injúria e Difamação de Competência do Juiz Singular 0004011-09.2022.8.26.0000, Rel. Des. Costabile e Solimene, j. 30/03/22).

"QUEIXA-CRIME. Itapira. Deputado Estadual. Entrevista concedida via rede social. Crime contra a honra. Difamação. CP, art. 139. Imunidade parlamentar. – 1. Crimes contra a honra. Dolo específico. Para a configuração dos crimes tipificados nos art. 138 a 140 do Código Penal se exige a presença do ânimo deliberado de ofender a honra alheia, isto é, o dolo específico. Precedentes do STJ. – 2. Entrevista via rede social. Não se extrai das declarações do querelado o dolo específico de ofender a honra do querelante, senão manifestação sobre situação controvertida e com evidente apelo político envolvendo o plantio de espécimes arbóreos considerados danosos ao meio ambiente. A forma como o querelado se refere às árvores, associando-as ao nome do querelante, denota figura de linguagem jocosa frequentemente utilizada no debate político, sem que isso desborde para a grave esfera criminal. – 3. Imunidade parlamentar. O querelado exerce atualmente o mandato de Deputado Estadual e se encontra revestido pela imunidade assegurada aos parlamentares estaduais; e não há como ignorar que se encontrava no exercício de atividade político-parlamentar ao se manifestava sobre questões afetas à administração do município que é considerado um de seus redutos eleitorais. Ausência de tipicidade e de justa causa para o exercício da ação penal. Inteligência do art. 395, III do CPP. – Queixa-crime rejeitada liminarmente" (Crimes de Calúnia, Injúria e Difamação de Competência do Juiz Singular 0006278-22.2020.8.26.0000, Rel. Des. Torres de Carvalho, j. 31/03/21).

Acesso ao Sumário

"QUEIXA-CRIME – DIFAMAÇÃO E INJÚRIA – QUERELADO QUE É DEPUTADO ESTADUAL E, AO REALIZAR DISCURSO NO PLENÁRIO DA RESPECTIVA CASA LEGISLATIVA, OFENDEU A HONRA DO QUERELANTE – CASO EM QUE AMBAS AS PARTES SÃO POLICIAIS MILITARES INATIVOS E A OFENSA FOI FEITA EM RAZÃO DE SUPOSTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL PRATICADO PELO QUERELANTE CONTRA OUTRA POLICIAL MILITAR HIERARQUICAMENTE INFERIOR – CONEXÃO DA OFENSA COM A CONDIÇÃO DE PARLAMENTAR REPRESENTANTE DESSE SEGMENTO SOCIAL – RECONHECIMENTO – INCIDÊNCIA DO DISPOSTO NO ART. 53, CAPUT, DA CF – PRECEDENTES DO STF – EXCLUDENTE DE ILICITUDE DO FATO QUE IMPLICA FALTA DE JUSTA CAUSA PARA INSTAURAÇÃO DA AÇÃO PENAL – QUEIXA REJEITADA" (Crimes de Calúnia, Injúria e Difamação de Competência do Juiz Singular 2238236-42.2019.8.26.0000, Rel. Des. Francisco Casconi, j. 15/07/20).

Ressalte-se, por fim, que, como a imunidade material constitui forma de "tutela à própria independência do parlamentar, que deve exercer seu mandato com autonomia, destemor, liberdade e transparência, eventual excesso deve ser apreciado pela respectiva Casa Legislativa, que é o ente mais abalizado para apreciar se a postura do congressista foi compatível com o decoro parlamentar ou se, ao contrário, configurou abuso das prerrogativas asseguradas aos membros do Congresso Nacional, nos termos do art. 55, § 1.º, da Constituição" (STF – Pet nº 6.587/DF, DJe 18/08/17).

Por essas razões, rejeita-se a queixa-crime nos termos do art. 395, III, do Código de Processo Penal.

Reclamações

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reclamação nº 2183598-20.2023.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é reclamante W.L.K., é reclamado 8ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM EXTINTO O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. XAVIER DE AQUINO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 82.412)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, RICARDO DIP, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, LUIZ ANTONIO DE GODOY, FIGUEIREDO GONÇALVES, PAULO ALCIDES, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI e ADEMIR BENEDITO.

São Paulo, 18 de outubro de 2023.

CAMPOS MELLO, Relator

Ementa: 1. RECLAMAÇÃO CONTRA ACÓRDÃO PROFERIDO POR UMA DAS CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO DESTA CORTE. 2. RECLAMAÇÃO PROPOSTA APÓS TRÂNSITO EM JULGADO. CONFIGURADO O ÓBICE DE QUE TRATA O ART. 988, § 5º, I, DO C.P.C. 3. RECLAMAÇÃO EXTINTA, COM FUNDAMENTO NO ART. 485, VI, DO C.P.C, COM CONDENAÇÃO DA RECLAMANTE NAS CUSTAS E HONORÁRIOS.

VOTO

Trata-se de reclamação contra acórdão copiado a fls. 65/72, proferido pela 8ª de Direito Público desta Corte, que negou provimento a recurso de apelação, interposto em mandado de segurança, no qual o impetrante postulava a isenção de pagamento de IPVA.

Alega o reclamante que o julgamento proferido pela 8ª Câmara de Direito Público contraria decisões do Órgão Especial, que já reconheceram a inconstitucionalidade de dispositivo da Lei Estadual n. 17.293/2020. Pede a procedência.

Processada a reclamação sem liminar, foram prestadas informações pelo Des. Relator da apelação, a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela extinção sem exame do mérito e o interessado pelo não conhecimento e pela improcedência.

É o relatório.

A presente reclamação deve ser extinta, sem exame do mérito.

Convém assentar, de início, que a reclamação 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. A procedência da reclamação implica apenas a cassação da decisão reclamada (cf. art. 992 do

Acesso ao Sumário

C.P.C.), com a consequente determinação de 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.

Além disso, 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 relação de prejudicialidade entre eles (cf. art. 988, § 6º, do C.P.C.).

No presente caso, o que se verifica é que a reclamação foi ajuizada em 18.7.2023 e que o trânsito em julgado ocorreu no dia 13.6.2023 (cf. fls. 525/527 dos autos principais). Assim, quando da propositura da presente já estava configurada a coisa julgada, que impede o julgamento de mérito. 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).

Esse é o entendimento consolidado do STF para hipótese análoga, consoante teor da Súmula 734: "*Não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal*".

No mais, cabível a condenação do reclamante nos encargos de sucumbência, arbitrados os honorários advocatícios em favor do beneficiário da decisão reclamada (Estado de São Paulo) em R$ 1500,00, atualizáveis a partir da intimação do presente.

Pelo exposto, julgo extinta, sem exame do mérito, com fundamento no art. 485, VI, do C.P.C., a presente reclamação.

Acesso ao Sumário

Representações Criminais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Representação Criminal/Notícia de Crime nº 2227276-85.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é representante PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é representado PROCURADORA GERAL DO ESTADO DE

SÃO PAULO.

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 49.193OE)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, AROLDO VIOTTI, RICARDO DIP, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, SOUZA NERY, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA e XAVIER DE AQUINO.

São Paulo, 27 de setembro de 2023.

DAMIÃO COGAN, Relator

Ementa: Representação Criminal/Notícia de Crime. Promoção de arquivamento do feito pela Procuradoria Geral de Justiça. Inteligência do art. 1º, da Lei nº 8.658/1993, e artigo 3º, inciso I, da Lei nº 8.038/90. Precedentes do E. STF e deste C. Órgão Especial. Promoção do arquivamento das peças de informação.

VOTO

Trata-se de representação criminal encaminhada pelo Ministério Público Federal à Procuradoria Geral de Justiça, instruída com cópia da ação nº (...), que tramitou perante o Juizado Especial Federal Cível de Guarulhos, proposta por A.C.S.C., menor, representada por sua genitora M.C.R.S. em face da União, Estado de São Paulo e Município de Guarulhos, com pedido de condenação em obrigação de fazer consistente na realização de cirurgia por médico especializado em ortopedia infantil na coluna da autora, uma vez que não houve cumprimento da obrigação no prazo estipulado pela sentença que havia determinado o cumprimento da obrigação no prazo de 30 dias.

A d. Procuradoria Geral de Justiça, em parecer do Exmo. Sr. Procurador de Justiça, Dr. Mario Antonio de Campos Tebet, manifestou-se pelo arquivamento do feito, com as ressalvas do disposto no artigo 18, do Código de Processo Penal.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

O pedido de arquivamento deve ser acolhido por não se vislumbrar a prática de qualquer infração penal.

Trata-se de notícia do não cumprimento de determinação judicial e remessa de cópia para apuração de eventual crime de desobediência nos autos da ação nº (...), que tramitou perante o Juizado Especial Federal Cível de Guarulhos, em face da União, Estado de São Paulo e Município de Guarulhos, com pedido de condenação em obrigação de fazer consistente na realização de cirurgia por médico especializado em ortopedia infantil na coluna da autora, que possui diagnóstico de paralisia cerebral espástica com escoliose grave (CID G800/M414).

A ação foi julgada procedente, determinando-se o cumprimento da obrigação de fazer em trinta dias, fixada multa diária de quinhentos reais para o caso de descumprimento da sentença.

Diante do não cumprimento da determinação no prazo estipulado, o juízo determinou a notificação do Procurador Chefe da Fazenda do Estado de São Paulo para que fosse a ordem cumprida no prazo de cinco dias.

Vieram informações aos autos prestadas pelo Instituto de Ortopedia e Traumatologia do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, dando conta de que a cirurgia de A.C.S.C. estava programada para o dia 07 de julho de 2023.

Assim, foram os autos remetidos ao Ministério Público Estadual para apuração de eventual prática do crime de desobediência pelo Procurador-Geral do Estado.

Como bem observado, o crime tipificado no artigo 330 do Código Penal só é punido a título de dolo, ou seja, para a sua configuração se exige que o sujeito ativo se conduza com a vontade livre e consciente de desobedecer à ordem legal de funcionário público.

De acordo com as informações prestadas pelo Instituto de Ortopedia e Traumatologia do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo noticiando o agendamento da cirurgia da menor, o que demonstra que o Estado de São Paulo tomou providências no sentido de cumprir o comando emergente da sentença, o que afasta qualquer cogitação sobre a intenção da Procuradora-Geral do Estado em desobedecer a ordem judicial.

Salienta que se é certo que a demora no cumprimento da sentença expõe o deficiente funcionamento do sistema de saúde do Estado de São Paulo, não é menos verdadeiro que é insuficiente para a configuração da infração penal tipificada pelo artigo 330 do Código Penal.

Assim, conforme anotado, as consequências da demora limitam-se a incidência da multa diária fixada na sentença, sem qualquer reflexo penal.

Dessa forma, entendendo que os elementos de informação coligidos aos autos não constituem lastro suficiente para dar-se continuidade à instauração de

Acesso ao Sumário

persecução criminal, a Procuradoria Geral de Justiça promove o arquivamento dos autos, observado o disposto no artigo 18, do Código de Processo Penal.

Ademais, de acordo com o entendimento assente na jurisprudência, se o Procurador Geral de Justiça promove o arquivamento do feito, não compete discutir a procedência quanto à inexistência de elementos nos autos para a propositura da ação penal contra a autoridade, de acordo com o artigo 1º, da Lei nº 8.658/1993 e do artigo 3º, inciso I, da Lei nº 8.038/90.

Por consequência, sendo a determinação de arquivamento promovida pelo Exmo. Sr. Procurador Geral de Justiça, somente há de ser ratificado o encerramento do procedimento investigatório.

Nesse sentido a jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal:

> I. STF: competência penal originária por prerrogativa de função que, cuidando-se de titular de mandato eletivo, firma-se na data de diplomação e faz nulo o recebimento da denúncia posterior a ela. II. ***Processo penal de competência originária dos tribunais: irrecusabilidade do pedido de arquivamento de inquérito ou outra peça de informação quando formulada pelo Procurador-Geral competente e fundada na falta de base de fato para a denúncia.*** (STF, AP 371 QO, Relator Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 12/05/2004, DJ 04-06-2004 PP-00044 EMENT VOL-02154-01 PP-00013)

> Inquérito. 2. Representação de autoridade contra Ministro de Estado, imputando-lhe prática de crime de injúria. 3. Procedimento que teve curso, inicialmente, no âmbito da Justiça local, sendo os autos, posteriormente, remetidos ao STF. 4. Requerimento do Procurador-Geral da República de arquivamento do inquérito. 5. **Havendo o Chefe do Ministério Público federal, titular da ação penal na espécie, requerido o arquivamento do inquérito, defere-se a súplica, em face dos termos do art. 231, § 4º, do RISTF, e do art. 28, in fine, do Código de Processo Penal.** (STF, Inq 851 QO, Relator Néri da Silveira, Tribunal Pleno, julgado em 01/07/1994, DJ 06-06-1997 PP-24871 EMENT VOL-01872-01 PP-00142)

> Inquérito – crime de ação pública (prevaricação) imputado a ministro de estado – arquivamento requerido pela Procuradoria Geral da República – deferimento pelo STF. Em se tratando de notícia de crime, punível, em tese, mediante ação pública (prevaricação), atribuída, exclusivamente, ao Procurador-Geral da República, a este fica reservado o poder de não intentá-la, segundo seu convencimento. Tudo conforme dispõem, conjugadamente, os arts. 119, parágrafo 3º, 'C', da C.F., 100 do C. Penal, 230, 231, parágrafo 4º, do RISTF, 24 e 28 do Código de Processo Penal. Esse entendimento do Tribunal, que é pacífico, foi reiterado em Plenário no Inquérito n. 223 (RTJ-116/7). **No caso, o Procurador Geral da República não vislumbrou crime de ação pública na conduta imputada ao indiciado. E por isso pediu o arquivamento dos autos. Só restou,**

Acesso ao Sumário

então, ao S.T.F. determiná-lo, sem exame das razões de tal pedido. (STF, Inq 398, Relator Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/1988, DJ 09-09-1988 PP-22539 EMENT VOL-01514-01 PP-00030).

Inquérito – Ação Penal. **Titularidade do Procurador-Geral da República, que requer o arquivamento da representação. Não cabe ao Tribunal examinar-lhe o mérito, sen**ão aceitar-**lhe a decisão, como titular que é da ação penal**. Jurisprudência da Corte. Agravo Regimental Improvido. (STF, Inq 223, AgR, Relator Min. OSCAR CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/1985, DJ 29-11-1985 PP-21916 EMENT VOL-01402-01 PP-00006)

"Notitia criminis". **O Procurador-Geral da República, na qualidade de chefe do Ministério Público, órgão titular da ação penal pública, dá a palavra definitiva sobre a pertinência da ação (art-28 do Cod. Proc. Penal). E de se considerar que o poder de propor a ação compete ao Ministério Público, não podendo o tribunal obrigá-lo a oferecer denúncia, sob pena de violar o princípio do "ne procedat judex ex officio".** O arquivamento não faz coisa julgada material. Surgindo novos elementos de prova aptos a fundamentar a denúncia cabe o seu oferecimento pelo representante do Ministério Público, salvo quando extinta pela prescrição, a punibilidade do indiciado. Pedido de arquivamento deferido. (STF, Inq 180, Relator Min. DJACI FALCÃO, Tribunal Pleno, julgado em 27/06/1984, DJ 31-08-1984 PP-13933 EMENT VOL-01347-01 PP-00029 RTJ VOL-00110-03 PP-00925)

No mesmo sentido os precedentes deste C. Órgão Especial:

Representação Criminal – Requerimento da d. Procuradoria Geral de Justiça de arquivamento dos autos de representação criminal, interposto contra o Deputado Estadual, (...), por não se verificar "À luz dos contornos criminais dos dois delitos em exame – incitação a prática de crime e infração de medida sanitária preventiva – conclui-se que os vídeos, conquanto inflamados e dissociados das evidências necessárias para contenção da grave pandemia, não se subsumem integralmente a norma penal" – ***Pretensão que não poderia mesmo ser recusada pelo Tribunal – Precedentes desta Corte e dos Tribunais Superiores*** – Pedido acolhido, ordenado o arquivamento do procedimento e determinado envio de cópias destes autos ao Deputado Estadual e ao Exmo. Governador do Estado de São Paulo. (TJSP; Representação Criminal/Notícia de Crime 2063222-73.2021.8.26.0000; Relator: Ademir Benedito; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 28/04/2021; Data de Registro: 29/04/2021)

Cuida-se de procedimento instaurado a partir de representação criminal manejada por (...), na qual imputa à magistrada (...), Juíza de Direito da (...), a prática do crime previsto no artigo 36 da Lei Federal nº 13.869/2019 ("Art. 36. Decretar, em processo judicial, a indisponibilidade

Acesso ao Sumário

de ativos financeiros em quantia que extrapole exacerbadamente o valor estimado para a satisfação da dívida da parte e, ante a demonstração, pela parte, da excessividade da medida, deixar de corrigi-la"). ***Pedido de arquivamento deduzido pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, por não vislumbrar qualquer infração penal a ser apurada. Irrecusabilidade do pedido do titular da ação, consoante inteligência da jurisprudência firmada pelo E. STF. Precedentes deste colegiado. Pedido de arquivamento acolhido.*** (TJSP; Representação Criminal/Notícia de Crime 2036041-97.2021.8.26.0000; Relator: Alex Zilenovski; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 17/03/2021; Data de Registro: 18/03/2021)

Representação criminal contra Promotor de Justiça – imputação de violação de sigilo funcional e coação no curso do processo (artigos 325 e 344 do código penal) – Pedido de arquivamento formulado pela Procuradoria Geral de Justiça – Ausência de indícios da prática de crime de modo a justificar a propositura de ação penal – Irrecusabilidade pelo Tribunal de Justiça – Impossibilidade de aplicação analógica do artigo 28 do Código de Processo Penal em procedimentos da competência originária dos tribunais – Precedentes – Arquivamento determinado". "Não compete ao Poder Judiciário rever ou sobrepor-se à deliberação do representante do Ministério Público de não propor a ação penal". ***"Na hipótese de ação penal originária, isto é, da que se promove junto ao Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Eleitorais e Tribunais Regionais Federais, se o Procurador-Geral de Justiça ou da República, dentro de suas respectivas áreas, entender dever ser o inquérito arquivado, outra posição não poderá tomar o Tribunal senão acolher o pedido, pelo simples fato de o arquivamento ter sido solicitado pelo próprio Chefe da Instituição.*** (TJSP; Representação Criminal/Notícia de Crime 2068950-95.2021.8.26.0000; Relator: Renato Sartorelli; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 28/04/2021; Data de Registro: 30/04/2021)

Isto posto, **determina-se o arquivamento da presente representação criminal nos termos propostos pela douta Procuradoria Geral de Justiça.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Representação Criminal/Notícia de Crime nº 2213554-81.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é representante PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é representada (...) (JUÍZA DE DIREITO).

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo,

proferir a seguinte decisão: "DETERMINARAM O ARQUIVAMENTO DOS AUTOS. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.555)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, AROLDO VIOTTI, RICARDO DIP, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, SOUZA NERY, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN e EVARISTO DOS SANTOS.

São Paulo, 27 de setembro de 2023.

VICO MAÑAS, Relator

Ementa: Representação Criminal – Suposta prática de crime de prevaricação por Magistrada – Promoção de arquivamento pelo MP – Ausência de elementos a autorizar a instauração da ação penal – Irrecusabilidade do requerimento formulado pelo titular da ação penal – Acolhimento do pleito, com determinação de arquivamento dos autos.

VOTO

O Ministério Público apresenta promoção de arquivamento de representação criminal ofertada por (...) em razão da suposta prática de crime de prevaricação pela MMª Juíza de Direito (...).

O Procurador de Justiça oficiante, por delegação do Procurador Geral, aduz que não se vislumbra, no caso, a prática de qualquer ilícito penal, descabendo propositura de ação (fls. 01/05).

É o relatório.

Consta dos autos que a idosa (...) obteve perante a Fazenda Pública do Estado de São Paulo, por decisão transitada em julgado, o direito de receber mensalmente medicamentos de uso contínuo a partir de outubro de 2022. Descumprida a mencionada ordem judicial desde então, ingressou com ação de cumprimento de sentença.

Ocorre que, conforme alega a noticiante, a MM. Juíza de Direito da (...) Vara da Fazenda Pública da Comarca de (...), responsável pelo processo, teria deixado de "aplicar no caso em tela disposição expressa de lei para beneficiar

Acesso ao Sumário

a sua fonte pagadora e o servidor público estadual responsável pela aquisição e fornecimento do medicamento, pois tem juntado aos autos dois pedidos de bloqueio de verba pública pendente de apreciação, o que caracteriza, então, a satisfação do interesse ou sentimento pessoal" (fls. 07/08). (...), assim, teria cometido o crime previsto no art. 319 do Código Penal.

Não estão presentes, todavia, elementos suficientes para a instauração de procedimento investigatório na esfera penal contra a Magistrada.

Como bem observado pelo d. Procurador de Justiça, "o relato constante da notícia de fato não encontra respaldo em qualquer elemento de prova que pudesse nos levar à suspeita de que a magistrada tivesse omitido ou retardado a prática de ato de ofício, com o escopo de satisfazer interesse ou sentimento pessoal" (fl. 04).

Com efeito, nada indica que (...) "estaria se negando a conferir efetividade a provimento jurisdicional contrário à Fazenda Pública, com o escopo de preservar quem arca com o pagamento dos subsídios que lhe são devidos em razão do exercício da atividade judicante" (fl. 04).

Ademais, consulta efetuada no dia 06/09/23 aos andamentos do Cumprimento de Sentença nº (...) pelo e-SAJ indicam que, não fornecidos os remédios, a parte autora postulou a aplicação de multa diária à Fazenda, pleito indeferido em três oportunidades. Em uma das ocasiões (maio de 2023), esclareceu a representada que a conduta não configura prevaricação, mas "entendimento jurídico, sendo que esta Magistrada opta pelo cumprimento da obrigação da forma menos onerosa ao Estado, tanto já ter havido o bloqueio de valores para compra dos medicamentos (fls. 357)". A mesma pesquisa confirma sucessivos bloqueios mensais de verbas públicas, penhora online positiva e expedição de mandados de levantamento eletrônicos, o último em julho, referente ao mês de abril, no valor de R$ 196,78.

Logo, bem lançadas as ponderações pelo arquivamento, de qualquer forma, irrecusável, dado o caráter vinculante do posicionamento do MP, como disposto no art. 3º, I, da Lei 8.038/90.

Essa a compreensão do STF e deste C. Órgão Especial:

> "A promoção de arquivamento da Procuradoria-Geral da República configura juízo negativo sobre a viabilidade da persecução penal pelo órgão que detém, com exclusividade, a *opinio delicti* a partir da qual é possível, ou não, instrumentalizar o processo judicial. Consolidou-se a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de ser irrecusável o pedido de arquivamento do Procurador-Geral da República, como decorrência da prerrogativa constitucional da exclusiva titularidade da ação penal, ressalva feita às situações em que o pedido de arquivamento seja formulado sob o fundamento da atipicidade da conduta ou da extinção da punibilidade" (Pet 9595, Rel. Ministra Cármen Lúcia, j. 02.06.2021).

Acesso ao Sumário

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 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 1604 QO, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. 13/11/2002, DJ 13-12-2002 PP-00092 EMENT VOL-02095-01 PP-00162).

"1. REPRESENTAÇÃO CRIMINAL. PROMOÇÃO DE ARQUIVAMENTO REQUERIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. 2. ÓRGÃO MINISTERIAL QUE ENTENDE NÃO TER RESTADO DEMONSTRADA A PRÁTICA DE ILÍCITO PENAL. MANIFESTAÇÃO FORMULADA PELA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA. IMPOSSIBILIDADE DE REJEIÇÃO DO ARQUIVAMENTO CONFORME ENTENDIMENTO DESTE ÓRGÃO ESPECIAL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 3. ARQUIVAMENTO DETERMINADO" (TJSP; Representação Criminal/Notícia de Crime 2201416-53.2021.8.26.0000; Relator: Campos Mello; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 29/09/2021; Data de Registro: 01/10/2021).

"Representação Criminal/Notícia de Crime. Promoção de arquiva-

Acesso ao Sumário

mento do feito pela Procuradoria Geral de Justiça. Inteligência do art. 1º, da Lei nº 8.658/1993 e artigo 3º, inciso I, da Lei nº 8.038/90. Precedentes do E. STF e deste C. Órgão Especial. Promoção do arquivamento das peças de informação" (TJSP; Representação Criminal/Notícia de Crime 2152000-19.2021.8.26.0000; Relator: Damião Cogan; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 11/08/2021; Data de Registro: 03/09/2021).

"Representação criminal e inquérito policial apensado. Apuração da imputação da prática de crime a Deputado Estadual. Manifestação da Procuradoria de Justiça pela ausência de causa ao seguimento do feito. Promoção vinculativa e acatada. Arquivamento" (TJSP; Representação Criminal/Notícia de Crime 2121345-64.2021.8.26.0000; Relator: Claudio Godoy; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 07/07/2021; Data de Registro: 08/07/2021).

Saliente-se que não é possível nem ao menos cogitar da aplicação do disposto no art. 28 do CPP, porque a manifestação decorre de Procurador de Justiça que oficia por delegação do Procurador Geral.

Frente o exposto, com fulcro no art. 3º, I, da Lei 8.038/90, acolhe-se o requerimento apresentado pelo Ministério Público, determinando-se o arquivamento dos autos, ressalvado o disposto no artigo 18 do Código de Processo Penal.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2112446-09.2023.8.26.0000, da Comarca de Cananéia, em que é agravante MUNICÍPIO DE CANANÉIA, é agravado R.A.T. (MENOR).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao agravo de instrumento para afastar a obrigatoriedade do Apelante em fornecer terapias multidisciplinares pelo método ABA Terapia Comportamental e Prompt, sem prejuízo da obrigatoriedade do Poder Público de concessão das terapias disponíveis pelo SUS, para a mesma finalidade, com observação (recomendação, para que seja oportunizado à parte autora, caso tenha interesse, a emenda à inicial, a fim de possibilitar a produção de prova pericial). V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44.586)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 1º de setembro de 2023.

FRANCISCO BRUNO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: Agravo de Instrumento – Infância e Juventude – Pleito de fornecimento de tratamento pelo método ABA a menor diagnosticado com Transtorno do Espectro Autista – Insurgência contra a r. decisão que deferiu o pedido de tutela antecipada – Documentos acostados aos autos não são suficientes, em fase sumária de cognição, para confirmar se o menor utilizou as terapias oferecidas pelo SUS, bem como se o método ABA e Prompt são superiores ao tratamento oferecido pelo Sistema Único de Saúde, nem atestam de forma fundamentada e circunstanciada as dificuldades pedagógicas do menor – Ausência de prova pré-constituída do direito líquido e certo – Necessidade de

Acesso ao Sumário

dilação probatória, com produção de perícia médica, incompatível com o rito do mandado de segurança – Precedentes – Garantia ao agravado, no entanto, do direito às terapias fornecidas gratuitamente pela rede pública de saúde, na forma já prevista no SUS – Recomendação, contudo, para que seja oportunizado à parte autora a emenda à inicial, a fim de converter a ação mandamental em obrigação de fazer, possibilitando a produção da prova pericial, indispensável ao caso concreto no tocante ao equipamento e insumos pretendidos – Agravo de instrumento provido, com determinação.

VOTO

VISTOS.

Trata-se de agravo de instrumento , com pedido de atribuição de efeito suspensivo, interposto pelo **Município de Cananéia** contra a r. decisão proferida pelo MM. Juízo de Direito da Vara da Infância da Comarca de Cananéia, cujo trecho principal ora se transcreve (fls. 25/27 do Proc. nº (...)):

"(...) Por tais razões, DEFIRO a tutela provisória de urgência para DETERMINAR à autoridade coatora que providencie o fornecimento ao infante de psicoterapia, terapia ocupacional com integração sensorial e fonoaudiologia sugerindo 15ll semanais de terapia, baseado em ciência ABA e Terapia Comportamental e Prompt, no prazo de 30 dias, sob pena de multa diária no valor de R$ 500,00, limitada ao teto de R$ 20.000,00. (...)"

Sustenta o agravante, em síntese, que não há nos autos comprovação da insuficiência do tratamento proporcionado pelo SUS, nem da essencialidade e indispensabilidade da terapia pelo método ABA.

Invoca as Notas Técnicas nº 366/2021 e nº 97988/2022, ambas emitidas pelo Nat-Jus/SP, que corrobora com o argumento de que não há comprovação na literatura cientifica de que há superioridade do método ABA em detrimento de outros métodos de reabilitação.

Defende ser indispensável a realização de perícia médica pelo IMESC antes da disponibilização do tratamento pleiteado, a fim de que seja constatada sua real imprescindibilidade, bem como sua superioridade em relação aos demais tratamentos dispensados pela rede pública de saúde.

Alega que, em sendo indispensável a dilação probatória, com realização de prova pericial, evidencia-se a inadequação da via eleita, uma vez que não se admite dilação probatória em Mandado de Segurança. Nesse sentido, afirma que

Acesso ao Sumário

a denegação da ordem não impede o ajuizamento de nova ação de conhecimento para melhor elucidação do caso, mas que efetivamente o remédio constitucional é incompatível com a dilação probatória imprescindível ao caso. Assim, requer seja conhecido e provido o presente recurso (fls. 1/11).

O pedido de atribuição do efeito suspensivo foi deferido (fls. 47/53).

Não houve resposta ao recurso (fl. 59).

Ato contínuo, os autos foram encaminhados à d. Procuradoria-Geral de Justiça, que opinou pelo não provimento do agravo de instrumento (fls. 62/69).

É o relatório.

Cuida-se de *agravo de instrumento* interposto contra r. decisão que deferiu o pedido de tutela de urgência para determinar o fornecimento de *psicoterapia, terapia ocupacional com integração sensorial e fonoaudiologia sugerindo 15ll semanais de terapia,* ***baseado em ciência ABA e Terapia Comportamental e Prompt,*** pleiteadas para o tratamento de menor diagnosticado com *Transtorno do Espectro Autista e Apraxia da Fala*.

Não se olvida que a saúde é direito social de natureza fundamental (artigo 6º, CF), com eficácia plena em face do Estado, por força do artigo 196 da CF/88, *verbis*: *"A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas públicas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação."*

Especialmente em relação à criança e ao adolescente, reforça-se o dever do Poder Público de garantir a efetivação do direito à saúde, conforme disposto o artigo 4º, *caput* , do ECA: *"É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária."*

Assegura-se, nesse sentido, *"acesso integral às linhas de cuidado voltadas à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do Sistema Único de Saúde, observado o princípio da equidade no acesso a ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde"* (artigo 11, *caput*, do ECA).

Nesse quadro, garante-se o fornecimento, àqueles que necessitam, *"medicamentos, órteses, próteses e outras tecnologias assistivas relativas ao tratamento, habilitação ou reabilitação para crianças e adolescentes, de acordo com as linhas de cuidado voltadas às suas necessidades específicas."* (artigo 11, § 2º do ECA).

In casu, é bem verdade que não se aplica, à espécie, o Tema 106, do C. STJ, uma vez que se postula sejam os entes públicos compelidos a fornecer tratamento multidisciplinar, incluindo *psicoterapia, terapia ocupacional com inte-*

Acesso ao Sumário

gração sensorial e fonoaudiologia sugerindo 15ll semanais de terapia, ***baseado em ciência ABA e Terapia Comportamental e Prompt*** a menor diagnosticado com *transtorno do espectro autista (CID 10 – F84.0)*.

No entanto, para o custeio do referido tratamento, que não consta das metodologias de terapias oferecidas pelo SUS, forçosa a comprovação da ineficácia dos outros tratamentos disponibilizados nesta rede pública de saúde e que tenham sido utilizados pelo menor, em obediência aos princípios da isonomia e da razoabilidade.

E, ao menos *prima facie*, a documentação juntada no processo de origem (fls. 18/19, dos autos originários) são insuficientes, em juízo de cognição sumária, para amparar a ordem de pronta concessão das terapias multidisciplinares **pelo método ABA Terapia Comportamental e Prompt**, vez que a imprescindibilidade e necessidade do sobredito tratamento, em relação às mesmas terapias nas metodologias utilizadas pelo SUS, para tratamento da enfermidade que o acomete, não estão comprovadas satisfatoriamente nos documentos acostados aos autos.

Isso porque, para o custeio de terapias por métodos não fornecidos administrativa e gratuitamente pelo SUS, é imprescindível a comprovação da ineficácia dos tratamentos disponibilizados pela rede pública de saúde, aos quais já submetido o paciente, em obediência aos princípios da isonomia e da razoabilidade.

E, na espécie, a documentação acostada à inicial, especialmente os relatórios médicos e pedagógico (fls. 18/19), não apresenta justificativa relevante da inadequação das alternativas terapêuticas disponíveis no SUS para casos semelhantes ou a imprescindibilidade da disponibilização do atendimento pelos métodos específicos (ABA e Prompt), tampouco informações de que o agravante já se utilizou dos tratamentos terapêuticos disponibilizados pela rede pública de saúde.

Consigne-se, ademais, quanto ao *método ABA*, o teor da Nota Técnica nº 1.374/2021 – NAT-JUS/SP:

> *"(...) As evidências científicas apontam para o papel fundamental da reabilitação multidisciplinar, incluindo psicoterapia comportamental, terapia ocupacional, fonoaudiologia, dentre outros profissionais, em pacientes com espectro autista. O paciente terá benefício com a terapia multidisciplinar. Entretanto, a literatura científica não mostra superioridade (ou inferioridade) das metodologias solicitadas sobre outros métodos de reabilitação. A sociedade Brasileira de Pediatria recomenda que a reabilitação multidisciplinar seja feita de forma precoce, intensiva e que a metodologia escolhida respeite a singularidade do paciente e sua família.*

Acesso ao Sumário

A opção por um método ou procedimento terapêutico deve ser fundamentada em informações claras a respeito de seus princípios, técnicas e expectativas de resultados e das alternativas disponíveis, em geral as modalidades e abordagens terapêuticas se superpõem.

Os estudos de literatura mostram que não há evidência suficiente para corroborar a preponderância da ABA sobre outras alternativas.

Em relação ao método de integração sensorial de Ayres, os estudos consultados não mostram que essa estratégia, seja melhor que outras, embora com evidências de bons resultados.

Entendemos que o tratamento não deve ser solicitado sobre um tipo específico de método de terapia, e sim sobre tratamento e terapias eficazes. Sendo assim, concluímos que para o tratamento adequado da menor, há indicação de tratamento multidisciplinar contínuo e individualizado com profissionais devidamente habilitados e registrados em seus conselhos de classe, com orientação familiar e escolar, como parte do tratamento de todos os profissionais que acompanha a criança.

Assim, concluímos desfavoravelmente à solicitação."

Em outras palavras, verifica-se que os documentos que instruem a demanda, nessa fase processual, não são suficientes para se comprovar que as terapias requeridas pelo método ABA é superior às terapias oferecidas pelo SUS.

Nesse sentido já decidiu esta C. Câmara Especial em caso análogo:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. SAÚDE. Menores diagnosticados com Autismo. Insurgência contra deferimento de liminar para fornecimento de terapia ocupacional com integração sensorial, fonoterapia e psicoterapia pelo método ABA. Análise estrita aos elementos da tutela de urgência (art. 300 do CPC). Ausentes os pressupostos autorizadores para concessão da medida. Não demonstração da urgência e probabilidade do direito. Município que dispõe de Centro de Especialização Municipal do Autista – CEMA, onde seria oferecido tratamento multidisciplinar gratuito aos menores. Inexistência de indicação médica acerca da metodologia alternativa e justificação quanto à superioridade desta em relação aos tratamentos gratuitos ofertados na rede pública de saúde. Precedente. Deliberação reformada. RECURSO PROVIDO. (TJSP; Agravo de Instrumento 2020195-40.2021.8.26.0000; Relator: Sulaiman Miguel; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Limeira; Data do Julgamento: 10/06/2021);

Cumpre, ainda, lembrar que conceder o custeio de terapia por método específico de escolha da parte interessada, sem comprovação de que as terapias fornecidas pelo SUS não são eficientes, e considerando que existe tratamento na rede pública de saúde para o caso do agravado, se traduz em violação ao

Acesso ao Sumário

princípio da isonomia, ao se privilegiar um indivíduo em detrimento dos demais usuários do SUS, acometidos pela mesma enfermidade.

Saliente-se, a despeito do direito da criança de obter acesso aos meios necessários ao tratamento, recuperação, habilitação ou reabilitação de toda e qualquer enfermidade, e da obrigatoriedade do Poder Público em prover a saúde, na hipótese em julgamento, é preciso analisar se as terapias requeridas são, de fato, eficazes, o que, no caso, **somente será possível através de produção de provas na devida fase de instrução probatória**.

Ocorre, no entanto, que a via eleita pelo menor para pleitear seu direito à saúde de mostra inadequada à produção de prova pericial.

Isso porque nos termos do artigo 1º da Lei 12.016/2009, o mandado de segurança é remédio constitucional invocado para *"proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça"*.

De acordo com a doutrina clássica de Hely Lopes Meirelles: *"O direito líquido e certo, para fins de mandado de segurança, é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração"*[1].

Em outras palavras, o *mandamus* exige prova pré-constituída, **não sendo admissível posterior produção de provas, de qualquer espécie**. O direito alegado deve, pois, ser inequívoco.

Diante desse contexto, **não há subsídio probatório suficiente** a amparar a impetração do mandado de segurança, justamente em razão de sua peculiar característica processual.

Assim sendo, afigura-se inadequada a via processual eleita, porquanto não se admite dilação probatória em Mandado de Segurança.

Nesse contexto, ausente a demonstração da existência de direito líquido e certo, ante a necessidade de dilação probatória, imprescindível na hipótese em testilha para correta solução da lide, mas, sabidamente, incompatível no âmbito do mandado de segurança, deverá ser oportunizado à parte autora a emenda à inicial, caso tenha interesse na dilação probatória, a fim de converter a ação mandamental em obrigação de fazer, possibilitando-se a produção da prova pericial, indispensável no caso concreto, sem prejuízo da obrigatoriedade do Poder Público de concessão das terapias disponíveis pelo SUS, para a mesma finalidade.

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, pelo meu voto, **dou provimento** ao agravo de instrumento para afastar a obrigatoriedade do Apelante em fornecer **terapias multidisci-**

1 Mandado de Segurança. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, págs. 36/37.

plinares pelo método ABA Terapia Comportamental e Prompt, sem prejuízo da obrigatoriedade do Poder Público de concessão das terapias disponíveis pelo SUS, para a mesma finalidade, com observação (recomendação, para que seja oportunizado à parte autora, caso tenha interesse, a emenda à inicial, a fim de possibilitar a produção de prova pericial).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 3002696-55.2023.8.26.0000, da Comarca de Presidente Epitácio, em que é agravante ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado D.T.S.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao agravo de instrumento, mantendo-se a decisão liminar proferida nos autos deste recurso, que concedeu o prazo adicional de 30 (trinta) dias para cumprimento da obrigação imposta, a serem contados da publicação daquela decisão. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44.720)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 26 de setembro de 2023.

FRANCISCO BRUNO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: Agravo de instrumento – Infância e Juventude – Insurgência contra a r. decisão que deferiu a antecipação de tutela de urgência, a fim de determinar a disponibilização de professor auxiliar a menor com Síndrome de Tourette – Medida protetiva que se mostra necessária e adequada ao caso – Direito público subjetivo de natureza constitucional – Exigibilidade independente de regulamentação – Normas de eficácia plena – Concessão de prazo suplementar para cumprimento da obrigação, em razão das naturais dificuldades administrativas para contratação do profissional pleiteado – Agravo de instrumento parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

VISTOS.

Cuida-se de *agravo de instrumento*, com pedido de efeito suspensivo, interposto pelo **ESTADO DE SÃO PAULO** contra a r. decisão proferida pela **MM. Juíza de Direito da 2ª Vara Judicial da Comarca de Presidente Epitácio**, cujo trecho principal ora se transcreve (fls. 23/25, do Proc. nº (...)):

> *"(...) defiro a liminar para o fim de determinar que a impetrada, no prazo máximo de 10 (dez) dias corridos, disponibilize em favor do(a) impetrante, professor(a) auxiliar para acompanhá-lo(a) às aulas ministradas na E. E. (...), com sede na rua (...), nº (...), em Presidente Epitácio/SP, CEP (...). Porém, consigno que o professor auxiliar a ser designado pelo(a) réu/ré/impetrado(a) não necessita ser exclusivo para atendimento ao(à) autor(a)/impetrante, podendo assistir também outros(as) discentes que se encontrem na mesma escola e em condições semelhantes às do(a) autor(a)/impetrante (...)".*

Sustenta o agravante, em síntese, que não há elementos nos autos que evidenciem a probabilidade do direito invocado, conforme disposto pelo artigo 300 do CPC.

Aduz que o documento médico acostado aos autos é insuficiente para que se conceda o pedido formulado pelo agravado, sobretudo porque referido documento apenas serve de base para comprovação do diagnóstico da doença pela qual é acometido o menor. Por outro lado, referida documentação é inapta à definição da melhor estratégia a ser adotada para o desenvolvimento escolar da criança, encargo esse, atribuído ao pedagogo especializado, que é o profissional competente para avaliar as interações do menor em âmbito escolar.

Frisa que o planejamento das atividades educacionais e das ações de ensino que colaborem para o desenvolvimento escolar da criança é tarefa que incumbe exclusivamente ao pedagogo e não ao médico assistente do impetrante, conforme previsão na Lei de diretrizes e bases da educação nacional.

Defende que também não há dano há risco de dano à parte agravada, pois o Estado de São Paulo presta o atendimento pedagógico especializado aos portadores de necessidades especiais, por meio de sala de recursos, com as especificações dadas pelo artigo 3º, I, alíneas "a" a "d" da Resolução SE 61, de 11 de novembro de 2014, cuja regência estará a cargo de professor especializado (artigo 9º da Resolução).

Pontua que o apoio especializado não deve ser prestado por um docente, porque tal conduta implicaria prática segregacionista, além de haver proibição legal inserta no âmbito do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Nesse sentido, ressalva que, caso acolhido o pleito, que o profissional a ser disponibilizado não seja professor.

Consigna que o prazo estipulado pelo d. Juízo é exíguo e insuficiente para atendimento do pleito.

Por fim, requer a concessão do efeito suspensivo ao recurso e, ao final, o seu provimento para reformar a decisão agravada. Subsidiariamente, requer seja afastado o auxílio por docente e ampliado o prazo para cumprimento para 30 dias. (fls. 1/8).

O pedido de atribuição de efeito suspensivo foi parcialmente deferido (fls. 13/18).

Houve resposta ao recurso (fls. 28/33).

A Douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo não provimento do agravo de instrumento (fls. 35/40).

É o relatório.

Conhece-se do recurso, uma vez que tempestivo.

É cediço que o direito à educação se caracteriza como norma constitucional de eficácia plena, possuindo o indivíduo direito público subjetivo de exigir do Estado a realização de medidas para a concretização ao acesso à educação gratuita e de qualidade.

Ao menor com deficiência, o tratamento diferenciado é componente essencial à garantia do sobredito preceito constitucional, tanto que o *caput* do art. 27 da Lei nº 13.146/2015 dispõe que *"A educação constitui direito da pessoa com deficiência, assegurados sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem."*.

O art. 208, III e VII, da Constituição Federal, a respeito, definiu ao administrador público cumprimento de dever (ordem), nos seguintes termos:

> *"Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:*
>
> *(...)*
>
> *III – atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;"*
>
> *(...)*
>
> *VII – atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde."*

Na mesma direção são as disposições previstas no ECA, na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/1996), bem como no Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015).

Acesso ao Sumário

O ato judicial que concretiza o direito subjetivo à saúde não se confunde com as escolhas do administrador, que possuem caráter coletivo e tendente à realização de normas programáticas, vinculadas a políticas públicas reservadas ao Poder Executivo.

A efetivação do direito individual não observado pela Administração Pública faz parte da competência natural do Poder Judiciário, ante a apresentação, para conhecimento, do caso concreto.

É o que vem definido, de forma clarividente, no inc. XXXV, do art. 5º da CF/88: *"a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"*.

Nem mesmo a alegação de ingerência do Poder Judiciário em atividades típicas do Poder Executivo pode ser utilizada como argumento para que não sejam fornecidos meios que garantam o acesso a direitos fundamentais do cidadão.

Diferente não é o entendimento já sumulado neste Tribunal de Justiça:

> ***SÚMULA 65**, TJSP: Não violam os princípios constitucionais da separação dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças ou adolescentes.*

Noutra vereda, conquanto se reconheça que o princípio da competência orçamentária atribui ao legislador as decisões finais da destinação dos recursos públicos, especialmente em políticas de atendimento universalizado da população no âmbito da saúde, não se pode admitir que esse princípio ganhe ares absolutos, retirando do administrador a responsabilidade de atender às necessidades individuais das pessoas necessitadas.

É que *"a força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada. Ele não é um princípio absoluto. Direitos individuais podem ter peso maior que razões político-financeiras"* (ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 512-513).

Assim, passa-se ao exame do caso *sub judice*.

No caso concreto, ao menos *prima facie*, verifica-se a imprescindibilidade do acompanhamento do menor por profissional de apoio para seu pleno desenvolvimento cognitivo, conforme determinado pela r. decisão combatida.

Da análise dos autos, verifica-se que a criança foi diagnosticada com *Síndrome de Tourette (CID10 – F95.2)* e *TDAH (CID10 – F90.0)*.

Observa-se que, da documentação médica juntada aos autos (fls. 15/18

dos autos principais), é mister enfatizar o que vem descrito no laudo médico de fl. 18, subscrito pela médica psiquiatra assistente do menor, Dra. (...), que atesta que: *"(...) o paciente supracitado está em acompanhamento médico psiquiátrico devido* ***alterações de comportamento, agitações, toques verbais e motores, que satisfazem o diagnóstico para Síndrome de Tourette (CID10 – F95.2) e TDAH (CID10 – F90.0). Está em uso de psicotrópicos. Recomenda-se tutoria em sala de aula*** *e/ou aulas de reforço. (...) (destacou-se).*

Em complemento, o documento de fl. 15 dos autos originais subscrito por neurologista infantil, além de atestar os distúrbios que acometem o menor, também prescreve ***"suporte individualizado e especializado"*** no período escolar.

Verifica-se, portanto, que, em relação ao agravado, a política pública educacional aplicada se mostra insuficiente ante os relatos médicos apresentados.

Assim, neste momento processual, observa-se que o acompanhamento por profissional em sala de aula é essencial para garantia do pleno acesso do menor ao sistema educacional, assegurando-lhe o efetivo exercício de direito garantido pela Constituição Federal.

Registre-se, nesse contexto, o prestígio que há de ser atribuído à prescrição médica, cujo profissional, responsável pela apuração técnica da conveniência do uso de determinado tratamento, tem sua responsabilidade imposta pelo Código de Ética Médica (Resoluções CFM nº 1.246/88 e nº 1.931/2009).

É, nesse passo, inequívoca a presença de elementos que evidenciam a probabilidade do direito do menor, sendo igualmente certo o perigo de dano ao resultado útil do processo, caso não fosse atendido o pleito de urgência ora atacado.

E isso porque são presumidos os prejuízos que experimentaria o menor, caso fosse protelado, desde quando tecnicamente indicado, o tratamento médico e o auxílio pedagógico que lhe foi prescrito.

Destarte, deve-se dar primazia, por ora, ao relatório do profissional que acompanha o histórico do agravado.

Casos semelhantes, ademais, já foram objeto de exame pela C. Câmara Especial, com conclusões idênticas às ora apresentadas:

> *AGRAVO DE INSTRUMENTO – Obrigação de fazer – Pleito de fornecimento de professor auxiliar em sala de aula durante o período escolar à criança com quadro sugestivo de Transtorno de Déficit de Atenção e Hiperatividade e alto risco para o Transtorno Misto de Habilidades Escolares – Possibilidade de antecipação de tutela em face da Fazenda Pública – Tutela deferida na origem – Direito à educação especializada, sem exclusividade – Multa diária reduzida para R$ 250,00, limitando-a em R$ 25.000,00 – Recurso provido em parte. (TJSP; Agravo de Instrumento 3001086-57.2020.8.26.0000; Relator: Magalhães Coelho (Pres.*

Acesso ao Sumário

da Seção de Direito Público); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Borborema – Vara da Infância e Juventude; Data do Julgamento: 12/06/2020; Data de Registro: 12/06/2020)

APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA CONSIDERADA INTERPOSTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROFESSOR AUXILIAR. Criança diagnosticada com transtornos específicos. Desenvolvimento motor (CID F82), epilepsia síndromes epilépticas sintomáticas definidas por sua localização (CID G40.2) e distúrbios do metabolismo do ciclo da ureia (CID E72.2). Disponibilização de professor auxiliar. Inteligência do art. 205; art. 208, I e III, CF; art. 54, III, do ECA; art. 59, III, da Lei nº 9.394/96 (LDB); art. 27 e 28, da Lei nº 13.146/15; e art. 3º, da Lei nº 12.764/12. Necessidade de acompanhamento especial na sala de aula como medida a concretizar o direito fundamental à educação. Deficiência que justifica o atendimento, durante o período letivo. Fornecimento pelo Poder Público. Atendimento não exclusivo. Possibilidade do serviço integrado e compartilhado. Dispêndio excessivo ao erário. Incidência da Súmula nº 65 do TJSP. Precedentes. RECURSOS OFICIAL E VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDOS. (TJSP; Apelação Cível 1013859-23.2018.8.26.0071; Relator: Sulaiman Miguel; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Bauru – Vara da Infância e Juventude; Data do Julgamento: 16/06/2020; Data de Registro: 16/06/2020)

Apelação cível e remessa necessária – Infância e Juventude – Mandado de segurança – Acolhimento parcial da matéria preliminar – Necessidade de fornecimento de atendimento educacional especializado para as crianças mencionadas na inicial portadoras de necessidades especiais – Direito à educação – Direito público subjetivo de natureza constitucional – Exigibilidade independente de regulamentação – Normas de eficácia plena – Determinação judicial para cumprimento de direitos públicos subjetivos – Inexistência de ofensa à autonomia dos poderes ou determinação de políticas públicas – Súmula 65, TJSP – Concretização do direito pelo fornecimento de vaga em condições de ser usufruída – Reserva do possível afastada – Possibilidade de atendimento a outras crianças pelo mesmo cuidador ou professor assistente, não havendo direito a atendimento exclusivo – Multa cominatória – Possibilidade – Limitação à luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade – Apelo voluntário e remessa necessária parcialmente providos, com determinação. (TJSP; Apelação/Remessa Necessária 1024346-08.2018.8.26.0506; Relator: Fernando Torres Garcia (Pres. Seção de Direito Criminal); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Ribeirão Preto – Vara da Infância e Juventude e do Idoso; Data do Julgamento: 10/06/2020; Data de Registro: 10/06/2020)

Acesso ao Sumário

Enfatize-se, ademais, que a decisão agravada está bem assentada nas alinhavadas premissas, pelo que efetivamente plausível o direito reconhecido.

É, ainda, indubitável a presença do perigo na demora, diante da necessidade de se assegurar, rapidamente, o direito à educação do menor.

Nada obstante a conclusão pela necessidade do acompanhamento por professor auxiliar, é entendimento jurisprudencial desta C. Câmara Especial de que, havendo disponibilização de cuidador, acompanhante ou professor assistente, isso não se traduz em direito a *atendimento exclusivo*, permitindo-se o compartilhamento dos atendimentos a outros alunos que venham também a precisar, na mesma sala de aula, dos referidos acompanhamentos especializados.

Portanto, tudo está a indicar, nessa análise superficial, própria desta fase, que o MM. Juízo de origem, visando prevenir a ocorrência de ameaça ou lesão dos direitos da criança e do adolescente, em atenção aos preceitos estabelecidos pelo ECA, tomou a solução adequada ao determinar seja o ente público compelido ao fornecimento de professor auxiliar especializado para atendimento do menor em sala de aula, repise-se, sem exclusividade, sendo oportuno anotar que o exame da matéria de fundo se dará oportunamente, em cognição exauriente, se o caso com produção de prova pelas partes que permita ao juízo *a quo* proferir decisão definitiva.

Superada a questão da obrigação da disponibilização do profissional postulado, o MM. Juízo *a quo* concedeu prazo de 10 (dez) dias para o cumprimento da ordem.

Anote-se que, considerando as naturais dificuldades a serem enfrentadas pelo Poder Público ao tomar providências para a contratação de profissional para prestar o apoio educacional ao menor, mostra-se razoável a concessão de prazo de 30 (trinta) dias para o cumprimento da liminar, contados da publicação da decisão que deferiu em parte o pedido de atribuição de efeito suspensivo (fls. 13/18), independentemente de intimação pessoal.

Por fim, ressalve-se que a presente decisão é proferida com base no exame perfunctório das provas juntadas aos autos principais e neste recurso, cabendo às partes, no curso da instrução, produzir as provas que entenderem necessárias para a defesa dos seus respectivos direitos.

Diante do exposto, **dou parcial provimento** ao agravo de instrumento, mantendo-se a decisão liminar proferida nos autos deste recurso, que concedeu o prazo adicional de 30 (trinta) dias para cumprimento da obrigação imposta, a serem contados da publicação daquela decisão.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2172638-05.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante K.S.G., é agravado M. P. DO E. DE S. P.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 55.894)**

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, 5 de outubro de 2023.

GUILHERME GONÇALVES STRENGER, Vice-Presidente e Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Infância e Juventude – Execução de medidas de proteção – Acolhimento institucional – Insurgência contra a decisão que indeferiu pedido de visitação de recém-nascida por familiares – Inconformismo da genitora – Preservação do superior interesse da menor, que já se encontra sob a guarda de família substituta – Manutenção da decisão – Agravo desprovido.

VOTO

VISTOS.

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de concessão de efeito ativo, interposto por K.S.G., genitora da menor C.S.G. (d.n. (...)), em face da r. decisão proferida pelo MM. Juízo de Direito da Vara da Infância e da Juventude do Foro Regional VII – Itaquera, nos autos da Execução de Medidas de Proteção à Criança e Adolescente nº (...), que indeferiu pedido de visitação da aludida criança por familiares.

Em síntese, sustenta a agravante que a r. decisão agravada, além de não motivada, viola o direito à convivência familiar e comunitária assegurado pela Lei nº 8.069/1990. Postula "*A antecipação da tutela recursal (concessão de efeito ativo), reformando-se liminarmente a decisão que determinou a proibição de visitas"*. No mérito, requer *"Seja o presente recurso de Agravo de Instrumento conhecido e provido, deferindo as visitas da tia paterna*" (fl. 10).

Acesso ao Sumário

O pedido de antecipação da tutela recursal foi indeferido (fls. 14/20), houve resposta ao recurso (fls. 32/37) e a d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento (fls. 40/45).

É relatório.

Cuida-se de *agravo de instrumento*, *com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal*, interposto por K.S.G. em face da r. decisão proferida pela MM. Juíza de Direito da Vara da Infância e da Juventude do Foro Regional VII – Itaquera, nos autos do Processo nº (...), "*verbis*":

"*Vistos.*

Consigno o relatório de fls. 215/229.

Inicialmente cumpre destacar que o laudo apresentado pelo Setor Técnico aponta a impossibilidade de reintegração familiar (fls. 200/208) e como já decido às fls. 193/194, eventuais pedidos da genitora, representada pela Defensoria Pública, poderão ser deduzidos nos autos da ADPF nº (...), na qual a genitora não foi localizada para a citação pessoal, tendo sido citada por edital.

Portanto, mantenho a decisão de fls. 193/194 por seus próprios fundamentos e indefiro os pedidos da Defensoria Pública deduzidos às fls. 212.

Traslade-se cópia do relatório do Setor Técnico de fls. 200/208 para os autos da ADPF.

Nestes autos, aguarde-se novo relatório do SAICA em 90 (noventa) dias.

Int." (fl. 230 dos autos de origem).

Desde logo, observa-se que a r. decisão agravada não é teratológica, cumpre o disposto no artigo 92, inciso IX, da Constituição Federal, e foi proferida com o precípuo intuito de amparar os superiores interesses da menor.

Veja-se que estudos psicossociais e relatórios da entidade de acolhimento foram favoráveis à colocação da criança em família substituta, considerando a impossibilidade de ser mantida sob os cuidados da genitora e da ausência de integrantes da família extensa aptos a assumir sua guarda.

No laudo da equipe técnica do Juízo, juntado às fls. 200/208 dos autos do processo de origem, concluiu-se que "*não há perspectivas de convivência familiar, pela ausência de projeto de cuidado por parte da tia materna e de indicação de outros familiares a serem contatados, assim como sinalizado pelo SAICA às fls. 145, neste momento, as possibilidades de reintegração familiar foram esgotadas.*".

O referido relatório apontou que, *verbis*:

"(...) *das informações apresentadas em relação a genitora, que por ora, esta se encontra em situação de extrema vulnerabilidade com intenso uso de substâncias psicoativas, com dificuldade em reconhecer os malefícios*

Acesso ao Sumário

do uso abusivo, se colocando em situação de risco, com necessidade de cuidados no âmbito da saúde mental.

Mediante o exposto, depreendemos que não há perspectivas de convivência familiar, pela ausência de projeto de cuidado por parte da tia materna e de indicação de outros familiares a serem contatados, assim como sinalizado pelo SAICA às fls. 145, neste momento, as possibilidades de reintegração familiar foram esgotadas". (fl. 208 dos autos de origem).

Também consta do referido documento que o "*Sr. J. não compareceu ao atendimento e no estudo dos autos, verificamos diversas abordagens com ele, onde nega a paternidade de C. (fls. 2/3, fls. 104 e às fls. 132 a equipe do SAICA se posiciona 'Considerando que no último contato, Senhor J. afirmou não reconhecer a paternidade de C., inclusive durante os 5 meses de acolhimento não denotou interesse em aproximação com a criança; sendo assim as possibilidades de reconhecimento de paternidade e convívio familiar, tornaram-se infrutíferos.* '" (fl. 206 dos autos de origem).

Acrescentou-se, ademais, que "*A genitora por sua vez, indicou que o pai seria Sr. C., usuário de substâncias psicoativas, fls. 4, e sua intenção seria a separação de Sr. J.. Às fls. 70, a equipe do SAICA tentou localizar o suposto genitor da criança, mas os moradores da rua o desconheciam*" (fl. 206 dos autos de origem).

Observa-se que a entidade de acolhimento onde a menor estava acolhida, (...), também se posicionou favorável à colocação em família substituta, concluindo que:

"*Diante de toda situação retratada e tendo em vista que, todos os encaminhamentos não foram efetivados, avaliamos que Senhora K. no momento não apresenta condições favoráveis para assumir aos cuidados de sua filha.*

Mediante a situação exposta, sendo esgotadas todas as possibilidades de reintegração familiar e visando a garantia da convivência familiar e comunitária da criança, sugerimos a esta r. vara a avaliação quanto ao processo de destituição da criança em tela para colocação em família substituta." (fl. 145 dos autos de origem).

Considerando, assim, o teor e a conclusão dos aludidos relatórios, confirma-se a impossibilidade do deferimento do pedido de visitação, tudo em respeito aos supremos interesses da criança, que, ademais, já se encontra em processo de colocação em família substituta e sob a guarda de casal habilitado no Sistema Nacional de Adoção, sem notícias que infirmem a correção dessa deliberação judicial (Processo nº (...)).

Ante o exposto, *NEGO provimento* ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2170056-32.2023.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é agravante E.W.F.O., é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria, negaram provimento ao recurso. Vencido o 2º Juiz que declarara voto", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.848)**

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, 10 de outubro de 2023.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Pedido de devolução de valor indeferido na origem – Extinção da ação por cumprimento de liberdade assistida imposta cumulativamente à remissão suspensiva concedida ao menor apreendido por ato análogo ao tráfico de drogas – Decisão que determinou "a intimação do(a) adolescente por meio de Oficial de Justiça, no endereço declarado nos autos, para, em 10 (dez) dias, manifestar eventual interesse em relação aos bens apreendidos, e apresentar comprovação de propriedade dos mesmos", acrescentando que, "[e]m caso negativo, ou se decorrer 'in albis' o prazo assinalado, ou não houver localização, declaro a perda do numerário apreendido em favor da União, devendo ser providenciada sua transferência à Secretaria Nacional Antidrogas" – Ausência de comprovação da propriedade do numerário – Adolescente que, na Delegacia de Polícia, na presença de sua genitora, confessou tratar-se de quantia proveniente do tráfico de drogas – Inteligência do § 1º, do art. 63 da Lei nº 11.343/06 – Parecer da Procuradoria Geral de Justiça no mesmo sentido – Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

E.W.F.O., nascido em (...), interpõe o presente recurso de Agravo de Instrumento, com pedido de antecipação da tutela recursal, contra decisão que – após sentença de extinção por cumprimento de liberdade assistida imposta cumulativamente à remissão suspensiva concedida ao menor apreendido por ato análogo ao tráfico de drogas – determinou "a intimação do(a) adolescente por meio de Oficial de Justiça, no endereço declarado nos autos, para, em 10 (dez) dias, manifestar eventual interesse em relação aos bens apreendidos, e apresentar comprovação de propriedade dos mesmos", acrescentando que, "[e]m caso negativo, ou se decorrer '*in albis*' o prazo assinalado, ou não houver localização, declaro a perda do numerário apreendido em favor da União, devendo ser providenciada sua transferência à Secretaria Nacional Antidrogas" (fl. 109 dos autos de origem).

Sustenta, em síntese, que o ordenamento jurídico admite a perda de bens quando há sentença condenatória (alínea b, inc. XLVI do art. 5º da CF e alíneas a e b do inc. II do art. 91 do CP). No caso em apreço, afirma-se não haver sentença condenatória, razão pela qual o valor apreendido deve ser devolvido ao agravante, nos termos do art. 123 do CPP. Acrescenta que, em se tratando de bem móvel, a propriedade é presumida pela posse. Alega que a decisão agravada impõe ônus excessivo ao agravante, qual seja o da apresentação de comprovante de propriedade para o resgate do numerário.

Pugna, portanto, à força de liminar, a antecipação dos efeitos da tutela para suspender a decisão agravada até o julgamento final deste recurso, vedando-se a perda, transferência, doação do montante apreendido e/ou outras medidas que impliquem expropriação. No mérito, requer o provimento do recurso para cassar os efeitos da decisão agravada, declarar que o numerário apreendido não pode ser confiscado e determinar a devolução ao agravante. Caso não seja este o entendimento, subsidiariamente, requer a intimação do recorrente para manifestar interesse e, se subsistirem dúvidas quanto à propriedade do bem, seja instaurado incidente de restituição de coisas apreendidas, na forma do art. 120 do CPP (fls. 01/17).

Após conclusão dos autos, a antecipação dos efeitos da tutela foi indeferida (fls. 23/26).

Apresentada contraminuta, o agravado pugnou pelo não provimento do recurso (fls. 34/41).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso às fls. 45/49.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Entende-se que o recurso *não merece provimento*.

Depreende-se dos autos de origem que o agravante E.W.F.O., no dia (...), foi apreendido em flagrante pela prática do ato infracional equiparado a tráfico de entorpecentes, transportando consigo uma bolsa contendo 45,49g (peso líquido calculado) de maconha e o montante de R$ 500,00 em notas trocadas.

Constatada a sua primariedade (fl. 23 dos autos de origem), o jovem foi beneficiado com a remissão suspensiva cumulada com medida socioeducativa de liberdade assistida (fls. 83/85 dos autos de origem).

Em virtude do cumprimento da medida de liberdade assistida, o processo de conhecimento foi extinto, sem, contudo, decidir-se sobre o valor em dinheiro apreendido (fls. 93/94 dos autos de origem).

O Ministério Público pleiteou a aplicação do disposto no § 1º do art. 63 da Lei n. 11.343/2006 (fls. 99/101 dos autos de origem). A defesa, por sua vez, considerando a inexistência de sentença condenatória, a devolução do valor ao jovem (fls. 105/106 dos autos de origem).

Neste cenário, o magistrado determinou "a intimação do(a) adolescente por meio de Oficial de Justiça, no endereço declarado nos autos, para, em 10 (dez) dias, manifestar eventual interesse em relação aos bens apreendidos, e apresentar comprovação de propriedade dos mesmos", acrescentando que, "[e]m caso negativo, ou se decorrer 'in albis' o prazo assinalado, ou não houver localização, declaro a perda do numerário apreendido em favor da União, devendo ser providenciada sua transferência à Secretaria Nacional Antidrogas" (fl. 109 dos autos de origem). Contra referida decisão insurge-se o agravante.

Pois bem.

Após a expedição do mandado de intimação da decisão (fls. 113/114), compareceu a genitora do agravante para manifestar interesse no numerário apreendido nos autos (fl. 115 dos autos principais), mas não comprovou a origem lícita desse valor, tampouco trouxe informação que pudesse justificar o valor considerável que estava na posse do adolescente.

Em manifestação, o Ministério Público, novamente, requereu o perdimento do montante (fls. 120/122 dos autos de origem) e a defesa, por sua vez, requereu a liberação do valor apreendido em favor do adolescente, considerando inexistência de sentença condenatória, que dinheiro é bem lícito e não se sujeita a confisco e, ainda, por ser bem móvel, a propriedade é presumida pela posse (fls. 128/132 dos autos de origem).

O magistrado, ante a ausência de comprovação de propriedade do valor apreendido, determinou a perda do numerário em favor do Fundo Nacional Antidrogas – FUNAD, nos termos do § 1º do art. 63 da Lei 11.343/06 (fl. 153 dos autos de origem).

Acesso ao Sumário

Em face desta decisão, foi interposto o Agravo de Instrumento nº (...), cujo pedido de antecipação dos efeitos da tutela foi indeferido (fls. 186/190 dos autos de origem).

A tese defensiva de que o valor apreendido deve ser devolvido ao agravante não merece prosperar.

Não se pode olvidar que o agravante foi apreendido em flagrante delito e admitiu aos policiais militares que o valor apreendido (R$ 500,00) era proveniente da venda dos entorpecentes. Declarou, inclusive, que costumava ganhar de R$ 100,00 a R$ 200,00 por dia (fls. 05/08 dos autos de origem). A informação é corroborada pela orientadora socioeducativa que informou: "*Referente ao ato infracional, o adolescente verbalizou que 'precisava fazer dinheiro e se envolveu com o meio ilícito, tava aprontando mesmo' (SIC)*" (fl. 22 do proc. n. (...)).

Depreende-se dos autos de origem que, após a decisão agravada, sobreveio decisão com o seguinte teor (fl. 153):

"*Conforme bem apontado pela D. Promotora de Justiça (fls. 120/122), ao ser abordado, o adolescente confessou que a quantia de R$ 500,00 (quinhentos reais), em notas trocadas, era proveniente do tráfico de drogas e, em solo policial, o adolescente confessou novamente, conforme consta dos termos de depoimentos dos policiais (fls. 09 e 10) e termo de declarações do adolescente, acompanhado de sua genitora (fls. 11). Desta forma, não havendo comprovação de propriedade do valor apreendido nestes autos, determino a perda do numerário apreendido em favor do Fundo Nacional Antidrogas FUNAD, nos termos do § 1º do art. 63 da Lei 11.343/06. Aguarde-se por 60 (sessenta dias) informações sobre os valores apreendidos; uma vez comprovado o depósito e, após o trânsito em julgado desta sentença, expeça-se o necessário para a transferência do numerário à SENAD (Secretaria Nacional Antidrogas); em caso negativo, certifique-se, extraiam-se cópias das peças pertinentes, entregando-se ao Juízo Corregedor Permanente, para as providências cabíveis*".

Tratando-se de numerário produto de ilícito, não pode ser restituído, ainda que concedida a remissão suspensiva cumulada com liberdade assistida. Neste sentido, a jurisprudência desta Col. Câmara Especial:

"*Apelação. Ato infracional análogo a tráfico de entorpecentes. Sentença que concedeu ao adolescente remissão judicial cumulada com medida de liberdade assistida. Decretação da perda do valor em pecúnia apreendido na posse do menor. Irresignação da Defesa concernente à perda do valor apreendido. Desacolhimento. Caso de remissão imprópria que implica na aceitação pelo adolescente da medida socioeducativa aplicada. Remissão judicial concedida com base na confissão do próprio adolescente acerca da veracidade dos fatos a ele imputados e no compromisso do núcleo familiar de acompanhar as suas atividades. Inexistência de singelo perdão judicial. Perda do valor*

Acesso ao Sumário

apreendido acertada. Recurso desprovido". (TJSP; Apelação Cível 0010550-98.2017.8.26.0506; Relatora Daniela Maria Cilento Morsello; Data do Julgamento: 21/07/2020).

"*AGRAVO DE INSTRUMENTO – Adolescente menor apreendido pela prática de ato infracional equiparado ao delito de tráfico de drogas – Ausência de sentença condenatória – Remissão judicial como forma de suspensão do processo cumulada com as medidas socioeducativas de liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade – Cumprimento integral das medidas – Extinção do processo – Intimação do adolescente para comprovação da propriedade do numerário apreendido, sob pena de perdimento – Ônus da demonstração que incumbe ao jovem adolescente – Instauração de incidente de restituição de coisas apreendidas ou remessa ao juízo cível – Inviabilidade – Procedimento cabível quando há dúvidas da materialidade e a autoria do ato infracional, bem como da origem lícita do bem apreendido – Ausência de dúvida quanto ao direito do agravante – Precedente da C. Câmara Especial – Prazo fixado de 10 dias que deve ser mantido – Decisão mantida – Recurso desprovido.*" (TJ AI 2302528-31.2022.8.26.0000 – Rel.(a): Ana Luiza Villa Nova – Comarca de Guarulhos – Acórdão julgado em 08/08/2023 e publicado no DJe em 08/08/2023).

No mesmo sentido, a manifestação do Ministério Público, pelo desprovimento do presente recurso (fls. 34/41):

"*... tampouco é de se questionar a origem ilícita dos valores apreendidos, eis que, consoante se depreende dos autos,* ***ao ser abordado, o jovem confessou que a quantia de R$ 500,00 (quinhentos reais), em notas trocadas, era proveniente do tráfico de drogas e em solo policial o jovem confessou novamente (fls. 09/11 dos autos originários).***

É inquestionável, ainda, que eventual pedido da defesa nesse sentido ensejaria o uso do Poder Judiciário, por via transversa, para realizar a lavagem de bens, direitos e valores do tráfico de drogas, aspecto este que não se pode admitir."

A reforçar a decisão de não provimento, também destaco o judicioso parecer da Procuradoria Geral de Justiça.

Portanto, a decisão agravada não padece de reparo.

Com isto, **nega-se provimento** ao recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 43.056)

Vistos.

Acesso ao Sumário

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de antecipação da tutela recursal, interposto pela defensora pública Juliana Alves de Almeida Lima, em favor do jovem **E.W.F.O.** (autos de origem n.º (...)), contra decisão que *"decretou a perda do numerário apreendido quando do flagrante (salvo se o Agravante for localizado no endereço dos autos e, no prazo de 10 dias, manifestar interesse no numerário apreendido, apresentando inclusive comprovante de propriedade)"*.

Narra que ao agravante foi imputada suposta prática de ato infracional equiparado a crime de tráfico ilícito de entorpecentes, oportunidade em que foi apreendida a quantia de R$ 500,00.

Foi concedida a remissão judicial como forma de suspensão do processo, cumulada com a medida socioeducativa de *liberdade assistida*, e, diante do cumprimento da medida referida, deu-se a extinção dos feitos executório e de conhecimento.

O Ministério Público requereu o perdimento do montante apreendido ao passo que a Defensoria Pública pugnou pela devolução. O MM. Juízo *a quo*, por sua vez, determinou a intimação pessoal do agravante, a fim de que, em 10 dias, manifeste eventual interesse quanto à importância apreendida, apresentando comprovação de propriedade, sob pena de perdê-la.

Sustenta, no entanto, que apenas a prolação de sentença condenatória, que reconheça os bens apreendidos como instrumentos do crime e ilícitos por si próprios ou como produtos/proveitos do ato, admite o perdimento. Aduz, ainda, que segundo o CNJ, os efeitos automáticos de perdimento somente recaem sobre bens confiscáveis, de modo que em relação aos não confiscáveis o efeito não é automático, necessitando de enfrentamento específico da questão.

Destaca que, na presente hipótese, não houve sentença de mérito, de modo que não se pode afirmar que a importância apreendida seja instrumento ou produto de ilícito.

Afirma, também, que, em se tratando de bem móvel, a propriedade é presumida pela posse, conforme o art. 1209, do Código Civil, razão por que não há de ser exigida a apresentação de qualquer outro documento comprovante de propriedade.

Pede, em suma, a suspensão dos efeitos da decisão recorrida, vedando a perda, transferência ou doação do valor apreendido e outras medidas que impliquem em expropriação do recorrente e, ao final, para *"(i) cassar definitivamente seus efeitos; (ii) declarar que o numerário apreendido NÃO pode ser confiscado; e (iii) determinar seja devolvido ao Recorrente desde logo, independentemente da oferta de documentos para comprovação de propriedade"*.

Subsidiariamente, postula que *"(a) seja o Recorrente pessoalmente intimado (no/s endereço/s constante/s dos autos e em outros, levantados por meio*

das pesquisas de praxe) a manifestar interesse nele, a qualquer tempo (ou, no mínimo, em 90 dias, contados da intimação pessoal); (b) se subsistirem dúvidas quanto à propriedade do bem, seja instaurado incidente de restituição de coisas apreendidas, na forma do artigo 120 do Código de Processo Penal, ou, se necessário, haja remessa da causa ao juízo cível".

O pedido para atribuição de efeito ativo ao agravo foi indeferido, dispensadas as informações (fls. 23/26).

Em contraminuta, o Ministério Público manifestou-se pelo não provimento (fls. 34/41). A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo improvimento (fls. 45/49).

É o relatório.

Ouso divergir do Eminente Relator, não obstante o profundo respeito que lhe dedico, pois, a meu ver, é caso de devolução da importância ao agravante.

A remissão não se confunde com sentença condenatória, pois não implica o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade, conforme se verifica do art. 127, do ECA (tanto que o descumprimento da medida aplicada em remissão acarreta a retomada do processo de conhecimento, para apurar eventual responsabilidade, e não a *internação-sanção*).

Assim, em se tratando de situação na qual se aplicou ao adolescente a remissão como forma de suspensão do processo, cumulada com medida socioeducativa, não há nada nos autos, portanto, a indicar a origem ilícita da importância apreendida.

Não há que falar, também, em declaração de perdimento do montante, o que somente pode ocorrer como efeito de uma sentença penal condenatória – que não é o caso, repito – conforme se verifica do art. 91, II, "b", do Código Penal.

É certo que *"Se ninguém se apresentar como dono, não se restituem as coisas apreendidas, ainda que proferida sentença absolutória"* (Silva, Marco Antonio Marques da. Código de Processo Penal comentado/ Marco Antonio Marques da Silva, Jayme Wlamer de Freitas. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 224).

In casu, porém, a importância foi, de fato, apreendida na posse do agravante, razão por que é presumida a propriedade, e ele se manifestou no sentido de reavê-los.

É de notar que quanto aos bens móveis, a propriedade é presumida pela posse, conforme dispõe o art. 1209, do Código Civil. Daí por que, sem que se verifique dúvida quanto à propriedade de tais bens pelo agravante, e inexistindo sentença penal condenatória, a devolução é de ser determinada, não se mostrando razoável exigir a demonstração da propriedade.

Consigne-se, ainda, que não há que cogitar de instauração de incidente de

Acesso ao Sumário

restituição de coisas apreendidas ou remessa da causa ao juízo cível. O § 1.º e § 4.º do art. 120 do Código de Processo Penal são aplicados, tão somente, quando há dúvida quanto ao direito do reclamante em relação ao bem, o que não se verifica no caso em tela.

Neste sentido:

*"**9. Incidente processual**: tem início, em autuação à parte para não tumultuar o curso do processo principal, quando duvidosa for a propriedade da coisa apreendida. Pode ser autor do pedido o próprio réu, a vítima ou terceiro não interessado no deslinde do feito, mas unicamente na devolução do que julga pertencer-lhe.*

(...)

***10. Juízo criminal**: determina a lei que, num primeiro momento, seja sempre o magistrado condutor do feito criminal a autoridade a liberar ou não a coisa apreendida. Somente havendo dúvida intransponível pode-se remeter a questão à esfera cível, conforme determina o § 4º. Evita-se, com isso, a apresentação de medidas cautelares ao juiz cível, desnecessariamente, desde que se possa, através de um simples incidente no processo-crime, concluir de quem seja a propriedade do que foi apreendido e não possui mais utilidade ao processo."*

(Nucci, G. S. Código de Processo Penal Comentado. 19.ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2020, pp. 309 e 310)

No presente caso, no entanto, não há dúvida de que o numerário foi apreendido na posse do agravante e não compareceu aos autos terceiro a reclamar os bens. Ausente, pois, questionamento quanto à propriedade da coisa apreendida, desnecessária a instauração do incidente de restituição ou remessa ao Juízo cível.

Não há que falar, tampouco, na aplicação do disposto no art. 123, do Código de Processo Penal: *"Fora dos casos previstos nos artigos anteriores, se dentro no prazo de 90 dias, a contar da data em que transitar em julgado a sentença final, condenatória ou absolutória, os objetos apreendidos não forem reclamados ou não pertencerem ao réu, serão vendidos em leilão, depositando-se o saldo à disposição do juízo de ausentes (grifo meu)"*, uma vez que, como já mencionado, incontroverso que os bens pertencem ao agravante.

Diante disso, respeitados entendimentos contrários, dado que houve a remissão como forma de suspensão do processo, e não sentença condenatória, diante do cumprimento da medida aplicada em remissão, com respectiva extinção, é de se determinar a restituição da importância apreendida, independentemente da comprovação da propriedade.

Ante o exposto, meu voto **dá provimento** ao agravo.

FRANCISCO BRUNO, Desembargador Presidente da Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1500595-74.2023.8.26.0015, da Comarca de São Paulo, em que é apelante A.M.S.I. (MENOR), é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao apelo interposto por A.M.S.I., mantida íntegra a r. sentença apelada, por seus próprios e jurídicos fundamentos. V.U. Sustentou oralmente a advogada Drª. Josiele de Sousa da Silva. Fez uso da palavra a representante do Ministério Público, Procuradora Dra. Lidia Helena Ferreira da Costa dos Passos.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.939)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e BERETTA DA SILVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 11 de setembro de 2023.

FRANCISCO BRUNO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: Apelação. Ato infracional equiparado ao crime de roubo majorado. Preliminares não acolhidas. Reconhecimento realizado pela vítima, que foi apresentada a diversas fotografias, perfeitamente válido. Agente que, ademais, carregou fotos de si mesmo para sistema de armazenamento em nuvem da vítima e pode ser identificado com facilidade. Inexistência de nulidade decorrente do cumprimento do mandado de busca e apreensão. Eventual irregularidade que, ademais, não contamina o conjunto probatório. Materialidade e autoria comprovadas. Versão do réu inverossímil. Imagens de sistema de segurança que não foram periciadas e cuja veracidade não pode ser verificada. Validade dos depoimentos da vítima e da prova documental, decorrente da inserção de dados pessoais do adolescente no aparelho da vítima e do carregamento de fotos. Manutenção das medidas so-

Acesso ao Sumário

cioeducativas em meio aberto, à míngua de irresignação do representante do parquet. Recurso improvido.

VOTO

A r. sentença de fls. 219/225, cujo relatório se adota, julgou procedente a representação formulada contra o adolescente A.M.S.I. e aplicou-lhe as medidas socioeducativas de liberdade assistida, pelo tempo necessário à ressocialização, e de prestação de serviços à comunidade, pelo período de três meses, à razão de três horas semanais, pela prática de ato infracional análogo ao crime previsto no art. 157, § 2º-A, inciso I, do Código Penal.

Inconformado, apela o adolescente. Pugna, em preliminar, pela nulidade do reconhecimento pessoal realizado na delegacia e pela nulidade de sua apreensão, cujo auto não contou com a assinatura de seu responsável legal. No mérito, pleiteia sua absolvição, ao argumento, em resumo, de não ter concorrido para o ato infracional equiparado ao crime de roubo majorado (fls. 233/263).

Devidamente processado, vieram contrarrazões oferecidas pelo Ministério Público (fls. 280/290).

A r. sentença foi mantida (fl. 291), subiram os autos.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça, com o parecer de fls. 302/312, opinou pelo desprovimento do apelo.

É o relatório.

As preliminares não merecem acolhimento.

De início, não há nulidade no reconhecimento do adolescente. Consta, na delegacia, que exibidas diversas fotografias de vários indivíduos, a vítima não teve dúvida em apontar o representado como o autor do roubo (fl. 8). Em juízo, repetiu o ato de reconhecimento.

Saliente-se, que, em que pese o novo entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça sobre o reconhecimento pessoal e as condicionantes expressas no artigo 226 do Código de Processo Penal, *in casu*, o reconhecimento veio corroborado por elementos que reforçam a convicção do julgador, além de não ter sido o único elemento apto a levar à certeza quanto à autoria delitiva. O autor, na posse do aparelho de telefonia celular da vítima, tirou fotos de si mesmo, tendo as mesmas sido carregadas ao sistema de arquivos em nuvem – iCloud – de modo que acessadas facilmente pela ofendida. Nesse sentido:

> *"A declarante foi até sua residência para acessar o sistema 'icloud' e alterar a senha de uso, com o objetivo de impedir que o bandido pudesse acessar suas fotos e dados em geral. Ocorre que, na data de hoje, ao acessar o 'icloud', teve acesso a fotos do autor do crime que está utilizando o aparelho celular roubado. Além disso, obteve o número de tele-*

Acesso ao Sumário

fone (11) (...) – Operadora TIM, que o meliante utilizou tentando acessar sua conta no google. Obteve ainda o email utilizado por ele, qual seja: (...)@gmail.com"

Como se vê, nos dois momentos houve acatamento integral das disposições do art. 226, inciso II, do Código de Processo Penal. Aliás, deve ser ressaltado que mesmo a inobservância precisa do rito previsto no art. 226 do diploma processual não implica nulidade, pois se trata de mera sugestão que, na expressa dicção legal, deve ser observado "se possível ". Além do mais, constata-se que o destinatário da norma insculpida no preceito normativo citado é destinada à autoridade policial, não judicial. Nesse sentido, tem-se:

"O acórdão recorrido está alinhado à jurisprudência desta Corte Superior, no sentido de que as disposições contidas no art. 226 do Código de Processo Penal configuram uma recomendação legal, e não uma exigência absoluta, não se cuidando, portanto, de nulidade quando praticado o ato processual (reconhecimento pessoal) de forma diversa da prevista em lei. Precedentes" (AgRg no AREsp 1054280/PE, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6.ª T., DJe 13/06/2017);

"[n]o campo processual penal o reconhecimento pessoal ou fotográfico por parte da vítima de crime assume inegável valor probante, somente podendo ser desconsiderado quando presente alguma circunstância que torne suspeita a identificação" (RJDTACRIM – vol. 20, out/dez-1993, p. 146, Rel. Carlos Bueno).

Também não socorre o apelante a alegação de suposta nulidade ocorrida no momento do cumprimento do mandado de busca e apreensão. O mandado foi expedido de acordo com as prescrições legais e foi cumprido pela polícia civil, que observou os limites da decisão.

Eventual falta de assinatura do representante legal do menor representa, quando muito, irregularidade, que, se comprovado prejuízo, macularia o cumprimento da busca e apreensão, não o conjunto probatório formado em desfavor do representado.

Superadas as preliminares, passo ao mérito.

Segundo se apurou, no dia (...), o apelante subtraiu, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo (não apreendida), exercida contra C.C.C.A., um telefone celular marca *Apple*, bem pertencente à referida vítima.

A materialidade está devidamente demonstrada pelos documentos de fls. 11/26 e pelas provas orais coligidas.

O apelante, ouvido perante a autoridade policial, reservou-se no direito constitucional ao silêncio (fls. 53). Em juízo, ouvido na presença de defensor de sua confiança, mediante contraditório e ampla defesa, negou o cometimento do delito. Disse que sequer conhece o local onde ocorreram os fatos. Quanto à pos-

Acesso ao Sumário

se do celular, declinou que o recebeu de seu pai, que o encontrou na rua, como presente (fls. 151/153).

A vítima, em juízo, declarou, que passeava com seu cachorro pela rua quando um motociclista armado a abordou e exigiu seu celular, demandando, ainda, o desbloqueio da tela. Relatou que, semanas depois, por meio de outro aparelho, acessou o sistema *iCloud* e verificou que suas fotos haviam sido apagadas e, em seu lugar, havia fotos de outra pessoa, a qual prontamente reconheceu como sendo o roubador. Disse que, além das fotos, havia diversas outras informações pessoais (fls. 219/225).

O delegado de polícia Guilherme Santos Azevedo, ouvido em juízo, relatou que recebeu da vítima as fotos que haviam sido carregadas no *iCloud* e solicitou, junto ao Poder Judiciário, a expedição de mandado de busca e apreensão. Após o cumprimento da diligência, o increpado foi ouvido, tendo apresentado, ao menos, três versões distintas, não sendo possível esclarecer como tivera acesso ao aparelho de telefonia celular apreendido. Destacou, ainda, que não tivera acesso a imagens do condomínio em que reside o menor, supostamente do dia dos fatos (fls. 219/225).

A testemunha E.M.O., arrolado pela defesa e em juízo, relatou que é síndico do condomínio em que o adolescente reside com a família, de modo que, após solicitação, resgatou as imagens do sistema de vigilância que comprovariam que o adolescente estava no condomínio, de bicicleta, no dia e horário do roubo. Acrescentou que o crime ocorreu a uma distância entre 30 e 35km do local em que residem e que o apelante sequer sabe pilotar moto, desconhecendo qualquer coisa que o desabone (fls. 219/225).

A testemunha G.A.N., igualmente arrolada pela defesa e ouvida em juízo, confirmou ter visto pelas imagens das câmeras de segurança do condomínio que o adolescente estava, no dia e hora dos fatos, brincando, com sua bicicleta, no local (fls. 219/225).

Em que pese o esforço da defesa, não é possível afastar o reconhecimento da autoria. As imagens juntadas aos autos são filmagens de um monitor e nem sequer foram periciadas. Assim, não é possível saber se a pessoa filmada é mesmo o apelante e se os dados registrados são hígidos (*v.g.*, se a data e horário apostos no monitor estão corretos), o que afasta a segurança necessária para infirmar a prova produzida em desfavor do apelante.

De outro lado, a versão do representado é francamente inverossímil e não ficou comprovada. É inconcebível que alguém tenha roubado um celular de elevado valor para, em seguida, abandoná-lo na via pública, sendo localizado pelo genitor do apelante. Ou, ainda, que a conta pessoal do *iCloud* da vítima tenha, por algum motivo, ido parar em outro celular.

O que ficou bem comprovado é que, certamente por mau manuseio, o

Acesso ao Sumário

apelante acabou mantendo o armazenamento em nuvem da vítima no aparelho roubado e, com isso, suas fotografias e dados pessoais ficaram disponíveis para ela, que, diante das imagens que ele tirou de si, pode reconhecê-lo, sem dificuldade.

Assim, a simples negativa do adolescente, apartada de qualquer justificativa idônea, não tem o condão de invalidar a prova oral colhida. E, no caso dos autos, não há outros elementos que ao menos indicassem qualquer interesse da vítima em incriminar o apelante.

Nesse sentido, já se decidiu:

"Prova palavra da vítima e reconhecimento do réu na delegacia ou em juízo suficiência para o esclarecimento do delito e para embasar a condenação, mormente quando a narrativa do iter criminis é retilínea e se coaduna com as demais provas colhidas nos autos." (RT 804/624)

"A palavra da vítima, nos crimes de roubo, ainda que solitária, o que não é o caso dos autos, assume significativa eficácia probatória, porquanto, como é cediço, o seu único desiderato é apontar o verdadeiro autor da infração, e não acusar inocentes, mormente quando não os conhece." (RT 744/601)

"A palavra da vítima de crime de roubo é, talvez, a mais valiosa peça de convicção judicial. Esteve em contato frontal com o agente e, ao se dispor a reconhecê-lo, ostenta condição qualificada a contribuir com o Juízo na realização do justo concreto." (TACRIM/SP, AC 1.036.841-3, Rel. Des. Renato Nalini)

De rigor a manutenção da condenação, foram fixadas ao apelante medidas em meio aberto, que, à míngua de recurso ministerial, ficam mantidas.

Ressalte-se, de todo modo, que, ante a grave ameaça empregada, bem como a gravidade em concreto dos fatos (roubo cometido mediante emprego de arma de fogo), possível seria a fixação de medidas socioeducativas mais gravosas e incompatíveis com o *status libertatis*.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento** ao apelo interposto por A.M.S.I., mantida íntegra a r. sentença apelada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Apelações/Remessas Necessárias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Ne-

Acesso ao Sumário

cessária nº 1002833-43.2022.8.26.0053, da Comarca de Santo André, em que são apelantes ESTADO DE SÃO PAULO E JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado L.G.R.S.R. (MENOR).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Em conformidade ao art. 942 e parágrafos do CPC, no julgamento estendido, decidiram: Por maioria, DÁ-SE PROVIMENTO ao recurso de apelação e ao reexame necessário, para excluir a condenação ao pagamento de custas e despesas processuais e reduzir o valor da multa diária para R$ 300,00 (trezentos reais). Vencido o relator sorteado que declara. Acórdão com o 2º juiz.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 110.148)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BERETTA DA SILVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO), vencedor, XAVIER DE AQUINO (DECANO), vencido, GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE) (Presidente), WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e FRANCISCO BRUNO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 30 de agosto de 2023.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator Designado e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: APELAÇÃO. REEXAME NECESSÁRIO. INFÂNCIA E JUVENTUDE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. Criança com diagnóstico de paralisia cerebral por Zica vírus e epilepsia de difícil controle. Pretensão ao fornecimento gratuito pelo Poder Público de dieta cetogênica. Valor da causa mantido. Não aplicação da tese fixada quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.657.156/RJ. Direito fundamental à saúde. Dever do Estado. Ausência de violação ao princípio da separação dos Poderes e à cláusula da reserva do possível. Incapacidade financeira demonstrada. Tratamento médico prescrito. Desvinculação de marca específica. Necessidade de apresentação de prescrição médica atualizada a cada trinta dias, conforme determinado na r. sentença. Possibilidade de fixação de multa diária em caso de descumprimento da obrigação. Redução do valor da multa diária. Manutenção do montante. Isenção do pagamento das custas

Acesso ao Sumário

e despesas processuais em ações de competência da Justiça da Infância e Juventude. Valor dos honorários advocatícios mantido. Reexame necessário e apelação parcialmente providos.

VOTO

Trata-se de reexame necessário e recurso de apelação nos autos da ação de obrigação de fazer ajuizada por **L.G.R.S.R**. contra o **ESTADO DE SÃO PAULO**. A r. sentença de fls. 146/151 julgou procedente a demanda, para determinar que o réu forneça gratuitamente ao autor o suplemento alimentar Ketocal, 30 latas mensais, conforme receituário médico a ser renovado a cada 30 dias, independentemente de marca específica, sob pena de multa de R$ 1.000,00 (mil reais) por dia de atraso, mas no limite de 30 (trinta) dias, e o condenou ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios sucumbenciais arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa (estabelecida em R$ 108.000,00 – cento e oito mil reais – fls. 12).

Insurge-se o Estado de São Paulo, alegando, em síntese, que o valor atribuído à causa pelo autor é excessivo. Salienta que a demanda não tem conteúdo econômico, pois é impossível mensurar o proveito financeiro obtido pela parte. Ademais, sustenta que dietas enterais não se encontram contempladas ambulatorialmente pela Secretaria de Estado da Saúde e que a Portaria nº 120, de 14/04/2009 do Ministério da Saúde recomenda o incentivo à utilização de nutrição artesanal em domicílio com a utilização de leguminosas, verduras, frutas, cereais e carnes. Destaca que de acordo com o Relatório Técnico da Coordenação de Demandas Estratégicas do SUS CODES a criança necessita de 15 (quinze) latas de insumo por mês, e não 30 (trinta). Afirma que o ente público não pode ser obrigado a fornecer dieta de marca específica. Invoca os princípios da isonomia e da separação dos poderes e a teoria da reserva do possível. Subsidiariamente, impugna o valor arbitrado para os honorários advocatícios, considerando mais adequado fixá-los em para R$ 1.000,00 (mil reais), bem como o valor da multa diária (fls. 160/184).

Apresentadas contrarrazões (fls. 189/193), subiram os autos e a D. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela manutenção da r. sentença, deixando de se manifestar sobre a questão referente aos honorários advocatícios, por se tratar de direito disponível (fls. 219/228).

O D. Relator Des. Xavier de Aquino deu parcial provimento à remessa necessária e ao apelo, para estabelecer o valor da causa em R$ 10.000,00 (dez mil reais) e reduzir os honorários advocatícios fixados para R$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais).

É O RELATÓRIO.

Acesso ao Sumário

Sempre respeitosamente, apresento voto divergente.

De início verifica-se que não é o caso de acolher a impugnação ao valor da causa.

Conforme o artigo 291 do Código de Processo Civil, *"a toda causa será atribuído valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico imediatamente aferível"*. Via de regra, o valor da causa deve ser o da vantagem econômica pretendida, por força do que dispõe o artigo 292, I, do Código de Processo Civil.

No caso, observa-se que o autor ajuizou a demanda com o fim de obter o fornecimento gratuito de suplemento alimentar (dieta cetogênica Ketocal – nome comercial) e atribuiu à causa o montante de R$ 108.000,00 (cento e oito mil reais), que corresponde ao valor anual do tratamento.

Considerando, que o custo anual para aquisição do insumo é de R$ 108.000,00 (cento e oito mil reais), é de rigor manter o valor da causa atribuído na inicial.

O autor é criança com diagnóstico de paralisia cerebral por Zica vírus e epilepsia de difícil controle e pretende o fornecimento gratuito pelo Poder Público de dieta cetogênica, de modo que **não** se aplica ao caso, de forma vinculante, a tese fixada quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.657.156/RJ, restrita àqueles em que o medicamento pleiteado **não** esteja previsto em qualquer ato normativo do SUS.

O acesso à saúde é direito fundamental consagrado constitucionalmente, competindo à Administração Pública o dever de promover com **absoluta prioridade** às crianças e aos adolescentes programas de assistência integral (artigo 227, *caput* e § 1º, da Constituição Federal). E o artigo 11, parágrafo 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que *"incumbe ao poder público fornecer gratuitamente àqueles que necessitarem os medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação"*.

A intervenção do Poder Judiciário para garantir o pleno acesso à saúde não configura violação ao princípio da separação de Poderes, pois tal direito não está adstrito à discricionariedade do Poder Público, mas sua concretização constituirá ato estritamente vinculado, uma vez que ao Estado é imposto o dever de prestar ampla assistência médica e farmacêutica aos que dela necessitam. Tratando-se da concretização de direitos fundamentais, não cabe ao administrador justificar sua omissão com a aplicação da cláusula da *"reserva do possível"*, pois sua conduta deve pautar-se pelo princípio da *"máxima efetividade da Constituição"*[1]. É também este o entendimento do Colendo Supremo Tribunal Federal[2].

Este C. Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 65, segundo a qual *"não*

Acesso ao Sumário

1 STJ – Rec. Esp. 811.608/RS – Rel. Min. **Luiz Fux** – j. em: 15 de maio de 2007.

2 STF – 1ª Turma, Ag. Inst. (AgRg) 810.864/RS – Rel. Min. **Roberto Barroso** – j. em: 29 de abril de 2014.

violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças ou adolescentes". A cláusula da reserva do possível não pode ser invocada pelo Poder Público, com o propósito de frustrar ou dificultar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição Federal, encontrando limitação na garantia constitucional do mínimo existencial.

No caso concreto, está comprovado por meio dos relatórios e prescrições médicas a fls. 19/24 que o autor é criança portadora de paralisia cerebral por Zica vírus e epilepsia refratária, e necessita de dieta cetogênica. Consta dos relatórios médicos de fls. 20 e 21 que a criança necessita de 30 (trinta) latas do suplemento por mês e que: "*A dieta auxilia muito na evitação das crises e é imprescindível nesse momento.*". Saliente-se que somente o profissional da saúde que acompanha o paciente e tem pleno conhecimento das necessidades da criança tem a capacidade de decidir quais são os tratamentos mais adequados para o caso clínico. Ademais, a hipossuficiência financeira do núcleo familiar do autor está devidamente demonstrada nos autos, à vista da declaração de fls. 15 e dos documentos de fls. 16/18. Portanto, não há razões para o Poder Público negar ao autor o fornecimento gratuito da dieta pretendida, garantindo o amparo à saúde, em consonância com a proteção integral a que faz jus.

Saliento que o Juízo *a quo* já condicionou o fornecimento do insumo à apresentação de receituário médico atualizado a cada **trinta dias**, o que é de todo recomendável, diante da possibilidade de adaptação da criança a outros alimentos com o passar do tempo.

Contudo, fica o ente público autorizado a ofertar insumos **desvinculados de marca específica**, desde que preservem as características e funcionalidades que atendam às necessidades da criança, conforme as prescrições do profissional da saúde responsável por seu acompanhamento, conforme ponderou o MM. Juiz sentenciante.

A imposição de multa à Administração Pública para o caso de descumprimento de obrigação é plenamente admissível, conforme tese fixada no julgamento do REsp 1.474.665/RJ pelo C. Superior Tribunal de Justiça, aplicada por analogia (Tema 98 – *"Possibilidade de imposição de multa diária ('astreintes') a ente público, para compeli-lo a fornecer medicamento à pessoa desprovida de recursos financeiros"*). No caso, a multa diária foi fixada em R$ 1.000,00 (mil reais), valor excessivo e desproporcional. Em razão disso, de rigor a redução para R$ 300,00 (trezentos reais), valor que se mostra mais compatível com a causa, mantida a limitação temporal já estabelecida em primeiro grau (trinta dias). Vale lembrar que, nos termos do artigo 214 do Estatuto da Criança e do

Acesso ao Sumário

Adolescente, *"os valores das multas reverterão ao fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do respectivo município"*.

No mais, os honorários advocatícios sucumbenciais ficam mantidos, visto que fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, em observância ao disposto no artigo 85, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil. Ademais, não são devidos honorários recursais, diante do parcial provimento do recurso voluntário.

De resto, o artigo 141, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, dispõe que as ações judiciais da competência da Justiça da Infância e Juventude são isentas de custas, ressalvada a hipótese de litigância de má-fé, o que não é o caso. Por isso, é de rigor a exclusão da condenação ao pagamento das custas e despesas processuais.

Ante o exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao recurso de apelação e ao reexame necessário, para excluir a condenação ao pagamento de custas e despesas processuais e reduzir o valor da multa diária para R$ 300,00 (trezentos reais).

DECLARAÇÃO DE VOTO

Ementa: APELAÇÃO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – Direito à saúde (art. 196) – Fornecimento de Insumo – Criança portadora de epilepsia refratária e microcefalia – Necessidade imprescindível do suplemento alimentar Ketocal – É inquestionável a obrigação cometida ao Poder Público de zelar pelo atendimento integral do indivíduo quanto à sua saúde – Exigibilidade do Estado em todas as esferas – Sentença que julgou procedente o pedido inicial e condenou a Fazenda do Estado nas custas e despesas processuais, bem como em honorários advocatícios, fixados em 10% do valor dado à causa, no montante de R$ 108.000,00 (cento e oito mil reais), nos termos da tese do julgamento do Tema 1076 pelo STJ, observados os critérios do artigo 85, § 3º, inciso I, do CPC. – Apelação da Fazenda do Estado, repisando a preliminar de Impugnação ao Valor da Causa em sede de contestação acolhida – Ações afetas às políticas de saúde que não possuem conteúdo econômico, pois é impossível mensurar o proveito financeiro obtido pela parte – Honorários Advocatícios – Caso em que se

Acesso ao Sumário

pleiteia redução do valor arbitrado – Possibilidade – Multa diária fixada na origem mantida – Isenção do pagamento de custas e despesas processuais aos processos afeitos à seara da Infância e Juventude, por força do artigo 141, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente – Reexame necessário e apelo da Fazenda do Estado parcialmente providos para excluir a sua condenação ao pagamento de custas processuais; reduzir o valor atribuído à causa e diminuir a verba honorária ao patamar de R$ 1.200,00. DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO AO REEXAME NECESSÁRIO E AO RECURSO VOLUNTÁRIO.

(Voto nº 34.609)

Trata-se de ação de obrigação de fazer proposta pela criança Trata-se de apelação interposta pela FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, contra a r. sentença de fls. 146/151, que, nos autos de Ação de Obrigação de Fazer com pedido de tutela de urgência ajuizada por L.G.R.S.R., devidamente representado por seu genitor, *portador de epilepsia refratária e microcefalia em razão do surto de zika* vírus, que tornou definitivos os efeitos da antecipação de tutela concedida às fls. 87/88, julgou procedente o pedido inicial e extinguiu o feito, com fulcro no art. 487, I, do Código de Processo Civil, para determinar que Fazenda do Estado forneça a criança, enquanto perdurar a necessidade, *o suplemento alimentar Ketocal*, conforme receituário médico, podendo ocorrer a substituição por outro de idêntica composição, princípio ativo, eficácia ou efeito terapêutico, sob pena de multa de R$ 1.000,00 por dia de atraso (corrido), mas no limite de 30 dias.

Condenou a requerida nas custas e despesas processuais, bem como em honorários advocatícios, fixados em 10% do valor dado à causa no montante de R$ 108.000,00 (cento e oito mil reais), nos termos da tese firmada no julgamento do Tema 1076 pelo Colendo STJ, observados os critérios do artigo 85, § 3º, inciso I, do CPC.

Inconformada, recorre a Fazenda do Estado, alegando, em síntese, preliminarmente, repisa que o autor atribuiu à causa o valor de R$ 108.000,00 (cento e oito mil reais) a demanda não tem conteúdo econômico, pois é impossível mensurar o proveito financeiro obtido pela parte, não sendo legítimo o raciocínio de que é aquele referente ao valor do tratamento, porquanto o que a parte visa é o seu bem-estar físico e mental e não aumentar o seu patrimônio. Por isso, foi impugnado o valor da causa, sugerindo-se a quantia de R$ 1.000,00 (mil reais) para efeitos fiscais.

Acesso ao Sumário

Requer, no mérito, o provimento do apelo com a inversão do julgado e a improcedência do pedido inicial, salientando que não há contraindicação da dieta caseira, considerando que dietas enterais não se encontram contempladas ambulatorialmente pela Secretaria de Estado da Saúde, subsidiariamente, pondera que considerando o volume diário pleiteado de 1000 ml, aguarda ao menos o ajuste da sentença para determinar a entrega de quantitativo correspondente a 15 latas (e não 30 latas) de acordo com o Relatório Técnico da Coordenação de Demandas Estratégicas do SUS CODES.

Alega, ainda, que as ações afetas às políticas de saúde pública não têm conteúdo econômico, pois é impossível mensurar o proveito financeiro obtido pela parte, não sendo legítimo o raciocínio de que é aquele referente ao valor do tratamento, porquanto o que a parte visa é o seu bem-estar físico e mental e não aumentar o seu patrimônio.

Além disso, sustenta que tanto o valor dos honorários advocatícios como o da multa diária foram fixados em excesso, pugnando pelo afastamento da multa diária ou a sua redução, bem como a diminuição da verba honorária a fim de que seja fixada ao patamar máximo de R$ 1.000,00 (mil reais) (fls. 160/184).

Ofertadas contrarrazões (fls. 189/193). O Ministério Público em primeira instância manifestou-se pelo não provimento do recurso (fls. 197/202), e, nesta instância, a Douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela manutenção da sentença, observando que a questão referente aos honorários advocatícios o Ministério Público se abstém de oferecer parecer, pois se trata de matéria afeta a direito disponível (fls. 219/228).

É o relatório.

As temáticas relacionadas ao direito fundamental da criança e do adolescente à saúde, consubstanciado no fornecimento de medicamentos e insumos pelo Estado aos necessitados, já estão absolutamente pacificadas pela jurisprudência pátria.

A Constituição Federal proclama a saúde como direito social (art. 6º) e ainda lhe reserva seção própria, onde a consagra nos seguintes termos:

> *"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."* (art. 196).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em capítulo próprio inserido no título que trata dos direitos fundamentais, assegura à criança e ao adolescente o atendimento integral à saúde por intermédio do Sistema Único de Saúde (art. 11) e outorga ao Poder Público a incumbência de fornecer gratuitamente aos necessitados os recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação (§ 2º).

A Lei nº 8.080/90, por sua vez, prevê a saúde como direito fundamental

Acesso ao Sumário

do ser humano (art. 2º, *caput*) e estabelece que o *"dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação"* (art. 2º, § 1º). Prevê, ainda, como princípio do Sistema Único de Saúde, dentre outros, a *"integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema"* (art. 7º, II).

Dessa forma, restam claros, de um lado, o direito da criança e do adolescente à saúde, nele compreendida a obtenção dos medicamentos e insumos indispensáveis ao seu tratamento, habilitação e reabilitação, e, de outro, o correspondente dever do Estado, nele abrangidos todos os entes da federação.

Com efeito, a responsabilidade pelo fornecimento de medicamentos é atribuída a todos os entes federativos, cabendo a todos e a cada um deles promover a saúde do indivíduo. Tal responsabilidade é solidária, decorrente da estrutura jurídica do Sistema Único de Saúde, não cabendo a alegação acerca da qualificação dos medicamentos segundo seus custos.

A criança L.G.R.S.R. (DN (...) ver), apresenta *epilepsia refratária e microcefalia* e necessita do insumo *suplemento alimentar Ketocal*, conforme receituário médico anexado aos autos.

Consabido é que a responsabilidade do Poder Público de dar atendimento à parte autora encontra-se disposta no artigo 196 da Constituição Federal:

> *Art. 196. 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.*

O direito à saúde – incluso, nesse ponto, o fornecimento de insumos – a par de seu caráter programático, confere aos indivíduos pretensões concretas contra do Estado, podendo obrigá-lo a adotar condutas que visem a promoção da saúde de um cidadão determinado.

O Colendo Supremo Tribunal Federal pacificou tal entendimento:

> *Consolidou-se a jurisprudência desta Corte no sentido de que, embora o art. 196 da Constituição de 1988 traga norma e caráter programático, o Município não pode furtar-se do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde por todos os cidadãos. Se uma pessoa necessita, para garantir o seu direito à saúde, de tratamento médico adequado, é dever solidário da União, do Estado e do Município providenciá-lo. (STF, Agravo de Instrumento 550.530-AgR, Relator Ministro JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgamento em 26/06/2012).*

Acesso ao Sumário

Assim, diante da obrigação de assistência à saúde ser solidária e concorrente das três esferas de governo e suas respectivas autarquias, qualquer delas pode ser acionada pelos cidadãos em caso de necessidade.

Por sua vez, o direito à saúde pode ser satisfeito por meio do fornecimento de medicamentos aos indivíduos que não possuem meios de custeá-los. Esta faculdade é alçada pela Suprema Corte a direito fundamental, como se lê no excerto abaixo:

> *O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isso por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional. (STF, RE 607.381-AgR, Relator Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgamento em 31/05/2011). No mesmo sentido: STF, Agravo em Recurso Extraordinário 774.391-AgR, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgamento em 18/02/2014; STF, Agravo de Instrumento 857.273-AgR, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgamento em 19/11/2013; STF, Agravo de Instrumento 553.712-AgR, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgamento em 19/05/2009; STF, Agravo de Instrumento 604.949-AgR, Relator Ministro EROS GRAU, Segunda Turma, julgamento em 24/10/2006.*

E o Colendo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.657.156/RJ (Tema nº 106) fixou tese em sede de recurso repetitivo, segundo a qual a concessão de medicamentos não incorporados pelo SUS submete-se a determinados requisitos, como se lê abaixo:

> *Tema nº 106/STJ: A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.*

Acesso ao Sumário

Depreende-se, da análise do processo que, embora não se trate de medicamento, mas sim de suplemento alimentar, a autora comprovou que é pessoa de família que tem carência de recursos financeiros. Além disso, há comprovação documental suficiente para constituir o direito do autor, ou seja, consta dos autos

prescrição médica suficientes indicando o insumo, imprescindível para as características da doença que o acomete.

Constata-se, assim, que embora não exigíveis, os requisitos estão devidamente preenchidos para o seu recebimento.

Outrossim, não cabe questionar o procedimento ou medicamentos prescritos, uma vez que o profissional da área médica, além de ser responsável pelo tratamento recomendado, é a pessoa mais indicada para aferir qual a melhor forma de tratar as moléstias que acometem seus pacientes, levando em conta peculiaridades clínicas.

Destarte não compete ao Poder Judiciário modificar as prescrições médicas dos profissionais que acompanham o paciente, a rigor são mais bem capacitados para a melhor condução do caso clínico do paciente.

Nesta esteira, resta igualmente afastada a pretensão da recorrente em modificar a sentença para entregar em menor quantidade o insumo prescrito, ou seja, o correspondente a 15 latas (e não 30 latas), devendo prevalecer o determinado na prescrição médica, na forma estabelecida na sentença recorrida.

A despeito do que ora se decide, cumpre observar a possibilidade, aos entes públicos, de fornecerem insumos similares, com o mesmo princípio ativo e destinados às mesmas finalidades, sem indicação de marca específica.

E muito embora este Relator tenha firmado posicionamento, em ocasiões similares, no sentido de que a fixação das "*astreintes*" contra a Fazenda Pública acaba sendo ineficaz, por atingir o próprio contribuinte e não diretamente o administrador, excepcionalmente, nesta seara da Infância e da Juventude, onde por lei deve haver a preponderância dos interesses dos menores, entende-se que, para reforçar a obtenção do resultado prático almejado, tais merecem ser mantidas.

Além disso, irretocável o montante arbitrado pelo MM. Juiz *a quo* a título de astreintes, tendo em vista que não se mostra excessivo, diante do contexto fático-probatório apresentado nos autos, emprestando eficácia razoável à espécie, sem onerar os cofres públicos e no atendimento da jurisprudência atual desta Câmara.

Nesse sentido:

"O objetivo das *astreintes* não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica. A multa é apenas inibitória. Deve ser alta para que o devedor desista de seu intento de não cumprir a obrigação específica. Vale dizer, o devedor deve sentir ser preferível cumprir a obrigação na forma específica a pagar o alto valor da multa fixada pelo Juiz". (Cf. Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil Comentado*, 10ª edição, São Paulo: RT, 2007, p. 673).

No tocante a questão preliminar de impugnação ao valor dado à causa, a

Acesso ao Sumário

r. sentença combatida consignou que não assiste razão à apelante nos seguintes termos:

"O valor da causa deve corresponder ao conteúdo patrimonial ou proveito econômico almejado, sendo possível a retificação judicial quando se verificar os requisitos do artigo 292, § 3º do CPC.

No presente caso, a ação é cominatória e o autor pretende o custeio do fornecimento de 30 latas mensais da dieta cetogênica Ketocal por prazo indeterminado, devendo, portanto, o valor da causa corresponder a somatória dos valores a serem despendidos com o insumo mensal vezes doze meses, considerado o valor na época do ajuizamento".

In casu, todavia e não obstante ter sido impugnado o valor da causa – R$ 108.000,00, tendo o nobre juiz singular mantido o valor, o *quantum* arbitrado pela sentença refoge aos parâmetros desta Câmara Especial.

Neste aspecto, assiste razão à apelante quando afirma que "as ações afetas às políticas de saúde pública não têm conteúdo econômico, pois é impossível mensurar o proveito financeiro obtido pela parte, não sendo legítimo o raciocínio de que é aquele referente ao valor do tratamento, porquanto o que a parte visa é o seu bem-estar físico e mental e não aumentar o seu patrimônio.

Nesse contexto é fácil perceber que a atribuição de altíssimo valor à causa só serve para enriquecer os ônus da sucumbência em relação à verba honorária, beneficiando única e exclusivamente o advogado da parte (que é beneficiária da assistência judiciária gratuita) em detrimento do erário que teria parte do orçamento consumido por condenação em honorários que ultrapassariam os limites do justo e do razoável (se procedente a ação)".

Nesse sentido, também, é como se colhe do ilustre Parecer da Douta Procuradoria Geral da Justiça:

"Verifica-se, pois, que a causa não tem conteúdo econômico imediato, de modo que não há determinação legal que fixe o valor da demanda."

Assim, invocando-se o disposto no art. 291 do CPC, não há motivo razoável para que a causa atinja o valor de R$ 108.000,00 (cento e oito mil reais) a não ser a fixação elevada e indevida das verbas de sucumbência. Portanto, parece-nos razoável a fixação do valor da causa em R$ 1.000,00 (mil reais), conforme sugerido pelo apelante" (fls. 227).

Com efeito, o valor da causa impugnado pela Fazenda do Estado, considerando os parâmetros estabelecidos nesta Colenda Câmara em casos análogos, fica ora restabelecido em R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Não havendo motivos para a inversão do julgado, em razão da sucumbência da Fazenda do Estado, de rigor a sua condenação nos honorários advocatícios.

Acesso ao Sumário

Assim, tratando-se de ação em que se objetiva o fornecimento de insumos, cuja tutela que se visa preservar é a vida, bem indisponível, sendo pois, inestimável o valor econômico, o que permite o arbitramento dos honorários no percentual de 10%, nos termos do art. 85, § 8º do CPC e do item "a" da segunda tese do Tema 1076, julgado pelo STJ em via de recursos repetitivos, aos 16 de março de 2022, com acórdão publicado em 31 de maio de 2022. Em razão da sucumbência, ficam acrescidos de 2%, fixando a verba honorária em favor do patrono do autor no valor de R$ 1.200,00 (mil e duzentos reais), já considerado o trabalho realizado em segundo grau.

A r. sentença também comporta reparo no tocante à fixação de despesas e custas uma vez que as ações judiciais da competência da Justiça da Infância e da Juventude são "isentas de custas e emolumentos", consoante disposto no artigo 141, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), *"as ações judiciais da competência da Justiça da Infância e da Juventude são isentas de custas e emolumentos, ressalvada a hipótese de litigância de má-fé"*, hipótese não constatada no caso em apreço.

Por fim, anota-se que, em relação à multa diária em caso de descumprimento, as astreintes deverão ser revertidas ao Fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do Município, nos termos do artigo 214 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e não ao impetrante.

APELAÇÃO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Ação de Obrigação de fazer. Pretensão ao fornecimento gratuito pelo Poder Público de medicamentos previstos na RENAME (insulinas Degludeca e Aspart) e insumos (agulhas). Interesse de agir presente. Fornecimento dos medicamentos e insumos como mero cumprimento da decisão que concedeu a liminar. Processo em condições de julgamento. Redução do valor da causa. Não aplicação da tese fixada pelo C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.657.156/RJ (Tema 106). Dever do Estado. Ausência de violação ao princípio da separação dos Poderes. Necessidade do tratamento e hipossuficiência financeira demonstradas. Possibilidade de fornecimento dos insumos e medicamentos, independentemente de marca específica. Apresentação de prescrição médica a cada seis meses. Possibilidade de fixação de multa diária como meio coercitivo ao cumprimento da obrigação pela Fazenda Pública. Condenação do Município ao pagamento de honorários advocatícios. Aplicação do art. 90, § 4º, do Código de Processo Civil. Recurso provido, para reconhecer o interesse de agir e julgar procedente a demanda" (Apelação nº 1005043-73.2021.8.26.0127, Rel. Des. Beretta da Silveira, j. 22.09.2022).

REMESSA NECESSÁRIA / APELAÇÃO - OBRIGAÇÃO DE FAZER – Fornecimento de medicamentos à base de canabidiol para tratamen-

Acesso ao Sumário

to de saúde de criança portadora do Transtorno do Espectro Autista (TEA) – Insurgência do ente público municipal - Preliminar afastada – Solidariedade dos entes federativos – Inviabilidade de inclusão da União no polo passivo - Tema 793 do STF – Precedentes desta Colenda Câmara Especial – Tema 106 do STJ - Presença dos pressupostos necessários à concessão – Autorização de importação excepcional pela ANVISA – Direito à saúde – Preservação dos princípios da proteção integral e superior interesse da criança – Artigos 5º e 196 da CF - Honorários advocatícios sucumbenciais arbitrados em 10% do valor da causa atualizado, nos termos do § 8º, do art. 85 do CPC, são mantidos, sem insurgência do interessado – Honorários recursais arbitrados em 2% do valor da causa atualizado, nos termos do § 11, do art. 85 do CPC - Necessidade de comprovação semestral a respeito da continuidade do tratamento - Recursos oficial, tido por interposto e voluntário desprovidos, com observação (comprovação semestral). (Apelação nº 1023094-02.2020.8.26.0602, Rel. Des. Wanderley José Federigui, j. 20.01.2023).

REMESSA NECESSÁRIA / APELAÇÃO - OBRIGAÇÃO DE FAZER – Fornecimento de medicamento à base de canabidiol - (RSHO BR – 5000 mg CBD - líquido 236 ml) para tratamento de saúde de criança portadora do Transtorno do Espectro Autista (TEA) – Insurgência do ente público (FESP) - Preliminares afastadas – Dilação probatória complementar impertinente (art. 335, CPC) - Ausência de cerceamento de defesa - Solidariedade dos entes federativos - Inviabilidade de inclusão da União no polo passivo - Tema 793 do STF – Precedentes desta Colenda Câmara Especial – Tema 106 do STJ - Presença dos pressupostos necessários à concessão – Autorização de importação excepcional pela ANVISA – Direito à saúde – Preservação dos princípios da proteção integral e superior interesse da criança – Artigos 5º e 196 da CF - Honorários advocatícios sucumbenciais arbitrados em R$800,00, nos termos do § 8º, do art. 85 do CPC, são mantidos, sem insurgência do interessado - Honorários recursais arbitrados em R$200,00, nos termos do § 11, do art. 85 do CPC - Necessidade de comprovação semestral a respeito da continuidade do tratamento - Recursos oficial, tido por interposto e voluntário desprovidos, com observação (comprovação semestral). (Apelação nº 1021006-04.2021.8.26.0554, Rel. Des. Wanderley José Federigui, j. 18.01.2023).

Por fim, considero prequestionados todos os dispositivos invocados. Cumpre assinalar que, para efeito de prequestionamento, está claro que inexistiu violação a qualquer norma. Depois, o julgador não está obrigado a rebater todos os argumentos, tampouco mencionar todos os dispositivos constitucionais e legais elencados, bastando o enfrentamento das questões postas.

Acesso ao Sumário

Do exposto, pelo meu voto, **dar-se-ia parcial provimento** ao **reexame necessário considerado interposto e ao recurso da Fazenda do Estado** para estabelecer o valor da causa em R$ 10.000,00 (dez mil reais) e reduzir os honorários advocatícios fixados em seu desfavor para R$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais).

XAVIER DE AQUINO, Desembargador Relator e Decano

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1003933-28.2023.8.26.0302, da Comarca de Jaú, em que são apelantes MUNICÍPIO DE JAÚ e JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

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, anularam, de ofício, sentença examinada a fim de que os autos retornem à origem para que haja a regular nomeação de advogado(a) visando ao exercício da curadoria especial em seu favor da parte demandada, inclusive permitindo apresentação de contestação e atos subsequente a esta finalidade, restando prejudicada a apelação e o reexame necessário (com observação), tudo nos termos da fundamentação supra. Vencidos o relator sorteado, que declara voto, e o 3º Juiz. Acórdão com o 2º Juiz, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão." **(Voto nº 41.784)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO), vencedor, BERETTA DA SILVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO), vencido, GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE) (Presidente), FRANCISCO BRUNO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 13 de setembro de 2023.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator designado e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: APELAÇÃO e REXAME NECESSÁRIO – Internação compulsória – Nulidade absoluta – Vício insanável e reconhecido de ofício – Revelia – Os efeitos da revelia não operam quando estiver em litígio direito indisponível, como são aqueles que envolvem

Acesso ao Sumário

interesses de criança e adolescente – Inteligência do inc. II do art. 345 do CPC – Violação ao devido processo legal e a ampla defesa (CF, art. 5º, LIV e LV), bem como ao parágrafo único do art. 142 do ECA – Ministério Público enquanto autor da demanda – Inviabilidade de sua atuação como curador especial da parte demandada – Impossibilidade frente à inadmissibilidade de suprimento do ato defensivo pela atuação Ministerial – Ausência de defesa – Processo anulado desde a ausência de citação e de nomeação de curador especial a parte demandada – Efeitos sobre todos os atos processuais ulteriores, inclusive a sentença impugnada – Retorno dos autos à origem para correção do vício apurado – Precedentes – Reexame necessário e apelação prejudicados – Sentença anulada de ofício.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de reexame necessário e de apelação, nos autos da ação nominada de internação compulsória ajuizada pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, contra o **MUNICÍPIO DE JAÚ**, em prol dos interesses individuais do adolescente **L.P.M.** cuja r. sentença de pp. 116/121 julgou procedente a pretensão deduzida na exordial para determinar a internação do infante em estabelecimento clínico adequado, público, filantrópico ou particular conveniado ou contratado às custas do poder público, sob pena de bloqueio de valores.

A municipalidade interpôs apelação, alegando, em síntese, que a utilização da internação involuntária como instrumento de tratamento dos casos de vício em entorpecentes é extremamente questionável frente à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Sustenta que a internação involuntária, na forma prevista pelos artigos 4º, 6º, 8º e 9º da Lei nº 10.216/2001 agride o valor fundamental da dignidade, da liberdade e da segurança da pessoa humana com deficiência, não podendo ser custeada, sequer incentivada pelo Estado em sentido geral, mostrando-se desacertada, assim, eventual procedência da pretensão. Invoca a teoria da reserva do possível. Por fim, requereu o provimento do recurso para reformar a sentença impugnada e, de consequência julgar improcedente o pedido inaugural (pp. 127/139).

Apresentadas contrarrazões (pp. 143/147).

Parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça (pp. 152/156).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Não obstante os louváveis fundamentos em sentido contrário, entendo prejudicados o reexame necessário e apelação, consoante razões adiante expostas.

É que há vício insanável que macula a sentença impugnada e o próprio procedimento até então adotado na origem cujo reconhecimento prejudica o conhecimento do reexame necessário da matéria.

Explico.

A petição inicial da demanda promovida pelo Ministério Público visando à internação compulsória do adolescente que, embora citado, não teve para o exercício de sua defesa sido nomeado curador especial, porquanto incapaz.

Insta salientar que o fato de o Ministério Público se constituir como a própria parte autora não permite o exercício concomitante da curadoria especial em favor da parte requerida no mesmo processo, porquanto tal proceder viola a ampla defesa e o contraditório, diante da colidência dos interesses envolvidos no conflito.

A nulidade absoluta é cognoscível de ofício, não suscetível de preclusão, devendo ser reconhecida desde a sua ocorrência, e de todos os atos subsequentes em decorrência da consequencialidade.

A garantia constitucional do devido processo legal, que é exigido para o cerceamento de sua liberdade (LIV, do art. 5º, da CF) está amalgamado ao direito à ampla defesa (incisos LIV e LV da CF, do art. 5º,)[1], com contraditório e seus meios e recursos. Ainda, é imposição legal de ordem pública aquela do parágrafo único do art.142 do ECA, que assim dispõe:

"Parágrafo único. ***A autoridade judiciária dará curador especial à criança ou adolescente****, sempre que os interesses destes colidirem com os de seus pais ou responsável, ou* ***quando carecer de representação ou assistência legal ainda que eventual****."* (g.n).

Atualmente, pela Lei Complementar n. 80/1994, que organiza nacionalmente a Defensoria Pública, é dela a função institucional de exercer a curadoria especial (art. 4º), para o fim de consecução dos objetivos de dar efetividade e primazia dos direitos humanos e garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório (art. 3º da lei referida).

Tais disposições foram espelhadas na Lei Complementar Estadual 988/2006, em seu art. 5º, e, quanto à curadoria especial, no inciso VIII. Mesmo no caso de procedimento especial de jurisdição voluntária de interdição, a lei processual observa a garantia constitucional da ampla defesa pela determinação

Acesso ao Sumário

1 LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

de citação do interditando (art. 751 do NCPC), que poderá impugnar o pedido e constituir advogado para sua defesa (art. 752 do NCPC).

Dessa forma, não vejo como entender sanada a nulidade absoluta da falta de defesa do adolescente, e nem mesmo a atuação ministerial na origem supre tais vícios, sobre o qual recaem os efeitos materiais da decisão judicial, de natureza restritiva do direito da liberdade individual, ainda que em processo civil e de caráter protetivo. Ressalta-se que, embora citado na pessoa da genitora, esta não exerceu sua defesa e, por ser o adolescente litisconsorte passivo necessário, sofrerá os efeitos da decisão.

Nesse sentido:

"AÇÃO DE INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DE PESSOA COM DEPENDÊNCIA QUÍMICA – LEI 10.216/2001 – INAFASTABILIDADE DA SUJEIÇÃO PASSIVA PROCESSUAL DO PACIENTE DA MEDIDA DE INTERNAÇÃO – ***FALTA DE DEFESA DO PACIENTE CITADO REVEL – AUSÊNCIA DE NOMEAÇÃO E DEFESA POR CURADOR ESPECIAL – NULIDADE ABSOLUTA – CERCEAMENTO DE DEFESA*** *– JULGAMENTO ANTECIPADO – NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA.* ***Na medida judicial proposta pelo parente para a internação de pessoa da família, maior de idade e com transtorno psiquiátrico, segundo a Lei 10.216/2001, inafastável é a sua citação e a garantia do direito de defesa daquele sobre quem recairão os efeitos materiais do provimento jurisdicional, sob pena de nulidade absoluta. O direito de defesa é dogma constitucional do Estado de Direito e é inafastável, sendo garantido pela legislação penal, de execução criminal, na imposição das medidas de segurança, no processo civil de jurisdição voluntária de interdição e, mesmo na aplicação das medidas extremas e urgentes de atuação especial do Estado, na forma da Lei 10.216/2001****, para internação compulsória de pacientes com dependência química flagrante e gravíssima situados na região próxima da Cracolândia em São Paulo, em que o Provimento CSM 2.154/2014 assegura a oitiva do paciente e a nomeação de curador na pessoa do Defensor Público ou advogado nomeado em sua defesa.* ***Nulidade absoluta reconhecida pela falta de defesa – Violação de garantia constitucional – Princípio da consequencialidade****. Duplo grau de jurisdição garantido pelo reexame necessário, condenado o Município pela sentença ilíquida – Súmula 490 do C. STJ. A decisão judicial de internação exige o respeito às condicionantes legais da demonstração da insuficiência de medidas extra-hospitalares e laudo pericial médico – Necessidade de atendimento aos critérios legais para justificar a excepcional internação de paciente, quando a lei privilegia o tratamento em ambiente extra-hospitalar ou ambulatorial e a reinserção social. A Lei especial 10.261/2001 pretendeu, exatamente, a desinternação manicomial, reservada para casos excepcionalíssimos apenas. Contudo, o pouco interesse nesses casos pela Defensoria Pública e pelo Ministério Público tem permiti-*

Acesso ao Sumário

do o atropelamento dos direitos à dignidade e ao devido processo legal dos pacientes, normalmente pobres e vulneráveis. De igual forma, também é uma realidade o descaso em relação à pessoa com deficiência. Sentença anulada. Reexame necessário provido para reconhecer a nulidade da sentença; recurso voluntário prejudicado. (TJSP; Apelação Cível 1001590-95.2017.8.26.0358; Relator: Leonel Costa; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro de Mirassol – 2ª Vara; Data do Julgamento: 23/02/2021; Data de Registro: 23/02/2021). (grifei)

Com isto, pelo meu voto, **anulo, de ofício, sentença** examinada a fim de que os autos retornem à origem para que haja a regular nomeação de advogado(a) visando ao exercício da curadoria especial em seu favor da parte demandada, inclusive permitindo apresentação de contestação e atos subsequente a esta finalidade, restando prejudicada a apelação e o reexame necessário (com observação), tudo nos termos da fundamentação supra.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

Ementa: REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO. INFÂNCIA E JUVENTUDE. Ação de internação compulsória. Adolescente com dependência química. Pretensão à internação compulsória. Direito fundamental à saúde. Dever do Estado. Atendimento prioritário a adolescente em situação de risco. Ineficácia de tratamentos extra-hospitalares. Aplicação de medida de proteção prevista no artigo 101, V e VI, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Internação involuntária prevista nos artigos 4º e 6º, III, da Lei nº 10.216/01 e no artigo 23-A, §§ 3º, II, 5º e 6º, da Lei nº 11.343/06, incluído pela Lei nº 13.840/19. Ausência de violação ao princípio da separação dos Poderes e da reserva do possível. Possibilidade de bloqueio de verbas públicas como meio coercitivo ao cumprimento da obrigação. Apelo e reexame necessário desprovidos.

(Voto nº 116.882)

Trata-se de reexame necessário e recurso de apelação, nos autos da ação de internação compulsória ajuizada pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, contra o **MUNICÍPIO DE JAÚ**, em prol dos interesses individuais do adolescente **L.P.M.**. A r. sentença de fls. 116/121 julgou procedente a demanda, determinando a internação do infante em estabelecimen-

Acesso ao Sumário

to clínico adequado, público, filantrópico ou particular conveniado ou contratado às custas do poder público, sob pena de bloqueio de valores.

Foi interposta apelação pelo Município de Jaú, alegando, em síntese, que a utilização da internação involuntária como instrumento de tratamento dos casos de vício em entorpecentes é extremamente questionável frente à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Sustenta que a internação involuntária, na forma prevista pelos artigos 4º, 6º, 8º e 9º da Lei nº 10.216/2001 agride o valor fundamental da dignidade, da liberdade e da segurança da pessoa humana com deficiência, não podendo ser custeada, sequer incentivada pelo Estado em sentido geral, mostrando-se desacertada, assim, eventual procedência da pretensão. Invoca a teoria da reserva do possível. Pretende o provimento do recurso, julgando-se improcedente a demanda (fls. 127/139).

Apresentadas contrarrazões (fls. 143/147), subiram os autos e a D. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento (fls. 152/156).

É O RELATÓRIO.

De início, verifica-se que não é o caso de se dispensar o reexame necessário, porque se trata de sentença ilíquida. Nesse sentido são as Súmulas nº 490 do C. Superior Tribunal de Justiça e nº 108 deste E. Tribunal de Justiça. Veja, outrossim, julgados desta C. Câmara Especial:

"Remessa necessária. Infância e Juventude. Ação de obrigação de fazer. Medida protetiva de internação compulsória convertida em tratamento ambulatorial para adolescente. Direito à saúde. Norma constitucional de eficácia plena. Inexistência de ofensa à autonomia dos poderes ou determinação de políticas públicas. Planejamento público da saúde que não pode negar o direito. Reserva do possível afastada. Medida protetiva que se mostra necessária e adequada ao caso. Inteligência da Lei nº 10.216/01 e art. 23 A, III da Lei nº 11.343/01. Súmula 65 deste Eg. Tribunal. REMESSA NECESSÁRIA NÃO PROVIDA". (TJSP; Remessa Necessária Cível 0012027-30.2022.8.26.0071; Relator **Claudio Teixeira Villar**; Órgão Julgador: Câmara Especial; Data do Julgamento: 16/06/2023).

"APELAÇÃO e REEXAME NECESSÁRIO – Obrigação de Fazer – Ação ajuizada com o objetivo de compelir os entes públicos municipal e estadual a providenciarem internação compulsória de adolescente para tratamento de dependência química, recomendada por laudo médico – Sentença de procedência – Insurgência do ente público municipal – Tema 793 STF – Manutenção do entendimento a respeito da solidariedade dos entes públicos no campo da saúde – Preenchimento dos requisitos legais (Lei nº 10.216/2001) ao tratamento em regime de internação, que é excepcional e temporário – Prevalência das normas que tratam da tutela à vida e à saúde – Recursos oficial e voluntário desprovidos.". (TJSP; Apelação e Remessa Necessária Cível 1009975-

94.2022.8.26.0604; Relator **Wanderley José Federighi**; Órgão Julgador: Câmara Especial; Data do Julgamento: 10/07/2023).

O acesso à saúde é direito fundamental consagrado constitucionalmente, competindo à Administração Pública o dever de promover com absoluta prioridade às crianças e aos adolescentes programas de assistência integral (artigo 227, *caput* e § 1º, da Constituição Federal).

Conforme artigo 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente, *"a criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência"*. Além disso, segundo o artigo 4º, *caput* e parágrafo único, da mesma lei, é dever do Poder Público assegurar, **com absoluta prioridade**, às crianças e aos adolescentes a efetivação dos direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. A garantia da referida prioridade compreende: *"a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude"*.

O artigo 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente prescreve ser aplicável medida de proteção ao adolescente que se encontre em situação de risco, como aquele que consome compulsiva e excessivamente drogas. Nesta hipótese, é cabível a aplicação das medidas previstas no artigo 101, V e VI, quais sejam: requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial e inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a toxicômanos.

Segundo artigos 4º e 6º da Lei nº 10.216/01, *"a internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes"* e *"a internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos"*.

O artigo 23-A, § 3º, II, da Lei nº 11.343/06, incluído pela Lei nº 13.840/19, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas e as condições de atenção aos usuários ou dependentes de drogas e para tratar do financiamento das políticas sobre drogas, prescreve que a internação involuntária é *"aquela que se dá, sem o consentimento do dependente, a pedido de familiar ou do responsável legal ou, na absoluta falta deste, de servidor público da área de saúde, da assistência social ou dos órgãos públicos integrantes do Sisnad, com exceção de servidores da área de segurança pública, que constate a existência de motivos que justifiquem a medida"*. Ademais, a internação involuntá-

Acesso ao Sumário

ria somente pode ser realizada após prescrição do médico responsável, quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes (artigo 23-A, §§ 5º e 6º, da Lei nº 11.343/06).

No caso concreto, conforme relatórios das equipes multidisciplinares do Centro de Referência Especializado da Assistência Social de Jaú, do Conselho Tutelar local e do Centro de Atenção Psicossocial CAPS AD II *"Dr. Milton Falcão"* (fls. 08, 20/22, 25, 28, 38), o adolescente faz uso abusivo de substâncias psicoativas e passa as noites na rua, além do mais, não está frequentando a escola, é agressivo e já foi encaminhado para tratamento no CAPS, porém não compareceu a nenhuma consulta. Foi necessária a busca e apreensão do adolescente para fins de avaliação médica (fls. 78). O adolescente foi atendido por médico psiquiatra da Unidade de Saúde *"Centro de Atenção Psicossocial – CAPS AD II Dr. Milton Falcão"*, o qual, prescreveu ao infante *"internação a nível hospitalar com o objetivo de desintoxicação em hospital especializado"* (fls. 79).

Verifica-se, pois, que há provas suficientes de que as tentativas de tratamentos extra-hospitalares e voluntários foram infrutíferas, continuando o adolescente exposto à situação de risco. Ademais, a necessidade de internação compulsória restou demonstrada, por meio de laudo médico, não podendo prevalecer a alegação do Município acerca da incompatibilidade da medida com a Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência. Assim, esgotadas as possibilidades de utilização dos recursos extra-hospitalares, é cabível a internação involuntária para tratamento da drogadição, sendo seu término determinado pelo médico responsável.

Cumpre salientar que, em 16/05/2023 o adolescente foi internado na Unidade de Dependência Química – Clemente Ferreira (fls. 81) e, após recomendação de alta médica, o jovem foi desinternado, tendo sido encaminhado para continuidade do tratamento em regime ambulatorial (fls. 111).

Não é demais salientar que a intervenção do Poder Judiciário para garantir o pleno acesso à saúde de crianças, adolescentes e jovens não configura violação ao princípio da separação de Poderes, pois tal direito não está adstrito à discricionariedade do Poder Público, mas sua concretização constituirá ato estritamente vinculado, uma vez que ao Estado é imposto o dever de prestar ampla assistência médica e farmacêutica aos que dela necessitam. Tratando-se da concretização de direitos fundamentais, não cabe ao administrador justificar sua omissão com a aplicação da cláusula da *"reserva do possível"*, pois sua conduta deve pautar-se pelo princípio da *"máxima efetividade da Constituição"*[2]. É também este o entendimento do C. Supremo Tribunal Federal[3]. A cláusula da reserva do possível, portanto, não pode ser invocada pelo Poder Público com o

Acesso ao Sumário

2 Superior Tribunal de Justiça. REsp. 811.608/RS. Relator: Min. **Luiz Fux**. Data do julgamento: 15 de maio de 2007.

3 Supremo Tribunal Federal. Ag. Inst. (AgRg) 810.864/RS. Relator: Min. **Roberto Barroso**. Data do julgamento: 18 de novembro de 2014.

propósito de frustrar ou dificultar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição Federal, encontrando limitação na garantia constitucional do mínimo existencial. E não se diga haver violação ao princípio da isonomia, pois o atendimento a crianças e adolescentes em situação de risco deve ser prioritário, garantindo-se a proteção integral a que fazem jus.

De resto, é plenamente possível a imposição da medida assecuratória de bloqueio de verbas públicas, de forma a garantir o direito à saúde, ao qual devem ser dadas as máximas eficácia e efetividade. A propósito, já se decidiu que cabe *"(...) ao magistrado adotar medidas eficazes à efetivação de decisões que determinam o fornecimento de medicamentos, inclusive o bloqueio ou sequestro de verbas do Estado, com a ressalva de que a medida deve ser concedida apenas em caráter excepcional, quando houver comprovação do não cumprimento da obrigação e de que a demora no recebimento do medicamento acarretará risco à saúde e à vida do demandante"*[4].

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao apelo e ao reexame necessário.

É como voto, sempre tributado o devido respeito ao entendimento divergente.

BERETTA DA SILVEIRA, Desembargador Presidente da Seção de Direito Privado

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0028314-53.2023.8.26.0000, da Comarca de Casa Branca, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DE CASA BRANCA, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DE CASA BRANCA.

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 2ª VARA DA COMARCA DE CASA BRANCA). V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44.776)**

4 STJ – 1ª Turma – AgRg no RMS 47.336/GO – Rel. Min. **Regina Helena Costa** – Data do julgamento: 01 de outubro de 2015.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 2 de outubro de 2023.

FRANCISCO BRUNO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa, com pedido de tutela antecipada de urgência – Distribuição do feito por dependência aos autos que já tramitam perante o Juízo Suscitado em razão da alegada conexão entre as demandas – Possibilidade – Ações que possuem a mesma causa de pedir remota, por se basearem no mesmo fato que motivou a pretensão levada a Juízo **– Conexão caracterizada – Art. 55, *caput*, Código de Processo Civil – Prevenção do Juízo em que distribuída a primeira ação – Inteligência dos arts. 58 e 59 do CPC – Precedentes desta C. Câmara Especial – Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Suscitado.**

VOTO

VISTOS.

Trata-se de *conflito negativo de competência* suscitado pelo **MM. JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA** em face do **MM. JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA**, ambos da **Comarca de Casa Branca**, nos autos *ação civil pública por ato de improbidade administrativa, com pedido de tutela antecipada de urgência*, ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO em face de MARCO CÉSAR DE PAIVA AGA, TERRACOM CONSTRUÇÕES LTDA, TERRACOM CONCESSÕES E PARTICIPAÇÕES LTDA, PERENGE ENGENHARIA E CONCESSÕES LTDA, ÁGUAS DE CASA BRANCA SPE LTDA, JOSÉ FRANCISCO PIRES, JF PIRES CONSULTORIA ME, MARCO ANTONIO DE PAIVA AGA, ROSANA DE PAIVA AGA ZANETTI GODOI e FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL DE CASA BRANCA, distribuída por prevenção aos autos da Ação Popular nº 1003444-35.2017.8.26.0129, em trâmite perante o Juízo da 2ª Vara da Comarca de Casa Branca (Proc. nº 1001448-89.2023.8.26.0129).

Há dissenso entre os Juízos sobre a competência para o conhecimento e processamento do feito, especificamente quanto à existência de conexão dos

Acesso ao Sumário

autos de origem com a Ação Popular nº 1003444-35.2017.8.26.0129, em trâmite perante a 2ª Vara da Comarca de Casa Branca, ora suscitado.

Entende o **Juízo suscitado** pela inexistência de conexão entre a ação civil pública por ato de improbidade administrativa (Proc. nº 1001448-89.2023.8.26.0129) e a ação popular mencionada, ao argumento de que, embora a causa de pedir remota de ambas as demandas guarde relação, qual seja, a concorrência pública, as causas de pedir próximas são distintas, o que não implica a reunião dos feitos para julgamento conjunto. Destaca que, no caso, não se verifica existência de conexão geradora de prevenção, mas sim a ocorrência do vínculo de prejudicialidade externa homogênea, considerando que o julgamento da ação popular pode interferir na ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Assim, declinou de sua competência e determinou a livre distribuição do feito (fls. 1285/1290 dos autos de origem).

Desse entendimento diverge o **Juízo suscitante**, ao argumento de que a Ação Popular nº 1003444-35.2017.8.26.0129 tem o mesmo objeto e a mesma causa de pedir da Ação Civil Pública em que foi suscitado o presente conflito, qual seja, a anulação da licitação Concorrência Pública nº. 04/2017 feita entre o Município de Casa Branca e as requeridas Terracom Construções e Perenge, formadoras do consórcio Águas de Casa Branca.

Destaca que na ação civil pública que originou o presente conflito um dos pedidos do Ministério Público é no sentido de que: *"[...] seja declarada a nulidade da licitação Concorrência Pública n. 04/2017, bem como do contrato de concessão celebrado entre a PREFEITURA MUNICIPAL DE CASA BRANCA e o Consórcio ÁGUAS DE CASA BRANCA SPE LTDA e as consequências daí decorrentes, nos termos dos arts. 147 a 150 da Lei nº 14.133/2021 (nova Lei de Licitações); [...]" (p. 82)"*

Afirma que na Ação Popular prévia, o pedido consiste em: *"[...] seja JULGADA PROCEDENTE A AÇÃO, acolhendo os pedidos do suplicante para reconhecer por sentença as nulidades nas cláusulas do EDITAL DE CONCORRÊNCIA PÚBLICA n. 04/2017 Processo Administrativo n. 120/2017, acima elencadas, com fulcro no artigo 3º., a Lei 8.666/1993 e artigo 5º., caput e 37, caput, da Constituição Federativa do Brasil de 1988, por ofensa ao princípio da legalidade, publicidade, moralidade, igualdade e, assim, DECLARE por sentença a NULIDADE DA REFERIDA CONCORRÊNCIA PÚBLICA e consequentemente todos os atos advindos da mesma, evitando assim grave lesão ao Patrimônio Público, corrigindo a ilegalidade do ato" [...] p. 17 dos autos 1003444-35.2017;".*

Defende que o legislador não especifica se referida causa de pedir se trata da próxima ou remota em referido dispositivo, mencionando o art. 55, e § 3º do CPC.

Acesso ao Sumário

Acrescenta, ademais, que poderia se entender pela ocorrência da continência, considerando que o pedido da Ação Popular está contido nos pedidos da Ação Civil Pública, uma vez que esta ação é mais ampla do que aquela, o que também ensejaria a reunião dos feitos. Menciona que, embora não haja a identidade de partes diante da especificação legislativa que confere legitimidade ativa extraordinária entre as ações (ao cidadão a legitimidade da ação popular e ao Ministério Público a legitimidade para a ação civil pública), tais circunstâncias não seriam suficientes para afastar o instituto da conexão. (fls. 1/6 destes autos).

A douta Procuradoria Geral de Justiça ofertou parecer para declarar a competência do Juízo suscitado. (fls.19/22 destes autos).

Foi designado o **Juízo suscitado (MM. JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DA COMARCA DE CASA BRANCA)** para apreciar e decidir questões urgentes. (fls. 8/11 destes autos).

É o relatório.

Conhece-se do conflito negativo de competência, visto que presente a hipótese prevista no art. 66, III, do Código de Processo Civil uma vez que há divergência entre os Juízos acerca da reunião ou separação dos processos.

O presente conflito é suscitado nos autos da *ação civil pública por ato de improbidade administrativa*, *com pedido de tutela antecipada de urgência*, para se definir pela ocorrência, ou não, de conexão entre a presente demanda e a Ação Popular nº 1003444-35.2017.8.26.0129.

E razão assiste ao Juízo suscitante.

O art. 55, *caput*, do Código de Processo Civil, dispõe que se reputam conexas duas ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir.

Ao determinar a reunião de processos, a norma também tem como objetivo primordial evitar que sejam proferidas decisões conflitantes, por juízos distintos, em casos que tenham relação.

A reunião de processos, portanto, deve ocorrer quando estivermos diante de ações conexas (aquelas que possuem pedido ou causa de pedir comuns) e *"para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles"*.

Acesso ao Sumário

No caso em análise, verifica-se a identidade causa de pedir, a ensejar o reconhecimento da conexão, além do evidente risco de prolação de decisões contraditórias caso não haja julgamento conjunto dos dois feitos.

Veja-se que na *ação popular* nº **1003444-35.2017.8.26.0129**, proposta por T.L.D. contra o Município de Casa Branca, é pleiteada a suspensão da concorrência pública nº 04/2017, que tem como objetivo anular a concessão dos serviços de água e esgoto em Casa Branca em razão de suposta fraude no caráter

competitivo do procedimento licitatório.

Ao final, postulou-se que se *"DECLARE por sentença a NULIDADE DA REFERIDA CONCORRÊNCIA PÚBLICA e consequentemente todos os atos advindos da mesma, evitando assim grave lesão ao Patrimônio Público, corrigindo a ilegalidade do ato"*.

Na *ação civil pública por ato de improbidade administrativa* (Proc. nº 1001448-89.2023.8.26.0129) que deu origem ao presente conflito, o objeto é apuração de improbidade administrativa decorrente de ilegalidade do mesmo procedimento de concorrência pública nº 04/2017, qual seja, fraude no caráter competitivo do procedimento licitatório, em que houve possível favorecimento ilícito praticado pelo Prefeito de Casa Branca em favor de empresas que teriam com ele contribuído durante o período de sua campanha eleitoral para o cargo, com requerimento para a declaração de sua nulidade, bem como a do contrato de concessão celebrado entre a Prefeitura Municipal de Casa Branca e o Consórcio Águas de Casa Branca SPE Ltda.

Neste feito pretende-se *"seja declarada a nulidade da licitação Concorrência Pública n. 04/2017, bem como do contrato de concessão celebrado entre a PREFEITURA MUNICIPAL DE CASA BRANCA e o Consórcio ÁGUAS DE CASA BRANCA SPE LTDA e as consequências daí decorrentes, nos termos dos arts. 147 a 150 da Lei nº 14.133/2021 (nova Lei de Licitações)"*.

Desse modo, verifica-se que ambas as ações possuem a mesma causa de pedir remota, qual seja, o **Edital de Concorrência Pública nº 04/2017**, e buscam a anulação desse certame licitatório.

Assim, a despeito de os pedidos formulados em cada uma das ações não serem exatamente os mesmos, é inegável a existência de conexão entre os processos, com a possibilidade real da existência de decisões contrárias nas demandas, a exigir análise conjunta de ambos os feitos.

Afinal, consoante o disposto no art. 55, § 3º, do CPC *"Serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles"*.

A corroborar essa conclusão, convém destacar que o próprio Ministério Público do Estado de São Paulo requereu a distribuição da ação por dependência: *"Por fim, havendo conexão entre esta ação civil pública e a Ação Popular Proc. n. 1003444-35.2017.8.26.0129 (CPC, art. 55), requeiro seja a presente ação civil pública distribuída por prevenção ao Juízo da 2ª Vara da Comarca de Casa Branca, por conta da competência por prevenção, evitando, assim, decisões contraditórias* (fl. 85 dos autos de origem).

Assentada tal premissa, a da conveniência da reunião dos feitos, relevante pontuar que a ação do qual tirado o presente incidente foi ajuizada posteriormen-

Acesso ao Sumário

te ao feito que tramita no Juízo suscitado (Proc. nº 1003444-35.2017.8.26.0129), de modo a ser devida a respectiva reunião no Juízo prevento, nos termos dos arts. 58 e 59, do Código de Processo Civil, que no caso é o MM. Juízo suscitado:

> *"Art. 58. A reunião das ações propostas em separado far-se-á no juízo prevento, onde serão decididas simultaneamente.*
>
> *Art. 59. O registro ou a distribuição da petição inicial torna prevento o juízo".*

Nesse mesmo sentido é o posicionamento desta C. Câmara Especial:

> *CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação de rescisão de contrato de compra e venda de bem imóvel distribuída ao Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Bauru, que declinou da competência, em razão da existência de conexão com ação executiva que tramita perante o Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Bauru, relativa ao mesmo contrato de compra e venda de bem imóvel – Mesma causa de pedir – Autora da ação de rescisão que visa suspender e tornar inexigível o pagamento do preço avençado em relação aos réus que, por sua vez, buscam obter o pagamento decorrente deste mesmo contrato de compra e venda na ação executiva ajuizada anteriormente e que tramita perante o Juízo suscitante – Verificada a conexão e relação de prejudicialidade – Possibilidade de decisões conflitantes – Inteligência dos artigos 55, 58 e 59 do CPC – Precedentes desta E. Câmara Especial – Conflito procedente – Competente o Juízo Suscitante (4ª Vara Cível da Comarca de Bauru).* (TJSP; Conflito de competência cível 0029237-50.2021.8.26.0000; Relatora: Ana Luiza Villa Nova; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Bauru – 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 07/02/2022; Data de Registro: 08/02/2022).
>
> *Conflito Negativo de Competência – Ação Popular – Feito distribuído por dependência em razão de alegada conexão com outra ação (pedido de tutela antecedente em ação popular) anteriormente ajuizada – Determinação de livre distribuição – Medida descabida – Conexão verificada – Demandas se debruçam sobre a mesma causa de pedir remota (contrato de concessão para a prestação de serviços de transporte coletivo municipal) – Risco de decisões conflitantes – Exegese dos artigos 55, § 1º; 58 e 286, inciso I, do Código Processual Civil – Conflito procedente – Competente o Juízo Suscitado.* (TJSP; Conflito de competência cível 0017276-49.2020.8.26.0000; Relator: Magalhães Coelho (Pres. da Seção de Direito Público; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Bragança Paulista – 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 02/09/2020; Data de Registro: 02/09/2020)

Em suma, seja em razão da conexão que se verifica entre os processos, seja para evitar o risco de decisões conflitantes, impõe-se a reunião dos feitos,

Acesso ao Sumário

com a consequente distribuição por direcionamento do segundo processo.

Ante o exposto, **conheço** do conflito negativo de competência e **declaro** a competência do **Juízo suscitado (MM. JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DA COMARCA DE CASA BRANCA).**

Conflitos de Jurisdição

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº 0030526-47.2023.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS DE ARAÇATUBA, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS DE SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "CONHECERAM DO CONFLITO NEGATIVO para declarar a competência do Juiz de Direito suscitado da Vara das Execuções Criminais de Santos. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 120.205)**

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, 11 de outubro de 2023.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. Sentença penal transitada em julgado que condenou o réu à pena de multa. Remessa do feito para a comarca onde o executado encontra-se preso. Impossibilidade. A execução da multa penal, que se trata de procedimento autônomo, deve se dar no foro onde tramitou o processo de conhecimento, a fim de evitar que o feito tramite por diversos juízos à medida que o executado seja transferido de estabelecimentos prisionais. Respeito aos princípios da celeridade e economia

processual. Competência do juízo suscitado da Vara das Execuções Criminais de Santos.

VOTO

Cuida-se de **conflito negativo de jurisdição** suscitado pelo **MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS DE ARAÇATUBA** em face do **MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS DE SANTOS**, nos autos da ação de execução de pena de multa nº 1003435-59.2022.8.26.0562, na qual o Ministério Público busca a execução da pena pecuniária de multa no valor de R$ 49.155,00 (quarenta e nove mil cento e cinquenta e cinco reais), com juros, multa de mora e encargos, imposta a *G.S.S.*, na ação penal nº 0030410-24.2011.8.26.0562, que tramitou na 5ª Vara Criminal de Santos.

Argumenta que a execução da multa penal é procedimento autônomo em relação à execução da pena restritiva de liberdade e/ou restritiva de direitos. Aduz que a competência para processamento recai sobre o juízo no qual tramitou a ação penal, para que se evite que o feito tramite por diversos juízos caso o executado seja transferido de estabelecimento prisional ou aufira progressão de regime penal, observados os princípios da celeridade e da economia processual.

Processado o conflito de jurisdição, foi designado o MM. Juiz de Direito suscitado da Vara das Execuções Criminais de Santos para apreciar as medidas urgentes.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela competência do Juízo suscitado.

É O RELATÓRIO.

Trata-se de execução de multa penal imposta a *G.S.S.* pela prática dos crimes previstos nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, da Lei 11.343/2006, proposta pelo Ministério Público na Vara das Execuções Criminais de Santos, após o trânsito em julgado da condenação do executado à pena total de reclusão de 14 (catorze) anos, 06 (seis) meses e 06 (seis) dias em regime fechado, bem como ao pagamento de multa, no valor total de R$ 49.155,00 (quarenta e nove mil cento e cinquenta e cinco reais), com juros, multa de mora e encargos.

Acesso ao Sumário

O Juiz da Vara das Execuções Criminais de Santos determinou a remessa para a comarca em que o sentenciado se encontra preso. Recebidos os autos, o Juiz da 2ª Vara das Execuções Criminais de Araçatuba determinou a devolução do feito, o qual não foi recebido pelo Juiz da Vara das Execuções Criminais de Santos. Aportados os autos mais uma vez ao Juízo do local de prisão do apenado, foi suscitado o presente conflito.

Pois bem. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.150, em 13 de dezembro de 2018, conferiu inter-

pretação conforme à Constituição Federal ao artigo 51 do Código Penal, nos seguintes termos: "*O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação direta para, conferindo interpretação conforme à Constituição ao art. 51 do Código Penal, explicitar que a expressão 'aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição', não exclui a legitimação prioritária do Ministério Público para a cobrança da multa na Vara de Execução Penal, nos termos do voto do Ministro Roberto Barroso, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Edson Fachin, que o julgavam improcedente. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 13.12.2018*" (STF – Tribunal Pleno – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.150 – Rel. Min. **Marco Aurélio** – j. em 13.12.2018).

Por sua vez, a Lei nº 13.964/19, denominada de "pacote anticrime", alterou a redação do art. 51 do Código Penal e assim dispôs: "*Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será executada perante o juiz da execução penal e será considerada dívida de valor, aplicáveis as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.*".

E, seguindo o entendimento exarado, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo editou o Provimento nº 04/2020 da Corregedoria Geral de Justiça, especificando os procedimentos a serem adotados quando da aplicação da pena de dias-multa:

"*Art. 480 – Na hipótese de multa cumulativamente aplicada, após o trânsito em julgado da sentença condenatória ou do acórdão, se houver, caberá ao juiz da vara onde tramitou o processo, sem prejuízo da expedição da guia de recolhimento definitiva ou das peças necessárias para complementar a guia de recolhimento provisória, na forma do artigo 468 destas Normas de Serviço, promover a intimação do réu, preferencialmente por carta com AR, para o pagamento da multa no prazo de 10 dias.*

§ 1º – No mesmo ato o condenado também será intimado para o pagamento da taxa judiciária, no prazo de 60 dias, procedendo-se na forma prevista no artigo 1.098 destas Normas de Serviço.

§ 2º – Recolhida a multa penal o juiz da vara onde tramitou o processo anotará o pagamento, comunicando o cumprimento ao Juízo das Execuções Criminais competente para a execução da pena privativa de liberdade ou da pena restritiva de direitos.

Art. 480-A – Infrutífera a intimação, ou não efetuado o pagamento da multa cumulativamente aplicada, o juiz da vara onde tramitou o processo determinará a expedição de certidão da sentença.

Acesso ao Sumário

§ 1º – Expedida a certidão, o ofício de justiça, abrirá vista ao MP e, após, lançará a movimentação "Cód. 62050 – Autos no Prazo – Execução da Multa Penal", a qual atribuirá ao processo a situação "suspenso, e encaminhará o processo com tramitação digital, automaticamente para a fila "Ag. Execução – Pena de Multa

§ 2º – Havendo comunicação do ajuizamento da ação de execução da multa penal, o juízo de conhecimento procederá a anotação no histórico de partes inserindo o evento "Cód. 17 – Início da Execução da Pena de Multa", indicando no complemento o número do processo de execução e lançará a movimentação "61619 – Definitivo – Processo Findo com Condenação" remetendo o processo ao arquivo. A extinção da pena de multa incumbirá ao Juízo do processo da Execução da Multa.

§ 3º – Não havendo comunicação do ajuizamento da ação para execução da multa penal, e decorrido o lapso prescricional, o juiz da vara onde tramitou o processo extinguirá a pena, remetendo os autos ao arquivo.

[...]".

O Provimento nº 04/2020 encontra-se em consonância com o decidido pelo C. Supremo Tribunal Federal, pois respeita a competência das Varas das Execuções Criminais para a demanda executiva das multas impostas, ressaltando a titularidade do Ministério Público para tal mister.

E, no caso, o Ministério Público, após ser expedida certidão pelo juízo do conhecimento (fls. 04/05 da origem), procedeu à execução da sentença penal transitada em julgado.

Ocorre que, em se tratando de executado preso e tendo a ação penal tramitado na 5ª Vara Criminal de Santos (processo nº 0030410-24.2011.8.26.0562), a execução deverá se dar na comarca onde tramitou o processo de conhecimento.

Tratando-se a execução da multa penal de procedimento autônomo em relação à execução da pena restritiva de liberdade e/ou restritiva de direitos, e a fim de se evitar que o feito tramite por diversos juízos caso a executada seja transferida de estabelecimento prisional ou obtenha progressão de regime penal, é razoável que a demanda seja processada no juízo do foro originário da ação penal. Tal raciocínio harmoniza-se com os princípios da celeridade e economia processual, pois evita o trânsito do processo por diversas varas de execuções por onde a executada passar.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, precedentes dessa C. Câmara Especial:

"*CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO – Réu condenado à pena privativa de liberdade e multa pelo MM. Juízo de Direito da 6ª Vara Criminal de Santos – Execução da sanção pecuniária ajuizada pelo Ministério Público na Vara da Execução Criminal de Santos – Remessa à Vara de Execuções do local de cumprimento da respectiva pena privativa de liberdade – Não cabi-*

mento – Observância do artigo 96, inciso I, da Constituição Federal – Inteligência dos arts. 480, § 2º e 480-A, § 2º, das NSCGJ e Parecer nº 59/2020-J da CGJ – Precedentes da C. Câmara Especial – Conflito conhecido para declarar a competência do MM. Juízo de Direito da Vara do Júri e das Execuções Criminais de Santos, suscitado" (TJSP – Câmara Especial – Conflito de jurisdição nº 0034002-30.2022.8.26.0000 – Rel. Des. **Guilherme G. Strenger** – j. em 18.10.2022).

"*CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO DE PENA DE DIAS-MULTA. RÉU PRESO. COMPETÊNCIA DA VARA EM QUE TRAMITOU O PROCESSO DE CONHECIMENTO. Distribuição da demanda perante a Vara de Execução Criminal da Comarca onde tramitou o processo de conhecimento. Determinação de redistribuição dos autos à Vara de Execução Criminal da Comarca onde o executado está cumprindo pena privativa de liberdade. Inadmissibilidade. Inteligência da ADI nº 3.150. Ministério Público que é o único órgão legitimado para promover a execução da pena de multa perante a Vara de Execução Criminal. Lei nº 13.964/19 que positivou referido entendimento ao alterar o art. 51 do CP. Execução da pena pecuniária disciplinada pelo Provimento nº 04/2020 da Egrégia Corregedoria Geral da Justiça. Ação de execução de pena de multa que é autônoma com relação à execução da pena de reclusão. Art. 538-A, § 4º, do Provimento CGJ nº 04/2020. Observância do princípio da celeridade processual. Execução que deve tramitar perante a Vara da Execução Criminal do foro em que tramitou o processo de conhecimento. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo da Vara do Júri e das Execuções Criminais da Comarca de Santos*" (TJSP – Câmara Especial – Conflito de jurisdição nº 0033006-32.2022.8.26.0000 – Rel(a). Des(a). **Daniela Cilento Morsello** – j. em 05.10.2022).

Ante o exposto, **CONHEÇO DO CONFLITO NEGATIVO** para declarar a competência do Juiz de Direito suscitado da Vara das Execuções Criminais de Santos.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Cível nº 2188850-04.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente E.M.S.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tri-

Acesso ao Sumário

bunal 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 35.371)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), BERETTA DA SILVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 12 de setembro de 2023.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: "*HABEAS CORPUS* – Execução de medida socioeducativa de liberdade assistida em razão de ato infracional ocorrido em junho de 2020 – Insurgência do presente 'writ' contra decisão que manteve o tratamento socializador adotado a despeito da maioridade alcançada pelo jovem, do tempo decorrido da conduta infracional e da ausência de notícia de novo envolvimento infracional/criminal – Extinção que se mostra prematura, notadamente diante de sua resistência, ao longo do tempo, quanto ao cumprimento da medida socioeducativa, chegando a ser intimado para oitiva, porém deixando de comparecer e de justificar sua ausência – Expedição de mandado de condução coercitiva, o qual deixou de ser cumprido porquanto o jovem empreendeu fuga, tomando rumo ignorado – Medida socioeducativa que pode ser cumprida até 21 anos de idade – Exegese do parágrafo único, do art. 2º do ECA e Súmula 605 do STJ – Não caracterização da perda de atualidade da medida imposta que não se concretiza apenas pelo aspecto temporal e pela maioridade **– Constrangimento ilegal não configurado – Precedente – Ordem denegada."**

VOTO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por Daniel Palotti Secco, Defensor Público do Estado, em favor de E.M.S., nascido em (...), insurgindo-se contra r. decisão proferida pelo MM. Juízo da Vara da Infância e Juventude da Capital que não extinguiu a medida socioeducativa de liberdade assistida, na qual o jovem estava inserido pela prática de ato infracional ocorrido

em (...).

Alega, em apertada síntese, violação dos princípios da brevidade, excepcionalidade e atualidade, uma vez que o fato em questão ocorreu há mais de três anos e o paciente já alcançou a maioridade penal e, portanto, evidenciado estaria o caráter punitivo da r. decisão judicial ora hostilizada (fls. 1/4).

Indeferida a liminar (fls. 329/331), as informações foram prestadas às fls. 338/340 e a Douta Procuradoria-Geral de Justiça exarou parecer pela denegação da ordem (fls. 343/348).

É o relatório.

A concessão da ordem de *habeas corpus* pressupõe a presença dos requisitos da ameaça de coação ao direito de locomoção e a ilegalidade da ameaça, o que não se parece avistar no caso em exame, haja vista que a r. decisão hostilizada apresenta motivação razoável, construída a partir do livre convencimento do Magistrado, merecendo destaque a seguinte transcrição:

"O educando descumpriu injustificadamente a medida socioeducativa imposta, demonstrando completo desinteresse nas intervenções até então disponibilizadas. No entanto, ele ainda pode se beneficiar do processo ressocializador" (fl. 316).

Como informado pela autoridade apontada como coatora, o ora paciente foi inserido na medida socioeducativa de liberdade assistida (em substituição à internação), aplicada em razão da prática de ato infracional equiparado ao crime previsto no artigo 157, § 2º, II., c.c. art. 14, II, ambos do Código Penal. Foi informado o descumprimento do tratamento socializador adotado e designada audiência de justificação, o jovem não compareceu, o que motivou a expedição de mandado de condução coercitiva para comparecimento em audiência, mas o educando evadiu-se, tomando rumo ignorado. Novamente foi expedido mandado de busca e apreensão para sua oitiva e em seguida as partes manifestaram-se a respeito e o Ministério Público requereu a renovação do mandado de busca e apreensão. Em seguida foi indeferido o pedido de extinção e determinada a renovação do mandado de busca e apreensão (fls. 338/340).

De acordo com o cenário dos autos, respeitada a tese aduzida pela Defesa, a atualidade e o caráter contemporâneo da medida estão comprovados em virtude do menosprezo do educando em relação ao cumprimento da medida socioeducativa imposta. Ademais, a execução da respectiva medida pode ocorrer até o autor do ato infracional completar 21 anos de idade (art. 2º, parágrafo único c/c o art. 121, § 5º, ambos do ECA e a Súmula 605 do STJ).

Sobre o tema, cabe destacar, respectivamente, os seguintes precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça e da Câmara Especial, a saber:

"A atualidade, de acordo com o art. 100, inciso VIII, da Lei n. 8.069/1990, é princípio que rege a aplicação das medidas socioeducativas, sob o qual

Acesso ao Sumário

é realizada avaliação acerca da necessidade e adequação da intervenção conforme a situação de perigo em que a criança ou o adolescente se encontra no momento em que a medida é aplicada, de maneira que, na linha do entendimento do Tribunal 'a quo', não há violação do mencionado princípio, notadamente porque, da ponderação entre o referido princípio e as necessidades pedagógicas do adolescente, revela-se conveniente a manutenção da medida até que seja possível a reavaliação sobre o alcance das metas fixadas pela equipe técnica" (AgRg no HC 665.984/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 10/08/2021, g.n.).

"HABEAS CORPUS – Execução de medida socioeducativa de internação – Renovação do mandado de busca e apreensão – Possibilidade – Requerimento defensivo para extinção do feito – Cumprimento não iniciado – Imperiosidade do trabalho ressocializador – Medida socioeducativa necessária – Maioridade não impede a continuidade da execução – Decisão devidamente fundamentada – Extinção, no momento, que se mostra prematura Ordem Denegada" (TJSP, Câmara Especial, *Habeas Corpus* Cível nº 2132601-67.2022.8.26.0000; Relatora Silvia Sterman; j. em 27.9.2022)."

De se destacar, também, o judicioso parecer da Douta Procuradoria-Geral de Justiça, cujo teor parcial merece ser produzido, a saber:

"De mais a mais, a r. decisão atacada, a meu ver, também está em harmonia com o princípio da atualidade (artigo 100, inciso VIII, do ECA), eis que proferida após o não comparecimento do paciente à audiência de justificação, assim como com o princípio da intervenção precoce (artigo 100, inciso VI, do ECA), ante a situação de perigo para o paciente da renitência quanto do descumprimento da medida.

Por fim, incabível a pretendida extinção da medida socioeducativa em razão do tempo decorrido da prática do ato infracional (10/06/2020), eis que para além das dificuldades para seu cumprimento no período de pandemia viral (2020/2021), o que deve ser interpretado à luz do princípio da razoabilidade, a análise sobre a formação da personalidade do paciente exige exame aprofundado incompatível pela via estreita do 'habeas corpus' e, ademais, remanesce presente a obrigação estatal de proteção do seu estado de vulnerabilidade, revelado pelo seu comportamento desidioso, ainda que tenha completado 18 anos" (fl. 347).

Em suma, ausente qualquer constrangimento ilegal que deva ser reparado por meio da presente impetração.

Pelo exposto, **denega-se** a ordem.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL DE PRESIDENTES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2147717-16.2022.8.26.0000/50000, da Comarca de Bastos, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, é agravada MIHO TAKAHASHI NAGAYOSHI.

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 118.020)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), FRANCISCO BRUNO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE -PRESIDENTE).

São Paulo, 1º de setembro de 2023.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO INDIVIDUAL DE SENTENÇA COLETIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA JULGADA PELO JUIZ DA 6ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO FORO CENTRAL DE SÃO PAULO/SP (AÇÃO COLETIVA Nº 0403263-60.1993.8.26.0053). Foro competente. Reconhecimento ao beneficiário do direito de ajuizar o cumprimento individual da sentença coletiva no Juízo de seu domicílio (tema 480). Legitimidade ativa dos poupadores e de seus sucessores, independentemente de fazerem parte dos quadros associativos do IDEC (tema 948). Legitimidade passiva da instituição financeira (tema 298). Prazo prescricional quinquenal. Cumprimento de sentença requerido antes de transcorrido o lustro (tema 515). Prescrição dos juros remuneratórios. Prazo quinquenal, contado do trânsito em julgado da ação coletiva (temas 300, 515 e 877). Juros de mora. Termo inicial.

Acesso ao Sumário

Citação do devedor na fase de conhecimento (tema 685). Sentença proferida na vigência do Código Civil de 1916. Taxa de 0,5% a.m. restrita ao período de vigência do referido codex. Dívida que se protrai durante o Código Civil de 2002. Incidência do art. 406 do novo diploma legal a partir da sua vigência. Inexistência de violação à coisa julgada (tema 176). Juros remuneratórios e expurgos inflacionários posteriores a título de correção monetária plena do débito. Incidência (tema 887). Honorários advocatícios. Fixação em consonância com o Recurso Especial nº 1.134.186/RS (temas 407 a 410). Necessidade de prévia liquidação de sentença. Ausência de sucumbência. Decisão mantida. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de **Agravo Interno Cível** interposto por Banco do Brasil S/A contra decisão que, em execução individual de sentença proferida em ação civil pública ajuizada por Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) em face de Caixa Econômica Estadual (posteriormente denominada Banco Nossa Caixa S.A., incorporado por Banco do Brasil S.A.) para cobrança de expurgos inflacionários do Plano Verão, **NEGOU SEGUIMENTO a Recurso Especial** em razão de o V. Acórdão ter observado as orientações estabelecidas no E. STJ sob o regime dos recursos repetitivos.

Nas razões do Agravo Interno, alega o recorrente, em síntese, ter havido equívoco no V. Acórdão recorrido e, em consequência, na decisão agravada, sob o argumento de que não foi aplicada adequadamente a legislação em vigor e, com isso, foram conferidos direitos inexistentes à parte contrária.

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

Acesso ao Sumário

no AgInt nos EDcl no RMS nº 48.747/DF, Rel. Min. **Humberto Martins**, Corte Especial, DJe de 19.6.2018.

E este não é o caso dos autos.

A identidade fática e jurídica entre o V. Acórdão objeto do inconformismo especial e os paradigmas apontados na decisão recorrida é evidente.

Com efeito, julgado o Recurso Especial nº 1.243.887/PR sob o regime dos recursos repetitivos, o E. Superior Tribunal de Justiça decidiu que a liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva podem ser ajuizadas no foro do domicílio do beneficiário, pois os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido (tema 480).

No Recurso Especial repetitivo nº 1.273.643/PR, a E. Corte Superior assinalou que o prazo prescricional para o ajuizamento do cumprimento individual de sentença proferida em ação civil pública é quinquenal (tema 515).

Com relação à alegação de prescrição dos juros remuneratórios, o E. STJ, ao analisar o mesmo argumento em execuções individuais de sentenças proferidas em distintas ações civis públicas ajuizadas para cobrança de expurgos inflacionários, afastou o referido pleito em diversas oportunidades, seja porque "(...) *não se trata de mero acessório do negócio principal, mas verdadeira reparação material*" (REsp nº 1.362.022/SP, tema repetitivo nº 948, Rel. Min. **Raul Araújo**, Segunda Seção, DJe de 24.5.2021), seja porque o prazo aplicável é o vintenário, considerado o ajuizamento da ação principal. No mesmo sentido: REsp nº 1.944.656/SP, Rel. Min. **Nancy Andrighi**, DJe de 28.6.2021; REsp nº 1.878.532/SP, Rel. Min. **Antonio Carlos Ferreira**, DJe de 18.5.2021; REsp nº 1.920.850/SP, Rel. Min. **Maria Isabel Gallotti**, DJe de 23.3.2021; AREsp nº 1.430.573/SP, Rel. Min. **Moura Ribeiro**, DJe de 16.4.2020; REsp nº 1.846.575/SP, Rel. Min. **Ricardo Villas Bôas Cueva**, DJe de 20.2.2020; e REsp nº 1.447.769/SP, Rel. Min. **Luis Felipe Salomão**, DJe de 1.8.2017. Destaca-se, ainda, o AREsp nº 1.103.476/SP, relatado pelo D. Ministro **Paulo de Tarso Sanseverino** (DJe de 16.11.2017) e fundamentado no REsp repetitivo nº 1.107.201/DF (tema 300), cujo esclarecedor trecho a respeito da matéria em questão segue abaixo:

> *"No que se refere à suposta ocorrência de prescrição dos juros remuneratórios, a eg. Segunda Seção desta Corte Superior, no julgamento dos Recursos Especiais Repetitivos n.º 1.107.201/DF e 1.147.595/RS (Relator Min. Sidnei Beneti, DJe de 06/05/2011), referente aos Temas 303 e 304, processados nos moldes do art. 543-C do CPC/1973, em que se discutia o recebimento de diferenças de perdas decorrentes dos Planos Econômicos 'Bresser', 'Verão' e 'Collor' em cadernetas de poupança, firmou o seguinte entendimento quanto a prescrição dos juros remuneratórios:*

Acesso ao Sumário

(...) ***2ª) É vintenária a prescrição nas ações individuais em que são questionados os critérios de remuneração da caderneta de poupança e são postuladas as respectivas diferenças, sendo inaplicável às ações individuais o prazo decadencial quinquenal atinente à Ação Civil Pública. (...)*** *(REsp 1.147.595/RS, Segunda Seção, Rel. Ministro Sidnei Beneti, DJe de 06/05/2011 – grifou-se).*

Assim, verifica-se que o entendimento do Tribunal local está em conformidade com o julgamento do repetitivo desta Corte a respeito da matéria." (destaques originais)

Neste cenário, o entendimento da E. Corte Superior é no sentido de que deve ser afastada a alegação de prescrição dos juros remuneratórios sempre que, nos termos das teses firmadas no julgamento dos REsps repetitivos nºs 1.273.643/PR (tema 515) e 1.388.000/PR (tema 877), o cumprimento individual da sentença coletiva tiver sido ajuizado no prazo de cinco anos, contado do trânsito em julgado da ação principal, porque referidos juros são considerados integrantes da condenação principal.

A respeito dos juros de mora, o E. STJ determinou, ao julgar os Recursos Especiais repetitivos nºs 1.361.800/SP e 1.370.899/SP, que eles devem incidir a partir da citação do devedor no processo de conhecimento da ação civil pública, quando esta se fundar em responsabilidade contratual cujo inadimplemento já produza a mora, ressalvada a hipótese de configuração da mora em momento anterior (tema 685).

Com relação ao índice dos juros moratórios, julgados os Recursos Especiais nºs 1.111.117/PR, 1.111.118/PR e 1.111.119/PR, sob o regime dos recursos repetitivos, o E. Superior Tribunal de Justiça decidiu que às sentenças proferidas na vigência do Código Civil de 1916 são aplicáveis juros de 0,5% ao mês até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, momento a partir do qual passa a incidir a taxa prevista no art. 406 do novo diploma legal, situação esta que não caracteriza violação à coisa julgada (tema 176).

Acesso ao Sumário

No que diz respeito aos expurgos inflacionários, o E. STJ, ao julgar o Recurso Especial repetitivo nº 1.392.245/DF, estabeleceu as seguintes teses: *"Na execução individual de sentença proferida em ação civil pública que reconhece o direito de poupadores aos expurgos inflacionários decorrentes do Plano Verão (janeiro de 1989): (I) descabe a inclusão de juros remuneratórios nos cálculos de liquidação se inexistir condenação expressa, sem prejuízo de, quando cabível, o interessado ajuizar ação individual de conhecimento; (II) incidem os expurgos inflacionários posteriores a título de correção monetária plena do débito judicial, que terá como base de cálculo o saldo existente ao tempo do referido plano econômico, e não os valores de eventuais depósitos da época de cada plano subsequente"* (tema 887).

E, julgado o Recurso Especial nº 1.134.186/RS, o E. Superior Tribunal de Justiça fixou as seguintes teses, sob o regime dos recursos repetitivos: "*1.1 São cabíveis honorários advocatícios em fase de cumprimento de sentença, haja ou não impugnação, depois de escoado o prazo para pagamento voluntário a que alude o art. 475-J do CPC, que somente se inicia após a intimação do advogado, com baixa dos autos e aposição do 'cumpra-se' (REsp.* nº 940.274/MS); 1.2 Não são cabíveis honorários advocatícios pela rejeição da impugnação ao cumprimento de sentença; 1.3 Apenas no caso de acolhimento da impugnação, ainda que parcial, serão arbitrados honorários em benefício do executado, com base no artigo 85, § 8º, do CPC" (temas 407 a 410).

A propósito da legitimidade ativa, julgados os Recursos Especiais nº 1.438.263/SP e 1.362.022/SP sob o regime dos recursos repetitivos, o E. Superior Tribunal de Justiça decidiu que, "*em ação civil pública proposta por Associação, na condição de substituta processual de consumidores, possuem legitimidade para a liquidação e execução da sentença todos os beneficiados pela procedência do pedido, independentemente de serem filiados à Associação promovente*" (tema 948).

Com relação à legitimidade passiva, a E. Corte Superior, ao julgar o Recurso Especial nº 1.107.201/DF, reconheceu a responsabilidade da instituição financeira para responder pelo pagamento das diferenças de correção monetária de valores depositados em cadernetas de poupança, decorrentes de expurgos inflacionários dos Planos Bresser, Verão e Collor II (tema 298).

Por fim, anoto que o agravante não foi sucumbente com relação à necessidade de liquidação prévia da sentença coletiva, razão pela qual inaplicável a sistemática dos recursos repetitivos neste aspecto.

Neste contexto, o V. Acórdão recorrido está em perfeita sintonia com as orientações superiores firmadas sob o regime dos recursos repetitivos.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Criminal nº 0052892-22.2019.8.26.0000/50001, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes A.B.B. e R.M., é agravado(a) (...).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao agravo interno, devendo a Secretaria cumprir, oportunamente, a determinação contida na parte final do item 2 do despacho de fls.

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Câmara Especial de Presidentes

232. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44.578)**

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, 6 de setembro de 2023.

FRANCISCO BRUNO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

RECURSO SEM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. HIPÓTESES IDÊNTICAS. DESPROVIMENTO.

1. Ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, com extensão do entendimento ao princípio do devido processo legal e aos limites da coisa julgada. Necessidade de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais (Tema 660/STF).

2. Agravo interno não provido, com determinação.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo interno interposto contra a decisão da Presidência da Seção de Direito Criminal (fls. 182) que, com fundamento no Tema 660 do Excelso Supremo Tribunal Federal, negou seguimento ao recurso extraordinário, nos termos dos artigos 1.030, I, "a", 1ª figura, do Código de Processo Civil e 638 do Código de Processo Penal.

Sustenta a Defesa, em síntese, que Tema 660 originou-se de julgado de natureza cível e, portanto, não poderia ter sido utilizado. Além disso, diz que referido precedente não é absoluto e merece aprofundamento, com vistas a evitar retirar a dimensão constitucional de direitos fundamentais. Afirma que houve ofensa direta ao artigo 5º, LIV e LV, da Constituição Federal, decorrente da negativa de adiamento de sessão de julgamento e consequente impedimento ao

Acesso ao Sumário

exercício de sustentação oral, matéria essa que possui repercussão geral e não depende da prévia análise de legislação infraconstitucional. Pugna, assim, pelo provimento do agravo, com o seguimento do apelo extremo (fls. 210/217)

A Procuradoria Geral de Justiça opinou às fls. 229/231.

Registro, ainda, a determinação contida na parte final do item 2 do despacho de fls. 232, para a remessa, oportunamente, dos autos ao Colendo Superior Tribunal de Justiça, diante do agravo de fls. 186/197.

É o relatório.

Conheço do presente agravo interno, nos termos do artigo 33-A, § 1º, I, do Regimento Interno deste Tribunal, não merecendo, contudo, provimento.

Houve a interposição de recurso extraordinário pela Defesa indicando violação ao artigo 5º, LIV e LV, da Carta Magna, sob a alegação de nulidade do julgamento da revisão criminal, diante do indeferimento de adiamento da sessão para o exercício da sustentação oral (fls. 149/160).

Com efeito, quando da análise do juízo de prelibação do reclamo, observou-se que a violação à norma trazida à baila já havia sido submetida ao rito da sistemática de repercussão geral, de forma que sua aplicação era imperiosa, por expressa previsão legal (artigo 1.030, I, "a", 1ª figura, da Lei Adjetiva Civil e artigo 638 do Código de Processo Penal – fls. 182).

Revendo a questão, diante das ponderações defensivas de fls. 210/217, constato que seus argumentos não demonstram suficiente distinção ou qualquer outra peculiaridade capaz de afastar a referida aplicação do Tema 660 da Corte Suprema ao caso concreto.

Como visto, a Defesa aventou em seu recurso extraordinário ofensa aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal (art. 5º, LIV e LV, da CF), acenando pela ocorrência de nulidade, em razão do indeferimento do pedido de adiamento do julgamento da revisão criminal, matéria essa que está regulada em lei federal (por exemplo, art. 563 do CPP e art. 937 do CPC).

Assim, escorreita a aplicação do entendimento fixado pelo Pretório Excelso que, na apreciação do Recurso Extraordinário com Agravo nº 748.371/MT, assentou não possuir repercussão geral a matéria relativa à violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa quando o julgamento da causa depender de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais, com extensão desse entendimento ao princípio do devido processo legal e aos limites da coisa julgada.

Desta forma, ainda que a Defesa afirme a patente existência de repercussão geral na matéria por ela aventada, suas argumentações são incapazes de afastar a interpretação já sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal, cabendo salientar que o agravo interno não é recurso adequado para buscar a superação do entendimento fixado em precedente vinculante por meio da impugnação de

Acesso ao Sumário

seu teor, servindo apenas para debater a correção da incidência do tema ao caso concreto (conforme artigos 1.030, § 2º e 1.021, ambos do Código de Processo Civil).

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 inviabiliza o processamento do extraordinário, nos termos da Súmula 279 do STF. Precedente. 4. No que concerne ao reconhecimento da prescrição*

Acesso ao Sumário

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.".

Desse modo, a decisão monocrática impugnada foi precisa e individualizada, pautando-se pelas circunstâncias aduzidas no recurso extraordinário defensivo e pelo teor do precedente qualificado do Pretório Excelso, sendo de rigor, portanto, a manutenção da sistemática da repercussão geral aplicada.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno, devendo a Secretaria cumprir, oportunamente, a determinação contida na parte final do item 2 do despacho de fls. 232.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 1000604-52.2019.8.26.0462/50001, da Comarca de Poá, em que é agravante BANCO ITAUCARD S/A, é agravado J.G.D.C. (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 117775)**

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, 11 de setembro de 2023.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. TARIFAS BANCÁRIAS. Tarifa de avaliação do bem e de registro de contrato. Validade. Revisão passível em caso de serviço não prestado e da presença de onerosidade excessiva no caso concreto (tema 958). Seguro. Imposição da seguradora a ser

Acesso ao Sumário

contratada pelo segurado. Vedação. Reconhecimento da abusividade de encargos acessório. (tema 972). Ausência de demonstração do desacerto da aplicação dos entendimentos firmados no E. STJ em julgamentos repetitivos. Decisão mantida. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de **Agravo Interno Cível** interposto por Banco Itaucard S/A contra decisão que, em demanda revisional, **NEGOU SEGUIMENTO a Recurso Especial**, pois o V. Acórdão recorrido observou a orientação estabelecida no E. Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais nºs 1.578.553/SP, 1.639.320/SP e 1.639.259/SP, julgados sob o regime dos recursos repetitivos. Alega a validade das tarifas de avaliação de bem e registro de contrato e indica que o precedente repetitivo não prescreve a forma que deva ser apresentado o documento comprobatório da prestação do serviço respectivo. Sustenta que houve a prestação do serviço, confirmada por documento idôneo. Aduz a dissonância entre o V. Acórdão recorrido e o precedente repetitivo quanto à legalidade da cobrança da tarifa discutida. Assinala que a tese vinculante decidiu que a contratação do seguro é lícita, desde que não seja condição para a concretização do contrato de financiamento. Destaca que no caso concreto restou demonstrada a opção de escolha pela contratação do seguro.

Não houve oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo 1º da Resolução nº 549/2011 desta Corte, com a redação dada pela Resolução nº 772/2017.

É O RELATÓRIO.

Anote-se, inicialmente, que o Agravo Interno está sujeito à competência da Câmara Especial de Presidentes, nos termos do art. 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental nº 565/2017.

Acesso ao Sumário

O recurso apenas comportará provimento se o recorrente demonstrar que, por ausência de similitude fática, a tese firmada no E. Superior Tribunal de Justiça sob o regime dos recursos repetitivos não se aplica ao caso concreto (*distinguishing*). Neste sentido, o AgInt no RE no AgRg nos EREsp nº 1.039.364/ES, Rel. Min. **Laurita Vaz**, Corte Especial, DJe de 6.2.2018, e o AgInt no RE no AgInt nos EDcl no RMS nº 48.747/DF, Rel. Min. **Humberto Martins**, Corte Especial, DJe de 19.6.2018.

E este não é o caso dos autos.

A identidade fática e jurídica entre o V. Acórdão objeto do inconformismo especial e os paradigmas apontados na decisão recorrida é evidente.

Ao julgar o Recurso Especial nº 1.578.553/SP, o E. STJ fixou as seguintes

teses repetitivas: *"2.1. Abusividade da cláusula que prevê a cobrança de ressarcimento de serviços prestados por terceiros, sem a especificação do serviço a ser efetivamente prestado; 2.2. Abusividade da cláusula que prevê o ressarcimento pelo consumidor da comissão do correspondente bancário, em contratos celebrados a partir de 25/02/2011, data de entrada em vigor da Res.-CMN 3.954/2011, sendo válida a cláusula no período anterior a essa resolução, ressalvado o controle da onerosidade excessiva; 2.3. Validade da tarifa de avaliação do bem dado em garantia, bem como da cláusula que prevê o ressarcimento de despesa com o registro do contrato, ressalvadas a: 2.3.1. abusividade da cobrança por serviço não efetivamente prestado; e a 2.3.2. possibilidade de controle da onerosidade excessiva, em cada caso concreto"* (tema 958).

E, julgados os Recursos Especiais Repetitivos nºs 1639320/SP e 1639259/SP, a E. Corte Superior firmou as seguintes teses: *"2.1 – Abusividade da cláusula que prevê o ressarcimento pelo consumidor da despesa com o registro do pré-gravame, em contratos celebrados a partir de 25/02/2011, data de entrada em vigor da Res.-CMN 3.954/2011, sendo válida a cláusula pactuada no período anterior a essa resolução, ressalvado o controle da onerosidade excessiva. 2.2 – Nos contratos bancários em geral, o consumidor não pode ser compelido a contratar seguro com a instituição financeira ou com seguradora por ela indicada. 2.3 – A abusividade de encargos acessórios do contrato não descaracteriza a mora"*. Confira-se a fls. 356/358.

Neste contexto, o V. Acórdão recorrido (fls. 170/180) está em perfeita sintonia com as orientações superiores, ao concluir pela: (a) abusividade da cobrança das tarifas de avaliação do bem e de registro de contrato, pois ausente comprovação de que foram prestados os serviços correspondentes; e (b) abusividade da imposição da seguradora a ser contratada.

Confira-se trecho do V. Acórdão: *"Por sua vez, verifico que embora conste dos autos documento intitulado 'termo de avaliação de veículo' (fl. 74), não se verifica em referido 'laudo' a assinatura do autor, não restando caracterizada, portanto, a demonstração da realização do respectivo serviço, razão pela qual se faz mister a manutenção do decreto de primeiro grau de jurisdição de abusividade da cobrança da tarifa em questão. Em relação ao seguro, a questão também já foi analisada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.639.259/SP, sob o rito dos recursos repetitivos, nos seguintes termos: (...) No caso em análise, restou configurada a venda casada, pois, embora houvesse a opção negativa quanto à realização do seguro, por ocasião do preenchimento da cédula de crédito bancário (fl. 70, item B.6), o consumidor não teve assegurada a liberdade de escolha de outro contratante. A cláusula contratual já condiciona a contratação da seguradora integrante do mesmo grupo econômico da instituição financeira (Itaú Seguros S/A, CNPJ 61.557.039/0001-07), não havendo ressalva quanto à possibilidade de contra-*

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Câmara Especial de Presidentes

tação de outra, à escolha do consumidor. Com efeito, para a verificação da alegada contratação espontânea de seguro de proteção financeira pelo autor, caberia à instituição financeira apelante ter trazido aos autos documentos que viessem a comprovar a contratação autônoma pelo requerente de referido serviço, com seguradora que não pertencesse ao grupo econômico do banco réu, para que não restasse configurada a hipótese de venda casada, providências, contudo, não promovidas pelo banco réu, razão pela qual, também neste ponto, deve remanescer intacta a r. sentença proferida. Caracterizada, pois a venda casada, reputo abusivo o referido encargo. No que concerne à irresignação do autor em relação à cobrança da tarifa de registro do contrato, conforme se extrai da leitura do Recurso Especial nº 1.578.553-SP (2016/0011277-6), sob o rito dos recursos repetitivos, supra reproduzido, sua cobrança mostra-se válida, caso demonstrada a realização do efetivo serviço prestado, que corresponde ao registro do gravame junto ao órgão Departamento de Trânsito, que a partir de então passa a constar no documento do veículo. (...) In casu, não foi efetivamente demonstrada a prestação do serviço, pois ausente cópia de qualquer documentação acostada aos autos que viesse a comprovar ter sido inserido referido gravame, razão pela qual se faz mister a reforma da sentença recorrida nesse capítulo, de forma a ser declarada abusiva referida cobrança" (fls. 176/178).

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 1011369-43.2021.8.26.0032/50000, da Comarca de Araçatuba, sendo agravante COMPANHIA SULAMERICANA DE DISTRIBUIÇÃO 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 52.426)**

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, 20 de setembro de 2023.

Acesso ao Sumário

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: AGRAVO INTERNO. Decisão monocrática que negou seguimento a recurso extraordinário.

– A matéria referente à violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, quando o julgamento da causa depender de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais, bem como a extensão do entendimento ao princípio do devido processo legal e aos limites da coisa julgada, é idêntica à examinada pela Suprema Corte no leading case ARE n. 748.371/MT – Tema n. 660/STF, no qual se assentou a natureza infraconstitucional da questão.

– A questão sobre a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, nos termos do art. 93, IX, da Constituição Federal, é idêntica à tratada no rito dos recursos repetitivos AI n. 791.292/PE TEMA 339.

Agravo desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo interposto com fundamento no artigo 1.021, do Código de Processo Civil (fls. 1/5 – 50000), contra decisão que negou seguimento (art. 1.030, inciso I, alíneas 'b' e 'a' c.c. art. 1035, § 8º, do Código de Processo Civil) a recurso extraordinário por reconhecida identidade da matéria com orientação firmada pela Suprema Corte nos autos do ARE n. 748.371/MT e AI n. 791.292/PE, e o inadmitiu quanto às demais questões.

Alegou a agravante, em síntese, que teria ocorrido ofensa aos preceitos contidos no artigo 5º, incisos LV e XXXV, e no artigo 93, IX, da Constituição Federal, bem como que o v. acórdão atacado teria incorrido em vícios e omissões em face de sua fundamentação insuficiente, pois teria deixado de se manifestar sobre aspectos imprescindíveis para o correto deslinde da demanda referentes às alegações apresentadas nos autos.

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

Com efeito, com o permissivo do artigo 1.030, inciso I, alíneas 'b' e 'a' c.c. art. 1035, § 8º, do Código de Processo Civil, parcela da decisão agravada considerou que o v. acórdão da Turma Julgadora converge com o decidido no ARE n. 748.371/MT (Tema 660) e com o AI nº 791.292/PE (Tema 339) do Col.

Acesso ao Sumário

Supremo Tribunal Federal, quando se fixaram as seguintes teses:

> Alegação de cerceamento do direito de defesa. Tema relativo à suposta violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal. Julgamento da causa dependente de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais. Rejeição da repercussão geral.
>
> O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que suscintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.

Não há como proceder à modificação do decidido, pois a decisão da C. Turma Julgadora é **soberana** em razão da ausência de repercussão geral do Tema 660/STF.

Da mesma forma não se avista desacerto na decisão ora agravada, eis que o v. Acórdão da Eg. Turma Julgadora harmoniza-se com o julgamento do AI nº 791.292/PE referente à fundamentação das decisões judiciais, sob a técnica de casos seriais, em que restou reconhecida a repercussão geral da matéria.

Não impressiona o argumento no sentido de que não se cuidaria de própria singeleza de fundamentação, mas de nenhuma fundamentação, pois, como se pode observar a partir do exame das razões recursais, a agravante rebela-se verdadeiramente contra a interpretação – ou má interpretação – dos dispositivos legais indicados à luz das provas produzidas nos autos, a traduzir invocação de error in judicando, que não atina à ausência de fundamentação. Ao contrário, na imputação de erro de julgamento está contida a ideia de que as razões de decidir não estão de acordo com o modelo de fundamentação que se suporia adequada, com suposto o reconhecimento da fundamentação inadequada, que não implica em carência absoluta de fundamentação.

Consigne-se, por oportuno, trecho do v. acórdão recorrido, convergente ao tema aplicado na sistemática dos repetitivos:

> 2 – Rejeito a preliminar de nulidade da r. sentença.
>
> Pontuo que o destinatário da prova é o juiz. A ele compete formar o livre convencimento motivado. É como dispõe o artigo 370 do Código de Processo Civil: (...).
>
> Já tornou argumento oco, de caráter meramente simbólico pela carga valorativa que ostenta a ideia de cerceamento de defesa, capaz de desfazer anos de andamento processual. Justamente por isso, pelo apanágio que representa, é fundamento que há de ser visto com muita cautela.
>
> Na hipótese sob análise, o feito encontra-se instruído, com documentação probatória, o que possibilitou ao interessado a ampla oportunidade de contestar-lhes o teor, exercendo, desta forma, um contra-ataque efetivo.

Acesso ao Sumário

3- É sabido que o auto de infração e imposição de multa é ato administrativo sobre o qual recaem as presunções de legitimidade e veracidade.

(...)

4 – Nas operações interestaduais, o imposto é recolhido na entrada da mercadoria no território paulista ou invés da saída com fulcro no artigo 426-A do RICMS:

(...)

Com isso, não violação da verdade real da base de cálculo, mas apenas cumprimento da obrigação tributária instituída por lei.

Diz ainda a autora que o item 1 do AIIM se refere a duas notas fiscais com a aquisição em 21/11/2013 e 22/11/2013, de molho de tomate de fornecedor localizado no Estado de Goiás, bem como de outra nota fiscal concernente à aquisição em 17/02/2012, de aparelhos de ar-condicionado de fornecedor situado no Paraná.

Aduz que o regime da substituição tributária relativo a última nota fiscal somente entrou em vigor a partir de 1º/01/2013 nos termos do Decreto nº 58.809/2012, o qual acrescentou ao artigo 313-Z19 do RICMS os itens 66 a 76:

(...)

Todavia, aparelhos de ar-condicionado estavam relacionados na sistemática da substituição tributária em período anterior conforme o artigo 313-Z11, § 1º, item 4 do RICMS:

(...)

5 – Em relação ao item 2 do AIIM, alega a legitimidade do creditamento do imposto oriundo da comercialização de bebidas lácteas, posto que tais mercadorias apenas foram incluídas no regime da substituição tributária a partir de 1º/11/2013, conforme Decreto nº 59.621/2013, que alterou o artigo 313-W do RICMS-SP em sua alínea "h".

Contudo, as bebidas lácteas já eram previstas para fins de substituição tributária. O Decreto nº 59.621/2013 apenas ratificou a previsão.

A insistência para abatimento do imposto com cálculo pelo valor de saída dos produtos é inócua diante da ausência de previsão legal sobre tal procedimento.

O regime de substituição tributária deve ser adotado pelo contribuinte nos termos disposto no regramento jurídico tributário sem margem de discricionariedade.

Não se ignora que caso a fato gerador concreto não se realizar ou o ser a menor é devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida conforme interpretação finalística do artigo 150, § 7º, da Constituição Federal estabelecida no Recurso Extraordinário nº 593.849/MG, Tema nº 201/STF, porém deve seguir-se procedimento próprio para

Acesso ao Sumário

tanto.

6 – No que tange ao item 3 do AIIM não é possível qualificar como material de uso e consumo as embalagens, etiquetas, selos e sacolas para acondicionamento e transporte dos produtos.

(...)

No caso do feito, blocos de anotações diversos, bobinas para PDV, relógio de ponto, cartazes e forração, caixas plásticas para transporte de hortifruti, cartazes de gôndola, etiquetas para balança, código de barras e gôndola, sacolas plásticas personalizadas não são materiais essenciais a atividade mercantil, sendo considerados meros materiais intermediários. Logo, inviável seu creditamento.

(...)

6 – Por fim, indevido creditamento de energia elétrica na atividade de açougue descrito no item 4 do auto de infração.

Distingo o que seria tido como industrialização diante do julgamento recurso repetitivo no Superior Tribunal de Justiça com fixação do Tema nº 242, no sentido de que as atividades de panificação e de congelamento de produtos perecíveis, rotisseria e restaurante, açougue e peixaria e frios e laticínios por supermercado não configuram processo de industrialização de alimentos e por isso inexiste direito ao creditamento do ICMS pago na entrada da energia elétrica consumida no estabelecimento comercial (fls. 1024/1030, 1033, 1035)

Dessa forma, observa-se que a controvérsia central foi amplamente discutida e solucionada pelo v. acórdão combatido, não havendo que se falar em violação aos princípios constitucionais mencionados.

Ainda, não assiste razão à agravante quando aduz que o Tema 660/STF seria inaplicável ao caso por fazer referência ao RE 584.608. Isso porque a tese fixada envolve os princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal, quando o julgamento da causa depender de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais, aspectos estes que não se limitam às causas trabalhistas. Ademais, a tese repetitiva sequer foi firmada em tal seara.

Acesso ao Sumário

Não há, portanto, como proceder à modificação do decidido, porque em perfeita harmonia com o Tema 339/STF e o Tema 660/STF em razão da ausência de repercussão geral.

Por derradeiro, sem avistar intuito protelatório no manejo do presente recurso, deixa-se de infligir ao agravante a multa da qual se ocupa o art. 1.021, § 4º do Código de Processo Civil.

Em face de tais razões, **nego provimento** ao agravo interno.

Anoto a existência dos recursos de fls. 1180/1188 e 1190/1194, que serão analisados pelas Cortes Superiores.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2256828-37.2019.8.26.0000/50002, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PREFEITO DO MUNICÍPIO DE PAULÍNIA, é agravado PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.910)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE), BERETTA DA SILVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO), FRANCISCO BRUNO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL) e WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 22 de setembro de 2023.

RICARDO ANAFE, Presidente do Tribunal de Justiça e Relator

Ementa: Agravo interno. Decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário ligado a matéria decidida pelo Supremo Tribunal Federal em regime de repercussão geral – Artigo 1.030, inciso I, alínea "a", segunda parte, do Código de Processo Civil – Hipótese atinente ao Tema nº 667 do Supremo Tribunal Federal – *Distinguishing* não demonstrado – Agravo interno não provido.

VOTO

Inconformado com a decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário pelo reconhecimento de anterior pronunciamento do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria, em recurso submetido ao regime da repercussão geral, na forma do art. 1.030, inciso I, alínea "a", do Código de Processo Civil, o Prefeito do Município de Paulínia interpôs agravo interno.

Em síntese, argumenta que o caso não está em harmonia com a tese firmada em repercussão geral (Tema nº 667), e que devem ser analisados os requisitos de admissibilidade recursal.

Contraminuta está a fl. 11/21.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

O agravo interno, previsto no artigo 1.030, § 2º, do Código de Processo Civil, bem como no artigo 33-A, § 1º, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não está em condições de ser provido, por correta a negativa de seguimento ao recurso extraordinário em tela.

Cabe registrar que, para o provimento deste recurso, ao agravante incumbiria demonstrar que a específica hipótese retratada nos autos não está em consonância com o paradigma que originou a tese acolhida pela Corte Superior. Em outras palavras, o recorrente deve deixar claro o denominado *distinguishing*, a diferença fundamental entre o caso julgado neste processo e aquele exposto no paradigma. Possível, ainda, ao recorrente, mesmo se delineada alguma similitude com o indicado paradigma, comprovar situação fática específica capaz de prejudicar a aplicação do precedente qualificado.

O agravante, contudo, não se desincumbiu a contento. Com efeito, *in casu*, o acórdão alvo de recurso enfrentou adequadamente as questões apresentadas e, com fundamentos claros e coerentes, ao julgar procedente a ação direta de inconstitucionalidade, concluiu que:

> *"Observa-se, da leitura dos dispositivos suso colacionados, evidente 'transposição' do cargo de 'Educadora Infantil' para 'Professor de Educação Infantil-Creche', não se tratando de mera alteração de nomenclatura dos cargos, o que é significativo de burla da regra de ingresso ao serviço público através de concurso de pontos e títulos ...*
>
> *Com efeito, a Lei nº 3.168/2010, do Município de Paulínia alterou a Lei nº 1.295/1990, que já havia modificado a nomenclatura da expressão 'Babá' para 'Educador Infantil', no seu Anexo II, classificando-a como 'Cargos e Empregos da Família Ocupacional Operacional'. O cargo de 'Educador Infantil', consoante o Anexo IX da suso citada norma, estabelecia carga horária de 36 (trinta e seis) horas e, como requisito de ingresso, o Anexo XXV da mesma Lei estabelecia tão somente a '4ª série do 1º Grau'...*
>
> *Com a transformação, o cargo de 'Educador Infantil' passou a denominar-se 'Professor de Educação Infantil-Creche', e a integrar a 'Família Ocupacional de Ensino', com carreira no magistério municipal (art.19); por outro lado, tem carga horária de 30 (trinta) horas (art. 9º, fls. 695) e requisito de ingresso de 'Magistério em nível de Ensino Médio ou licenciatura curta em pedagogia com habilitação em pré-escola, ou licenciatura plena em pedagogia' (cf. art. 7º, fls. 694)*
>
> *O fato de migrar de uma para outra 'Família', bem assim de haver alterações tanto na carga horária, quanto nos requisitos de ocupação do cargo, já são bastantes a indicar a transposição efetivada pela Lei nº*

Acesso ao Sumário

3.168/2010, do Município de Paulínia.

Ora, a alteração de cargo quando traz modificação não somente à sua designação, mas também ao seu requisito de ingresso e carga horária denota prática de burla à obrigatoriedade do concurso público para ingresso em novos cargos ou empregos públicos, consoante o artigo 115, II da Carta Constitucional..." (fl. 3.412/3.414 dos autos principais).

O E. Supremo Tribunal Federal, por seu turno, nos autos do RE nº 642.895, reconhecendo a existência de repercussão geral, que ensejou a edição do tema de número 667, fixou a tese que é inconstitucional, por dispensar o concurso público, a reestruturação de quadro funcional por meio de aglutinação, em uma única carreira, de cargos diversos, quando a nova carreira tiver atribuições e responsabilidades diferentes dos cargos originais.

Daí resulta que o caso tratado nestes autos está em harmonia com referida tese e não existe motivo que autorize conclusão diversa. Em outras palavras, o acórdão recorrido converge ao tratamento jurídico aplicado ao caso paradigma, ausentes argumentos efetivamente novos neste agravo interno, restrito a repisar alegações já afastadas pelo Órgão Especial desta Corte.

Em suma, ausente demonstração do *distinguishing*, é plenamente cabível a incidência art. 1.030, inciso I, alínea "a", segunda parte, do Código de Processo Civil, com a negativa de seguimento ao referido recurso extraordinário.

Diante do exposto, pelo meu voto, nego provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 1002555-55.2019.8.26.0115/50001, da Comarca de Campo Limpo Paulista, em que é agravante RODRIGO AUGUSTO UCHOA (JUSTIÇA GRATUITA), é agravado BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 118745)**

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).

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Câmara Especial de Presidentes

São Paulo, 25 de setembro de 2023.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO BANCÁRIO. Juros remuneratórios. Legalidade da estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano (tema 25). Revisão das taxas de juros remuneratórios. Admissão em situações excepcionais, condicionada à caracterização da relação de consumo e à demonstração da abusividade ante as peculiaridades do caso concreto (tema 234). Ausência de demonstração do desacerto da aplicação do entendimento estabelecido no E. STJ em julgamentos repetitivos. Decisão mantida. RECURSO DESPROVIDO.

AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. VÍCIOS DE JULGAMENTO. Alegação de fundamentação insuficiente. Descabimento. Desnecessidade de exame pormenorizado de cada uma das alegações das partes. V. Acórdão firmado em consonância com o decidido no E. STF no Agravo de Instrumento nº 791.292/PE (tema 339). Alegação de violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Necessidade de prévia análise de normas infraconstitucionais. Repercussão geral afastada no E. STF (tema 660). Decisão mantida. RECURSO DESPROVIDO

VOTO

Trata-se de **Agravos Internos Cíveis** interposto por Rodrigo Augusto Uchoa contra decisão que, em demanda revisional, **NEGOU SEGUIMENTO a Recurso Especial**, pois o V. Acórdão recorrido observou a orientação estabelecida no E. Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.061.530/RS, julgado sob o regime dos recursos repetitivos e **NEGOU SEGUIMENTO a Recurso Extraordinário**, pois o V. Acórdão recorrido observou a orientação estabelecida no E. Supremo Tribunal Federal no Agravo de Instrumento nº 791.292/PE e abordou matéria cuja repercussão geral foi afastada no E. Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário com Agravo nº 748.371/MT.

Nas razões de agravo interno em Recurso Especial, alega abusividade da

Acesso ao Sumário

taxa de juros remuneratórios cobrada pelo agravado. Defende a limitação à taxa média de mercado.

Nas razões de agravo interno em Recurso Extraordinário alega a ocorrência de omissão no V. Acórdão guerreado. Afirma que os seus argumentos foram ignorados pela D. Turma Julgadora, mesmo após oposição de embargos de declaração. Assinala, ainda, ofensa aos 5º, XXXV, LIV, LV, e 93, XI, da Constituição Federal.

Não houve oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo 1º da Resolução nº 549/2011 desta Corte, com a redação dada pela Resolução nº 772/2017.

É O RELATÓRIO.

Anote-se, inicialmente, que o Agravo Interno está sujeito à competência da Câmara Especial de Presidentes, nos termos do art. 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental nº 565/2017.

O recurso apenas comportará provimento se o recorrente demonstrar que, por ausência de similitude fática, a tese firmada no E. Superior Tribunal de Justiça sob o regime dos recursos repetitivos não se aplica ao caso concreto (*distinguishing*). Neste sentido, o AgInt no RE no AgRg nos EREsp nº 1.039.364/ES, Rel. Min. **Laurita Vaz**, Corte Especial, DJe de 6.2.2018, e o AgInt no RE no AgInt nos EDcl no RMS nº 48.747/DF, Rel. Min. **Humberto Martins**, Corte Especial, DJe de 19.6.2018.

E este não é o caso dos autos.

A identidade fática e jurídica entre o V. Acórdão objeto do inconformismo especial e os paradigmas apontados na decisão recorrida é evidente.

Com efeito, julgado o Recurso Especial nº 1.061.530/RS, sob o regime dos recursos repetitivos, o E. Superior Tribunal de Justiça decidiu que, no âmbito dos contratos bancários, no sentido de não se sujeitarem as instituições financeiras à Lei da Usura, acrescentando que a estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% não indica, por si só, abusividade. Confira-se a fls. 495/499.

Além do mais, julgados os Recursos Especiais Repetitivos nºs 1.112.879/PR e 1.112.880/PR, a E. Corte Superior fixou as seguintes teses: *"1. Nos contratos de mútuo em que a disponibilização do capital é imediata, o montante dos juros remuneratórios praticados deve ser consignado no respectivo instrumento. Ausente a fixação da taxa no contrato, o juiz deve limitar os juros à média de mercado nas operações da espécie, divulgada pelo Bacen, salvo se a taxa cobrada for mais vantajosa para o cliente. 2. Em qualquer hipótese, é possível a correção para a taxa média se for verificada abusividade nos juros remuneratórios praticados."* (g.n.).

Neste contexto, o V. Acórdão recorrido (fls. 393/410) está em perfeita sintonia com as orientações superiores, ao concluir pela ausência de abusividade

dos juros remuneratórios.

Confira-se trecho do V. Acórdão: *"Como dito, não há prova nos autos de que a taxa cobrada pelo banco esteja muito acima do praticado pelo mercado financeiro. Que tais taxas são elevadas, é notório; porém, estão dentro do permitido pelo ordenamento jurídico"* (fl. 406).

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

Por outro lado, o E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 791.292/PE, sob a sistemática da repercussão geral, decidiu ser exigido que o acórdão ou decisão sejam fundamentados – como é o caso dos autos, conquanto contrários os fundamentos aos interesses do recorrente –, ainda que sucintamente, sem determinar o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão, valendo transcrever a ementa:

> *"Questão de ordem. Agravo de Instrumento. Conversão em recurso extraordinário (CPC, art. 544, §§ 3º e 4º). 2. Alegação de ofensa aos incisos XXXV e LX do art. 5º e ao inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. Inocorrência. 3. O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão. 4. Questão de ordem acolhida para reconhecer a repercussão geral, reafirmar a jurisprudência do Tribunal, negar provimento ao recurso e autorizar a adoção dos procedimentos relacionados à repercussão geral."*

Por outro lado, a Repercussão Geral é o instrumento processual inserido na Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que tem por objetivo possibilitar ao E. Supremo Tribunal Federal selecionar os Recursos Extraordinários sujeitos à efetiva análise de acordo com critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica.

Dispõe o art. 1.035 do CPC, *verbis*: *"O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1º. Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo. (...)"*.

Acesso ao Sumário

A E. Suprema Corte, no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo nº 748.371/MT, assinalou que a controvérsia relativa à afronta aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal não apresenta repercussão geral quando o julgamento da causa depender de prévia análise das normas infraconstitucionais, conforme se infere da sua ementa:

"Alegação de cerceamento do direito de defesa. Tema relativo à suposta

violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal. Julgamento da causa dependente de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais. Rejeição da repercussão geral."

No caso em apreço, a ofensa reflexa à Constituição Federal é evidente, uma vez que houve a necessidade de prévia análise da alegação de violação ao art. 1010 do CPC. 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" e "b", do CPC.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** aos agravos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2245585-28.2021.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado PREFEITO DO MUNICÍPIO DE BRAÚNA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.940)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE), BERETTA DA SILVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO), FRANCISCO BRUNO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL) e WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 6 de outubro de 2023.

RICARDO ANAFE, Presidente do Tribunal de Justiça e Relator

Ementa: Agravo interno. Decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário ligado a matéria decidida pelo Supremo Tribunal Federal em regime de repercussão geral – Art. 1.030, inciso I, alínea "a", segunda parte, do Código de Processo Civil – Hipótese atinente ao Tema nº 917 do Supremo Tribunal Fede-

Acesso ao Sumário

ral – *Distinguishing* não demonstrado – Agravo interno não provido.

VOTO

Inconformado com a decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário, pelo reconhecimento de anterior pronunciamento do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria, em recurso submetido ao regime da repercussão geral, na forma do artigo 1.030, inciso I, alínea "a", do Código de Processo Civil, o Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo interpôs agravo interno.

Em síntese, argumenta que a hipótese não está em harmonia com a tese firmada em repercussão geral (Tema nº 917), pois entende que o tema não enfrentou a questão da reserva da Administração sob o enfoque da ofensa à isonomia.

Sem contraminuta (fl. 6).

É o relatório.

O agravo interno, previsto no artigo 1.030, § 2º, do Código de Processo Civil, bem como no artigo 33-A, § 1º, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não está em condições de ser provido, por correta a negativa de seguimento ao recurso extraordinário em tela.

Cabe registrar que, para provimento do recurso, cabia ao agravante demonstrar que a específica hipótese retratada nos autos não está em consonância com o paradigma que originou a tese acolhida pela Corte Superior. Em outras palavras, o recorrente deve deixar claro o denominado *distinguishing*, a diferença fundamental entre o caso julgado neste processo e aquele exposto no paradigma. Possível, ainda, ao recorrente, mesmo se delineada alguma similitude com o indicado paradigma, comprovar situação fática específica capaz de prejudicar a aplicação do precedente qualificado.

O agravante, contudo, não se desincumbiu a contento. Com efeito, *in casu*, o acórdão alvo de recurso enfrentou adequadamente as questões apresentadas e, com fundamentos claros e coerentes, concluiu que:

> *"Todavia, a lei impugnada vai além, impondo a capacitação de agentes públicos e a disponibilização, em estabelecimentos públicos, de kits de primeiros socorros.*
>
> *Assim, ainda que se trate da criação de política pública relevante e louvável, é certo que, no que tange às escolas e estabelecimentos recreativos públicos, lei de iniciativa parlamentar não poderia dispor sobre a atividade de agentes públicos nem impor a manutenção de equipamento. Nesse ponto, o legislador municipal invadiu a esfera destinada à gestão*

Acesso ao Sumário

municipal, a chamada reserva da administração, editando lei em situação que deveria ter sido definida diretamente pelo Chefe do Poder Executivo, ofendendo, dessa forma, o princípio da separação dos poderes.

Verifica-se, no caso, além do vício material ligado à ingerência do legislador em assunto inserido na competência material privativa do Chefe do Poder Executivo, também vício formal de iniciativa legislativa.

Como é cediço, são distintos o vício formal ligado à iniciativa, que deve observar o quanto definido na apreciação do ***Tema de Repercussão Geral n. 917*** *pelo E. Supremo Tribunal Federal, e o vício material decorrente da invasão à esfera da reserva da administração.*

(...)

A definição da forma de realização de atividades ligadas às atribuições dos servidores públicos municipais imiscui-se no âmbito da chamada reserva da administração. Cabe ao Chefe do Executivo, analisando dados técnicos fornecidos pelos órgãos competentes, decidir pela conveniência e oportunidade dos procedimentos a serem adotados." (fl. 117 e 118 dos autos principais)

Como se observa, ***houve criação de despesa*** *para a Administração,* ***relativamente à atribuição de seus órgãos, in casu, escolas públicas e estabelecimentos públicos recreativos,*** **ampliado o rol de atribuição dos servidores** sem que o chefe do poder executivo pudesse dispor da melhor forma de se realizar essa nova atribuição.

O E. Supremo Tribunal Federal, por sua vez, nos autos do ARE nº 878.911, reconheceu a existência de repercussão geral e editou o **Tema 917**, com a seguinte tese: *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).*

Daí resulta que o caso tratado nestes autos está em harmonia com a referida tese e inexiste motivo que autorize diversa conclusão. Em outras palavras, o acórdão recorrido converge ao tratamento jurídico aplicado ao caso paradigma, ausentes argumentos efetivamente novos neste agravo interno, no qual se reiteram alegações já afastadas pelo Órgão Especial desta Corte.

Em suma, ausente demonstração do mencionado *distinguishing*, é plenamente cabível a incidência artigo 1.030, inciso I, alínea "a", segunda parte, do Código de Processo Civil, com a negativa de seguimento ao referido recurso extraordinário.

Por fim, cumpre ressalvar que, inicialmente admitido o Recurso Extraordinário, o C. Supremo Tribunal Federal devolveu os autos a esta Corte para

Acesso ao Sumário

aplicação do referido tema (fl. 179/180 dos autos principais).

Diante do exposto, pelo meu voto, nego provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 1001548-04.2022.8.26.0477/50001, da Comarca de Praia Grande, em que é agravante MUNICÍPIO DE PRAIA GRANDE, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 55.942)**

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).

São Paulo, 10 de outubro de 2023.

GUILHERME GONÇALVES STRENGER, Vice-Presidente e Relator

Ementa: AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGA SEGUIMENTO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DESACERTO NA OBSERVÂNCIA DO TEMA 339 DO COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. APLICAÇÃO DO ARTIGO 1030, INCISO I, "a", DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AGRAVO DESPROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo interno interposto pelo Município da Estância Balneária de Praia Grande, com fundamento no artigo 1.030, § 2º e artigo 1.021, ambos do Código de Processo Civil, em face da r. decisão de fls. 484/488, que negou seguimento ao recurso extraordinário de fls. 455/465, no tocante ao Tema 339 do C. STF, esse tirado do v. acórdão de fls. 393/407, objeto de embargos de

Acesso ao Sumário

declaração rejeitados (fls. 429/433) pela e. Relatora, Desembargadora Daniela Cilento Morsello.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em contraminuta, manifestou-se, preliminarmente, pelo não seguimento do agravo interno e, se conhecido, pelo desprovimento (fls. 12/16).

É o relatório.

Conhece-se do presente agravo, nos termos do artigo 33-A, § 1º, inciso I, do Regimento Interno.

Negou-se, na hipótese, seguimento a recurso extraordinário, com fundamento no artigo 1.030, I, "a", do Código de Processo Civil, que preceitua:

> *"Artigo 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:*
>
> *I – negar seguimento:*
>
> *a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral;"*

Desse modo, verificada a existência, em recurso extraordinário, de temas que já foram objeto de apreciação pelo Colendo Supremo Tribunal Federal nos termos da legislação mencionada, cumpre negar seguimento a tal irresignação, como se procedeu na decisão de fls. 484/488, ora atacada.

Com efeito, ao apreciar o ARE nº 791.292/PE, sob o Regime de Repercussão Geral, Tema nº 339, o Colendo Supremo Tribunal Federal definiu que: *"O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas."*

Nesse contexto, verifica-se que o v. acórdão recorrido (fls. 393/407, declarado à fls. 429/433) está de acordo com a orientação firmada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, porquanto devidamente fundamentado.

Finalmente, salienta-se que a aplicação dos Temas de Repercussão Geral independe de manifestação ou requerimento das partes, devendo ser aplicados ao caso concreto quando a matéria tratada no recurso tiver pertinência com a questão constitucional discutida no tema.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo interno.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Criminal nº 0001302-59.2014.8.26.0233/50003, da Comarca de Ibaté, em que é agravante HAASTARI PIMENTEL DE AZEVEDO, é agravada COLENDA CÂMARA ESPECIAL DE PRESIDENTES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao agravo interno, devendo a Secretaria cumprir, oportunamente, a determinação contida na parte final do despacho de fls. 1906. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45.076)**

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, 20 de outubro de 2023.

FRANCISCO BRUNO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE, EM PARTE, NEGOU SEGUIMENTO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

RECURSO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA E JULGAMENTO DEFINITIVO DE MÉRITO (Tema 339/STF).

RECURSO SEM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA (Tema 182/STF).

HIPÓTESES IDÊNTICAS. DESPROVIMENTO.

1. Fundamentação das decisões judiciais. Artigo 93, IX, da Constituição Federal. Desnecessidade do exame pormenorizado de todas as alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão (Tema 339/STF).

2. Ofensa aos princípios constitucionais da individualização da pena e da fundamentação das decisões no que concerne às circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal (Tema 182/STF).

Acesso ao Sumário

3. Agravo interno não provido, com determinação.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo interno interposto contra a decisão da Presidência da Seção de Direito Criminal (fls. 1847/1848) que, com fundamento nos Temas 182 e 339, ambos do Excelso Supremo Tribunal Federal, negou seguimento, em parte, ao recurso extraordinário com base no artigo 1.030, I, "a", do Código de Processo Civil e artigo 638 do Código de Processo Penal e, no mais, não o admitiu.

Sustenta a Defesa, em síntese, a inaplicabilidade dos Temas 182 e 339, sob a alegação de que foram aplicados de forma automática. Diz que foi violado o artigo 93, IX, da Constituição Federal, uma vez que não houve fundamentação quanto ao dolo do ora agravante. Além disso, consigna que foram ignorados os argumentos defensivos capazes de demonstrar a atipicidade subjetiva da conduta. Ressalta que o Tema 339 foi julgado há 13 (treze) anos e, portanto, encontra-se defasado. No tocante ao Tema 182, afirma que a matéria suscitada no recurso extraordinário, relativa ao *quantum* da fração utilizada para elevar a pena-base, não possui relação com o citado precedente e ofende diretamente o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF). Pugna, assim, pelo provimento do agravo, com o seguimento do apelo extremo (fls. 1870/1875).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou às fls. 1899/1904.

Registro, ainda, a determinação contida na parte final do despacho de fls. 1906, para a remessa, oportunamente, dos autos aos Colendos Tribunais Superiores, diante dos agravos interpostos às fls. 1854/1862 e 1864/1869.

É o relatório.

Conheço do presente agravo interno, nos termos do artigo 33-A, § 1º, I, do Regimento Interno deste Tribunal, mas lhe nego provimento.

Houve a interposição de recurso extraordinário pela Defesa indicando, entre outras teses, violação aos artigos 5º, XLVI e 93, IX, ambos da Carta Magna. Disse que o acórdão estaria nulo por ausência de fundamentação idônea, relativa à matéria probatória e à atipicidade da conduta. Outrossim, apontou afronta ao princípio da individualização da pena, em razão do aumento inidôneo empregado à pena-base, com fulcro na circunstância judicial desfavorável da culpabilidade (fls. 1711/1737).

Sucede que, quando do juízo de prelibação do reclamo, verificou-se, nessa extensão, que as questões arguidas já haviam sido submetidas ao rito da sistemática de repercussão geral (temas 182 e 339 do STF), de forma que sua aplicação era necessária, em obediência à expressa previsão legal (artigos 1.030, I, "a", do

Acesso ao Sumário

Código de Processo Civil e 638 do Código de Processo Penal – fls. 1847/1848).

Analisando, agora, a argumentação trazida no agravo de fls. 1870/1875, não vislumbro fundamento para afastar a referida incidência ao caso concreto dos mencionados precedentes qualificados do Excelso Pretório.

Em primeiro lugar, houve expressa indicação, no recurso extraordinário, de violação ao artigo 93, IX, da Constituição Federal, sob o argumento de falta de fundamentação do acórdão, diante da insuficiência de provas e atipicidade da conduta, por ausência de dolo (fls. 1721/1731), matérias essas de algum modo tratadas no aresto, em especial às fls. 1697/1703.

Assim, o v. acórdão está em conformidade com o assentado pelo Pretório Excelso, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 791.292 QO-RG/PE (Tema 339/STF), no sentido de que o acórdão ou a decisão deverão ser fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão, devendo-se ressaltar que a insatisfação com o teor da argumentação utilizada não se confunde com ausência de motivação.

De igual modo, a incidência do Tema 182 da Corte Suprema foi escorreita, observando que o apelo extremo trouxe à lume também a questão do redimensionamento da pena-base (fls. 1731/1735), e o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 742.460/RJ em que se fixou o mencionado precedente, consignou não possuir repercussão geral a matéria relativa à ofensa aos princípios constitucionais da individualização da pena e da fundamentação das decisões no que concerne à valoração das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal quando da fixação da pena-base, porque se trata de matéria infraconstitucional.

Oportuno ressaltar que o próprio tema consigna que o debate de tal matéria possui caráter infraconstitucional, de forma que tal conclusão não pode ser afastada apenas por alegação defensiva de que a ofensa ao preceito constitucional indicado se deu de forma direta.

Destaco, ainda, que os mencionados precedentes eram de observância obrigatória, nos termos do artigo 1.030, I, do Código de Processo Civil, de forma que o argumento defensivo buscando superar suas incidências não pode ser acolhido.

Nesse passo, destaco elucidativo trecho da r. decisão do E. Min. Luiz Fux[1]:

> *(...) Deveras, o instituto da repercussão geral, introduzido no ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional 45/2004 (artigo 102, § 3º, da Constituição da República), resultou em verdadeira cisão na competência funcional quanto ao julgamento do recurso extraordinário, nos*

Acesso ao Sumário

1 Rcl 42588/ES, Rel. Min. LUIZ FUX, j. 05/08/2020, DJe 06/08/2020.

seguintes moldes: 1) a matéria de direito constitucional dotada de repercussão geral é julgada pelo Supremo Tribunal Federal; 2) o restante da matéria de fato ou de direito é apreciada pelo Tribunal de origem. Nesse sistema de repartição de competências, é evidente que, uma vez decidida a matéria em sede de repercussão geral, cabe exclusivamente ao Tribunal de origem aplicar tal entendimento ao caso concreto a fim de evitar o desnecessário processamento do recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal. Ao realizar essa atividade, o Tribunal de origem deverá efetuar o cotejo entre os fatos provados nos autos e a norma jurídica haurida da decisão oriunda da Corte Suprema, quando isso for cabível, ou apontar a distinção, quando não se constatar essa correlação (distinguishing). Assim, cabendo essa incumbência à Corte precedente, não pode o STF avocar competência que não consta expressamente do catálogo numerus clausus constante da Constituição Federal. Isso porque a própria legislação processual vigente prevê, em seu artigo 1.030, como competência do tribunal que recebe a petição de recurso extraordinário, a negativa de seguimento do recurso em face de decisão que guarda conformidade com o entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de Repercussão Geral. Nesse sentido: "Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá: I – negar seguimento: a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral;" (...)".

Aliás, na limitada cognição permitida no agravo interno incumbe a esta Corte apenas verificar o juízo de adequação do caso concreto com o precedente formulado em sede de repercussão geral, não sendo tal reclamo instrumento adequado para aventar eventual superação de interpretação já fixada pelo Pretório Excelso.

Resta demonstrado, assim, que os paradigmas da Corte Superior se ajustam perfeitamente à hipótese dos autos e que a decisão impugnada se pautou pelas circunstâncias aduzidas no apelo extremo defensivo, sendo, portanto, precisa e individualizada, de forma que a manutenção da sistemática da repercussão geral aplicada é de rigor.

Por fim, anoto que os demais aspectos discutidos no recurso extraordinário restaram abarcados pelo capítulo da decisão ora impugnada que não o admitiu, diante da existência de óbice processual.

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno, devendo a Secretaria cumprir, oportunamente, a determinação contida na parte final do despacho de fls. 1906.

Acesso ao Sumário

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1017551-34.2021.8.26.0068, da Comarca de Barueri, em que é apelante RAFAEL FRANCISCO DO PRADO VIEIRA, é apelado OFICIAL DO REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE BARUERI.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.084)**

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, 31 de agosto de 2023.

FERNANDO ANTONIO TORRES GARCIA, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – CARTA DE ARREMATAÇÃO – TÍTULO JUDICIAL QUE SE SUJEITA À QUALIFICAÇÃO REGISTRAL **– MODO DERIVADO DE AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE – DESQUALIFICAÇÃO POR INOBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE – APELAÇÃO NÃO PROVIDA**

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de apelação interposta por **RAFAEL FRANCISCO DO PRADO VIEIRA**, contra a r. sentença de fls. 1033/1034, que julgou procedente a dúvida e manteve a recusa do Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de Barueri, em registrar a carta de arrematação extraída dos autos do Processo n.º 1002621-93.2015.8.26.0529, que tramitou perante a 1ª Vara Judicial da Comarca de Santana de Parnaíba.

Alega o recorrente, em suma, que a arrematação em hasta pública cons-

titui forma originária de aquisição da propriedade. Além disso, afigura-se impossível o cumprimento do óbice ante a inconteste perda do compromisso de compra e venda pela construtora exequente.

A Procuradoria Geral de Justiça opina pelo não provimento do recurso (fls. 1139/1143).

É o relatório.

Cuida-se de registro de carta de arrematação expedida pela 1ª Vara Judicial da Comarca de Santana de Parnaíba extraída dos autos do processo n.º 1002621-93.2015.8.26.0529, ação de execução de título extrajudicial, em que figura como exequente Premium Tamboré Empreendimentos Ltda e executado Alexandre Costa Passos, tendo por objeto os direitos de compromisso de venda e compra sobre o imóvel matriculado sob o n.º 172.939.

O registro foi obstado por ofensa ao princípio da continuidade, exigindo-se a apresentação do original do compromisso de venda e compra firmado entre o executado e a exequente, em observância aos arts. 195 e 237 da Lei n.º 6.015/73.

Suscitada, a dúvida foi julgada procedente nos termos da r. sentença de fls. 1033/1034, ora recorrida.

Inicialmente, recorde-se que o título judicial também se submete à qualificação pelo Oficial, tal como dispõe o item 117 do Capítulo XX do Tomo II das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, cujo teor é o seguinte:

> *"117. Incumbe ao oficial impedir o registro de título que não satisfaça os requisitos exigidos pela lei, quer sejam consubstanciados em instrumento público ou particular, quer em atos judiciais."*

Nesse sentido, convém destacar o seguinte trecho extraído de caso análogo:

> *"De início, saliente-se que a origem judicial do título não impede a sua qualificação nem implica desobediência, como está no item 117 do Capítulo XX do Tomo II das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça e, no mais, é lição corrente deste Conselho Superior da Magistratura (mencione-se, por brevidade, o decidido na Apelação Cível n.º 0003968-52.2014.8.26.0453, j. 25.2.2016). Observe-se, ademais, que in casu se trata, verdadeiramente, de título judicial (passível, portanto, de qualificação), e não de ordem judicial (hipótese em que cumprimento seria coativo e independeria do exame de legalidade próprio da atividade registral."* (Apelação Cível 1018352-48.2021.8.26.0100, Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Corregedor Geral Desembargador Ricardo Anafe, data do julgamento: 14/12/2021 grifo não no original)".

Este C. Conselho Superior da Magistratura tem decidido, inclusive, que a qualificação negativa não caracteriza desobediência ou descumprimento de

Acesso ao Sumário

decisão judicial (TJSP; Apelação Cível 0003968-52.2014.8.26.0453; Relator: Pereira Calças; Órgão Julgador: Conselho Superior da Magistratura; Foro de Pirajuí – 1ª Vara; Data do Julgamento: 25/2/2016; Data de Registro: 13/4/2016).

Fixada, pois, esta premissa, as razões recursais não merecem guarida.

Consta da matrícula n.º 172.939 ser titular de domínio do imóvel Premium Tamboré Empreendimentos Ltda.

O título cujo registro se pretende consiste na carta de arrematação extraída de processo judicial em que figurou como executado Alexandre Costa Passos.

Para o ingresso do título no fólio real, em obediência ao princípio da continuidade, Alexandre Costa Passos deve ostentar a condição de proprietário ou titular de direitos inscritos.

Por força do princípio da continuidade, qualquer título de transmissão do imóvel só pode ter ingresso e dar causa a um registro *stricto sensu* se nele constarem, como afetados, referidos titulares de domínio.

Deve, pois, haver perfeito encadeamento entre as informações inscritas e as que se pretendem inscrever, o que não ocorre no caso telado.

A propósito, ensina Afrânio de Carvalho:

"O princípio da continuidade, que se apóia no de especialidade, quer dizer que, em relação a cada imóvel, adequadamente individuado, deve existir uma cadeia de titularidade à vista da qual só se fará a inscrição de um direito se o outorgante dele aparecer no registro como seu titular. Assim, as sucessivas transmissões, que derivam umas das outras, asseguram sempre a preexistência do imóvel no patrimônio do transferente. Ao exigir que cada inscrição encontre sua procedência em outra anterior, que assegure a legitimidade da transmissão ou da oneração do direito, acaba por transformá-la no elo de uma corrente ininterrupta de assentos, cada um dos quais se liga ao seu antecedente, como o seu subseqüente a ele se ligará posteriormente. Graças a isso o Registro de Imóveis inspira confiança ao público" (Registro de Imóveis, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 253).

Ademais, a alienação forçada em processo judicial, diversamente do consignado pelo recorrente, encerra transmissão derivada do direito de propriedade.

Não se desconhece que, em data relativamente recente, o C. Conselho Superior da Magistratura chegou a reconhecer que a arrematação/adjudicação constituía modo originário de aquisição da propriedade.

Contudo, tal entendimento acabou não prevalecendo, pois o fato de inexistir relação jurídica ou negocial entre o antigo proprietário e o adquirente (arrematante ou adjudicante) não é o quanto basta para afastar o reconhecimento de que há aquisição derivada da propriedade.

Como destaca Josué Modesto Passos:

"diz-se originária a aquisição que, em seu suporte fático, é independente

Acesso ao Sumário

da existência de um outro direito; derivada, a que pressupõe, em seu suporte fático, a existência do direito por adquirir. A inexistência de relação entre titulares, a distinção entre o conteúdo do direito anterior e o do direito adquirido originariamente, a extinção de restrições e limitações, tudo isso pode se passar, ***mas nada disso é da essência da aquisição originária".***[1]

Diversos são os precedentes deste Colendo Conselho Superior da Magistratura no sentido da impossibilidade de registro de carta de arrematação ou de adjudicação quando o imóvel não se encontra em nome daqueles que figuraram no polo passivo da lide:

"REGISTRO DE IMÓVEIS – Carta de arrematação – Modo derivado de aquisição da propriedade – Observância do princípio da continuidade – Indispensável recolhimento do ITBI – Entendimento do Conselho Superior da Magistratura – Recurso não provido" (TJSP; Apelação Cível 1020648-60.2019.8.26.0602; Relator: Ricardo Anafe (Corregedor Geral); Órgão Julgador: Conselho Superior da Magistratura; Data do Julgamento: 28/4/2020; Data de Registro: 14/5/2020).

"REGISTRO DE IMÓVEIS – Dúvida – *Carta de arrematação – Qualificação obrigatória dos títulos judiciais – Propriedade do imóvel registrada em nome do executado e de terceira, em regime de condomínio – Ausência de participação do condômino na ação executiva ou decisão judicial determinando a eficácia da arrematação em relação à sua parcela da propriedade – Ofensa ao princípio da continuidade – Origem do débito em obrigação propter rem que não afasta a incidência do princípio e, consequentemente, o impedimento ao registro - Dúvida procedente - Recurso não provido"* (TJSP; Apelação Cível 1007324-58.2017.8.26.0477; Relator: Ricardo Anafe (Corregedor Geral); Órgão Julgador: Conselho Superior da Magistratura; Data do Julgamento: 3/3/2020; Data de Registro: 10/3/2020).

Finalmente, em que pese às ponderações do apelante no sentido da impossibilidade de obtenção do original do compromisso de venda e compra uma vez que não foi localizado pela exequente, não há como se afastar o óbice registral, sob pena de ofensa ao princípio da continuidade, devendo eventual regularização ser obtida pelas vias ordinárias.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento** à apelação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1013702-

1 PASSOS, Josué Modesto. A arrematação no registro de imóveis: continuidade do registro e natureza da aquisição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 111 e 112.

20.2022.8.26.0068, da Comarca de Barueri, em que é apelante COMERCIAL AGRÍCOLA E ADMINISTRADORA MORIANO LTDA., é apelado OFICIAL DO REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE BARUERI.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.082)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE), XAVIER DE AQUINO (DECANO), BERETTA DA SILVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO), WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e FRANCISCO BRUNO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 5 de setembro de 2023.

FERNANDO ANTONIO TORRES GARCIA, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – DÚVIDA JULGADA PROCEDENTE – ESCRITURA PÚBLICA DE DAÇÃO EM PAGAMENTO – IMÓVEL QUE SOFREU DESTAQUE DECORRENTE DE DESAPROPRIAÇÃO – NECESSIDADE DE PRÉVIA RETIFICAÇÃO DE REGISTRO PARA ADEQUAÇÃO DA DESCRIÇÃO DO IMÓVEL E APURAÇÃO DA ÁREA REMANESCENTE – OFENSA AO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE OBJETIVA – CONTROLE DA DISPONIBILIDADE – RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

VOTO

Cuida-se de apelação interposta por ***COMERCIAL AGRÍCOLA E ADMINISTRADORA MORIANO LTDA.*** em face da r. sentença (fls. 101/102), de lavra da MM.ª Juíza Corregedora Permanente do Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoas Jurídicas da Comarca de Barueri, que julgou procedente a dúvida suscitada, negando o acesso ao registro imobiliário da escritura pública de dação em pagamento lavrada perante o Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais e Tabelião de Notas do Distrito de Jardim Silveira da Comarca de Barueri que tem por objeto o imóvel matriculado sob o n.º 15.693.

Da nota devolutiva de fls. 62/63, que qualificou negativamente o título,

Acesso ao Sumário

constou a seguinte exigência:

> *"Foi apresentado requerimento datado de 07 de julho de 2022, no qual consta a solicitação para o registro da escritura de dação em pagamento lavrada aos 01 de dezembro de 1998, no livro 93, ás fls. 051/054, do Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais e Tabelião de Notas do Distrito de Jardim Silveira, com base no § 17 do artigo 176 da Lei 6.015/73, incluído pela Lei n.º 14.382/2022.*
>
> *Do referido dispositivo consta o seguinte: (...) § 17 Os* ***elementos de especialidade objetiva ou subjetiva que não alterarem elementos essenciais do ato ou negócio jurídico praticado*** *quando não constantes do título ou do acervo registral, poderão ser complementados por outros documentos ou, quando se tratar de manifestação de vontade, por declarações dos proprietários ou dos interessados, sob sua responsabilidade.*
>
> *Pelo referido dispositivo é possível a complementação por outros documentos ou por declarações quando não alterarem elementos essenciais do ato ou negócio praticado, todavia, com relação ao título em questão o óbice está justamente no objeto do negócio jurídico, ou seja, o imóvel que está sendo dado em pagamento, cuja descrição constante da escritura não coincide com a descrição real existente no imóvel, uma vez que necessária a prévia apuração do remanescente, cujo procedimento possui dispositivo próprio, nos termos do artigo 213 da Lei n.º 6.015/73.*
>
> *Além disso, conforme consta do próprio requerimento, já foi prenotado neste Oficial procedimento de apuração de remanescente (protocolo 495.657), o qual foi arquivado sem a prática de ato, conforme decisão deste Oficial de Registro de Imóveis, devendo o deslinde do caso ocorrer na via judicial, com ampla dilação probatória e elaboração de laudo por perito nomeado pelo juízo, além de outros meios de prova apropriados à situação.*
>
> *Diante do exposto, este Oficial deixa de praticar o ato pretendido, e reitera a decisão de que para o registro da escritura seja realizada a prévia apuração do remanescente do imóvel, visto tratar-se de alteração em elemento essencial do negócio jurídico realizado."*

Acesso ao Sumário

Sustenta a apelante, em suma, que não há incompatibilidade entre o título levado a registro e a descrição constante da matrícula. A existência de requerimento de apuração de remanescente não impede o registro da escritura pública de dação em pagamento à vista do § 17 do art. 176 da Lei n.º 6.015/73.

A Procuradoria Geral de Justiça opina pelo não provimento do recurso (fls. 161/163).

É o relatório.

Respeitados os argumentos expendidos, a apelação não comporta guarida.

O destaque decorrente de desapropriação levada a efeito pelo Município de Barueri fez com que a matrícula imobiliária nº 15.693 do Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de Barueri (fls. 64/68) perdesse suas características de especialização objetiva: ou seja, a **descrição original já não corresponde à atual configuração do imóvel**.

Com efeito, o imóvel não tem mais 8.000 m² e as confrontações como antes descritas, pois sofreu os destaques de 2.017,80 m² (Av. 10) decorrente de desapropriação.

O título apresentado a registro, por sua vez, faz referência à descrição original do imóvel, sem qualquer menção à área destacada (fls. 52/55).

Ora, desfigurado o imóvel primitivo, de rigor a apuração da área remanescente, sem o que não é viável o registro do título que lhe diz respeito, sob pena de violação ao princípio da especialidade objetiva, nos termos do art. 225 da Lei de Registros Públicos.

Pelo ***princípio da especialidade***, todo e qualquer imóvel precisa ter perfeita e correta identificação, para não ser confundido com outro. Tal princípio exige que o bem seja descrito como corpo certo, identificado e caracterizado.

Na lição de Afrânio de Carvalho, *"significa que toda inscrição deve recair sobre um objeto precisamente individuado"*... ou seja, conter *"os dados geográficos que se exigem para individuar o imóvel, isto é, para determinar o espaço terrestre por ele ocupado"* ("Registro de Imóveis", 4ª ed., Forense, RJ, 1998, p. 203).

Nesse sentido:

> *"REGISTRO DE IMÓVEIS. Escritura de compra e venda. Área maior transcrita, com marcos imprecisos e contendo diversos desfalques, perdendo suas características de especialização objetiva. Necessidade de retificação. Apuração de remanescente. Dúvida procedente. Recurso desprovido".* (Apelação nº 1000035-06.2018.8.26.0068, da Comarca de Barueri, Rel. DES. GERALDO FRANCISCO PINHEIRO FRANCO).

A própria Lei de Registros Públicos, em seu artigo 213, § 7º, estabelece a adoção do procedimento previsto no artigo 213, II, da Lei nº 6.015/1973, quando a descrição original do imóvel sofreu alteração em razão de desfalque parcial sem que tenha ocorrido a apuração do remanescente.

Certo é que à vista do destaque não se permite o perfeito controle da disponibilidade, com sérios reflexos em face da especialidade objetiva.

Desta forma, para a própria segurança do registro imobiliário e dos efeitos dele irradiados e com a finalidade de preservar a especialidade registrária, sem a prévia retificação do registro, consistente em apurar-se a caracterização do imóvel que remanesce na matrícula, dando-lhe descrição e atribuindo-lhe área certa, inviável a pretendida inscrição na tábua registral.

Acesso ao Sumário

Finalmente, indiscutível que o negócio jurídico celebrado (dação em pagamento) tem como elemento essencial o imóvel, descrito com a área total constante da matrícula quando de sua abertura, desconsiderando o destaque realizado em razão de desapropriação, de modo que inaplicável o § 17, do art. 176 da Lei de Registros Públicos, que assim dispõe:

> *"Art. 176 – O Livro nº 2 – Registro Geral – será destinado, à matrícula dos imóveis e ao registro ou averbação dos atos relacionados no art. 167 e não atribuídos ao Livro nº 3.*
>
> § 17. Os elementos de especialidade objetiva ou subjetiva que não alterarem elementos essenciais do ato ou negócio jurídico praticado, quando não constantes do título ou do acervo registral, poderão ser complementados por outros documentos ou, quando se tratar de manifestação de vontade, por declarações dos proprietários ou dos interessados, sob sua responsabilidade. (Incluído pela Lei nº 14.382, de 2022)"

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003617-38.2022.8.26.0047, da Comarca de Assis, em que é apelante CONCESSIONÁRIA AUTO RAPOSO TAVARES S.A. (CART), é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE ASSIS.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.125)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE), XAVIER DE AQUINO (DECANO), BERETTA DA SILVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO), WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e FRANCISCO BRUNO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 3 de outubro de 2023.

FERNANDO ANTONIO TORRES GARCIA, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – DESAPROPRIAÇÃO – RODOVIA EM IMÓVEL RURAL –

AQUISIÇÃO ORIGINÁRIA DA PROPRIEDADE – ÁREA DESAPROPRIADA GEORREFERENCIADA – NECESSIDADE DE CERTIFICAÇÃO PELO INCRA – APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por *Concessionária Auto Raposo Tavares S.A. (CART)* contra a r. sentença proferida pela MM.ª Juíza Corregedora Permanente do Oficial de Registros de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoas Jurídicas de Assis/SP, que julgou procedente a dúvida suscitada e manteve a recusa de registro da carta de adjudicação expedida nos autos de ação de desapropriação (fls. 163/166).

Aduz a apelante, em síntese, que o imóvel está localizado em área urbana e que, portanto, a planta e o memorial descritivo constantes do título são suficientes para sua perfeita identificação. Ainda, sustenta que, considerada a localização e a forma de utilização da área em questão, aplica-se à hipótese o disposto no artigo 176, § 8º, da Lei nº 6.015/1973 e não, o artigo 225, § 3º, da referida Lei.

A Douta Procuradoria de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 235/238).

É o relatório.

A apelante, concessionária de serviço público, por sentença proferida em ação judicial, obteve a desapropriação, por utilidade pública, de parte de imóvel objeto da matrícula nº 21.166 do Oficial de Registros de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoas Jurídicas da Comarca de Assis/SP.

Contudo, a carta de adjudicação expedida nos autos da ação de desapropriação (Processo nº 0017516-09.2011.8.26.0047, da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Assis/SP), apresentada a registro pela apelante, foi negativamente qualificada pelo Oficial de Registro de Imóveis, que expediu nota devolutiva (fls. 37/38), exigindo a apresentação de *"memorial descritivo e planta georreferenciados da área desapropriada, contendo as coordenadas dos vértices definidores dos limites dos imóveis rurais, georreferenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro,* ***certificados pelo INCRA****, acompanhado da ART – Anotação de Responsabilidade Técnica do responsável técnico pelo levantamento, nos termos do disposto no art. 176, § 3º (...) e no artigo 225, ambos da Lei 6.015/73."*

Desde logo, importa lembrar que a origem judicial do título não o torna imune à qualificação registral, ainda que limitada aos seus requisitos formais e sua adequação aos princípios registrais, conforme disposto no item 117 do Capítulo XX das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça.

Está pacificado, inclusive, que a qualificação negativa não caracteriza de-

Acesso ao Sumário

sobediência ou descumprimento de decisão judicial (Apelação Cível n.º 413-6/7; Apelação Cível n.º 0003968-52.2014.8.26.0453; Apelação Cível n.º 0005176-34.2019.8.26.0344; e Apelação Cível n.º 1001015-36.2019.8.26.0223).

Fixada tal premissa, é indiscutível que a aquisição da propriedade imobiliária por meio da desapropriação judicial encerra forma originária.

No entanto, a despeito do referido caráter originário, a partir da redação dos arts. 176, § 3º, e 225, § 3º, da Lei nº 6.015/73 infere-se que, na hipótese em que há destaque de parcela de imóvel rural, observados, por certo, os prazos constantes do art. 10 do Decreto n.º 4.449/2002, existe a necessidade de regular apresentação da planta e do memorial descritivo georreferenciado, contendo as coordenadas georreferenciadas, notadamente pela repercussão no imóvel objeto da desapropriação parcial no aspecto da especialidade objetiva.

> *"Art. 176, § 3º – **Nos casos de desmembramento, parcelamento ou remembramento de imóveis rurais**, a identificação prevista na alínea a do item 3 do inciso II do § 1º será obtida a partir de memorial descritivo, assinado por profissional habilitado e com a devida Anotação de Responsabilidade Técnica – ART, contendo as coordenadas dos vértices definidores dos limites dos imóveis rurais, geo-referenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro e com precisão posicional a ser fixada pelo INCRA, garantida a isenção de custos financeiros aos proprietários de imóveis rurais cuja somatória da área não exceda a quatro módulos fiscais."* (g.n.)
>
> *"Art. 225, § 3º – Nos autos judiciais que versem sobre imóveis rurais, a localização, os limites e as confrontações serão obtidos a partir de memorial descritivo assinado por profissional habilitado e com a devida Anotação de Responsabilidade Técnica – ART, contendo as coordenadas dos vértices definidores dos limites dos imóveis rurais, geo-referenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro e com precisão posicional a ser fixada pelo INCRA, garantida a isenção de custos financeiros aos proprietários de imóveis rurais cuja somatória da área não exceda a quatro módulos fiscais".*

Acesso ao Sumário

Na expressão consagrada de Afrânio de Carvalho: *"o requisito registral da especialidade do imóvel, vertido no fraseado clássico do direito, significa a sua descrição como corpo certo, a sua representação escrita como individualidade autônoma, com o seu modo de ser físico, que o torna inconfundível e, portanto heterogêneo em relação a qualquer outro"* (*in* "Registro de Imóveis", p. 206).

No caso concreto, foi realizado o georreferenciamento das áreas desapropriadas, consoante se observa do memorial descritivo e planta a fls. 46 e 47/49, respectivamente, em que constam sua exata localização conforme as coordena-

das de seus vértices, como previsto na Lei de Registros Públicos. Destarte, nesse particular, o óbice ao pretendido registro não merece subsistir.

De outra sorte, a necessidade de sua certificação pelo INCRA consta do art. 9º do Decreto nº 4.449/2002:

> *"Art. 9º – A identificação do imóvel rural, na forma do § 3º do art. 225 da Lei nº 6015, de 1973, será obtida a partir de memorial descritivo elaborado, executado e assinado por profissional habilitado e com a devida Anotação de Responsabilidade Técnica – ART, contendo as coordenadas dos vértices definidores dos limites dos imóveis rurais, georreferenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro, e com precisão posicional a ser estabelecida em ato normativo, inclusive em manual técnico, expedido pelo INCRA.*
>
> § 1º – Caberá ao INCRA certificar que a poligonal objeto do memorial descritivo não se sobrepõe a nenhuma outra constante de seu cadastro georreferenciado e que o memorial atende às exigências técnicas, conforme ato normativo próprio."

Não se olvida dos prazos de carência estabelecidos no mencionado art. 10 de referido Decreto que, na hipótese, ocorreria em vinte e dois anos.

> *"Art. 10 – A identificação da área do imóvel rural, prevista nos §§ 3º e 4º do art. 176 da Lei nº 6.015, de 1973, será exigida nos casos de desmembramento, parcelamento, remembramento e em qualquer situação de transferência de imóvel rural, na forma do art. 9º, somente após transcorridos os seguintes prazos:*
>
> *VII – vinte e dois anos, para os imóveis com área inferior a vinte e cinco hectares".*

Contudo, georreferenciada a descrição perimétrica da área desapropriada, como ocorre *in casu*, ainda que não expirado o prazo de carência afigura-se imprescindível a apresentação, no Registro de Imóveis competente, da certificação expedida pelo INCRA, confirmando a inexistência de sobreposição com outro imóvel rural, tudo a fim de se evitar o ingresso de identificação incompleta no fólio real.

Nestes moldes foi o parecer de lavra do então Juiz Auxiliar da Corregedoria Dr. José Antônio de Paula Santos Neto, nos autos do Processo nº 24066/2005, aprovado pelo D. Corregedor Geral da Justiça, à época, Desembargador José Mário Antonio Cardinale:

> *"Foi questionado, outrossim, se 'aqueles que optarem pelo georreferenciamento já, deverão atender de imediato a certificação de que trata o § 1º do artigo 9º do Decreto 4.449/02, ou poderão fazê-lo dentro do prazo que for entendido como aplicável'. Obviamente, a providência deverá ser imediata. A obtenção do certificado de não sobreposição emitido pelo*

INCRA é parte integrante e relevante do sistema de individualização imobiliária disciplinado no dito decreto. Logo, não é de se admitir o ingresso, no fólio real, de identificação truncada; incompleta. Nem parceladamente, a prestações. Configura a certificação verdadeiro requisito a ser observado. Aliás, sua exigência é um dos aspectos essenciais do mapeamento cadastral que se almeja erigir. Destarte, a bem da própria higidez do Registro Imobiliário, deverá ser desqualificado o ingresso da nova descrição quando o memorial não vier devidamente certificado. Do contrário, ferir-se-ia a lógica da estrutura concebida e se correria o risco, até, de permitir a vulneração da tábua por modificação aventureira das características da área rural, uma vez que sem a chancela de segurança do órgão oficial responsável. Além disso, a certificação diferida para o futuro poderia nunca chegar, criando-se perplexidade acerca do destino a ser dado àquela descrição precipitadamente abrigada".

Não vinga, ademais, a alegação da apelante no sentido de que o imóvel em questão perdeu o *status* de rural.

Com efeito, nos termos do artigo 53 da Lei nº 6.766/79, a alteração de uso do solo rural para fins urbanos depende de aprovação do Município, bem como de prévia audiência do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA.

Nos autos, cumpre anotar, não há demonstração de manifestação do INCRA e tampouco comprovação de aprovação por parte do Município da mudança de destinação do imóvel desapropriado, razão pela qual não há como ser afastada a exigência.

Sobre o tema, já se manifestou este C. Conselho Superior da Magistratura:

"Registro de Imóveis. Dúvida julgada procedente. Escritura de venda e compra. Descrição sucinta do imóvel constante da matrícula e reproduzida no título que, porém, dadas as circunstâncias do caso concreto, não chega a ofender o princípio da especialidade objetiva. Alegada destinação urbana de imóvel originalmente rural. Necessária apresentação de certidão de descadastramento pelo INCRA. Recurso não provido" (Apelação nº 790-6/6, Rel. Des. Ruy Camilo, j. em 27/5/2008).

E mais recentemente, em hipótese bastante semelhante, ficou decidido que:

"REGISTRO DE IMÓVEIS – Desapropriação de imóvel rural – Aquisição originária da propriedade – Rodovia em área rural – Áreas desapropriadas georreferenciadas – Necessidade de certificação pelo INCRA e de registro no Cadastro Ambiental Rural – CAR – Nega-se provimento à apelação." (TJSP; Apelação Cível 1000288-86.2021.8.26.0553; Relator:

Acesso ao Sumário

Ricardo Anafe (Corregedor Geral); Órgão Julgador: Conselho Superior da Magistratura; Foro de Santo Anastácio – Vara Única; Data do Julgamento: 02/12/2021; Data de Registro: 15/12/2021).

"REGISTRO DE IMÓVEIS – Desapropriação – Rodovia em imóvel rural – Aquisição originária da propriedade – Áreas desapropriadas georreferenciadas – Necessidade de certificação pelo INCRA, acompanhada da ART – Anotação de Responsabilidade Técnica – Apelação não provida." (TJSP; Apelação Cível 1001054-08.2021.8.26.0047; Relator: Fernando Torres Garcia (Corregedor Geral); Órgão Julgador: Conselho Superior da Magistratura; Foro de Assis – 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 15/03/2022; Data de Registro: 23/03/2022).

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento** à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000226-03.2023.8.26.0480, da Comarca de Presidente Bernardes, em que é apelante CDHU – COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO HABITACIONAL E URBANO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE PRESIDENTE BERNARDES.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento, v u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.153)**

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, 11 de outubro de 2023.

FERNANDO ANTONIO TORRES GARCIA, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA – LOTEAMENTO REGULARIZADO NOS TERMOS DA LEI N.º 6.766/79 – INADEQUAÇÃO – AQUISIÇÃO DOS LOTES QUE

Acesso ao Sumário

DEVE SE DAR PELOS MEIOS TRADICIONAIS – LEI Nº 13.465/2017 QUE TRAZ INSTITUTOS EXCEPCIONAIS – APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por **COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO HABITACIONAL E URBANO DO ESTADO DE SÃO PAULO – CDHU** contra a r. sentença de fls. 237/241 proferida pelo MM. Juiz Corregedor Permanente do Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoas Jurídicas da Comarca de Presidente Bernardes, que julgou procedente a dúvida suscitada e manteve a negativa de registro da Certidão de Regularização Fundiária – CRF e averbação das construções realizadas no conjunto habitacional de interesse social CDHU – Presidente Bernardes, denominado "Vila das Leituras", matrícula n.º 4.521, da referida serventia imobiliária.

Alega a apelante, em síntese, a possibilidade do pedido com base na REURB Titulatória, nos termos do art. 21, § 2º, II, do Decreto nº 9.310/18. Aduz que a CDHU é legitimada para promover REURB (item 271, VI, do Cap. XX das NSCGJ). Afirma, ainda, que o registrador extrapolou seus limites de atuação quando da expedição da nota devolutiva, que todos os atos foram consumados e constam dos documentos encaminhados, e que a legislação autoriza a utilização da Lei nº 13.465/17 e do Decreto nº 9.310/18, não havendo óbice ao registro pretendido (fls. 251/278).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça opina pelo não provimento do recurso (fls. 335/336).

É o relatório.

O registro de requerimento de regularização fundiária do Conjunto Habitacional de Interesse Social CDHU – Presidente Bernardes, denominado "Vila das Leituras", tendo por objeto o imóvel matriculado sob o nº 4.521, foi negado pelo registrador, que expediu nota de devolução nos seguintes termos (fls. 196/198):

> *"A situação apresentada a este Cartório de Registro de Imóveis, retratada nos documentos apresentados e devidamente protocolados, não é passível de regularização fundiária, pois não há o que se regularizar no imóvel, em termos de regularização fundiária.*
>
> *O imóvel em questão (matrícula mãe nº 4.521) encontra-se devidamente registrado em nome da CDHU, com todas as matrículas abertas e registro de parcelamento do solo urbano concretizado (matrículas nºs 6.446 a 6.459, 6.461, 6.463 a 6.471), tudo nos moldes da Lei nº 6.766.79, denominado 'Vila das Leituras'. Assim, não há nada a ser regularizado.*
>
> *A transmissão do domínio para dois adquirentes, bem como a averba-*

Acesso ao Sumário

ção das construções solicitadas, não se faz por meio de regularização fundiária, mas sim por meio de outorga de contrato de compra e venda e respectivo registro imobiliário.

(...)

Não pode também tentar se valer da regularização fundiária para averbação das construções devendo neste caso solicitar à prefeitura municipal os documentos necessários (certidão da construção e de Habite-se) e requer a esta Serventia Predial a averbação das construções."

Respeitados os argumentos expendidos, a dúvida é procedente e a apelação não comporta provimento.

Pretende-se a regularização fundiária da área objeto da matrícula n.º 4.521 do Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoas Jurídicas da Comarca de Presidente Bernardes.

Referido imóvel foi loteado nos termos da Lei Federal n.º 6.766/79, conforme consta da matrícula supracitada.

Trata-se, pois, de loteamento já regularizado e registrado, nos termos da Lei Federal n.º 6.766/79, não havendo se falar em titulação dos adquirentes dos lotes por regularização fundiária.

A legislação instituidora da Regularização Fundiária Urbana (Lei nº 13.465/2017), como é cediço, visa adequar situações juridicamente irregulares, por meio de medidas (ambientais, urbanísticas, jurídicas e sociais) destinadas à incorporação de núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano, trazendo, assim, segurança jurídica aos seus ocupantes. Traz, contudo, institutos excepcionais que não devem ser utilizados em situações ordinárias quando a aplicação de métodos tradicionais seja viável, como ocorre na hipótese.

Tratando-se de empreendimento regular, a aquisição dos lotes, como ponderado pelo Senhor Oficial, deverá ocorrer pelos meios ordinários, ou seja, mediante a lavratura de escrituras públicas ou mesmo instrumentos particulares para transmissão da propriedade aos adquirentes, com o correspondente pagamento de tributos.

Nesta linha, nos ensina Paola de Castro Ribeiro Macedo[1]:

"Permitir a titulação de unidades não advindas de regularização fundiária parece violar o direito à estabilidade do sistema registral imobiliário uma vez que os instrumentos de titulação aos ocupantes são devastadores aos proprietários dos imóveis.

A legislação da REURB traz institutos de exceção, devendo ser utilizados

Acesso ao Sumário

1 Macedo, Paola de Castro Ribeiro. Regularização Fundiária Urbana e seus Mecanismos de Titulação dos Ocupantes: Lei n.º 13.465/2017 e Decreto n.º 9.310/2018/Paola de Castro Ribeiro Macedo. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. – (Coleção Direito Imobiliário; Vol. V / Alberto Gentil de Almeida Pedroso, coordenador).

em situações extremas em que os métodos tradicionais não podem ser aplicados. Não é o caso dos imóveis regulares, pendentes de outorga de direitos reais pelos empreendedores. Se fosse possível utilizar a REURB para obter a transmissão de domínio em loteamentos regulares, as partes envolvidas evitariam, em tese, o pagamento de impostos ou a obrigatoriedade da lavratura de escrituras públicas, em possível burla ao arcabouço legal de transmissão da propriedade formal.

O sistema de regularização trazido pela Lei n.º 13.465/2017 não serve ao propósito de evitar pagamento de tributos, taxas ou permitir a perda de propriedade daqueles que cumpriram rigorosamente a legislação de parcelamento do solo. O sistema de REURB visa corrigir distorções causadas pela irregularidade na divisão da terra, que trouxe insegurança aos ocupantes sem títulos ao privá-los da possibilidade de transacionar suas propriedades.

Claro que podem ocorrer situações excepcionais que justifiquem a REURB-titulação em imóveis já parcelados, mas essa hipótese deve ser vista com muita cautela por parte dos operadores da Reurb."

Não se desconhece, ademais, o teor do item 275, do Cap. XX das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça que assim dispõe:

"275. Para a Reurb de núcleo urbano decorrente de empreendimento registrado, em que não foi possível realizar, por qualquer modo, a titulação de seus ocupantes, a CRF será apresentada de modo simplificado, devendo apenas atestar a implantação do núcleo nos exatos termos do projeto registrado e conter a listagem descrita no item VI do art. 41 da Lei n. 13.465/2017."

Contudo, *in casu*, não se demonstrou a impossibilidade da recorrente em outorgar os títulos definitivos dos lotes já matriculados.

Finalmente, o pedido de averbação de construções, por não se tratar de registro *stricto sensu*, refoge à competência deste C. Conselho Superior da Magistratura.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento** à apelação.

Acesso ao Sumário

NOTICIÁRIO

SPENCER DE ALMEIDA FERREIRA (Desembargador)

Discurso proferido em nome do Tribunal de Justiça, por ocasião da "Posse Solene dos Desembargadores Paulo Gimenes Alonso e Clara Maria Araújo Xavier" (Cerimônia realizada em 29.08.2023).

Excelentíssimo Senhor Presidente Desembargador Ricardo Mair Anafe, na pessoa de quem, peço licença para cumprimentar os ilustres Membros Conselho Superior da Magistratura, todas as Autoridades presentes e, especialmente, os amigos e familiares de Paulo Gimenes Alonso e Clara Maria Araújo Xavier.

De início, Senhor Presidente, agradeço a deferência de Vossa Excelência para que eu proferisse essa oração em nome da Corte. Distinção que me honra e que me faz muito feliz.

Caríssimos Paulo Gimenes Alonso e Clara Maria Araújo Xavier, compartilhando este momento de felicidade, é com grande respeito e admiração que venho lhes dar as boas-vindas e dizer que este Egrégio Tribunal lhes recebe de braços abertos.

Hoje é um dia especial não só para o Tribunal de Justiça de São Paulo, mas para Vossas Excelências, para seus familiares e amigos que aqui comparecem para compartilhar esse momento de emoção e com suas presenças enchem de alegria essa solenidade e transmitem o sentimento de orgulho e de afeto de todos nós por Vossas Excelências.

A felicidade é igualmente de ambos, porque ascendem ao cargo máximo na Corte Paulista após longos anos de judicatura.

Meus Senhores e minhas Senhoras, não é simples a tarefa de condensar em poucas palavras a grandeza da vida dos dois empossandos de hoje.

Pelos históricos de seus currículos, acadêmicos e profissionais, ousaria dizer que inspirados em Dom Quixote de Cervantes trocaram a espada pela pena e, com denodo e competência, na prestação jurisdicional, ambos vêm honrando o Poder Judiciário Paulista por onde passam.

O Doutor Paulo Gimenes Alonso se formou em Direito em 1977 pela Faculdade da Instituição Toledo de Ensino, atual Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Em 1979, se formou em Administração de Empresas pelas Faculdades Integradas de Marília. Em 2001 concluiu especialização em Direito Civil. Em 2019 obteve o título de Mestre em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá-PR (UniCesumar).

No magistério, o Doutor Paulo Gimenes Alonso foi Professor de Legis-

Acesso ao Sumário

lação Social, de Direito do Trabalho e de Direito Civil da Faculdade de Direito da Instituição Toledo de Ensino de Presidente Prudente, por quase 30 anos, até 2007.

Foi Advogado inscrito na OAB, Secção de São Paulo, de 1978 a 1986. Ingressou na Magistratura em 1986 como Juiz Substituto da 27ª Circunscrição Judiciária, com sede em Presidente Prudente. Passou por Martinópolis, Presidente Venceslau, Araçatuba e Presidente Prudente, onde integrou a 1ª Turma do Colégio Recursal, e judicando sempre na 3ª Vara Cível acumulou a Diretoria da 5ª Região Administrativa Judiciária entre 2020 e 2023, até ser promovido ao cargo de Desembargador. Sem dúvida, uma longa e bela estrada. Afinal, são 37 anos de judicatura

O Doutor Paulo Gimenes Alonso é Prudentino da gema, nascido e criado em Presidente Prudente. Seus pais Francisco Alonso Lucas e Anna Gimenes Alonso, já falecidos, de onde estiverem, com certeza, estarão também aplaudindo essa conquista. Tem seis irmãs, sendo o caçula e o único filho homem dessa numerosa prole. É casado com Sonia Regina dos Reis Alonso - aqui presente -, desde 1979; é pai de dois filhos Bianca e Ricardo Alonso e, vejam, curiosamente, a esposa e os dois filhos são Bacharéis em Direito. E, completando a família, tem duas netas - seu grande xodó - Maria Fernanda (13 anos) e Maria Eduarda (10 anos), que residem em Santa Catarina, mas como alguns outros parentes e amigos não estão presentes por impedimentos incontornáveis, mas que, sem dúvida, em pensamento participam e dividem esse momento festivo.

Já a Doutora Clara Maria Araújo Xavier terminou a Faculdade de Direito do Largo de São Francisco em 1987 e continuou se dedicando aos estudos e adquirindo experiência na advocacia até 1990, quando passou no concurso 159 e ingressou na Magistratura.

Exerceu com rica distinção a judicatura como Juíza Substituta na Circunscrição de Osasco. A sua primeira entrância foi no Foro Distrital de Colina. A segunda, em Ibiúna. A terceira foi como Juíza Auxiliar da Capital, onde atuou na Vara Criminal no antigo Palácio Mauá - Setor de Cartas Precatórias, e 10 anos no Decrim (Departamento de Execuções Criminais). Na entrância especial judicou 11 anos na Primeira Vara de Família e Sucessões do Foro Regional do Jabaquara. E, em 2017, foi promovida ao cargo de Juíza Substituta em Segundo Grau, onde exerceu as funções na 8ª Câmara de Direito Privado até ser promovida a Desembargadora. São 33 anos de brilhante judicatura

Da vida familiar, destaco que a Clara Maria Araújo Xavier é nascida em São Paulo, é filha de Euclides Leite Xavier e de Filomena Araújo Xavier, já falecidos, mas, de onde estiverem, por certo, estão orgulhosos. Tem três filhos: João Pedro (26 anos), Tiago José (23 anos) e Maria Clara (20 anos). Os três estão na área do Direito, João Pedro já é Advogado, Tiago José está cursando o último

Acesso ao Sumário

ano no Mackenzie e a Maria Clara no primeiro ano na PUC.

Como se vê, Senhor Presidente, Senhoras e Senhores, são dois Magistrados reconhecidos pelo seu trabalho, pelo seu compromisso com a causa pública, pela ética e honradez, pela preocupação com o próximo, mercê dos reflexos da atividade jurisdicional, que os engrandecem e dignificam o Tribunal e que, com certeza, manterão as tradições que tanto reverenciamos.

Paulo Gimenes Alonso e Clara Maria Araújo Xavier representam nomes consagrados como Juízes, com sólida formação moral e intelectual, são experientes, independentes, íntegros, estudiosos e atuam na vida pessoal, familiar e profissional com simplicidade, humildade e marcante lealdade à Justiça.

Nesse contexto, Senhor Presidente, peço licença para relembrar uma estorinha que bem pode ajudar a explicar a emoção e o sentimento que vivenciamos nesse momento:

> *"Um filho e um pai caminham por uma montanha, de repente o menino cai, se machuca e grita: - Ai!!!*
>
> *Para sua surpresa, escuta sua voz se repetir em algum lugar da montanha. Assustado, mas curioso, o menino pergunta: Quem é você?*
>
> *E recebe a resposta: - Quem é você? Contrariado grita: - Apareça! Seu covarde! E escuta o final da resposta: - Seu covarde!*
>
> *O menino apavorado corre para o colo do pai e pergunta: - O que está acontecendo? O que é isso papai?*
>
> *O pai sorri afaga a criança e fala: - Meu filho preste atenção. Então o pai grita em direção da montanha: - Eu admiro você! E a resposta é imediata: - Eu admiro você!*
>
> *De novo o pai grita: - Você é um vencedor! E a voz responde: - Você é um vencedor!*
>
> *O menino fica espantado e não entende, então pai lhe explica:*
>
> *- Meu filho as pessoas chamam isso de Eco, mas, na verdade, isso é a Vida. A vida lhe dá de volta tudo o que você faz. Nossa vida é um reflexo de nossas ações."*

E parece ser isso mesmo, não é verdade?

Ao me preparar para saudá-los percebi que os dois têm mais de 30 anos de dedicação à Magistratura - Paulo Alonso 37 anos e Clara Maria 33 anos - e ao serem por mim perguntados sobre o que gostariam que eu destacasse de suas

Acesso ao Sumário

vidas, coincidentemente, ambos se expressaram mais ou menos da mesma forma: "meu currículo é muito simples, pois preferi me dedicar aos processos e a família. Foram prioridades".

Aí está a verdadeira riqueza de ambos. Seus talentos, sua formação moral, intelectual e jurídica, ficam quase ocultos quando falam de si mesmo, na singeleza de suas condutas quase se esquecem de que ambos têm uma vida inteira dedicada ao ideal de bem servir a Justiça; é a grandeza, é a riqueza deles como pessoa que merecem e devem ser valorizadas, e, ao meu sentir, a verdadeira razão de serem hoje, merecidamente, promovidos ao cargo de Desembargador do maior Tribunal deste país.

Eis, Senhor Presidente, Senhoras e Senhores, os dois Magistrados que muito me honram apresentar à Corte Bandeirante. O Tribunal de Justiça de São Paulo está em festa e, como disse no início, todos, recebendo de braços abertos os novos Desembargadores Paulo Gimenes Alonso e Clara Maria Araújo Xavier.

Que Deus continue iluminando os seus caminhos.

Salve 29 de agosto de 2023.

Muito Obrigado.

PAULO GIMENES ALONSO (Desembargador)

Discurso proferido por ocasião da sua Posse Solene e da Desembargadora Clara Maria Araújo Xavier (Cerimônia realizada em 29.08.2023).

Excelentíssimo Senhor Desembargador Doutor Ricardo Mair Anafe, Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, em nome de quem cumprimento todos os integrantes do Conselho Superior da Magistratura, bem como todos os Desembargadores e Magistrados presentes.

Prezada Desembargadora Clara Maria Araújo Xavier. Recebi com enorme alegria a informação de que iriamos compartilhar esta solenidade de posse.

Acesso ao Sumário

Excelentíssimo Senhor Desembargador Doutor Spencer Almeida Ferreira que, com muito brilhantismo, oficiou como Orador em nome do Tribunal de Justiça, e a quem agradeço as referências elogiosas feitas à minha pessoa, fruto de nossa amizade.

Dignas Autoridades. Parentes, Amigos, Senhoras e Senhores.

Inicio com uma narrativa, para mim inspiradora. Chegou o dia de um padre idoso rezar sua última missa e se aposentar. O bispo ao qual ele estava vinculado resolveu comparecer à missa em homenagem aquele pároco, muito querido pela comunidade. Chegando à igreja pouco antes da missa, o bispo se dirigiu à sacristia e lá se deparou com o padre preparando com o maior zelo e dedicação

a homilia que iria proferir. O bispo ficou surpreso e perguntou por que, com tanta experiência e sendo sua última missa, o padre ainda se empenhava como se fosse um novato no ofício. O sacerdote então explicou que se mantinha em atividade até aquela idade por conta do entusiasmo que nutria pelo ofício que praticava. E mais: para ele seria a última pregação, mas havia a possibilidade de ter alguém na igreja que ali estivesse pela primeira vez ou, quem sabe, alguém que estivesse a assistir pela primeira vez uma missa. Explicou que competia a ele, como pregador, preservar, até o último ato, acesa a chama que garantia a motivação dos fiéis.

Com a atividade jurisdicional não é diferente. Sinto-me feliz por pertencer a uma Instituição em que a maioria dos Magistrados preservam, até a última decisão, o entusiasmo do ofício pelo qual optaram e a fé inabalável na Justiça.

Tomei posse como Juiz Substituto neste mesmo recinto em 1986, portanto há 37 anos. Poderia ter me aposentado há pelo menos 13 anos. Mas felizmente, inspirado em meus pares, mantenho o entusiasmo do início da carreira, o que me motivou a seguir adiante, saindo da 3ª Vara Cível de Presidente Prudente, Interior do Estado que, apesar de trabalhosa, gerava para mim uma zona de conforto, para integrar o maior Tribunal de Justiça do Brasil, que é o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Tive a felicidade de descobrir, logo no início da carreira, que por trás de cada nome que consta num processo, seja como autor ou como réu, há uma pessoa humana cuja vida poderá ser afetada, às vezes, de modo contundente e permanente, por uma decisão judicial.

Um Juiz vai todos os dias ao Fórum o que o deixa familiarizado com os ritos de uma audiência ou uma sessão do Tribunal do Júri. Mas existem pessoas que vão uma única vez a um Fórum. Algumas, inclusive, se gabam de nunca terem ido. Tais pessoas levarão consigo a impressão que tiverem nesse único contato com a estrutura judiciária. Uma palavra ou um gesto do Juiz pode definir a visão que o jurisdicionado terá para sempre da Justiça.

Penso que no Segundo Grau, o eventual distanciamento das partes não dispensa o julgador de preservar a visão humanista do processo. Na minha ótica, um Magistrado, seja de Primeiro ou Segundo Grau, antes de gostar de processos, precisa gostar do bem-estar das pessoas.

Chego a este Tribunal ciente de que o conhecimento jurídico e a excelência da prestação jurisdicional são importantes, mas a ética, que é o principal combustível da Justiça, e a idoneidade dos Desembargadores, dão os contornos da qualidade e respeitabilidade de um Tribunal. E os Ilustres Membros desta Corte são detentores de todos esses predicados, o que justifica a posição que o Tribunal de Justiça de São Paulo ocupa no cenário nacional.

Nesta perspectiva, pretendo humildemente, contribuir para que o Tribunal

Acesso ao Sumário

de Justiça continue a cumprir fielmente sua missão, como tem feito, qual seja, resolver conflitos da sociedade, no âmbito de sua competência, para preservação dos direitos, por meio do julgamento de processos ou de métodos adequados. Preservar sua visão institucional de ser reconhecido nacionalmente como um Tribunal moderno, célere e tecnicamente diferenciado, tonando-se um instrumento efetivo de Justiça, equidade e paz social. E ainda: Atuar de acordo com seus valores maiores: Legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Este o meu compromisso.

No mais, repito aqui os agradecimentos que fiz quando de minha posse administrativa, inspirado no que dizia Milton Penachi, saudoso Diretor Geral da Associação Educacional Toledo, de Presidente Prudente, onde lecionei por mais de duas décadas: ninguém faz nada sozinho. Estou plenamente consciente que a minha chegada a este Tribunal decorre de uma somatória de fatores e do concurso de muitas pessoas com as quais convivi.

Em primeiro lugar, rendo homenagens aos meus pais: Francisco Alonso Lucas e Anna Gimenes Alonso, já falecidos, filhos de imigrantes espanhóis, que iniciaram a vida corno lavradores, depois ele motorista e ela dividindo os afazeres do lar com a atividade de costureira, o que não foi obstáculo para que criassem numerosa prole e indicassem o caminho certo a ser seguido.

Agradeço às minhas seis irmãs, aqui representadas por minha irmã Marina e minha irmã Odila. Todas contribuíram, e muito, para minha formação pessoal e profissional.

Compartilho este momento especial com minha esposa Sônia, meus filhos Bianca e Ricardo, meu genro Fernando, e minhas netinhas Maria Fernanda e Maria Eduarda, razão do meu viver. Sei que devo muito a vocês. Registro o esforço de minha esposa Sônia para se fazer presente nesta solenidade, apesar de estar se restabelecendo de recente cirurgia cardíaca a que se submeteu.

Sou grato também a meus parentes e amigos, estes que considero parentes por escolha, pelo incentivo, apoio e companheirismo que sempre me dedicaram, abrandando as adversidades que a vida às vezes nos reserva.

Acesso ao Sumário

Aos meus colegas de Magistratura, pelas comarcas em que passei, mas especialmente os Juízes da Comarca de Presidente Prudente, em que judiquei por mais de 30 anos, e considero como irmãos pela qualidade dos laços pessoais ali estabelecidos.

Grato também aos Servidores e demais Auxiliares da Justiça com quem trabalhei ao longo da carreira, que deram todo suporte material para efetividade de minhas decisões. Especial reconhecimento às Servidoras Nilva, Alba, Juliana, Lúcia, Patrícia e Fernanda, e ao Servidor Lucas, integrantes de meu gabinete, cujo trabalho tem sido fundamental para o exercício de minha atividade neste Tribunal.

Meus respeitos também aos Advogados, Defensores, Membros do Ministério Público e integrantes de todas as demais carreiras jurídicas com quem trabalhei, e com os quais muito aprendi.

Finalmente, quero registrar a magnifica acolhida que tive neste Tribunal quando de minha promoção, tanto por parte de Servidores, como por Juízes Auxiliares, Juízes Substitutos em Segundo Grau e Desembargadores. Sei que citar nomes é caminhar pelo terreno pantanoso das omissões, mas não posso deixar de registrar o papel fundamental que desempenharam nesta transição, as seguintes pessoas:

- Desembargador Spencer Almeida Ferreira, Orador nesta solenidade, cidadão prudentino e amigo de longa data, que me deu todo suporte para que fosse exitosa esta transição para o Segundo Grau;

- Desembargadora Maria Lúcia Pizotti, Presidente da 30ª Câmara de Direito Privado, pelo qual optei, e aos demais integrantes de referida Câmara, inclusive o Juiz Substituto em Segundo Grau João Baptista Galhardo Júnior, pela gentil acolhida.

- Desembargador Artur César Beretta da Silveira, Presidente da Seção de Direito Privado, pelo apoio e receptividade;

- Desembargador Guilherme Gonçalves Strenger, Vice-Presidente deste Tribunal, que começou sua carreira em Presidente Prudente, o que muito nos honra, e que conversamos como se fossemos conterrâneos;

- Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia, Corregedor Geral da Justiça, e o nosso Presidente Desembargador Ricardo Mair Anafe, que estiveram em visita recente à Presidente Prudente, minha Comarca de origem, mas aqui me receberam como se fossemos velhos amigos, e de quem obtive relevantes informações sobre as atividades em Segundo Grau, que muito contribuíram para minha decisão.

Senhor Presidente, serei eternamente grato pela receptividade que tive neste Tribunal. Muito obrigado a todos pela atenção.

CLARA MARIA ARAÚJO XAVIER (Desembargadora)

Discurso proferido por ocasião da sua Posse Solene e do Desembargador Paulo Gimenes Alonso (Cerimônia realizada em 29.08.2023).

Boa tarde a todos. Eu sou péssima para falar assim, em público, mas queria iniciar agradecendo todas as Autoridades aqui presentes, iniciando pelo nosso Presidente, Desembargador Ricardo Mair Anafe, toda a cúpula do Tribunal de Justiça e os representantes dos Três Poderes, que estão aqui.

Acesso ao Sumário

Gostaria de agradecer a minha amiga, que veio por si e, também, representando o Doutor Alexandre de Moraes, a Doutora Viviane Barso de Moraes, Advogada; também Advogada, a Doutora Arnaud Carla Almeida Urique Garcia, que está aqui, minha amiga; muitos Advogados que estão presentes, meus funcionários de gabinete, que são pessoas maravilhosas, sem eles, eu não estaria aqui hoje.

Gostaria de agradecer ao meu eterno companheiro, Laerte Marrone de Castro Sampaio, que é pai dos meus filhos, meu amigo, trocamos ideias jurídicas e familiares quase que diariamente. Queria agradecer ao meu marido, Médico, Doutor Edmir Félix da Silva Júnior, que é extremamente compreensivo e, junto comigo, adotou praticamente meus filhos, é um pai-avô; ele não gosta muito que eu fale isso, porque ele é meio vaidoso, mas é uma pessoa de um coração muito grande.

Meu irmão, Francisco Euclides Araújo Xavier, que está aqui, e minha cunhada, Médica também, Dilza Zoega, irmã do nosso colega, Zoega, que já aposentou e infelizmente não está aqui dando brilho na Magistratura, mas é um Advogado excelente.

Enfim, eu queria dizer que a lei maior para mim, que está acima da nossa Constituição, é a Bíblia e procuro, nos meus julgamentos, seguir os dois mandamentos que, para mim, dizem tudo: Amar a Deus acima de todas as coisas e amar ao próximo como a si mesmo. Eu acho que esses dois mandamentos têm me orientado; em razão deles é que eu consegui seguir por 33 anos. Foram 33 anos de muita experiência, sofrimento, muito aprendizado. Eu tive, graças a Deus, a oportunidade de trabalhar com o Direito Criminal e, também, com o Direito de Família. Na Vara de Execuções Criminais por dez anos, onde fiz um grupo maravilhoso de amigas, como a Isabel Caponeiro Cogan aqui, Renata, Eneida, e várias outras amigas; esses dois lugares, especialmente, o Direito de Família e Direito Criminal, nos ajudam a conhecer quem é o ser humano. As miudezas do ser humano.

Então eu agradeço a Magistratura por ter me dado essa oportunidade de me aprofundar no ser humano. E é isso, não vim fazer discurso, vim para agradecer. E está aí a minha gratidão. Desculpe se eu esqueci o nome de alguém, é que eu realmente fico nervosa na hora de falar, mas agradeço a todos os Magistrados, todos os Juízes, todos os Advogados, todos os Membros do Ministério Público, e que tanto colaboraram na minha carreira.

Obrigada

Acesso ao Sumário

RICARDO MAIR ANAFE (Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso de encerramento, por ocasião da "Posse Solene dos Desembargadores Paulo Gimenes Alonso e Clara Maria Araújo Xavier" (Cerimônia realizada em 29.08.2023).

Boa tarde. De antemão, cumpre saudar Sua Excelência, o Doutor Fábio Pietro, o Secretário da Justiça e Cidadania, representando Sua Excelência, o Governador do Estado. Cumprimentar Sua Excelência, o Desembargador Guilherme Gonçalves Strenger, Vice-Presidente do Tribunal de Justiça. Cumprimentar Sua Excelência, o Desembargador Fernando Antônio Torres Garcia, Corregedor-Geral da Justiça. Cumprimentar Sua Excelência, o Desembargador Spencer Almeida Ferreira, Orador em nome do Tribunal de Justiça, que de plano eu cumprimento pela oração, por todas as colocações, foi muito bem-feito o discurso e cumprido no prazo. Meus parabéns. Cumprimentar Sua Excelência, o Desembargador José Carlos Gonçalves Xavier de Aquino, Decano do Tribunal de Justiça. Cumprimentar Sua Excelência, 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 e, nesse momento, justificar a ausência de Sua Excelência, o Desembargador Francisco José Galvão Bruno, Presidente da Seção Criminal, que por motivos de saúde, teve que se ausentar e pediu que eu cumprimentasse os novos Desembargadores, ora empossados. Cumprimentar Sua Excelência, o Desembargador Paulo Sérgio Brant de Carvalho Galizia, Presidente do Tribunal Regional Eleitoral. Cumprimentar Doutora Viviane Barci de Moraes, que representa o Presidente do Superior Tribunal Eleitoral, o Ministro do Supremo Tribunal Eleitoral, Alexandre de Moraes. Cumprimentar Sua Excelência, o Doutor Valter Foletto Santini, Procurador de Justiça, representando o Procurador-Geral. Cumprimentar o Doutor Danilo Barth Pires, Subprocurador-Geral do Estado, representando a Procuradora- Geral. Cumprimentar Sua Excelência, o Doutor João Felipe Reis, Defensor Público, representando o Defensor Público-Geral. Cumprimentar o Professor Doutor Magnífico Reitor do Centro Universitário Toledo Prudente, Doutor Sérgio Tibiriçá Amaral. Cumprimentar Sua Excelência, o Desembargador José Maria Câmara Júnior, Diretor da Escola Paulista de Magistratura. Cumprimentar Sua Excelência, o Desembargador Walter Barone, Vice-Presidente da União Internacional de Magistrados e Vice- Presidente da Associação Paulista de Magistrados (Apamagis), representando sua Presidente. Cumprimentar o Senhor Coronel PM, Miguel Elias Daffara, Chefe da Assessoria Policial Militar do Tribunal de Justiça. Cumprimentar o Doutor Tiago Antônio Salvador, Delegado Chefe da Assessoria Policial Civil do Tribunal de Justiça. Cumprimentar o Doutor Hélio Rubens Batista Ribeiro Costa, Conselheiro Federal da Ordem dos Advogados do Brasil,

Acesso ao Sumário

representando a Seção São Paulo. Cumprimentar o Doutor Eduardo Foz Mange, Presidente da Associação dos Advogados de São Paulo. Senhores Desembargadores, Juízes, Membros do Ministério Público, Defensores Públicos, Advogados, Autoridades Civis e Militares, Familiares, Servidores da Justiça, minhas Senhoras e meus Senhores,

Por menor que seja o protocolo, acho sempre extremamente longo. De qualquer forma, hoje, como disse Sua Excelência, o Orador pelo Tribunal, Desembargador Spencer, é um dia de festa para o Tribunal de Justiça. São dois novos Desembargadores, dois Juízes de carreira, com mais de 30 anos de exercício, que assumem o cargo máximo da carreira do Tribunal de Justiça Estadual, no Tribunal de Justiça de São Paulo. Foi dito aqui como o maior Tribunal do Brasil, ele não é o maior Tribunal do Brasil, isso não é verdade. Ele é o maior Tribunal do mundo. Não há nenhum Tribunal no Planeta Terra que possua 19 milhões de processos. Não há nenhum Tribunal no mundo que julgue o que se julga no Tribunal de Justiça de São Paulo. O Tribunal de Justiça de São Paulo representa 26% de toda a movimentação nacional, ou seja, se nós somos grandes, e somos grandes, é em razão dessa movimentação processual, dessa crença do povo paulista na Justiça de São Paulo. Na Justiça Bandeirante, na Justiça da sua terra. Isso é que faz o Tribunal ser tão grande, e essa grandeza decorre do espírito, da dedicação, do comprometimento dos seus Magistrados, Juízes e Desembargadores, e de seus Servidores, sem os quais o Tribunal não teria a mínima condição de estar na altura, na grandeza que ele se encontra.

Então, o nosso Tribunal realmente é grande. Em termos de números, só da Segunda Instância, tem um maior que o nosso, que é na China, que são 500 julgadores, nós somos 360. Mas nós justificamos os nossos 360 pelo volume de processos que nós julgamos, pelas qualidades das sentenças, dos acórdãos, de todas as decisões, do empenho de todos aqueles que integram a Justiça de São Paulo em prestar, a cada dia, uma prestação jurisdicional cada vez melhor.

O juramento feito hoje, como Desembargador, é o mesmo que foi feito quando eram Juízes Substitutos. Nada mudou. E é um juramento que Vossas Excelências vêm cumprindo todos os dias. Não é o juramento de hoje, não é o juramento de ontem, é o juramento de sempre, que nós mantemos e, assim, elevamos a Justiça do Estado de São Paulo. Aliás, eu fiquei muito impressionado - isso é uma satisfação imensa - ver que o grande objeto das orações era o agradecimento, era a gratidão. Não existe, já disse isso antes, maior virtude que a gratidão. Ela é a primeira das virtudes e a primeira revelação do caráter das pessoas, da personalidade das pessoas. Então, para mim, é uma satisfação imensa ver dois novos Desembargadores com esse espírito de gratidão a todos aqueles que acompanham e acompanharam, os que aqui estão e aqueles que não mais estão, mas, com certeza, estão presentes. É um paradoxo, mas é a mais pura verdade. Fico muito feliz em ouvir a gratidão, ouvir do exercício profis-

Acesso ao Sumário

sional, do gosto que se tem, da troca de ideias e de prestar a melhor jurisdição.

E, sem sombra de dúvidas - e aqui não vou parafrasear Sua Excelência, o nosso Orador, mas vou usar algo muito parecido-, colher é obrigatório, semear é facultativo. Ou seja, nós colhemos aquilo que semeamos. Se temos o respeito, a admiração de todas as pessoas que nos cercam é porque respeitamos e admiramos o próximo. Temos o amor ao próximo e, assim, nos colocamos. Ou seja, não causa estranheza, de forma nenhuma, que pessoas como a Desembargadora Clara Maria Araújo Xavier e como o Desembargador Paulo Gimenes Alonso tenham tantos amigos e tantas pessoas que o influenciam e são tão importantes.

O Desembargador Paulo Alonso é pessoa de discurso fácil. Preparou, nós conversamos muito em Presidente Prudente, aliás, foi de uma gentileza enorme comigo, me ciceroneou em Presidente Prudente, foi extremamente gentil, e já demonstrou que tinha verve, já naqueles primeiros momentos.

A Desembargadora Clara Maria fez um primeiro discurso acanhado, nervosa, preocupada e hoje melhorou bem. Melhorou bem. Se eu contar para a senhora que os meus primeiros discursos, aqui, como presidente de Seção do Direito Público... Não tem ninguém daquela época, mas se perguntar para o Geraldo Francisco Pinheiro Franco, que foi Presidente do Tribunal, ele vai lembrar, o Desembargador Xavier de Aquino lembra, ele estava, era mais ou menos assim... Depois ficou mais fácil.

Em verdade, sejam muito bem-vindos. Ocupam nobres cadeiras e fazem jus a elas. Sempre tiveram a toga imaculada e assim permanecerá. Fico muito contente.

Declaro encerrada a sessão dessa solenidade de posse.

Parabéns.

PAULO ALCIDES AMARAL SALLES (Desembargador)

Discurso proferido em nome do Tribunal de Justiça, por ocasião da "Posse Solene dos Desembargadores Carlos Castilho Aguiar França e Rodolfo Pellizari" (Cerimônia realizada em 19.09.2023).

Excelentíssimo Senhor Desembargador Ricardo Mair Anafe, Digníssimo Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, em nome de quem saúdo todas as autoridades e personalidades presentes e meu querido colega de concurso.

Hoje é um dia festivo para este Tribunal e, para a minha alegria, coube-me a honra, em nome desta Colenda Corte, de fazer a saudação de boas-vindas aos novos membros deste Colegiado, os Eminentes Magistrados, Doutores Car-

los Castilho Aguiar França e Rodolfo Pellizari, dois grandes e diletos amigos.

Carlos Castilho Aguiar França nasceu em Serra Azul, Minas Gerais, graduou-se em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, turma de 1986; ingressou na Magistratura em 1989, nomeado Juiz Substituto da 45ª Circunscrição Judiciária, com sede em Mogi das Cruzes. Judicou nas Comarcas de Jundiaí, Monte Alto e São Carlos.

Eu o conheci quando assumi a 1ª Vara da Comarca de Ribeirão Pires. Como Diretor do Cartório, dada a sua capacidade de trabalho e inteligência, não me surpreendeu a forma e a ordem como os serviços eram executados; era respeitado e adorado pelos funcionários; os trabalhos se desenvolviam sem dificuldades. A minha tarefa, Senhor Presidente, por tudo isso foi muito facilitada.

Demonstrando interesse em fazer carreira na Magistratura, colaborei no que pude para que o seu objetivo fosse alcançado. Permaneceu em São Carlos, cidade dos meus antepassados paternos, por muitos anos. Até o último dia, como me confidenciou o seu Assessor, trabalhou com afinco, não deixando processo sem despacho ou decisão.

Hoje, com infinito orgulho, saúdo-o como um dos novos Desembargadores desta Corte, que em breve comemorará o seu sesquicentenário.

Rodolfo Pellizari, por sua vez, nasceu em Araraquara (SP). Formou-se em Direito pela Faculdade de Direito de Sorocaba, turma de 1984. Ingressou na Magistratura em 1990, como Juiz Substituto da 51ª Circunscrição Judiciária, com sede em Caraguatatuba. Atuou nas Comarcas de Cajuru, Ubatuba, Registro e na Capital. Em 2017, foi removido a Juiz Substituto em 2º Grau, quando tivemos a oportunidade de atuar perante a Egrégia 6ª Câmara de Direito Privado desta Colenda Corte.

Sua Excelência me surpreendeu pela versatilidade, pois com facilidade se adaptou à espinhosa matéria do Direito Privado I. Seus votos sempre foram abrangentes e profundos; conhecia por completo a causa em julgamento.

Rodolfo, senhor Presidente, vale ressaltar, tem como outra característica a sua capacidade de trabalho. Além de dar conta de inúmeros acervos, colaborou com alguns colegas que enfrentavam dificuldades nesse particular. É merecedor de todos os créditos.

Durante o longo período em que atuaram, ambos desempenharam com amor seu mister, deixando fortes marcas em suas passagens. Cada um a seu modo e com suas particularidades, mas sempre amparados por suas famílias, agiram com a serenidade e equilíbrio necessários no desempenho de suas funções.

Nesse período, ao lado de sua esposa, Senhora Helena de Lima França, e de seus filhos, Doutores Pedro Henrique e Guilherme Augusto, o Desembargador Carlos Castilho Aguiar França teve a serenidade necessária para exercer

Acesso ao Sumário

a Judicatura.

Igualmente, o Desembargador Rodolfo Pellizari, juntamente com sua esposa, Isadora Alves de Carvalho Pellizari, e seu filho, Victor Rodolfo, também pôde desfrutar de um santo lar, que lhe deu a estabilidade adequada para bem desempenhar suas atividades.

Bravura, determinação e bons propósitos nunca lhes faltaram. Como já disse Guimarães Rosa, "o que a vida quer da gente é coragem"; sobretudo nesse mundo de turbulências, onde permeiam a corrupção e as desigualdades, ameaçando o valor supremo da democracia.

Não poderia eu, portanto, dedicar esse momento, senão a incitar as Senhoras e os Senhores presentes a refletirem sobre a situação social de nosso país e o papel das instituições democráticas em nossa sociedade.

Ao eleger, desde muito cedo, o serviço público como missão, ambos demonstraram o firme propósito de trabalhar, contribuindo para que o cidadão brasileiro tenha uma vida digna e compatível com a grandeza de nossa nação.

Como o Rei Salomão ao iniciar os seus dias no Governo de Israel, peço a Deus que lhes dê sabedoria para enfrentar os desafios a cada contingência que se apresentar nessa nova caminhada.

Afinal, a felicidade maior, em um momento como esse, é repercutir o sentimento de orgulho, de satisfação, que projetamos em nossos pais, filhos, esposas e em nossos amigos ao longo do caminho percorrido e sucesso alcançado. Interessa-nos deixar como legado para esses entes queridos, um nome honrado, um exemplo de trabalho profícuo, honesto e digno.

Lembrem-se, como já disse Augusto Cury:

"Sem sonhos, a vida não tem brilho. Sem metas, os sonhos não têm alicerces. Sem prioridades, os sonhos não se tornam reais. Sonhe, trace metas, estabeleça prioridades e corra riscos para executar seus sonhos. Melhor errar por tentar do que errar por se omitir!".

Prezados e estimados colegas, sejam bem-vindos e felizes. Que o Senhor os guarde e a todos os seus.

Obrigado.

RODOLFO PELLIZARI (Desembargador)

Discurso proferido por ocasião da sua Posse Solene e do Desembargador Carlos Castilho Aguiar França (Cerimônia realizada em 19.09.2023).

Inicialmente, saúdo à Sua Excelência, o Desembargador Doutor Ricardo Mair Anafe, Presidente deste Egrégio Tribunal de Justiça;

O Excelentíssimo Desembargador Doutor Guilherme Gonçalves Strenger, Vice-Presidente desta Egrégia Corte;

O Excelentíssimo Desembargador Doutor Fernando Antonio Torres Garcia, Corregedor-Geral da Justiça de São Paulo;

O Excelentíssimo Desembargador Doutor Artur César Beretta da Silveira, Presidente da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo;

O Excelentíssimo Desembargador Doutor Wanderley José Federighi, Presidente da Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo;

O Excelentíssimo Desembargador Doutor Francisco José Galvão Bruno, Presidente da Seção de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo;

O Excelentíssimo Desembargador Doutor Paulo Sérgio Brant de Carvalho Galizia, Presidente do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo;

Todas as Autoridades aqui presentes, Senhores Desembargadores, Juízes, Membros do Ministério Público, Defensores Públicos, Advogados, Servidores, Senhoras e Senhores.

Serei breve.

Não vou debruçar-me sobre o passado. A trajetória percorrida — árdua e instigante — trouxe-me até aqui. E é justamente sobre o agora que eu gostaria de fixar-me, sobretudo para agradecer.

Em primeiro lugar a Deus, por possibilitar-me exercer tão nobre mister, há mais de 30 anos, dando-me força e inspiração.

À minha família, pelo incansável suporte, pela entrega e concessões (muitas e necessárias).

Aos amigos e colegas, com os quais compartilhei minha carreira e vida. Não vou nominá-los para evitar injustiças, que, porventura, minha memória possa cometer.

Acesso ao Sumário

Construímos juntos laços sólidos e sinceros; cujo convívio foi profícuo em conhecimento e experiência e que, sem sombra de dúvidas, forjou o meu caráter profissional, impulsionando-me a prosseguir, sem deixar-me arrefecer.

O enfrentamento dos desafios na companhia de tão caros companheiros deixou uma marca indelével: a certeza de que o conhecimento só tem valia se compartilhado. Não há saber tão seu que não possa ser dividido com outros, quer por meio de palavras ou por meio de ações.

Aos serventuários que realizaram suas tarefas com afinco e absoluto respeito ao jurisdicionado, auxiliando-me na condução dos trabalhos.

Feitos tais agradecimentos, volto-me àquilo que para mim representa a

Magistratura.

Ela traduziu-se em um constante "servir". Descobri que só se pode exercê-la com devoção. É preciso dar tudo de si para que nossas ações reverberem de forma positiva na sociedade, minorando, de algum modo, os conflitos, as mazelas e as injustiças.

Trabalho, por vezes, solitário, de decidir conforme a lei, desapegando-se completamente dos próprios anseios, crenças ou ideologias, visando a pacificação das relações sociais.

Essa é a Magistratura que tento colocar em prática: a serviço do outro, da sociedade. A meu ver, a forma mais assertiva de exercitar a judicatura em toda a sua essência.

O fim máximo a que o Magistrado deve aspirar deve ser de tal forma elevado, que nada o possa superar.

Qual seria o instrumento para buscá-lo e pô-lo em prática senão o exercício das virtudes? É um caminho o mais das vezes solitário e árduo, mas a imperiosa necessidade de ser fiel ao ideário da Justiça tudo compensa.

É a maneira que encontrei para retribuir o que a sociedade me propiciou. Meu propósito é que o Egrégio Tribunal de Justiça continue sendo uma ferramenta eficaz na solução dos conflitos, atuando ativamente na sua pacificação.

Inabaláveis a fé e a paixão que me levam à defesa do que acredito ser justo e bom.

Platão acreditava que a felicidade, esse bem supremo a que todos buscamos, devia alcançar não só o indivíduo, mas toda a coletividade. Filio-me a esse pensamento ainda atual, somado ao de Sócrates, segundo o qual aquele que um dia conheceu o bem não poderá alijar-se dele, agindo de forma contrária.

Cá estou para somar, aliando-me à luta cotidiana de todos no escopo de honrar o Poder Judiciário, fiel e verdadeiro.

Interessante lembrar que ética se originou do grego "*ethus*", cujo significado é "morada", que nos leva ao brocardo de que "todo homem necessita de um lugar para voltar", assim, que eu possa seguir "retornando" a esta Casa, cujos valores são sempre os mais elevados.

Que os nossos anos, então, possam mudar positivamente os próximos que virão!

Muito obrigado.

Acesso ao Sumário

CARLOS CASTILHO AGUIAR FRANÇA (Desembargador)

Discurso proferido por ocasião da sua Posse Solene e do Desembargador Rodolfo Pellizari" (Cerimônia realizada em 19.09.2023).

Excelentíssimo Senhor Doutor Ricardo Mair Anafe, Digníssimo Desembargador Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Digníssimas Autoridades já anunciadas pelo Protocolo.

Prezado colega, hoje também empossando, Desembargador Rodolfo Pellizari.

Familiares, amigos e convidados presentes.

É com profunda honra e alegria que me dirijo a todos neste momento.

Hoje assumo a responsabilidade e o privilégio de tornar-me Desembargador do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo. É um momento de realização pessoal e profissional, mas também de consciência sobre a relevância do papel que desempenharei na busca incessante pela justiça e pela paz social.

Ao longo da minha trajetória na Magistratura, já superando três décadas, empenhei-me em cumprir com responsabilidade e imparcialidade meus deveres, ciente de que as decisões afetam a vida dos cidadãos que buscam o amparo da Justiça. Com humildade, reconheço que a missão, ora confiada, exige o melhor de mim em conhecimento jurídico, discernimento, ética e sensibilidade humana.

Agradeço a Deus, nosso Pai, pelas graças que me proporcionaram alcançar um momento tão significativo, recebendo hoje o Colar do Mérito Judiciário e acendendo ao cargo de Desembargador.

Agradeço a meus pais, Heli de Matos França, cuja condição de saúde não permitiu o comparecimento, e minha mãe, Laci Maria Aguiar França, que há dois anos nos deixou, e com eles comemoro o relevo desta solenidade, ambos exemplos de esforço, caráter e retidão. Externo aqui também o carinho a meus irmãos.

Compartilho este momento festivo com a minha querida mulher, companheira de vida, Helena de Lima França, e meus filhos queridos, Pedro Henrique de Lima França e Guilherme Augusto de Lima França, que tanto me inspiram. A vocês meu afeto, meu carinho, meu amor.

Manifesto ainda meu carinho por tantos amigos que fiz na Magistratura e nas Comarcas onde trabalhei, dentre elas São Carlos, que aqui se faz presente por intermédio de pessoas muito queridas.

Quero expressar meu sincero agradecimento e reconhecimento a tantas pessoas que influenciaram positivamente minha trajetória profissional, iniciada lá atrás, quando comecei a trabalhar em Cartório e no Fórum de Ribeirão Pires, e fui acolhido por pessoas tão afetivas e bondosas, em ambiente fértil para o

crescimento pessoal, impossível declinar todas, tantas foram, sob risco de omissão descuidada, mas, indispensável lembrar o Doutor Alberto Silva Franco, a Doutora Célia Silva Franco e a Senhora Marilena Zampol.

Senti-me, de pronto, impressionado com a lucidez e inteligência de Magistrados que conheci, que inspiraram minha formação no Direito e despertaram meu interesse pela Magistratura. E registro meu carinho e reconhecimento sincero a Magistrados que tiveram importância vital no êxito alcançado e com os quais ele divido. Já mencionei o Desembargador Doutor Alberto Silva Franco e refiro-me agora aos Desembargadores Doutor Paulo Alcides Amaral Sales, que hoje me conduziu; o saudoso Doutor Olavo Zampol e o Juiz Doutor Fernando Brigante Filho, também já falecido, pelo apoio, amparo e incentivo que recebi durante o difícil período de preparação para o concurso e ingresso na carreira.

É momento de euforia, de alegria, de comemoração, mas é ocasião também de reafirmar meu compromisso de dignificar o cargo de Desembargador e de zelar pelas causas da Justiça, em defesa dos direitos e da dignidade das pessoas, de meu compromisso com a equidade e a proteção dos direitos dos cidadãos. Há que se valorizar a liberdade e a expressão individual, assegurando projeção e realização do bem social, para o que é essencial, considero eu, uma prática jurídica mais compassiva e comprometida com a construção de uma sociedade mais justa e solidária.

A carreira do Direito, o exercício da judicatura nos faz agentes transformadores, não apenas aplicadores da lei em cada caso concreto, mas intérpretes da Justiça, inclusive porque, dizia Rui Barbosa, "O bom Juiz é aquele que, ao aplicar a lei, se faz intérprete da Justiça". E o momento é particularmente difícil, perante as modificações sociais que enfrentamos, tantos são os conflitos, dilemas e gravidades que nos assolam, que exigem esforços cada vez maiores no trato humanista e contextualizado na interpretação e aplicação das leis. É oportuno lembrar, com o Advogado e Professor Gofredo da Silva Telles, que "Ser Juiz não é aplicar mecânica e friamente o Direito escrito, mas é interpretá-lo e aplicá-lo sentindo o caso concreto, o homem, o meio social e o momento histórico". É também parafrasear Ariano Suassuna: "O Direito não é tão rígido e definitivo como a Matemática, nem tão maleável e incerto como a Poesia. É uma Ciência, mas uma Ciência viva, porque está constantemente em contato com o homem, a criatura mais instável que existe".

A missão que se inicia é ainda maior, e reconheço isso, tais a responsabilidade e as dificuldades vislumbradas no cumprimento do honroso cargo. Contarei, como estou contando, com a colaboração e experiência dos diletos companheiros da 4ª Câmara de Direito Privado, os Desembargadores Enio Santarelli Zuliani, Natan Zelinschi de Arruda, Alcides Leopoldo e Silva Júnior, Marcia Regina Dalla Déa Barone, Maurício Campos da Silva Velho e Vitor Frederico Kümpel, além de outros muitos Desembargadores que tão bem me acolheram

Acesso ao Sumário

nesta Casa. Consigno meu agradecimento.

Agradecimento que também externo aos dedicados Servidores de meu Gabinete.

Com a graça de Deus, agradeço a todos.

RICARDO MAIR ANAFE (Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso de encerramento proferido por ocasião da "Posse Solene dos Desembargadores Carlos Castilho Aguiar França e Rodolfo Pellizari" (Cerimônia realizada em 19.09.2023).

Boa tarde.

Cumpre-me, de antemão, saudar sua Excelência, o Desembargador Guilherme Gonçalves Strenger, Vice-Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo;

Saudar Sua Excelência, o Desembargador Fernando Antonio Torres de Garcia, Corregedor-Geral da Justiça de São Paulo;

Saudar Sua Excelência, o Desembargador Paulo Sérgio Brant de Carvalho Galizia, Presidente do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo;

Saudar Sua Excelência, o Desembargador Paulo Alcides Amaral Salles, Orador em nome do Tribunal de Justiça, que fez uma belíssima oração, falou muitíssimo bem em nome do Tribunal e eu, de pronto, já o cumprimento;

Saudar Sua Excelência, o Desembargador Artur César Beretta da Silveira, Presidente da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça;

Saudar Sua Excelência, o Desembargador Wanderley José Federighi, Presidente da Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça;

Saudar Sua Excelência, o Desembargador Francisco José Galvão Bruno, Presidente da Seção de Direito Criminal do Tribunal de Justiça;

Saudar Sua Excelência, o Doutor Luiz Fernando Rodrigues Pinto Júnior, Procurador de Justiça, representando o Procurador- Geral;

Saudar Sua Excelência, a Doutora Luciana Jordão, Coordenadora Auxiliar do Núcleo de Segunda Instância da Defensoria Pública, representando o Senhor Defensor Público-Geral;

Cumprimentar Sua Excelência, o Doutor Thiago Elias Massad, Vice-Presidente da Associação Paulista de Magistrados, representando a Presidente;

Saudar Sua Excelência, o Doutor Adib Kassouf Sad, Vice-Presidente da CAASP (Caixa de Assistência dos Advogados de São Paulo), também representando a Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção São Paulo;

Cumprimentar Sua Excelência, o Doutor Antonio Carlos de Oliveira Freitas, Diretor Adjunto da Associação de Advogados de São Paulo, representando o seu Presidente;

Cumprimentar o Coronel PM Miguel Elias Daffara, Chefe da Assessoria Policial Militar, representando o Comandante da Polícia Militar do Estado de São Paulo;

Saudar o Doutor Tiago Antonio Salvador, Delegado de Polícia, Chefe da Assessoria Policial Civil do Tribunal de Justiça, representando o Delegado-Geral.

Senhores Desembargadores, Juízes, membros do Ministério Público, Defensores, Advogados, Autoridades Civis e Militares, familiares e amigos dos emposandos, minhas Senhoras e meus Senhores.

Em 2014, Sua Excelência, o Desembargador José Renato Nalini, deu início á Agenda 150 anos, editou uma Portaria dando início ali aos preparativos da comemoração do Sesquicentenário do Tribunal de Justiça de São Paulo, que completa, no dia três de fevereiro do ano que vem, seus gloriosos 150 anos.

Esses 150 anos – marcados pela grandeza desse Tribunal, que advém de seus Magistrados e de seus Servidores – são de suma importância. O Tribunal de Justiça, nas pilastras de granito de Itu do Salão dos Passos Perdidos, grava o nome de cada Desembargador, cada Juiz e cada grande Servidor deste Tribunal.

Na quinta-feira (21) faremos a primeira fotografia do Tribunal de Justiça comemorativa do sesquicentenário. E esta é a primeira posse, já na semana de comemoração, que começa ainda nesse ano, do sesquicentenário. Portanto, é uma posse absolutamente marcada pelos 150 anos do Tribunal de Justiça.

Tive a satisfação de conhecer Sua Excelência, o Doutor Carlos Castilho, quando chegou em Mogi das Cruzes como Juiz Substituto e, coincidentemente, hoje dou posse à Sua Excelência como Desembargador do Tribunal de Justiça.

E das coincidências da vida, o Doutor Rodolfo Pellizari e eu temos o mesmo gosto por um esporte extremamente específico e, coincidentemente, também estou dando posse ao Doutor Rodolfo. Conversei com ele há pouco sobre o esporte que nós tanto gostamos.

Eu vi as palavras de gratidão por tudo que tiveram: apoio de amigos, da família, dos cônjuges. E disse isso mais de uma vez, a primeira grande virtude é a gratidão. As pessoas que têm em sua alma gratidão são boas pessoas. São as pessoas nas quais nós confiamos e que esperamos sempre mais. Porque na gratidão você abre mão da sua vaidade, abre mão da sua querência, para reconhecer a bondade e tudo o que lhe fizeram de bom.

Ou seja, vocês são grandes Juízes e grandes pessoas. O discurso humanista decorre desse sentimento da alma, sentimento que temos por tudo que recebemos de legado dos nossos pais, que eventualmente aqui não estão, mas estão

Acesso ao Sumário

olhando, estão sorrindo, estão comemorando. Vossa mãe e o vosso pai Tenham sempre isso em mente: não se perde, ele jamais se perde.

Teremos sempre esse apoio perene. Ele é permanente, da mesma forma que nós sempre olharemos pelos nossos filhos e nossos netos. Então, não é motivo de tristeza, é motivo de alegria, porque eles também estão extremamente alegres com a conquista, com essa vitória de chegar ao tão cobiçado cargo de Desembargador, ápice da Justiça Estadual, e da Justiça Estadual do Tribunal de Justiça de São Paulo que, para mim, é o maior, o melhor Tribunal, sob todos os aspectos.

É um Tribunal que eu amo e dedico esse amor todos os dias. Dedicar amor ao Tribunal todos os dias é ter em mente o mesmo compromisso que foi feito, o mesmo juramento que foi feito como Juiz Substituto, que é renovado como Desembargador todo santo dia.

Somos Juízes 365 dias por ano e 24 horas por dia e esse compromisso, esse juramento, é que nos norteia em todos os momentos, para todas as coisas.

Isso que faz com que este Tribunal seja tão grandioso e tão importante.

Sejam muito bem-vindos!

Sejam muito felizes como Desembargadores do Tribunal de Justiça.

Declaro encerrada essa solenidade e desejo a todos um bom fim de tarde.

Muitíssimo obrigado!

Acesso ao Sumário